

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Algunas cuestiones sobre el proceso por delitos de injuria o calumnia contra particulares. *Juan Manuel Bermúdez Requena* 11
- Justicia restaurativa y mediación penal. *Virginia Domingo de la Fuente* . 33

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- La conducción temeraria: Cuestiones *de lege lata* y *de lege ferenda* . 71

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	95
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	103
— Sentencia 146/2007 (Sala 2.^a), de 18 de junio: Revisión penal. Asistencia letrada	103
— Sentencia 206/2007 (Sala 1.^a), de 24 de septiembre: Intimidad personal. Análisis de sangre	106
— Sentencia 209/2007 (Sala 1.^a), de 24 de septiembre: Inviolabilidad domiciliaria	111
— Sentencia 218/2007 (Sala 1.^a), de 8 de octubre: Conflicto de derechos fundamentales	115

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	121
— Acuerdo de 30 de octubre de 2007	121
— Sentencia 415/2007, de 18 de mayo: Falta de motivación ...	121
— Sentencia 472/2007, de 24 de mayo: Presunción de inocencia .	123
— Sentencia 484/2007, de 29 de mayo: Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	125
— Sentencia 606/2007, de 1 de junio: Conformidad. Principio acusatorio	129
— Sentencia 490/2007, de 7 de junio: Consumación en el robo y coautoría	131
— Sentencia 517/2007, de 8 de junio: Artículos de previo pronunciamiento. Prescripción	132
— Sentencia 561/2007, de 15 de junio: Jurisdicción española en el tráfico de inmigrantes en alta mar	135
— Sentencia 645/2007, de 16 de junio: Contrabando. Prescripción .	140
— Sentencia 531/2007, de 18 de junio: Alevosía y parentesco ..	141
— Sentencia 604/2007, de 25 de junio: Declaraciones sumariales. Prueba testifical	146
— Sentencia 622/2007, de 5 de julio: Extensión y límites de la jurisdicción española	149
— Sentencia 609/2007, de 10 de julio: Principio acusatorio	152
— Sentencia 670/2007, de 17 de julio: Autoencubrimiento impune .	155
— Sentencia 705/2007, de 18 de julio: Declinatoria de jurisdicción .	156
— Sentencia 258/2007, de 19 de julio: El dolo del partícipe. Imputabilidad	158
— Sentencia 451/2007, de 19 de julio: Falsedad en documento mercantil y estafa	163
— Sentencia 722/2007, de 12 de septiembre: Tarjeta de crédito falsificada y tenencia de moneda falsa	165
— Sentencia 735/2007, de 18 de septiembre: Circunstancia atenuante de estados pasionales	167

	Página
— Sentencia 755/2007, de 25 de septiembre: Prevaricación administrativa	170
— Sentencia 794/2007, de 26 de septiembre: Atentado	173
— Sentencia 775/2007, de 28 de septiembre: Quebrantamiento de condena. Reincidencia	176
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 179
— Sentencia 22/2007, de 5 de marzo (AP Huelva): Intervención telefónica. Nulidad de actuaciones	179
— Sentencia 7/2007, de 6 de marzo (AP Huelva): Almacenamiento de droga en la casa de los padres con quienes se convive	181
— Sentencia 149/2007, de 7 de marzo (AP Granada): Presentación en juicio de documento falso: ¿delito de falsedad o delito contra la administración de justicia?	184
— Auto 44/2007, de 9 de marzo (AP Huelva): Sustitución de penas privativas de libertad: concesión después de la revocación de otros beneficios	185
— Sentencia 379/2007, de 12 de marzo (AP Barcelona): Violencia doméstica: duración de la relación para estimarla análoga a la conyugal	187
— Auto 32/2007, de 13 de marzo (AP Zamora): Aclaración del auto de incoación de sumario. Nulidad de actuaciones	189
— Sentencia 266/2007, de 19 de marzo (AP Barcelona): Relación entre delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones. Delitos de peligro	190
— Sentencia 221/2007, de 23 de marzo (AP Tenerife): Incendio: interpretación de la expresión legal “peligro para la vida”	191
— Sentencia 79/2007, de 28 de marzo (AP Ávila): Incumplimiento de medidas por el menor. Quebrantamiento de condena	193
— Sentencia 80/2007, de 30 de marzo (AP Jaén): Delito urbanístico: condena a la demolición de la obra	195
— Sentencia 98/2007, de 30 de marzo (AP Cádiz): Denegación de la condena condicional sin que la sentencia sea firme	197

	Página
— Sentencia 104/2007, de 4 de abril (AP Álava): Violencia doméstica: interpretación de la referencia a la “violencia psíquica” . . .	198
— Sentencia 57/2007, de 9 de abril (AP Jaén): Delito fiscal: interpretación de la prescripción por el Tribunal Constitucional	201
— Sentencia 19/2007, de 19 de abril (AP Guadalajara): Condena conjunta por conducción en estado de embriaguez y negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica	204
— Sentencia 77/2007, de 18 de mayo (AP Badajoz): Contaminación acústica: Responsabilidad civil	208
— Auto 146/2007, de 22 de mayo (AP Barcelona): Existencia de dos tramos en la imposición de intereses de demora	209
— Sentencia 317/2007, de 28 de mayo (AP Madrid): Responsabilidad de la aseguradora si no existen indicios de robo del vehículo	210
— Sentencia 42/2007, de 4 de junio (AP Salamanca): Colocar el vehículo frente a la entrada del negocio del denunciante: condena por falta de coacción	211
— Sentencia 467/2007, de 4 de junio (AP Tarragona): No indemnización a madre por depresión causada por la pérdida de un hijo en accidente de tráfico	213
— Sentencia 193/2007, de 5 de junio (AP Cantabria): No imposición de las costas de la acusación particular	214
— Sentencia 388/2007, de 7 de junio (AP Tenerife): Modificación de conclusiones por el Fiscal en el juicio oral: derecho a preparar la defensa	215
— Auto 267/2007, de 7 de julio (AP Madrid): Estudio de la imposición de costas en los juicios de faltas y su obligación de pago	217
— Auto 29/2007, de 26 de julio (AP Madrid): Requisitos formales para dictar auto de cuantía máxima	225
— Sentencia 270/2007, de 27 de julio (AP Lérida): Cálculo de indemnización a ocupante de vehículo	226

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 1/2007, de 26 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 . . . 237
- Instrucción 6/2007, de 18 de diciembre, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia 269

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 275

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 285
- Derecho Procesal Penal 287

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL PROCESO POR DELITOS DE INJURIA O CALUMNIA CONTRA PARTICULARES

JUAN MANUEL BERMÚDEZ REQUENA

*Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla
Abogado*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. ¿PROCESO ESPECIAL O PROCESO ORDINARIO CON ESPECIALIDADES?
 - III. COMPETENCIA.
 - 1. **Objetiva y funcional.**
 - 2. **Territorial.**
 - 3. **Competencia para conocer del acto de conciliación.**
 - IV. PRESUPUESTOS PROCESALES: RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL.
 - 1. **Presentación de querella.**
 - A) Regla general.
 - B) Excepciones.
 - a) *Dirigidas contra funcionario público por ejercicio de su cargo.*
 - b) *Un caso controvertido: calumnia o injuria realizadas con publicidad.*
 - c) *Injurias y calumnias leves.*
 - d) *Inferidas en el ámbito de la violencia familiar.*
 - 2. **Acto de conciliación.**
 - 3. **Licencia del Juez.**
 - V. LEGITIMACIÓN. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.
-

I. INTRODUCCIÓN

La progresiva judicialización de las relaciones sociales, fenómeno que pudiéramos estimar en franco crecimiento en España, si nos atenemos a datos objetivos como el incremento de procedimientos judiciales iniciados o el aumento en la petición de Letrados del turno de oficio *ad exemplum*, parece que ha vuelto a traer al foro con renovados bríos al proceso penal por delitos de injuria o calumnia cometido contra particulares; que algunos consideraban ya obsoleto, o más bien impropio de este ámbito del Derecho en los actuales tiempos, máxime cuando tiene una regulación propia en la jurisdicción civil más que suficiente para la reparación del daño al ofendido.

Su doble regulación procesal penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal, llevaron a coexistir preceptos en algunos casos contrarios entre sí, y otros cuya vigencia era confusa; provocando en la práctica jurisprudencial pronunciamientos contradictorios, con el consecuente perjuicio al justiciable que, ante un mismo supuesto de persecución penal de tales tipos delictivos, podía encontrar unas exigencias de carácter procesal más o menos rígidas en función del órgano jurisdiccional que conociera del asunto.

Cítese como ejemplo el razonamiento expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto núm. 254/2005 (Sección 3.^a), de 24 de mayo, que deja traslucir esta diferencia de criterios sobre un mismo asunto en la práctica de los Tribunales:

“Tras la entrada en vigor del Código Penal y dado el tenor literal del artículo 215.1 del Código Penal, parte de la jurisprudencia consideraba que debía entenderse tácitamente derogado el régimen excepcional que establecía el artículo 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre (RCL 1979, 21), de forma tal que, no sólo era preciso para la persecución de los delitos de calumnias e injurias entre particulares que se formulara querrela por el ofendido, sino que además era necesaria la previa celebración de un acto de conciliación, aun cuando el delito se hubiera cometido con publicidad y ello por cuanto, tanto el artículo 278.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el artículo 804 del mismo texto legal, condicionan la admisión a trámite de las querellas por delitos de calumnias e injurias entre particulares a la previa celebración de un acto de conciliación. No era ése el parecer de este Tribunal”⁽¹⁾.

El presente artículo intenta dar solución, desde un punto de vista eminentemente práctico, a esta diversidad de cuestiones que doctrina y jurisprudencia resolvían con soluciones no ya distintas, sino contradictorias incluso. Ofreciendo una completa visión sobre el régimen regulador actualmente en vigor de este proceso,

⁽¹⁾ *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJA en adelante)*, marginal ARP 2005/718.

en sede de presupuestos procesales de perseguibilidad de los mencionados ilícitos penales, conciliando así la normativa contenida en el Código Penal con la establecida sobre la misma materia en la Ley rituarial criminal; e intentando describir un sistema unitario que supere los problemas que en el foro se planteaban.

II. ¿PROCESO ESPECIAL O PROCESO ORDINARIO CON ESPECIALIDADES?

La defensa del honor en el ordenamiento jurídico español conoce hasta una triple vertiente⁽²⁾: la del orden jurisdiccional civil⁽³⁾, penal, y subsidiariamente obtener el amparo constitucional previo ejercicio de alguna de las dos acciones anteriores.

Incluso circunscribiéndonos al proceso penal nos encontramos, como bien indica MONTÓN REDONDO⁽⁴⁾, que “el enjuiciamiento de este tipo de conductas ofrece una gran complejidad al no tener tratamiento uniforme sino diversificado según sus sujetos pasivos sean autoridades, instituciones o simples particulares; y en este último caso, considerando la forma de producirse los hechos injuriosos o calumniosos”.

Podemos resumir las modalidades procesales para el enjuiciamiento de los ilícitos penales contra el honor⁽⁵⁾ en las siguientes:

(2) RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, A.: “La protección penal o civil del honor”, en *Diario La Ley*, núm. 6744 (27 de junio de 2007), p. 1, define esta protección del honor como “un tema transversal que afecta a distintos sectores del ordenamiento jurídico y, por ende, a diversos órdenes jurisdiccionales, pudiendo su defensa reclamarse por tres vías, dos inmediatas y alternativas: la civil y la penal, y la tercera subsidiaria, al permitir a cualquier ciudadano recabar su tutela a través del amparo constitucional (artículo 53 de la CE), subsidiaria al ser preceptivo que previamente haya agotado alguna de las indicadas ordinarias: civil o penal”.

(3) Establecida por una legislación especial concretada en la Ley Orgánica 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas, y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

(4) AAVV: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2007, p. 572.

(5) Dejar constancia además de la vigencia hasta el año 2003 de las llamadas “garantías jurisdiccionales penales en materia de delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona”; que establecían un régimen normativo paralelo al del Código Penal de 1995, cuyas diferencias han provocado diversas interpretaciones tanto jurisprudenciales como doctrinales sobre el régimen aplicable en la materia que estudiamos, como se observará a lo largo del presente artículo. Sin entrar en profundidad en un análisis particularizado de cada una, son unas especialidades procesales que el legislador denomina “garantías jurisdiccionales”, que tienden a reforzar la tutela de los derechos y libertades comprendidos en el artículo 53.2 de la Constitución Española; encontrándose su regulación en los artículos 2 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

- Proceso por delitos de calumnia o injurias contra particulares, con o sin publicidad.

En razón a su especificidad (se limita a la sustanciación de tales delitos únicamente) es el arquetipo procesal de la defensa penal de los ataques al honor: bien por la imputación al ofendido de la falsa autoría de hechos delictivos (calumnia) o por lesionar su dignidad o menoscabar su fama (injuria).

Si el agravio se realiza contra alguien que ostenta la cualidad de funcionario público, y viene motivada por razón del ejercicio de su cargo, cesa la vigencia de las especialidades del proceso por calumnia o injuria; dejando de ser considerado un proceso por delito privado enjuiciable conforme a las reglas generales sin particularidad alguna.

Lo mismo ocurre si el agraviado es alguna de las personas amparadas por el artículo 173.2 del Código Penal⁽⁶⁾.

- Procesos por delitos cometidos por medio de la imprenta y otros medios de comunicación.

Si bien las especialidades procedimentales que el legislador establece en los artículos regulados bajo tal rúbrica son de aplicación a los delitos de injuria y calumnia, lo señalamos de manera independiente a dicho proceso porque tales particularidades no quedan limitadas a la persecución de ambas figuras delictivas mencionadas; sino que también rigen ante otros ilícitos penales cometidos a través de los medios de difusión: traición y sedición, ultraje a la Nación española, apología del terrorismo...

Prima facie parecería que nos encontramos ante un proceso especial por razón de su objeto, en el caso del procedimiento del Título IV del Libro IV de la LECrim.; y en razón al medio empleado en la segunda modalidad delictiva (Título V del Libro IV de la LECrim.). Siguiendo a HINOJOSA SEGOVIA, “está pensado para hipótesis específicas, de carácter objetivo, en cuanto su aplicación atiende al ‘objeto’ del proceso: hechos constitutivos de delitos de injuria y calumnia contra particulares ... (Y por otra parte) el carácter especial de este proceso, desde una perspectiva procedimental, se demuestra ... en la

⁽⁶⁾ “(...) quien sea o haya sido cónyuge (del autor del delito) 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...”. El paréntesis es añadido.

previsión legal de una serie de variantes en la fase preparatoria del juicio oral, esto es, del sumario” (7).

Matiza, por contra, CALDERÓN CEREZO que aunque aparentemente nos encontramos ante un proceso especial en atención a su objeto, pudiera entenderse que sería más correcto definir su naturaleza jurídica como “un proceso especializado por razón de la materia que constituye su objeto; por ello salvando las peculiaridades que le son propias resulta de aplicación supletoria lo previsto para el procedimiento abreviado” (8).

Abundando en tal posición, compartiríamos la opinión de MONTÓN REDONDO (9) al estimar que realmente no se configura por el legislador un procedimiento específico, sino que presenta unas especialidades o particularidades en su tramitación instructora; debiendo sustanciarse posteriormente por el procedimiento ordinario que corresponda que, en atención a la pena señalada para estos delitos en el Código Penal, es el procedimiento abreviado (10).

Normativa procedimental cuya aplicación rige a partir del auto de apertura de juicio oral, pues como afirma RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, tal cuestión “quedó aclarada en la STS 79/1994, de 24 de enero, a la vez seguida por la Consulta 2/1994, de 28 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado” (11).

III. COMPETENCIA

1. Objetiva y funcional

Será competente para el enjuiciamiento y fallo de estos delitos, en atención al *quantum* de la pena (12), el Juzgado de lo Penal (artículo 14.3 de la LECrim.).

(7) AAVV: *Derecho Procesal penal*, 5.ª ed., De la Oliva Santos coord., Madrid, 2002, pp. 759-761. El paréntesis es añadido.

(8) CALDERÓN CEREZO, A. (junto a CHOCLÁN MONTALVO, J.A.): *Derecho Procesal penal*, Madrid, 2002, p. 563.

(9) *Ibidem*, p. 572.

(10) O el juicio de faltas si el resultado de la instrucción considera que el hecho delictivo no tiene entidad suficiente para ser considerado delito, pero sí falta (artículo 7791.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante LECrim.—).

(11) *Ibidem*.

(12) Artículo 207 del Código Penal (en adelante CP): “Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses, si se propagasen con publicidad, y en otro caso, con multa de seis a doce meses”.

Artículo 209 del CP: “Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses, y en otro caso, con la de tres a siete meses”.

En el proceso por delitos de injuria y calumnia contra particulares, no encontramos ninguna especialidad que afecte a la competencia. Excepto en cuanto a la fase de instrucción cuando el sujeto pasivo “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (el autor) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”; supuestos en los que corresponderá al Juzgado de Violencia contra la Mujer⁽¹³⁾ (al igual que el enjuiciamiento y fallo de las faltas de injuria y calumnias leves del artículo 620.2.º del Código Penal).

Sin embargo hay que tener en cuenta que si el hecho delictivo se comete por algún aforado, dicha competencia puede ser alterada. Pudiendo reservarse el conocimiento de tales causas, en atención al *status* del ofensor-querrellado, al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma⁽¹⁴⁾ correspondiente o al propio Tribunal Supremo⁽¹⁵⁾.

A título de ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005: “Interponiéndose querrela contra quien ostenta la condición de Diputado, es evidente que la competencia para su conocimiento viene atribuida a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (artículos 71.3 de la CE y 57.1.2.º de la LOPJ)”⁽¹⁶⁾.

2. Territorial

El fuero legal general y preferente del orden jurisdiccional penal español es el *forum comissi delicti*.

No obstante, hay supuestos en los que no es fácil determinar el lugar de comisión del hecho delictivo, como pueden ser los delitos cometidos a distancia; que en el ámbito que estudiamos suelen ser frecuentes cuando la realización del ilícito penal se verifica a través de medios de comunicación. La jurispruden-

(13) Artículo 87 ter de la LOPJ. El paréntesis es añadido.

(14) Artículo 73.3.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante).

(15) Artículo 57.1.2.º de la LOPJ.

(16) Consultada en *Tirant on line* (en adelante TOL), marginal TOL 871.895. En un caso análogo, el Auto del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006 (TOL 952.910), en que la Sala II del Alto Tribunal declaraba su propia competencia objetiva para conocer de una causa por presunto delito de injurias perpetrado por una Diputada en Cortes: “La razón de la competencia para conocer de esta causa proviene de la condición personal de la querrelada que, en el momento de proferir las expresiones que estamos enjuiciando, ostentaba y ostenta en la actualidad, la cualidad de Diputada de las Cortes Generales (artículos 71.3 de la CE y 57.1.2.º de la LOPJ) lo que le dota además de un régimen especial, en relación con las opiniones manifestadas en el desempeño de sus funciones”.

cia mayoritaria se orienta por entender que el delito se comete donde se consuma⁽¹⁷⁾: la denominada teoría del resultado⁽¹⁸⁾.

Para un supuesto de injurias cometidas en prensa determinó el Tribunal Supremo que “las declaraciones que el querellante reputa injuriosas y calumniosas, se efectuaron, verbalmente, en Madrid, en el curso de una entrevista concedida por el querellado a un redactor de la Agencia EFE, pero únicamente se dieron a conocer en un periódico —El Correo Español; El Pueblo Vasco— que se edita en Bilbao, correspondiendo, en armonía con lo antes expuesto, la competencia territorial para conocer de la instrucción del sumario, a los Juzgados de dicha localidad ... por ser aquél en cuyo territorio jurisdiccional se consumaron las presuntas infracciones”⁽¹⁹⁾.

De manera más reciente el Alto Tribunal explicita, en el Auto de 4 de noviembre de 2005, sus criterios en los diversos supuestos que en la materia se presentan en la práctica forense: “Esta Sala Casacional tiene ya una larga serie de resoluciones en el sentido de declarar que el delito de injurias se consuma en el lugar de emisión de las ofensas y no donde las percibe el ofendido. Así, en el Auto de 10 de julio de 1981 se dijo que la cuestión de competencia debería ser resuelta a favor del juez del lugar de su publicación; Auto de 1 de diciembre de 1988 (lugar de edición y publicación del periódico en cuestión); Auto de 12 de abril de 1991 (lugar de publicación); Auto de 21 de febrero de 1992 (lugar de distribución de la publicación); Auto de 9 de febrero de 1998 (lugar en donde se publica, no donde se imprime); Auto de 2 de septiembre de 1998 (lugar de edición y publicación de la revista); Auto de 10 de junio de 1999 (punto de emisión y no de recepción de la injuria o calumnia); Auto de 24 de diciembre de 1999 (lugar de publicación), y entre los más recientes los de 17 de octubre de 2003 y 23 de noviembre de 2004 (lugar de emisión de la cadena) y, por último, según nuestro acuerdo de Sala no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el juez de cualquiera

(17) *Derecho Jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 55.

(18) Siguiendo a MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal penal*, 2.^a ed., Valencia, 2005, p. 79, tres son en este sentido las teorías mantenidas: la de la actividad, la del resultado y la de la ubicuidad. “Según la primera de ellas, el lugar de comisión se identificaría con aquel en que aparezca o se exteriorice la voluntad delictiva. A tenor de la teoría del resultado el delito se comete donde se consuma, siendo éste el criterio que sigue la jurisprudencia como norma general... Para la teoría de la ubicuidad hay que entender que el delito se comete tanto donde se realizan los actos de ejecución como en el lugar en el que se produce el resultado”.

(19) Auto del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1983, en *RJA*, marginal RJ 1983/4112.

de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”⁽²⁰⁾.

A mayor abundancia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de abril de 2002 observa cómo “el lugar de comisión del delito es el lugar en que en origen se profirieron las expresiones afrentosas, lugar que no necesariamente debe coincidir con el lugar donde esté ubicada la emisora que lance la señal radiofónica al espacio... En la causa que nos ocupa, no cabe duda que los conceptos afrentosos se profirieron presuntamente durante la realización del programa “Gente” en los estudios de la sociedad “Televisión Española, SA” ubicados en el municipio de Sant Cugat del Vallés, dentro del partido judicial del Juzgado *a quo*. Sin embargo, la Juez *a quo* afirma en su resolución que resultan competentes los Juzgados de Madrid, ya que la emisión de la señal se produce desde los estudios de la citada empresa en Madrid. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los términos injuriosos se profirieron presuntamente en los estudios de Sant Cugat y allí presuntamente el redactor y editor efectuó valoraciones sobre los abusos sexuales imputados al querellante, por ello el delito nació en los estudios de Sant Cugat del Vallés, ya que en ese lugar la acción terminó y se configuró con todos los elementos, aunque físicamente la señal audiovisual se emitiese en otro lugar, extremo que cabe calificar como meramente instrumental en la ejecución del delito”⁽²¹⁾.

3. Competencia para conocer del acto de conciliación

En tal supuesto no rige ningún fuero legal especial en atención a la persona del querellado; en razón de no disponerse particularidad alguna en cuanto a atribución competencial en el régimen normativo vigente en materia de jurisdicción voluntaria. Por lo cual la competencia continúa en el ámbito del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de Paz del domicilio o residencia del demandado, según el caso.

Siguiendo el razonamiento establecido en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de septiembre de 2005, cuyo argumento compartimos: “Es competencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.3.b) de la LOPJ, la instrucción y el fallo de las causas penales seguidas contra Magistrados, Jueces y Fiscales por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos en el territorio de la Comunidad Autónoma ... y siempre que esa atribución no venga reconocida al Tribunal Supremo (artículo 57.1.3.º de la LOPJ). A este respecto, la calidad de aforada de la querellada Ilma. Sra. Juez D.ª XXX, ... resulta suficientemente

(20) *RJA*, marginal JUR 2006/27006.

(21) *RJA*, marginal JUR 2002/176591.

acreditada. Por el contrario, no puede admitirse la competencia de esta Sala Civil y Penal para conocer del acto de conciliación que, como requisito de procedibilidad, establecen los artículos 278 y 804 de la LECrim. para poder decidir sobre la admisión de la querrela dirigida por los delitos de injurias o calumnias contra particulares. En efecto, partiendo de la indiscutible naturaleza civil, ajena al proceso penal, de la conciliación exigida como presupuesto de procedibilidad de los delitos de calumnias e injurias dirigidas contra particulares (SSTS 2.^a de 25 de mayo de 1977, 7 de junio de 1988, 8 de mayo de 1989, 23 de mayo de 1989, 9 de marzo de 1992, 18 de marzo de 1992, 30 de marzo de 1993, 3 de marzo de 1995 y 21 de mayo de 1996), debe tenerse en cuenta que los artículos 45 de la LEC y 85.1 de la LOPJ disponen la competencia residual y atractiva de los Juzgados de Primera Instancia, para todos los asuntos civiles respecto de los que la ley no disponga expresamente su atribución a otro órgano y, en concreto, que el artículo 85.2 de la LOPJ les atribuye la competencia en los actos de jurisdicción voluntaria sin exclusión y ‘en los términos que prevean las leyes’. Por otra parte, sabido es que la voluntad del autor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es la de regular la conciliación en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria (Disposición Derogatoria Única, apartado 1.2.^a), pero también la de que, hasta entonces, continúen vigentes los artículos 460 a 480 de la LEC de 1881 (Título I ‘De los actos de conciliación’; Libro II ‘De la Jurisdicción contenciosa’) y, por tanto, entre ellos el artículo 463 de la LEC de 1881, que reconoce a los Jueces de Primera Instancia o de Paz del domicilio y, en su defecto, a los de la residencia del demandado la competencia exclusiva (‘únicos competentes’) para conocer de los actos de conciliación” (22).

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES: RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

1. Presentación de querrela

A) Regla general

Configurado como delito privado, únicamente perseguible por tanto a instancia de parte mediante la interposición de querrela; así lo establece el artículo 215.1 del CP (23): “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal”.

En consecuencia, la presentación de tal querrela supone un presupuesto procesal de perseguibilidad del delito.

(22) TOL 715.143.

(23) En relación a los artículos 804 y 811 de la LECrim.

Como declaró el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 17/2006, de 14 de febrero: “El propio apelante, en la denuncia inadmitida reconoce que los hechos constituyen un delito de injurias graves y con publicidad del artículo 209 del CP, así como que para perseguir dicho delito es imprescindible, por imperativo del artículo 215 del CP, la presentación de una querrela, justificando la denuncia en la interrupción de la posible falta de injurias leves, lo que demuestra el perfecto conocimiento de las exigencias legales para poder perseguir los hechos denunciados. Es cierto que el artículo 269 de la LECrim. impone al juez la investigación de los hechos denunciados, pero no en todo caso, pues excepciona los supuestos en los que los hechos no son constitutivos de delito o bien la denuncia es manifiestamente falsa. A ello hay que añadir, aquellos casos en los que no se cumplen las exigencias legales de orden procesal que para perseguir un determinado delito se puedan fijar por las leyes. Y esta excepción es precisamente la que justifica que no se inicie la investigación. El denunciante relata unos hechos que no califica en modo alguno como falta, pues en este caso no resultaría de aplicación el artículo 269, sino el artículo 963 del texto procesal, y el juez hubiera debido convocar a las partes al correspondiente juicio de faltas, sino que denuncia unos hechos que califica expresamente como delito y sobre los que conoce que necesita querrela para poder ser investigados. Al no adoptar esta forma esencial, pues es imperativo el artículo 215 del CP en su redacción, la única respuesta posible del órgano judicial es la que llevó a cabo, esto es, inadmitir una denuncia contra un delito sólo perseguible por medio de querrela, lo que en ningún caso resta efectividad a los derechos del apelante, pues cuando considere oportuno podrá interponer la querrela correspondiente contra el denunciado por los mismos hechos. Lo que no se puede pretender es saltarse, por la vía de evitar la prescripción de las faltas, una previsión legal muy concreta y clara” (24).

B) Excepciones

a) *Dirigidas contra funcionario público por ejercicio de su cargo*

Si bien no se especifica de manera taxativa, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en el Código Penal, que en este supuesto quede dispensada la condición de presentar querrela, el tenor legal del artículo 215 *in fine* del Código Penal (“se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”) permite sostener que en tal caso, si el ofendido quiere acudir a la Administración de Justicia, es suficiente la mera denuncia; entendiendo por

(24) *RJA*, marginal JUR 2006/203576.

tanto que la persecución del hecho delictivo ha perdido el carácter privado en atención a la persona del agraviado.

Subráyese que para ello la injuria o la calumnia se ha tenido que proferir contra el funcionario como tal, esto es, no contra su persona privadamente considerada, sino por hechos o actuaciones desarrolladas en ejercicio de su cargo.

Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 10/2005, de 31 de marzo: “Alega la parte apelante, en síntesis, ausencia de procedibilidad y/o perseguibilidad, vulnerándose, por falta de aplicación, el artículo 215.1 del Código Penal, entendiéndose que era exigible el que el procedimiento se iniciara por medio de querrela por considerar que los hechos imputados eran ajenos a su cargo ... De la simple lectura del cartel que trataba de fijar en la pared se desprende que lo referido en el mismo se dirigía contra el agente de la autoridad y lo era en relación con el ejercicio de su cargo, pues no cabe otra interpretación del hecho de que se reflejara no sólo su nombre sino también el número de su placa, haciendo expresa referencia a su condición de policía, por lo que bastaba denuncia para iniciar las actuaciones”⁽²⁵⁾.

Este proceso no presenta particularidad alguna.

b) Un caso controvertido: calumnia o injuria realizadas con publicidad

No era pacífico entre la doctrina procesalista y la jurisprudencia la necesidad de presentar querrela cuando la calumnia o la injuria contra particulares se ha cometido con publicidad. Controversia cuyo origen se encontraba en entender o no vigente el artículo 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que establecía en tal supuesto dos especialidades frente al proceso por calumnia o injuria entre particulares emitidas sin publicidad:

- Eximía el obligatorio ejercicio de la acción penal mediante querrela del ofendido; requiriendo únicamente la presentación de denuncia.
- Dispensaba igualmente el obligatorio acto de conciliación que el ofendido debía instar antes de acudir a la vía penal.

Previsión legal acorde al anterior Código Penal, pero que tras la entrada en vigor del actual texto legal en 1995, colisiona con el artículo 215.1 del referido cuerpo normativo penal; que preceptivamente dispone como regla general, sin distinción alguna del medio empleado en la comisión del hecho delictivo, la obligación de iniciar las actuaciones mediante querrela del ofendido.

(25) *RJA*, marginal ARP 2005/651.

Ante tal tesitura, la doctrina se dividía entre quienes, como HINOJOSA SEGOVIA, entendían que la previsión del artículo 4.1 de la Ley 62/1978 quedaría derogada tácitamente⁽²⁶⁾, y quienes, por contra, como DEL MORAL GARCÍA, estimaban que el precepto analizado continuaba vigente⁽²⁷⁾.

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, vino a solventar de manera definitiva la cuestión, al manifestar en su Disposición Derogatoria Única: “Quedan derogados los artículos 1 a 5 de la Ley”.

Por tanto, hemos, de entender que desde la entrada en vigor de la mencionada Ley, la voluntad del legislador ha sido instaurar un régimen único para la persecución penal del delito de calumnia o injuria contra particulares, con independencia de si la acción delictiva fue acompañada de publicidad o, por el contrario, quedó limitada la consumación del hecho a un ámbito estrictamente privado.

Concluyendo con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 254/2005, de 24 de mayo: “en la actualidad ... la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, cuya entrada en vigor se produjo el 28 de abril de 2003, derogaba expresamente los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. No hay, por tanto, duda alguna sobre cuál ha sido la voluntad del legislador, quien, con la derogación de tales preceptos, ha hecho desaparecer las especialidades procedimentales existentes en los supuestos de delitos de calumnia e injuria entre particulares con publicidad y ha establecido un sistema único y general sin distinción alguna y siendo un principio general del Derecho que donde la Ley no distingue tampoco los Jueces pueden distinguir”⁽²⁸⁾.

c) *Injurias y calumnias leves*

El artículo 620 del Código Penal establece que para el castigo de las injurias y calumnias “de carácter leve”, *id est*, calificables como falta y no como delito, únicamente es necesario la denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

(26) *Supra*, p. 766.

(27) Citado por CALDERÓN CERESO, *supra* p. 563.

(28) *Ibidem*.

d) *Inferidas en el ámbito de la violencia familiar*

Tampoco es necesaria la querrela, por considerarse delito público perseguible *ex officio*, cuando el hecho delictivo se cometiera contra el cónyuge o persona que mantenga con el autor análoga relación de afectividad, así como descendientes, ascendientes o hermanos, menores o incapaces o cualquier persona integrada en el núcleo de la convivencia familiar.

2. Acto de conciliación

Establece el artículo 804 de la LECrim. que a la querrela debe acompañar la certificación que acredite que se ha celebrado sin avenencia, o al menos intentado sin efecto, la conciliación previa a la interposición de querrela.

El carácter privado de estos delitos justificaría que la Ley mantenga como requisito de procedibilidad la celebración de tal acto de jurisdicción voluntaria⁽²⁹⁾, por lo que el legislador pretende, atendiendo a tal naturaleza, que el conflicto se solucione sin llegar a iniciarse el proceso penal⁽³⁰⁾.

Al configurarse como presupuesto procesal, su no verificación conlleva la inadmisión de la querrela. Reiterando por nuestra parte lo ya expuesto anteriormente sobre la unificación de los criterios de procedibilidad en todos los casos de injuria y calumnia contra particulares, incluidas las realizadas con publicidad.

En este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6.^a) de 2 de octubre de 2006: “Como se ha puesto de relieve recientemente en algunas resoluciones (entre otras, en los AAP Barcelona (Sección 6.^a) 8 de marzo de 2005 FJ 1.^o; Madrid 24 de mayo de 2005, FJ 2.^o; Madrid 23 de septiembre de 2005, y Jaén 26 de marzo de 2005, FJ 1.^o, estas dos últimas citadas por el recurrente en el escrito de apelación obrante en autos), la situación ha cambiado diametralmente tras la derogación de los artículos 1-5 de la Ley 62/1972, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por medio de la Ley 38/2002, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto con la derogación expresa de dichos preceptos se han eliminado las especialidades procedimentales existentes en los supuestos de delitos de calumnias e injurias entre particulares con publicidad estableciendo un único y general sistema en el que no se establece distinción alguna y, como de todos es sabido, donde la ley no distingue tampoco puede hacerlo quien tiene la función de aplicarla. Es por todo ello que esta Sala no puede más que admitir

(29) De “evidente manifestación del principio dispositivo” la califica HINOJOSA SEGOVIA, *supra*, p. 761.

(30) MORENO CATENA, V.: *loc. cit.*, p. 506.

el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la ‘Corporación Catalana de Comunicación SL’ y don José Enrique contra la interlocutoria dictada en fecha 14 de febrero de 2006 por la Titular del Juzgado de Instrucción núm. 26 de Barcelona en la que se admitió a trámite la querrela interpuesta por la representación procesal de D. Gonzalo y D. Juan, al no haberse presentado con la misma certificado de haber celebrado el querellante acto de conciliación previo con el querrellado o de haberlo intentado sin efecto”⁽³¹⁾.

Al amparo del segundo párrafo del artículo 278 de la LECrim., la falta de este requisito no impide la práctica de las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos; especialmente necesarias en aquellos casos en los que el presunto ofensor actúa bajo pseudónimo o amparado en el anonimato.

Desde el momento en que se aprecie la ausencia de acto de conciliación debe suspenderse el curso de las actuaciones; emplazándose al querellante a instar dicho acto de jurisdicción voluntaria. Así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 481/2005 (Sección 2.^a), de 19 de julio: “Una reiterada Jurisprudencia considera ineludible, como requisito de procedibilidad el intento de conciliación, si bien su ausencia resulta subsanable. Desde el momento que se aprecie esta circunstancia deberá suspenderse el curso de las actuaciones, con validez de lo actuado, concediendo un plazo al querellante para subsanar este defecto, y de no hacerlo, se procedería al archivo de la causa”⁽³²⁾.

Finalmente, indica CALDERÓN CERESO⁽³³⁾ que si el ofendido es menor de edad o incapaz no procede acto de conciliación, por la prohibición contenida en el artículo 460.2.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que ha de entenderse vigente en este punto⁽³⁴⁾.

3. Licencia del Juez

Cuando la presunta calumnia o injuria ha sido vertida en el curso de un proceso, exige la Ley que para ejercer la acción penal el ofendido, previamente debe obtener licencia del Juez ante el que se desarrolló el hecho delictivo.

(31) *RJA*, marginal JUR 2007/134490.

(32) *RJA*, marginal JUR 2005/248926.

(33) *Loc. cit.*, p. 564.

(34) Reiteramos que en aquellos supuestos de injuria o calumnias realizadas contra funcionarios o autoridades, con motivo del ejercicio de su cargo, no es preciso instar acto de conciliación. A título de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 481/2005 (sección 2.^a), de 19 de julio: “si el delito de calumnias e injurias contra funcionarios públicos es perseguible de oficio resulta patente que el acto de conciliación, como requisito de procedibilidad, queda limitado a aquellos supuestos en que el sujeto pasivo sea un particular, o caso de ser un funcionario público, no tenga relación el presunto ataque al honor con su actividad profesional”.

Para el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 100/1987, de 12 de junio, “mediante la autorización se pretende proteger a quienes han comparecido en un proceso frente a los perjuicios que una causa pudiera originarles como consecuencia de las manifestaciones realizadas o expresiones vertidas en aquél para la defensa de sus intereses y pretensiones. Por ello, aunque se trata de una restricción al derecho a la tutela efectiva, está constitucionalmente fundada”⁽³⁵⁾; siendo su justificación, precisamente, según el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a) núm. 181/2005, de 7 de junio: “el permitir procesalmente a las partes en un proceso hacer sus manifestaciones, permitiendo una defensa sin mermas, que ha de pasar en muchas ocasiones por realizar imputaciones ofensivas a la otra parte o a un testigo por ejemplo”⁽³⁶⁾.

Esta autorización hay que pedirla de manera expresa por la parte ofendida; para que el Juzgado o Tribunal ante el que se realizó el hecho delictivo que ahora se pretende perseguir pondere si las expresiones manifestadas pudieran exceder del derecho de defensa de quien las emitió⁽³⁷⁾.

Al igual que en sede de conciliación, si bien se erige en este supuesto la previa licencia o autorización del juez como requisito de procedibilidad, y por tanto de admisión de la propia querrela, cabe entender que es un requisito subsanable; así lo ponen de manifiesto resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.^a), de 10 de julio de 1997: “La cuestión que se plantea es que dicho requisito, es decir, su incumplimiento, debe llevar a rechazar la querrela de plano, o si cabe, su aportación en un momento posterior. La Sala no comparte el criterio del Juez de instrucción, tal requisito tiene el carácter de subsanable, evidentemente no cabe admitir a trámite la querrela sin que se cuente con la autorización del Juzgado ante el que se vertieron las injurias, pero sí cabe que el Juzgado otorgue un plazo para subsanar el defecto”⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Consultada en www.boe.es/g/e/bases_datos_tc. Reiterada en la STC 36/1988, de 17 de febrero.

⁽³⁶⁾ *RJA*, marginal JUR 2005/176911.

⁽³⁷⁾ Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.^a), Auto núm. 169/2005, de 22 de septiembre, *RJA*, marginal JUR 2005/262731: “La mera solicitud de un testimonio de particulares ‘a fin de iniciar las oportunas acciones penales y civiles contra la Sra. Ernesto’, según consta en el escrito dirigido al juzgado por la parte en el procedimiento civil —folio 145—, no es equiparable a la autorización o licencia prevista en los artículos 279 y 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ni puede entenderse que la providencia de 21 de noviembre de 2003 que accedió a expedir el referido testimonio contiene una autorización implícita que, por otra parte, no es suficiente, máxime cuando la petición de la parte no da pie a ello, pues no precisa qué tipo de acción va a interponer y en el caso de las penales si lo va a ser por delito o falta”.

⁽³⁸⁾ *RJA*, marginal ARP 1997/1018.

Subsanación que deberá efectuarse en la primera instancia, no siendo posible *a posteriori* en fase de recursos; como bien se pronuncia la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.^a) en su Auto núm. 169/2005, de 22 de septiembre, que su ausencia es un defecto subsanable: “la cuestión que se plantea es que dicho requisito, es decir, su incumplimiento, debe llevar a rechazar la querrela de plano, o si cabe, su aportación en un momento posterior; tal requisito tiene el carácter de subsanable, evidentemente no cabe admitir a trámite la querrela sin que se cuente con la autorización del Juzgado ante el que se vertieron las injurias, pero sí cabe que el Juzgado otorgue un plazo para subsanar el defecto. Lo que no cabe es la subsanación en la segunda instancia ni la declaración de nulidad para reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio, porque se desvirtuaría la finalidad perseguida por estos preceptos al establecer este requisito de procedibilidad, que es la previa ponderación por el juez o tribunal ante el que se han efectuado las expresiones injuriosas o calumniosas de la oportunidad de perseguir estos delitos”.

Por último, la expresión legal “vertida en juicio” del artículo 805 de la LECrim., no debe apreciarse *stricto sensu*, esto es, referida únicamente al acto procesal del juicio oral. Sino que, por el contrario, es predicable de todo el curso del procedimiento desde su inicio hasta su resolución firme. En este sentido es invocable el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.^a) núm. 258/2005, de 25 de mayo: “La expresión legal de calumnia o injuria vertida en juicio no se refiere al momento del juicio oral propio del proceso penal, en contraposición a su fase sumarial. En primer lugar, la posibilidad de verter expresiones de tal naturaleza en un juicio no se restringe a la jurisdicción penal, sino que es extensible a todos los órdenes jurisdiccionales y comprende todos los procesos contenciosos, por tanto con la única exclusión de los actos de conciliación y los actos de jurisdicción voluntaria, que carecen de tal condición (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero y 29 de junio de 1889, 18 de abril de 1923, 22 de mayo de 1953 y 14 de marzo de 1959). En el mismo sentido se ha interpretado la expresión ‘juicio’ de la figura tipificada en los artículos 393 y 395 del Código Penal, relativos a la presentación en juicio de un documento falso, que debe entenderse como equivalente a la aportación a cualquier tipo de proceso, sea de naturaleza civil, penal, laboral o contencioso-administrativo (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero y 28 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2001. En el mismo sentido, la Sentencia de 6 de junio de 2001 indica que el término juicio es inespecífico y exige una valoración jurisprudencial, considerando absurda la interpretación reduccionista que entienda la mención como sólo referida a la fase del juicio oral; concluye que debe considerarse una expresión sinónima de procedimiento judicial, y comprensiva de todos los órdenes jurisdiccionales. En segundo lugar, y ya en relación al proceso penal, nada autoriza a excluir la fase sumarial del ámbito de aplicación de la norma (Sentencia de 9 de marzo de 1905), conclusión a la que se llega también por la

interpretación jurisprudencial de la expresión juicio en los tipos antedichos. En definitiva, como enseña la Sentencia de 22 de mayo de 1953, es juicio en la expresión del artículo 215.2 ‘toda actuación encaminada a obtener de la Autoridad judicial una resolución sobre cualquier pretensión que pueda afectar a un tercero’, por cuya razón tampoco cabe excluir la necesidad de la licencia por la circunstancia de que la conducta imputada se haya producido en el contenido de una denuncia, y aunque el sujeto activo no se haya constituido en parte procesal, pues tal condición no está exigida en el precepto analizado”⁽³⁹⁾.

V. LEGITIMACIÓN. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Su naturaleza de delitos privados hace que la calumnia y la injuria únicamente sean perseguibles a instancia de parte, en el caso que sean proferidas contra particulares.

En tal supuesto tan sólo puede ejercer la acción penal, por medio de querrela, el ofendido. *A sensu contrario*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.ª), núm. 103/1996, de 15 de julio: “las frases que figuran en el artículo redactado por el acusado y publicado en el periódico Jaén, de ser injuriosas, lo son para una persona totalmente determinada y concreta, personalmente, don Cándido V., que era el gestor máximo de la ‘Cía. Telefónica de España, SA’. Y de ahí deduce seguidamente que al no haber interpuesto la querrela dicho señor sino la ‘Cía. Telefónica de España, SA’, los hechos estarían prescritos por aplicación del artículo 113 del CP; careciendo de legitimación dicha persona jurídica para la interposición de la querrela que dio origen al procedimiento”⁽⁴⁰⁾.

No sólo pueden ser parte activa de este proceso penal las personas físicas, sino que parece igualmente que pueden ostentar la calidad de querrellado, en cuanto agraviado por el delito, las personas jurídicas; habiéndose pronunciado favorablemente al respecto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de febrero de 1990⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ *RJA*, marginal ARP 2005/677.

⁽⁴⁰⁾ *RJA*, marginal ARP 1996/445.

⁽⁴¹⁾ Citada por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª), de 10 de enero de 2003, *RJA*, marginal JUR 2003/58147. Cuestión no pacífica si tenemos en cuenta pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal, como evidencia la Sentencia de 3 de febrero de 1984: “sujeto pasivo, pueden serlo las personas individuales, incluidos los enajenados y los niños, discutiéndose acerbamente si las personas jurídicas o las colectividades pueden serlo”.

Hay que señalar sin embargo que no pueden actuar en defensa de ataques contra el honor los colectivos indeterminados sin personalidad jurídica; ni incluso cuando el hecho delictivo sea predicado o inferido contra autoridades genéricamente, pues siguiendo el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 15 de marzo de 2000: “el vigente Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, despenalizó el delito de injurias a clases del Estado, al desaparecer el párrafo tercero del artículo 467 del Código Penal de 1973, por lo que las expresiones vertidas no son constitutivas de delito. Respecto a las proferidas contra Jueces, Magistrados o Fiscales, concretando de quiénes se trata, requieren la denuncia de la persona ofendida” (42).

Pudiera suscitarse la duda sobre la vigencia de la sucesión procesal en este tipo de procedimientos penales, que venía expresamente regulada en el Código Penal de 1973. Actualmente el Código Penal en vigor no contiene una disposición del tenor del artículo 466 del anterior texto legal (43); pero quizás una tesis que defendiera tal sucesión procesal pudiera encontrar amparo en el artículo 276 de la LECrim.

La Audiencia Provincial de Sevilla se pronuncia negativamente al respecto de la operatividad del citado precepto de nuestra Ley rituarial criminal; rechazando en su Auto núm. 22/2004, de 21 de enero, que el mencionado artículo sea de aplicación a efectos del proceso penal que estudiamos. En atención a los siguientes argumentos:

- “— La regla acabada de transcribir no ha sido incluida en el vigente Código Penal de 1995; y en principio podría pensarse que una vez suprimida del ordenamiento penal habría que acudir y aplicar la regla general sobre la cuestión del artículo 276 de la LECrim., conforme al cual se tendrá por abandonada la querrela cuando habiendo fallecido el querellante, ‘no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a sostenerla...’ dentro de determinado plazo.
- Sin embargo la propia LECR excluye la aplicación de su artículo 276 a casos como el presente. Ya que en el artículo 104 establece que ‘Las acciones penales que nacen de los delitos de ... calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal’.
- Durante la vigencia del CP de 1973 esta remisión del artículo 104 de la LECR había de entenderse referida al artículo 466 de dicho Código

(42) TOL 811017.

(43) “Artículo 466 del Código Penal de 1973: Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos, y en todo caso el heredero.”

Penal; y una vez que entró en vigor el vigente Código Penal de 1995, la misma remisión impone la estricta aplicación de su artículo 215, según el cual ‘nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal...’.

- En consecuencia, en nuestro caso la única persona legitimada para ejercer acciones penales por calumnias o injurias inferidas en su contra era (el fallecido); y su fallecimiento tuvo por ello como consecuencia la imposibilidad de que prosiguiera la tramitación de la causa, por no existir, insistimos, otra persona o personas legitimadas para ejercer acciones penales por dichos presuntos delitos de calumnias o injurias. Ya que, además y como ha dictaminado el Ministerio Fiscal, no puede ser parte en este proceso, por referirse a presuntos delitos privados y no públicos o semipúblicos” (44).

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, bajo el imperio del Código Penal de 1973, si la calumnia o la injuria habían sido cometidas a través de la imprenta o de medios de difusión, se consideraban ilícitos penales de naturaleza semipública, y tras la preceptiva denuncia condicionada, el Ministerio Fiscal pasaba a ser parte acusadora.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la duda se planteaba ante la redacción original del artículo 215.1 del citado texto legal, que parecía permitir la actuación del Ministerio Público en los casos de injuria o calumnia dirigida contra funcionario público en ejercicio de su cargo, en razón a que el tenor legal parecía otorgarle al ilícito penal carta de naturaleza semiprivada (semipública) en tal supuesto (45); sometiendo su persecución judicial únicamente al requisito de la denominada denuncia condicionada, de manera que bastaba que el agraviado pusiera en conocimiento de la autoridad el hecho delictivo para que el Fiscal pudiera entrar como parte del proceso y continuar ejerciendo la acusación aun cuando el ofendido se retirara del curso procedimental.

La Fiscalía General del Estado, en su Consulta 7/1997, de 15 de julio, definió su papel procesal en base a la consideración de la vigencia de un régimen unitario normativo para los delitos de injuria o calumnia contra particulares, con independencia del medio comisivo de la acción delictiva; procesos en

(44) *RJA*, marginal JUR 2004/69927. El paréntesis es añadido.

(45) En su redacción original el artículo 215.1 del CP disponía: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. *Bastará la denuncia* cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”.

los que los miembros de la Fiscalía no intervendrían: “Ambos supuestos se configuran bajo la regulación del NCP como delitos de carácter privado que precisan para su persecución, a tenor del artículo 215.1, de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. El Ministerio Fiscal no es parte en tales procedimientos a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LECrim.

A la conceptualización de todos estos delitos como privados lleva la consideración, efectuada en el apartado VI de la Circular 2/1996 de esta Fiscalía General, de la derogación tácita del artículo 4 de la Ley 62/1978 en virtud del artículo 215 y de la Disposición Derogatoria Única, apartado 2, del nuevo CP. En dicha Circular se decía que el artículo 215.1, al hablar de la necesidad de querrela sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el artículo 4.1 de la Ley completa y renovada de toda esta materia que, recogida en el artículo 215, ha supuesto la derogación de las especialidades contenidas en la Ley 62/1978”.

Por contra, la propia Fiscalía General del Estado se consideraba legitimada como parte acusadora, previa denuncia del agraviado, cuando el atentando al honor se cometiera contra funcionario público en ejercicio de su cargo, estimando que “se regulan como delitos semipúblicos, siendo el resto de las injurias o calumnias delitos privados”.

Reforzando su criterio posteriormente, la modificación del precitado artículo 215.1 del CP operada en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que permitió a partir de su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 la persecución de oficio de estos delitos cuando se cometían contra funcionario público, autoridad o agente en ejercicio de su cargo, y convirtiendo por tanto estas figuras delictivas en públicas. Con lo cual la intervención del Ministerio Fiscal en su persecución judicial quedaba patente de manera notoria.

Presenta también alguna duda la intervención del Fiscal en el juicio de faltas por injurias leves; en razón a que el legislador en este caso no exige la presentación de querrela, sino únicamente la denuncia. Y a mayor abundancia, el artículo 969.2 de la LECrim.⁽⁴⁶⁾ parece dejar a potestad del Ministerio Fiscal su actuación en tal supuesto.

No obstante, estimamos que la declaración como falta no modifica el carácter privado del ilícito penal. Por lo que en atención a una interpretación

⁽⁴⁶⁾ Artículo 969.2 de la LECrim.: “El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado”.

teleológica de los propios dictámenes de la Fiscalía General del Estado en la materia, así como a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que informan el proceder del Ministerio Público, entendemos que en juicios por faltas de injuria o calumnia leves contra particulares no debería intervenir como parte el Ministerio Fiscal. En tal sentido, cítese la Circular 1/2003, de 10 de abril: “La cuestión acerca de la intervención o no del Fiscal, ha de entenderse por consiguiente reducida a los estrechos márgenes impuestos por el legislador, esto es, a aquellas faltas cuya persecución exija la denuncia del ofendido o perjudicado, que —en la actualidad— son las tipificadas en los artículos 620 (salvo cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 153, donde no se exige denuncia previa excepto para la persecución de las injurias), 621 y 624... En este sentido, conviene tener presente que, como sostuvo el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1994, de 24 de febrero, ha sido el propio legislador quien ha relativizado el interés público en la persecución y punición de determinadas infracciones, atribuyendo su denuncia y el ejercicio de la acusación al particular ofendido y relevando al Fiscal de hacerlo, no siempre, sino en aquellos casos en que lo autorice el Fiscal General del Estado ... Los anteriores argumentos permiten sostener la no asistencia del Fiscal a los juicios de faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado”⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ Circular 1/2003, de 10 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL (*)

VIRGINIA DOMINGO DE LA FUENTE

*Especialista en mediación penal, coordinadora del servicio
de mediación penal en Burgos, presidenta de AMEPAX*

SUMARIO

- I. LA ALTERNATIVA A LA CRISIS DEL DERECHO PENAL.
- II. ORIGEN Y DEFINICIONES DE JUSTICIA RESTAURATIVA.
 - 1. **Origen.**
 - 2. **Definiciones.**
- III. OBJETIVOS, CARACTERÍSTICAS Y BENEFICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.
 - 1. **Objetivos.**
 - 2. **Características.**
 - 3. **Beneficios.**
- IV. ¿CUÁLES SON LOS MODELOS UTILIZADOS PARA REALIZAR JUSTICIA RESTAURATIVA?
 - 1 **Mediación de víctima e infractor.**
 - 2 **Conferencia de Familia o Grupo de Comunidad.**
 - 3 **Tratado de Paz o Círculo de Sentencia.**

(*) Este artículo forma parte del 1.º libro de investigación de esta autora: “Justicia Restaurativa y mediación penal: de la teoría a la práctica”. Número asiento registral 00/2005/917.

V. RAÍZ COMUN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA ACTUAL JUSTICIA RETRIBUTIVA.

- 1 **Restitución.**
- 2 **Servicio Comunitario.**

VI. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA.

VII. MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

VIII. MEDIACIÓN PENAL. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. **Doctrina.**
2. **Bases legales y jurisprudenciales.**
 - A) Derecho Constitucional.
 - B) Código Penal.
 - C) Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - D) Ley Orgánica General Penitenciaria.
 - E) Ley de Responsabilidad del menor.
3. **Derecho supranacional.**
4. **Naciones Unidas.**

IX. BIBLIOGRAFÍA

I. LA ALTERNATIVA A LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

Paradójicamente, todo se pretende solucionar acudiendo al Derecho Penal, existe una creencia o más bien una esperanza en el hecho de que el endurecimiento de las penas y, en general, el rigorismo punitivo pueda ser la panacea de todos los problemas de la sociedad. Se incrementa inconmensurablemente la función del Derecho punitivo, pero su eficacia real y potencial dista mucho de ser la que fantasean los que acuden a este derecho pretendiendo soluciones mágicas. Cada vez es más frecuente acudir a los Tribunales ante cualquier conflicto por pequeño que éste sea. Existe una creencia de que, por esta vía, se va a conseguir una solución más satisfactoria para ambos, y a pesar de que suele revelarse como muy poco idóneo para resolver los litigios porque no atiende a las necesidades de las personas, sigue siendo el único cauce que encuentran los ciudadanos para resolver las disputas y para satisfacer la demanda de respuesta ante la comisión de un delito.

El castigo al culpable se torna en una auténtica obsesión social y por una parte reconcilia a la colectividad con la idea de justicia, intimida al culpable y al resto de potenciales candidatos y finalmente sacia la sed de venganza de la comunidad, pero aun así se olvida y deja sin respuesta a quien queda en una situación de mayor vulnerabilidad: la víctima. Además se está prescindiendo de algo tan relevante e importante como es la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad. Es de destacar que a pesar de este considerable aumento del rigorismo en las sanciones, la realidad muestra unas altas tasas de reincidencia y escasa contención de los infractores incluso ante las penas más “cruels”. Por tanto, como he venido diciendo, esta inflación del derecho penal no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano.

Por todo esto, se puede concluir diciendo que una sociedad responsable debe tener resortes propios para la gestión de sus conflictos basándose especialmente en el principio de intervención mínima, hoy en día en trance de desaparecer merced a la multiplicidad de tipos penales y el aumento cuantitativo de las penas. En este sentido, la justicia restaurativa y dentro de ella la mediación penal es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal. Éste trata de esclarecer si el hecho denunciado existió, si el imputado participó activamente en él y con qué grado de responsabilidad.

La mediación, sin embargo, parte de otra premisa: el reconocimiento voluntario de la existencia del conflicto por parte de la víctima e infractor. Esto es relevante, pues dicho reconocimiento voluntario de la autoría y la responsabilidad es el punto de partida para la resolución del conflicto, aunque no hay que olvidar que este reconocimiento de la autoría no implica que deban dejarse de valorar cuantas circunstancias concurren para modular la antijuricidad y la culpabilidad.

Por otra parte, las necesidades que expresan las víctimas de la mayoría de los delitos que acaban en los tribunales, no tienen relación con la dureza del castigo que se impone al agresor, sino con el restablecimiento de todas las seguridades que estas personas han perdido por el delito. Las necesidades reales de las víctimas no suelen coincidir con las pretensiones procesales. Ello explica, como he venido diciendo, la frecuente desilusión con el sistema judicial al crear una seria insatisfacción, después de haber puesto todas las esperanzas en el que se cree el único medio posible. En este sentido, el proceso penal no sólo no respeta estas necesidades sino que supone, en algunos casos, una experiencia dolorosa para las víctimas, no en vano se ha denominado a esta experiencia la “victimización secundaria” y así según CHRISTIE, N. ⁽¹⁾ “la víctima en un caso

(1) CHRISTIEN, N., “Conflicts as Property”, en *British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1. Traducción al español en “De los delitos y de las víctimas”. MAIER, J. (comp.) Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

penal, es una especie de perdedor por partida doble, primero frente al infractor y después frente al estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto, el estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean conveniente”.

La mediación considera las causas reales del conflicto y sus consecuencias, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor. Se intenta evitar, siempre que sea posible, una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, acompañada y reparada ni del infractor de recuperar el papel social del que es despojado cuando entra en prisión, ni la de la sociedad que puede recuperar para sí a ambos y pacificar la convivencia, cumpliendo con múltiples mandatos constitucionales de lograr la paz social. Según ROXIN⁽²⁾ “la reparación tiene efectos resocializadores ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a asumir legítimos intereses de las víctimas”.

A pesar de lo que pueda parecer, según MARK UMBREIT⁽³⁾, director del Centro de Paz y Justicia Restaurativa de Minnesota (EEUU), y en contra de lo que opinan algunas personas “la justicia restaurativa no pretende ser blanda con los delincuentes sino, por el contrario, busca modos de restaurar a la víctima”.

“Además propone que se centre la atención en las víctimas, se las atienda y el delincuente asuma la responsabilidad por el daño que ha hecho a las personas y sus familias”.

MARK UMBREIT explica sus experiencias en los casos en que las víctimas y los delincuentes han participado en procesos de mediación y, posteriormente, los mediadores han propuesto a los jueces condenas dirigidas a realizar obras sociales, compensar moralmente a la víctima y a la sociedad. Siguiendo esta línea, la mediación y por tanto la Justicia Restaurativa apuesta por la responsabilidad social y el principio del derecho penal mínimo coadyuva a la dimensión preventivo-especial: la responsabilidad ética del infractor.

Para concluir se debe mencionar que: el lugar natural de la mediación penal es la justicia restaurativa. Además, no se apuesta por una vía alternativa al proceso penal, sino un cauce complementario, pero siempre incardinado dentro del propio proceso, eso sí, reduciendo al mínimo el ámbito del derecho penal y teniendo siempre en el horizonte la función reeducadora y reinsertadora de las penas privativas de libertad, al ser algo inherente a nuestro estado social y democrático de derecho. Se debe intentar devolver a la comunidad su protago-

(2) “De los delitos y de las víctimas”, EJER, MIRSCH, ROXIN, MAJER y BERTON.

(3) “Restorative Justice through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment”. *Western Criminology Review* 1 (1), 1998, Mark Umbreit.

nismo, procurando una efectiva protección y reparación a la víctima, asegurando el derecho a la integración social del infractor.

Todo esto no sólo es más justo, sino también más eficaz, eficiente y mucho más barato.

II. ORIGEN Y DEFINICIONES DE JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Origen

Es muy difícil determinar exactamente el momento o el lugar en que se originó. Lo que sí es seguro, es que las formas tradicionales y autóctonas de Justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la Justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas.

Son en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

Hacia el año 1974, la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado.

El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores (Howard Zehr)⁽⁴⁾. En Elkhart, Indiana, el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “el centro para Justicia Comunitaria”.

Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo.

La Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas.

En Canadá, la cadena: “Interacción para la Resolución de Conflictos trabaja de forma similar al FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido).

(4) “Fundamental Concepts of Restorative Justice”. Akron, Pennsylvania Mennonite Central Cominitte 1997. Howard Zehr.

En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

2. Definiciones

- A) La Justicia Restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo en un delito específico resuelven colectivamente el cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.
- B) Las Naciones Unidas la definen como:

Una **respuesta evolucionada** al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social, a través de la sanación de víctimas, ofensores y comunidades. Define la Justicia Restaurativa como respuesta y no como programa con lo que se habla de la filosofía y de unos valores que refuerzan el concepto y son:

- Sensibilidad.
 - Apertura.
 - Confianza.
 - Esperanza.
 - Sanación.
- C) Otra definición que puede darse es por diferencia con la Justicia Penal contemporánea:
- La **Justicia Penal** ve al crimen como una simple transgresión de la ley.
 - La **Justicia Restaurativa** reconoce que el crimen daña a las víctimas, a las comunidades y a los mismos delincuentes.
 - La **Justicia Penal** da solamente papel al gobierno y al infractor.
 - La **Justicia Restaurativa** incluye también a las víctimas y a las comunidades.
 - La **Justicia Penal** mide cuánto castigo fue infringido.
 - La **Justicia Restaurativa** mide cuántos daños son reparados o prevenidos.

III. OBJETIVOS, CARACTERÍSTICAS Y BENEFICIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Objetivos

En un marco de Justicia Restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen las responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia⁽⁵⁾.

La Justicia Restaurativa es un conjunto de valores y creencias acerca de lo que significa la justicia.

Esta teoría busca como objetivos primordiales:

1. Invitar a la completa participación y al consenso.
2. Sanar lo que ha sido roto.
3. Buscar completa y directa responsabilidad.
4. Reunir lo que ha sido dividido.
5. Fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores.
6. Buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y del Estado.
7. Buscar la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad.

2. Características

- A) El crimen es visto en primera instancia como un conflicto entre individuos que desemboca en ofensas a la víctima, la comunidad y al mismo ofensor y en segunda instancia se comprende como una violación contra el Estado.
- B) La dirección del proceso debe ser hacia la creación de paz en las comunidades reconciliando las partes y reparando los daños causados.
- C) Facilita la participación activa de los tres agentes, víctima, ofensor y comunidad, con el objetivo de encontrar soluciones al conflicto.

3. Beneficios

Para la **víctima** representa una oportunidad de obtener reparación, sentirse seguro y buscar el cierre de sus heridas.

A los **ofensores** les permite indagar en las causas y efectos de su comportamiento y asumir la responsabilidad de manera significativa.

⁽⁵⁾ AMSTUTZ, L. & ZEHR, H.: "Víctimas/ofensores, sistema de Justicia Juvenil", conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita.

A la **comunidad** la habilita para comprender las causas subyacentes del crimen, para promover su bienestar y prevenir futuras acciones criminales (**Naciones Unidas**).

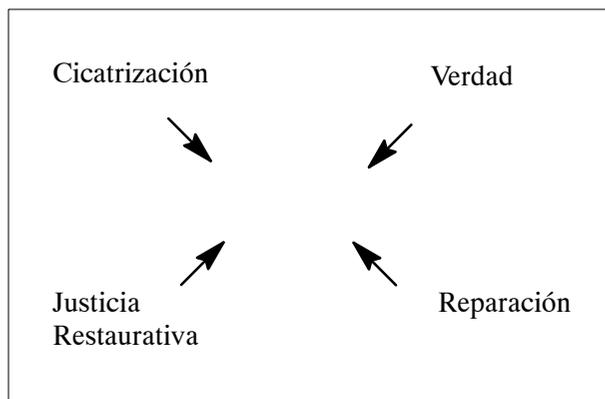
Por tanto, los **beneficios concretos de esta justicia son:**

- Permite a la **víctima** negociar soluciones satisfactorias (recuperando la sensación de control al tener capacidad de participar en la decisión del modo de resolver la situación). Pone rostro e historia al infractor, va a ser escuchada, reparada y va a obtener respuesta a muchas preguntas (va a poder pasar página de la experiencia negativa-razones profundas del comportamiento delictivo, recuperando la tranquilidad personal con la oportunidad de encontrar respuestas a las incógnitas generadas por el delito).
- La **comunidad** se involucra en el proceso, lo cual provee un ámbito de apoyo y promoción a la seguridad comunitaria. Será una sociedad más madura, crítica y reconciliada. Además la atención a las necesidades de la víctima y la comunidad contribuye a la mejora de la imagen social de la justicia como institución.
- Los **ofensores** son confrontados respecto a la aceptación de su responsabilidad lo cual los convierte en agentes activos y comprometidos en sus obligaciones con la víctima y la comunidad (les permite reconocer el valor intrínseco de la persona y su capacidad para rectificar su propia conducta). Constituye un esfuerzo positivo su adhesión interna a las normas sociales y valores de convivencia. En conclusión, los infractores no sólo se responsabilizan de su conducta sino que van a poner rostro e historia a la otra persona (conociendo las necesidades y expectativas reales de la víctima para poder tomar las iniciativas apropiadas y respetar su voluntad). Por el hecho de participar en una mediación y reparar el daño van a poder ver reducida su sanción penal.
- El sistema penal: Incorpora una herramienta útil para la individualización de las respuestas judiciales aumentando así su eficacia. Disminuye la reincidencia (prevención especial positiva). Aporta un valor añadido a la función reeducadora y resocializadora de la pena privativa de libertad favoreciendo el tratamiento.

Los individuos que participan experimentan un sentimiento de inclusión y penetración en el proceso de Justicia Criminal.

La práctica de la Justicia Restaurativa (y dentro de ésta y como una forma de realizarla: la mediación) es muy accesible y atractiva para las personas por su naturaleza flexible y menos formal.

Puede entonces inferirse que **contribuye a agilizar el proceso y a descongestionar el aparato de Justicia.**



En este cuadro se puede ver cómo la Justicia Restaurativa (y también la mediación) contribuye junto con la cicatrización, verdad y reparación a la mejor satisfacción de la víctima, haciéndola partícipe de todo el proceso y consiguiendo la reconciliación, lo cual sin duda es beneficioso para toda la comunidad en su conjunto.

La respuesta penal por sí sola, en general, no cicatriza heridas. Cuando el infractor sale de prisión, sale con más odio que con el que entró. La mediación permite que esto no sea así. Las partes han podido dialogar y enfrentarse al problema. **A través de los principios fundamentales** que inspiran la justicia restaurativa, y por ende la mediación, como es la **Reparación**, se va a conseguir no solo que la víctima se sienta escuchada y partícipe de su propio conflicto, sino que también la va a servir para comprender (no en el sentido de justificar) la situación del infractor, siendo todo esto un paso importante para la curación de las “heridas”.

Un límite fundamental de la Justicia Restaurativa (y sus modelos como los Círculos de Sentencia o la mediación...) es que ésta **se apoya en la cooperación** de las partes involucradas y, por tanto, si el ofensor se niega a aceptar la responsabilidad del crimen y a cumplir con sus obligaciones con la comunidad y la víctima, no se puede hablar de Justicia Restaurativa.

IV. ¿CUÁLES SON LOS MODELOS UTILIZADOS PARA REALIZAR JUSTICIA RESTAURATIVA?

Es aceptado que los siguientes tres métodos son sellos de calidad de la justicia restaurativa. Cada uno requiere que el infractor admita la responsabilidad del delito. Cada uno está limitado a las partes, quienes participan voluntariamente.

1. Mediación de víctima e infractor

Éste es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un mediador.

Los objetivos de la mediación de víctima y de infractor incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de la propia voluntad, animando al infractor a comprender sobre el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, y proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño.

Hay más de 300 programas de mediación de víctima e infractor en Norte América y más de 500 en Europa. Las investigaciones en tales programas encontraron una más elevada satisfacción entre las víctimas, una mayor probabilidad de que el infractor cumplirá con la obligación de restitución, y menos infractores cometiendo nuevos delitos, comparados con los que siguieron un proceso de corte normal.

2. Conferencia de familia o Grupo de Comunidad

Este proceso junta a la víctima, infractor, familia, amigos y partidarios importantes de ambos, para decidir cómo dirigir la consecuencia del crimen. Los objetivos de la conferencia incluyen: dar a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en responder al delito, aumentado la conciencia del infractor del impacto de su conducta y darle una oportunidad de tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo a infractores para hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro y permitir al infractor y la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad.

La conferencia fue adaptada de las prácticas tradicionales de Maori en Nueva Zelanda, donde es operada fuera del departamento de servicio social, y fue modificada aun más en Australia para la policía.

Está ahora en uso en Norte América, Europa y en Sudáfrica, en una de aquellas dos formas. Ha sido usada con infractores juveniles (la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda son manejados por entrevistas) y con infractores adultos.

Las investigaciones en tales programas demuestran un muy alto grado de satisfacción para las víctimas y los infractores en los procesos y resultados.

3. Tratado de Paz o Círculos de Sentencia

Éste es un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía,... sobre un plan de sentencia apropiado que satisfaga las inquietudes de todas las partes interesadas.

Las metas de los círculos incluye: promover la curación de todas las partes afectadas, dando la oportunidad al infractor de enmendar, dando a las víctimas, infractores, miembros de familia y comunidades una voz y una responsabilidad compartida para hallar resoluciones constructivas, dirigiendo causas fundamentales de conducta criminal, y construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores compartidos de la comunidad.

Los círculos fueron adaptados de ciertas prácticas tradicionales nativas Americanas y están siendo utilizadas en todo Norte América.

V. RAÍZ COMÚN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA ACTUAL JUSTICIA RETRIBUTIVA

Cada uno de los procesos de Justicia Restaurativa, en el epígrafe anterior mencionados, finalizan con un acuerdo sobre cómo el infractor enmendará los daños causados por el delito.

Dos sanciones de la justicia tradicional son utilizadas en la respuesta restaurativa del delito: **la restitución y el servicio a la comunidad.**

1. Restitución

Es el pago por parte del infractor de una suma de dinero para compensar a la víctima por las pérdidas financieras causadas por el delito. Es justificada desde la perspectiva restaurativa, como un método de mantener a los infractores responsables por sus malas acciones y como un método de reparar el daño a la víctima.

La restitución puede ser determinada en el curso de la mediación, la conferencia o los ciclos; puede también ser ordenada por un juez. En otras palabras, es un resultado potencialmente restaurador que puede resultar ya sea de un proceso restaurador o de un proceso de justicia convencional.

Estudios han demostrado que la restitución aumenta la satisfacción de la víctima con el proceso judicial y que el uso de la restitución estaba asociado con la reducción de la reincidencia. Otros estudios han demostrado que cuando la restitución es determinada durante la mediación, es más probable que se pague que cuando resulta de una orden proveniente del juez.

En nuestro derecho, como más tarde expondré, existe la del art. 21.5 del CP “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”. Este concepto de reparación está íntimamente vinculado con la responsabilidad civil y así el art. 109 del CP establece que la ejecución de un hecho descrito en la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él

causados. Y el art. 110 del CP habla de que la responsabilidad comprende 1) restitución, 2) reparación y 3) indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, aunque estos artículos emplean conceptos idénticos de reparación y de intentar restaurar el daño causado, el alcance de uno y otro es totalmente diferentes.

Así, mientras los artículos de la responsabilidad civil se quedan en un carácter netamente civilista y no van más allá de la estricta letra de la ley, el art. 21.5 tiene un sentido más amplio, con la reparación se trata de procurar ayuda a la víctima y también de fomentar la reparación, para satisfacer el interés social y mantener la paz de la comunidad.

En este sentido, es admitido, por reiterada jurisprudencia, la reparación simbólica. No olvidemos que esto abre un amplio campo de posibilidades, no sólo porque la restitución y reparación real se hacen imposibles en determinados casos, sino también porque algunos delitos carecen de víctima concreta y determinada, teniendo que hacer el esfuerzo reparador a la comunidad en su conjunto de una manera simbólica, reconociendo la transgresión de la norma y comprometiéndose a realizar determinadas actividades o a abstenerse de hacer determinadas conductas (esta posibilidad está contemplada en el art. 112 del CP en relación con el art. 1099 del CC). Pensemos, por ejemplo, en el caso de drogodependientes, con esta actitud de reparar (ingresar en centro de desintoxicación) y con este “no hacer” (no volver a tomar drogas) no sólo se está reparando el daño causado a una víctima concreta si la hay o a la comunidad (aunque sea de una manera simbólica) sino que también, en la práctica, se está evitando posibles conductas delictivas, ayudando a la prevención del delito.

2. Servicio comunitario

Es el trabajo realizado por un infractor para el beneficio de la comunidad. Es justificada en una perspectiva restaurativa como un método de dirigirse al daño experimentado por la comunidad cuando ocurre un crimen. Sin embargo, puede ser utilizado por razones compensatorias o como una manera de rehabilitar al infractor.

Lo que distingue su uso como respuesta restaurativa es la atención dada para identificar el daño particular sufrido por la comunidad como resultado del crimen por parte del infractor, y el esfuerzo para asegurar que los servicios a la comunidad por parte de éstos reparen ese daño particular.

Así, por ejemplo, pensemos en los infractores que ponen grafitis en los edificios, a éstos se les puede asignar el servicio comunitario de limpiar los grafitis del vecindario.

Los programas de servicio comunitario en África construyen procesos de hábito para hacer reparación, así, se dirigen al interés de la comunidad y facilitan la reintegración del infractor.

En nuestro Código Penal, tras la reforma que entró en vigor en octubre de 2004, se ha potenciado la labor de los trabajos en beneficio de la comunidad como una clase de pena más, y así en la exposición de motivos de esta ley se dice que “en relación con la sustitución de las penas se incluye como novedad que, en el caso de que las penas no excedan de dos años en relación con reos no habituales, puedan ser sustituidas por multa y trabajos en beneficio de la comunidad”, con la finalidad de potenciar la aplicación de esta última modalidad penológica y **conseguir un claro efecto resocializador y reeducativo.**

VI. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA, DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

El lugar natural de la mediación es la Justicia Restaurativa. Ésta, como he venido diciendo, es una filosofía, una forma de entender la justicia distinta de la que ha sido la más generalizada, la Retributiva.

Hasta ahora, la idea de Justicia estaba polarizada en torno a la noción de castigo. Habíamos hecho una traducción secularizada de la idea del Dios justiciero que “premia a los buenos y castiga a los malos” y, más en concreto, hablando de Justicia Penal se imponía la idea de la centralidad de la pena.

Es, por tanto, la Justicia Restaurativa un nuevo movimiento que reconociendo que el crimen causa daños a las personas y a las comunidades, insiste en que la Justicia repara esos daños y las partes pueden participar en ese proceso. En este sentido, la inclusión es el valor fundamental que lleva y conserva a los más afectados por el crimen al frente de los procesos de toma de decisiones. Una fuerte orientación hacia la escucha y el diálogo también es central para cualquier proceso restaurativo.

Una forma de llevarse a cabo esta nueva filosofía de Justicia es la Mediación, y en general se puede decir que es un procedimiento en el cual las partes, ayudadas por un tercero (mediador) que no tiene facultades de decisión, intentan resolver un conflicto. El mediador o facilitador sirve de cauce para que víctima y ofensor puedan llegar a acuerdos de restauración y reparación del daño y también para que el infractor asuma su responsabilidad por el hecho cometido.

Se está ofreciendo ingresar en un proceso de mediación que, si arriba con éxito, repara de algún modo el daño y, lo que es más importante, opera preventivamente para aminorar la posibilidad de aparición de otros conflictos de índole similar en el futuro, sin perjuicio de que la vía penal se mantenga abierta.

La mediación se rige y se alimenta de los mismos principios y posee los mismos beneficios de la Justicia Restaurativa, pues es una forma de poner en práctica esta Justicia, además, con ésta se reducen los costes tanto económicos como emocionales porque se controla el resultado y se mejora la comunicación,

consolida la comprensión y confianza, resguarda la relación y es base de negociaciones futuras.

La mediación, en su vertiente penal, no plantea ningún problema con respecto a los delitos en que hay una víctima conocida y determinada. El conflicto podría surgir en delitos sin víctima (por ejemplo, los delitos de peligro, en los que se requiere solamente la realización de una determinada actividad, no siendo necesario la efectiva lesión o daño del bien jurídico protegido).

Un claro exponente de esto sería la **conducción bajo los efectos del alcohol**, ¿hay con quién mediar? Con la comunidad ¿Cómo se podría reparar? Ayudando como voluntario en un centro de discapacitados por accidentes de tráfico, por ejemplo.

Esto no sería trabajo en beneficio de la comunidad, como condena a cumplir por obligación del juez, sino como una prestación voluntaria del infractor, por mediación, que después podrá ser valorado por el juez, en cuanto supone un menor reproche al haber intentado reparar el daño que ha causado, si bien de una **manera simbólica**.

Según reiterada jurisprudencia, debe ser considerada como reparación a todos los efectos y como una atenuante, así la **STS de 6 de octubre de 1998** dice que “cuando el actor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de las mismas, en tales casos se dará una reparación simbólica que por regla general debe admitirse en toda clase de delitos”.

Otra posibilidad de reparación, como ya apunté en otro apartado de esta exposición, sería el compromiso de no hacer (art. 1099 del CC) que en el ejemplo en concreto conllevaría el no volver a ingerir alcohol y someterse a tratamiento rehabilitador, en su caso, con esto no sólo se repara el daño causado a la comunidad (como víctima indeterminada en esta clase de delito) y se devuelve la confianza en las normas como decía la STS, sino que también se está reduciendo y previniendo la comisión de hechos y conductas similares (se evita la reincidencia).

Se podría plantear una nueva pregunta **¿existe un compromiso de cumplir y acatar estos acuerdos de reparación y por tanto de convivencia?**

La estadística establece que el nivel de cumplimiento de los acuerdos es más alto que el de un proceso ordinario, cualquiera que éste fuere. El porqué vendría dado por el hecho de que son las propias partes las que fijan de forma totalmente voluntaria estos compromisos de futuro, no siéndoles impuesto por una persona externa a ellos.

Como conclusión se puede afirmar que la mediación en sus diferentes formas ya sea penal, comunitaria, escolar o política,... es una de las maneras a través de la cual la Justicia Restaurativa puede impregnar de nuevos valores

nuestra forma de ver la Justicia y la manera de abordar el tratamiento de los conflictos.

VII. MEDIACIÓN Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

La Mediación es un proceso negocial que con dirección de un tercero neutral que no tiene poder de decisión, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control e intercambio de información favoreciendo el comportamiento cooperativo de las partes.

Esta mediación se integra dentro de los sistemas alternativos a los tribunales para resolver los conflictos, es decir, dentro de los **RAD (Resolución Alternativa de Disputas)**.

Dentro de estos mecanismos nos encontramos:

— Negociación.

Es un procedimiento por el cual las partes intentan resolver sus conflictos sin la intervención de un tercero.

— Conciliación.

Está prevista en las leyes y se realiza ante el juez. Existe otra acepción de esta palabra en el sentido de un procedimiento similar a la mediación en la que el conciliador puede proponer fórmulas de arreglo conservando las partes el poder de aceptarlas o no.

— Arbitraje.

Procedimiento en el que la decisión de la disputa se deja en un tercero (árbitro). Las partes plantean sus posiciones, se puede producir pruebas o no y se dicta un laudo. Comparte similitudes con un juicio aunque permite una resolución más rápida.

— Mediación.

Un tercero neutral ayuda a las partes a resolver sus conflictos. Es una negociación asistida por un tercero.

Hay además *otras formas de RAD* como cláusulas mediación/arbitraje, minijudio, previa evaluación neutral, *ombudsman* (defensor del pueblo).

Existen **dos líneas de pensamiento en torno a la mediación:**

1) Modelo tradicional lineal (Harvard).

- Entiende la comunicación en un sentido literal.
- Cada uno expresa su contenido y el otro escucha o no.
- El mediador es un facilitador de la comunicación.
- Pone su acento en la comunicación verbal.
- Entiende que el conflicto tiene una causa que es el desacuerdo en general, no se consideran los orígenes en múltiples causas.
- Trabaja sobre intereses, necesidades,... sin tener en cuenta el factor emocional. Es por ello que no intenta modificar las relaciones entre las partes.
- Como método propone la curación del conflicto permitiendo que salgan las emociones para luego avanzar.
- Para esta postura la mediación sería “exitosa” cuando se llega a un acuerdo.

2) Modelo transformativo de Baruch y Folger.

- El enfoque transformativo define el objetivo como el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes.
- En la mediación transformadora se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en la mediación.
- Estos dos autores (como se ha dicho ya) plantean que la meta en mediación es un mundo en el que no sólo las personas estén mejor sino que ellas mismas sean mejores, más humanas, más compasivas, más tolerantes y se van a potenciar dos capacidades, la revalorización y el reconocimiento:
 - a) La **revalorización** en el sentido de devolver a los individuos un cierto sentido de su propio valor, de su fuerza, que sean conscientes de su capacidad para afrontar los problemas en la vida. No los depositamos en un juez que toma una decisión ajena a nosotros, sino que somos nosotros los protagonistas de nuestra propia historia.
 - b) El **reconocimiento** en el sentido de aceptación y empatía con respecto a la situación y a los problemas de los terceros. Salgo de mi papel de víctima para encontrarme con el infractor y salgo de mi papel de infractor para encontrarme con la víctima.

Por último, cabe decir que **la mediación se suele recomendar cuando:**

1. Hay relación que se perpetua en el tiempo y se quiere acabar con el problema pero no con la relación.
2. Las partes quieren conservar el control sobre el resultado.
3. Las partes convienen que la disputa no favorece a nadie y ninguno desea entablar el litigio.
4. Cuando existe una variada gama de soluciones.
5. Cuando no existe un desequilibrio de poder desmesurado.
6. Cuando se quiera resolver el conflicto de forma más rápida y sin excesivos costes.

VIII. MEDIACIÓN PENAL. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Con la mediación penal se hace referencia a los conflictos que tienen una tipificación expresa en las leyes penales y son considerados como antijurídicos (bien faltas o bien delitos).

Actualmente existe una imposibilidad de dar respuesta concreta a la demanda social, con la consecuente deslegitimación para la institución judicial. Ésta se encuentra saturada por la gran cantidad de causas que, en definitiva, coadyuvan a la paralización del sistema en la persecución de las conductas delictivas graves.

La forma tradicional en que el sistema judicial administra los litigios tiende más a formalizar las diligencias que a aportar una solución específica para el tipo de conflicto de que se trate.

Por otra parte, existen disputas en las que el demandante más que solicitar algún tipo de *vindicatio* por un hecho definido, busca la resolución rápida de una circunstancia delictiva mediante la intervención estatal y es aquí donde se genera la insatisfacción de la ciudadanía.

Es por eso que se hace necesario la búsqueda de formas de resolución de conflictos de carácter penal, complementarios a la vía ordinaria: **la mediación penal.**

Éste es un procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo, mediante una prestación voluntaria del autor a favor del ofendido o la víctima y, cuando no sea posible realizarlo ante el ofendido, se llevará a cabo ante la comunidad.

Es un proceso de diálogo y comunicación voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial y neutral con el objetivo de llegar a unos acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes.

Se intenta a través de esta mediación rescatar la confianza, credibilidad y eficacia basados en la apertura hacia la diversidad, conscientes de que la justicia

y la paz social se pueden alcanzar por vías complementarias a la contienda judicial o litigio, en el entendido de que la garantía de impartición de justicia no se limita a la emisión de sentencias, como quizá muchos ciudadanos creen.

Es necesario, en este punto, analizar sucintamente, los fundamentos jurídicos de la mediación penal.

1. Doctrina

Uno de los **principios fundamentales del derecho penal es el de intervención mínima**, el cual establece que no debe utilizarse este derecho cuando exista la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. El convencimiento de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio (es decir, tras el fracaso de otros modos de protección), obliga a reducir al máximo el recurso al derecho penal, debiendo ser considerado como la última *ratio*.

Siguiendo estas consideraciones MIR PUIG establece que para proteger los intereses sociales del estado se deben agotar los medios menos lesivos antes de acudir al derecho penal. Deberá preferirse según este autor la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales, así civiles, por ejemplo, reparación de daños y perjuicios, administrativas, como por ejemplo, multas... Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. De ahí que este principio se denomine también de subsidiariedad.

Por otra parte es de resaltar que el **Código Penal ha ampliado el arbitrio judicial** de forma considerable especialmente en lo tocante a la determinación y aplicación de las penas (arts. 66 y 80 y ss. del CP) así como en su individualización. Uno de los momentos de la individualización de las penas sería el judicial, en éste el juzgador determinará, si la ley lo permite, la clase de pena y su duración. Según la doctrina imperante, para ello los juzgadores deberían poseer una especial preparación no sólo jurídica sino también psicológica y sociológica, entre otras, que les permitiera conocer la personalidad del delincuente. Recibirían toda clase de informes, debidamente controlados relativos a la vida y antecedentes de aquéllos, y si fuera preciso (al resultar imposible que una sola persona tenga conocimientos en tan amplias y dispares materias) podrían y deberían recurrir a la ayuda de especialistas. Sería deseable también que antes del juicio se efectuara una serie de exámenes al inculcado para conocer su personalidad y medio social con el fin de prever sus posibles reacciones al tratamiento penal y dilucidar si cupiese en todo caso una alternativa.

Estos especialistas deberían ser capaces de colaborar con el juzgador y coadyuvar con éste a la hora de mostrarle la relación víctima-delincuente, si

existe en el caso concreto, y sus posiciones y necesidades, el grado de arrepentimiento, posibles acuerdos a los que pudiera llegarse a la hora de restaurar el orden jurídico perturbado..., es decir, mostrarle un elenco de posibilidades fácticas que inciden de lleno en la evolución del juicio y en la posible pena (atenuantes, eximentes, sobreseimiento y archivo, sustitución o suspensión de la pena...).

De acuerdo con gran parte de la doctrina jurídica y filosófica los **finés u objetivos de las penas son la retribución, prevención y rehabilitación.**

- Con la **retribución** se intentaría volver las cosas al estado que tenían antes de la comisión del delito, cuando sea posible, en otro caso se trataría de minorar los efectos de la conducta delictiva, o en último lugar, la pena desde este punto de vista sería la respuesta de la sociedad al delincuente por el mal que causó.
- Desde la función de la **prevención** tanto general como especial se intenta disuadir a otros y al mismo delincuente de la comisión de nuevos delitos.
- Y con la **rehabilitación** se trata de conseguir que el delincuente vuelva al marco social del que se separó.

Estos objetivos de las penas se encuentran recogidos en el **art. 25.2 de nuestro texto constitucional** el cual aunque sólo alude a la reeducación y reinserción, según autores como MIR PUIG los otros fines de la pena vendrían respaldados por el art. 1 en el que habla de España como un estado social y democrático de derecho. Al constituirse nuestro estado de esta forma, el *ius puniendi* ha de estar sujeto no sólo al límite del principio de legalidad que impone el estado de derecho sino a otra serie de límites que se derivan de su carácter de estado social y democrático como el principio de intervención mínima, ya mencionado, y el respeto a la dignidad humana e igualdad.

Conviene subrayar, que siguiendo esta línea, el **derecho penitenciario tiene como meta también la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad** (art. 1 de la LOGP) y se intenta conseguir a través del tratamiento.

Así se define en el **art. 59.1** como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los internos, añadiéndose que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley así como subvenir a sus necesidades. Tampoco escasean las referencias al futuro en que el interno sea “capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos” (**art. 61.1 de la LOGP**). En definitiva, queda pues constatado que nuestro sistema penal y penitenciario pretende prevenir las conductas delictivas o bien promover una resocialización penal, en el sentido de evitar recaídas en el delito. Esta reinser-

ción se pone de manifiesto también en el tratamiento pospenitenciario al establecer en el **art. 73 de dicha LOGP** que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

Respecto de la **Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, cabe destacar el punto 5 de la exposición de motivos que dice: “Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las Sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente **no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas**”.

Seguidamente, en el **punto 13 de la exposición de motivos**, “Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la **reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general** y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Es de destacar el hecho de que **la Ley Penal del Menor prevé ya unos mecanismos que tímidamente se fundamentan en la filosofía de la justicia restaurativa, basada en dar participación a la víctima en el proceso y conseguir, con todo esto, una mejor satisfacción de su interés vulnerado como consecuencia de la comisión de un acto delictivo.**

Nada impide que esta tendencia, iniciada por esta ley, pueda incorporarse a la justicia de adultos pues si, como he dicho, no hay referencias legales que amparen expresamente la mediación penal y justicia restaurativa, tampoco hay prohibición expresa, y de gran parte de artículos de nuestro texto constitucional y del Código Penal (que más tarde se examinarán) se infiere la posibilidad de llevarse a cabo, como ya se ha realizado en otras comunidades autónomas.

2. Bases legales y jurisprudenciales

A) Derecho constitucional

Art. 1.1: *“España se constituye en un Estado social democrático de Derecho...”*

Art. 9.2: *“Corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.*

Estos artículos muestran el interés del constituyente en superar la separación entre sociedad y estado, propia de épocas pasadas, estableciendo una relación, justamente en la que hace del segundo un instrumento efectivo y servicial de la primera. Por tanto, a la exigencia de una legitimación democrática se añade la legitimación del Estado por el cumplimiento de su papel de integración de resolución adecuada de problemas y de conflictos sociales, dando participación activa a los interesados para lograr una mayor y más pronta satisfacción de los conflictos. Así la STC 11/1981 se refiere a la armonización en la mutua acción Estado-Sociedad que supone el estado social: *“(...) tiene la significación, de legitimar medios de defensa a los intereses y grupos de población socialmente dependientes, y si el estado social no excluye los conflictos, sí puede y debe proporcionar los cauces para resolverlos”.*

Art. 9.3: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

El proceso de mediación y justicia restaurativa no sólo no vulnera el principio de legalidad ni de jerarquía normativa puesto que es respetuoso con todas

las normas legales y procesales, sino que además ayuda a la mejor comprensión del hecho juzgado. La mediación, y por tanto la justicia restaurativa como procedimiento inserto en una causa penal, aporta al proceso argumentos que ayudan a la valoración del delito y a la calificación del mismo a la hora de dictar sentencia. Al proporcionar elementos importantes para que el juez decida, se está dotando al proceso de mayores y mejores garantías.

Art. 10: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

El estado tiene como fin último, lograr una convivencia en paz de todos los ciudadanos, lo que se puede llevar a cabo de una forma más satisfactoria, facilitando el diálogo de los posibles implicados en un litigio. Habilitar a las partes a que tomen un posición activa y protagonista en el proceso, contribuye a la mayor satisfacción por el funcionamiento del sistema judicial, así como la asunción de una responsabilidad moral y social sobre los hechos cometidos y sufridos respectivamente, que conducen a su posterior prevención.

Art. 24.1: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

En ningún caso se debe desposeer al Juez de su facultad de decidir en cuestiones dentro del ámbito penal.

Al ser la mediación y la justicia restaurativa un procedimiento voluntario tanto en su inicio como en su conclusión, pudiendo cualquiera de las partes participantes, renunciar en cualquier momento a continuar o terminar dicho proceso, a llegar o no a acuerdos, o a acatarlos o no, este precepto constitucional no queda vulnerado. Por otra parte, la mediación penal y la justicia restaurativa son fórmulas de resolución y prevención de conflictos que se insertan inexcusablemente dentro de un proceso judicial, iniciándose el procedimiento de mediación bajo la tutela del juez y terminando antes del archivo del caso o su sentencia, ayudando a dejar constancia escrita y motivada de los acuerdos tomados por las partes, que son pieza fundamental, tanto en la motivación del archivo como de la citada sentencia.

Art. 24.2: *“Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

Respecto de la presunción de inocencia, la mediación al ser un proceso voluntario, no afecta a ésta en ningún sentido. El acusado puede asumir en la

medida que él libremente estime, su responsabilidad en los hechos enjuiciados, no siendo necesario para iniciar el proceso, su autoinculpación. En consonancia con esto, el art. 406 de la LECrim., establece que la confesión del inculpado no excluye la necesidad de que el Juez realice todas las pruebas necesarias para llegar a su convencimiento sobre los hechos confesados y la comisión del delito. La mediación penal y los procedimientos de justicia restaurativa, de alguna manera actúan como medios de prueba en la valoración de la experiencia subjetiva, tanto del acusado como de la víctima, por el delito cometido así como por los objetivos y las metas a alcanzar por el proceso judicial.

Art. 25.2: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”*

El procedimiento de justicia restaurativa aporta al proceso la posibilidad de que las partes lleguen a acuerdos en este sentido. Una justicia meramente retributiva o punitiva no resuelve ni previene el delito o los daños causados, por lo que un modelo restaurativo, no sólo tiene soporte jurídico en nuestro ordenamiento, sino que además es una demanda de nuestro estado social.

Art. 39: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

Siguiendo la misma línea de argumentación, la Constitución establece la necesidad de que el estado trate de favorecer un ambiente adecuado para que cada individuo, integrado en el núcleo familiar, pueda desarrollarse como persona. Esto implica que la consecución del objetivo de lograr la paz social, favorece no sólo a los acusados sino al resto de la comunidad. Si es muy cierto que el delito afecta al delincuente y a su víctima, no es menos cierto que repercute inevitablemente en su entorno familiar, de tal manera que siendo la familia una institución que debe ser protegida por la sociedad, la mejor resolución de los conflictos penales favorecerá la prevención de los delitos y la reinserción en la sociedad del delincuente, así como la normalización de las relaciones con su familia y su comunidad.

Art. 43.2: *“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*.

A lo largo del texto constitucional, se ve una clara preocupación por cada ámbito de la vida de los ciudadanos. De este artículo en particular, se infiere una preocupación por establecer toda clase de medidas preventivas o *a posteriori* para tutelar la salud. Esta preocupación por la salud no es ajena a la administración de justicia, pues la salud física o psíquica es la base para clarificar conceptos tan importantes como la imputabilidad penal. Por otra parte, es el apoyo fundamental para lograr la rehabilitación y reinserción de los delincuentes (uno de los fines de nuestro estado social y democrático de derecho) y también, no se

debe olvidar que la salud, desde el punto de vista social, ayuda a obtener una visión más amplia y completa de las circunstancias que rodearon la comisión del hecho y de las posibles variables a la hora de dictar sentencia.

A este respecto y en esta línea la Organización Mundial de la Salud define la salud como el perfecto estado de bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de dolor o enfermedad.

Art. 120.3: *“Las sentencias serán siempre motivadas...”*

Para eludir la arbitrariedad en toma de decisiones tan importantes como las de los tribunales, se establece en la Constitución la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales, para lo cual el juzgador debe proveerse de los argumentos suficientes y necesarios en los que basar su convicción sobre los hechos.

Como se ha comentado anteriormente, la experiencia subjetiva de los implicados es muy importante en la valoración del delito y sus consecuencias. El proceso de mediación penal y justicia restaurativa establece un marco de encuentro de las partes interesadas que resuelve por escrito y con la debida motivación el conflicto surgido entre ellos por el hecho delictivo. De esta manera, el acuerdo de las partes a este respecto ayuda a motivar la resolución judicial en todo aquello que se refiera a la experiencia subjetiva de las partes.

Art. 124: *“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.*

La misión fundamental del Ministerio Fiscal es actuar en defensa de los intereses de los ciudadanos y a él le compete también el que los tribunales lleguen a resoluciones en las que se satisfaga el interés general de la mejor forma posible, para lo que el proceso de mediación y, por tanto, de justicia restaurativa puede ser una herramienta eficaz y de gran ayuda.

B) Código Penal

Art. 21.2.^ª: atenúa la responsabilidad criminal a causa de la grave adición a las sustancias establecidas en el artículo anterior.

Art. 21.5.^ª del vigente Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre): La reparación del daño.—*“Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.*

La reparación del daño causado a la víctima puede consistir, por ejemplo, en procurarle una satisfacción, bien de índole moral, bien de carácter material o indemnizatorio. Para que esta conducta atenuatoria surta efecto, es necesario que se realice antes de la celebración del juicio oral siendo en principio posible la atenuación para quien realiza la conducta reparadora una vez señalado el juicio oral pero no celebrado y también en los casos de suspensión de éste, si la conducta se verifica tras el acuerdo de suspensión y antes de la ulterior reanudación.

Contenido de la reparación: El artículo 21.5.^ª del CP no define cuál deba ser el contenido de esa reparación. La jurisprudencia ha ido perfilando este contenido y los requisitos que debe presentar la reparación y la disminución del daño para que tengan reflejo atenuatorio:

1. **Ha de ser efectiva.** Por ejemplo, consignando las cantidades sustraídas (SSTS de 17 de octubre de 1998 y de 26 de abril de 1999).

2. **Es independiente incluso de la aceptación de la víctima o perjudicado.** STS de 17 de octubre de 1998: “En el caso que da origen a este recurso ha quedado probado que el procesado, ahora recurrente, reparó los daños causados por sus delitos, consignando para ello cantidades incluso superiores a las que había sustraído y sin tener en cuenta que dos de los perjudicados habían renunciado a ser indemnizados”. STS de 21 de octubre de 2003: “Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante [...] Lo que en todo caso sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibilidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación”.

3. **Cabe una reparación parcial,** adecuada a la capacidad reparadora del sujeto (SSTS de 23 de diciembre de 1999 y 24 de enero de 2001).

4. **No es necesario que sea integral, pero sí que sea sustancial** (STS de 12 de febrero de 2000) o relevante (STS de 26 de abril de 1999).

5. **Puede ser simbólica,** caso de una petición de perdón (SSTS de 8 de noviembre de 1994 y de 28 de octubre de 1995). En este sentido, se entendería como reparación simbólica poner inmediatamente en conocimiento de los agentes de la autoridad la existencia del fuego y colaborar en las tareas de extinción del mismo (SAP de Pontevedra, Sección 4.^ª, 9 de febrero de 2000); cooperar con la Policía para detener al destinatario de 4,475 kg de cocaína que portaba la acusada (STS de 18 de octubre de 1999, núm. 1383/1999); o la actividad de voluntariado que está llevando a cabo en la Asociación “Ciudad

Joven”, dado que no existe una víctima concreta (ST núm. 78 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Valencia, de 2 de marzo de 2000). También la STS de 6 de octubre 1998 señala que “cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica que, por regla general, debería ser admitida en todos los delitos”.

Así pues, cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (STS de 19 de febrero de 2001, 30 de abril de 2002, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

6. No se identifica totalmente con el concepto civil de reparación. STS de 4 de febrero de 2000: “Con relación al artículo 21.5.^a del CP, el legislador emplea el término reparación en un sentido amplio más allá de la estricta significación que se deriva del art. 110 del CP donde la responsabilidad civil tiene un innegable matiz jurídico civilista. Se trata de procurar ayuda a la víctima, incentivar la reparación [...] satisfacer un interés general que afecta tanto a la comunidad como a los intereses de las víctimas”. Cf. también STS de 2 de diciembre de 2003.

7. Debe **solicitarse expresamente su aplicación**, no basta presentar sólo el documento de consignación (STS de 23 de diciembre de 1999).

8. El último párrafo de la STS de 6 de octubre de 1998 permite la aplicación no sólo a delitos de resultado, sino también a los de simple actividad. Por ejemplo, nada impide aplicársela al traficante que decide colaborar en la rehabilitación de drogodependientes y ello al margen de las atenuadas previstas en el propio tipo privilegiado (art. 376 tanto en la vigente redacción, como *in fine* según LO 15/2003, que incorpora un tratamiento jurídico específico para el drogodependiente rehabilitado por razones inteligentes de política criminal), o quien ha puesto en peligro la seguridad en el tráfico y decide incorporarse como voluntario a un Centro de Tetrapléjicos, víctimas de accidentes viarios.

9. Los baremos de referencia a la hora de estimarla o desestimarla han de ser: las condiciones del culpable y la gravedad de su conducta (STS, Sala Segunda, de 29 de septiembre de 1998).

10. Es indiferente la motivación del sujeto (incluso, cabe que su única motivación sea obtener una ventaja penológica).

11. Tiene una clara finalidad de revalorizar el papel de la víctima en el proceso penal: STS de 26 de abril de 1999: “Queda acreditado que ha sido abonado el perjuicio causado, lo que sin duda debió haber exigido la aplicación del art. 21.5.^a del CP, que introducida en el vigente Código Penal constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima.

Por un lado, supone un claro indicio de un apartamiento de su actividad delictiva facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. De otro lado, se facilita la satisfacción a la víctima, la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconociendo que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también, un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo”. En la misma dirección, STS de 30 de junio de 2003.

12. **Cabe ser aplicada como muy cualificada**, con las consiguientes consecuencias a efectos de dosimetría penal (bajar uno o dos grados la pena). STS de 24 de julio de 2001: “La conducta revela una asunción de la culpabilidad y un restablecimiento del orden jurídico lesionado por los acusados que disponen sus conductas positivamente a reparar el daño producido. Ello implica el conocimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento del actuar contrario a la norma y una voluntad dirigida al restablecimiento de su eficacia reparando el mal causado y, en definitiva, solucionando la situación conflictual producida por la conducta delictiva, Procede estimarla como muy cualificada”. STS de 5 de noviembre de 2003: “[...] pues la lesión jurídica ha sido plenamente restañada, no sólo devolviendo lo defraudado, sino cuantos daños y perjuicios ocasionó [...]. Lo que permite rebajar en dos grados la pena”. También STS de 10 de mayo de 2001 *et passim*.

13. **Es compatible con la atenuante de confesar la infracción a la autoridad del art. 21.4.^a del CP** “pues aun tratándose de comportamientos posdelictuales se refieren a conductas distintas que exigen una distinta atenuación y obedecen a razones de política criminal que el legislador plasma en el Código Penal” (STS de 23 de enero de 2001).

14. **Debe ser aplicada con generosidad y gradualidad**. La STS de 30 de junio de 2003 establece doctrina general: “A) La atenuante que nos ocupa debe ser interpretada con la mayor flexibilidad, en el sentido de no poner cortapisas a la actitud reparadora del sujeto agente. B) La atenuación deberá ser objeto de matices y gradaciones al objeto de señalar la intensidad atenuatoria de la misma, diversificando situaciones. [...]”

Indudablemente, tampoco podría considerarse de igual manera la restitución total, incluso con daños y perjuicios, que la que se hace parcialmente. La atenuación abarca a ambas posibilidades (intensidad de la restitución). [...] También es posible aquilatar el grado de dañosidad ocasionado y después reparado, desde el punto de vista de la víctima. [...]. En el plano de los principios y por constituir materia del motivo que estudiamos, deberían quedar fuera de la posible estimación los siguientes supuestos: A) Las reparaciones ilusorias o

aparentes, sin apenas efectividad [...] B) Junto a este supuesto deben añadirse los actos de reparación teñidos de ilicitud”.

15. **Persona que ha de realizarla:** El autor de la infracción (o un tercero en su nombre siempre y cuando ésta se realice por orden y cuenta del sujeto activo, ante la imposibilidad por su parte de llevar a cabo dicha conducta).

En los casos de sustitución y suspensión de la ejecución de la condena se atenderá al esfuerzo realizado para reparar el daño (arts. 88.1 y 80 y siguientes del CP): En el caso de la sustitución, tanto para penas de prisión que no excedan de un año como para las que no excedan de dos, se tendrá en cuenta “el esfuerzo realizado para reparar el daño causado (...)”. A los efectos de la suspensión del art. 80, párrafo segundo, cuando se hace referencia a la previa audiencia de las partes, éstas (si ha existido un proceso de mediación) lo pondrán de manifiesto.

Artículo 21.4.^ª del CP: “*Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*”.

El elemento subjetivo de ambas atenuantes (art. 21.4.^ª y 5.^ª) es similar: cooperar con la Administración de Justicia o realizar actos tendentes a disminuir el daño causado, sin que se valoren cuáles sean los motivos que han llevado al autor a esa reparación.

Elemento objetivo de la atenuante del artículo 21.4.^ª (la confesión de la infracción a las autoridades): con relación al elemento cronológico, ALONSO FERNÁNDEZ entiende que existirán tres supuestos que se mueven temporalmente desde la comisión del delito hasta que efectivamente un procedimiento se dirige contra una persona determinada, y en los tres supuestos, la confesión realizada será, cronológicamente hablando, válida:

- a) Confesión realizada a partir de la comisión del hecho delictivo y antes de que se haya incoado procedimiento alguno.
- b) Confesión realizada encontrándose ya abierto un procedimiento, en el que todavía no se haya determinado el culpable, o equivocadamente se dirija contra persona no responsable de delito.
- c) Confesión realizada encontrándose un procedimiento en marcha, y que se dirija contra el auténtico responsable de la infracción, pero que éste desconozca tal hecho, en el momento de emitir su confesión.

Con relación al **contenido del concepto, “procedimiento judicial”**, la mayor parte de la jurisprudencia entiende que es el que se inicia con la instrucción del atestado por parte de los funcionarios policiales, dado que es el que hace nacer el proceso judicial y forma parte del mismo.

Por lo que respecta al **contenido de la confesión:** debe ser total, auténtica, veraz y sin ocultar datos que perjudiquen al confesante.

Art. 21.6.^a del CP: “*Son circunstancias atenuantes: cualquier otra circunstancia de análoga significación que los anteriores*”.

No se trata de analogía en las circunstancias como en el Código de 1870 sino de analogía en la significación, es decir, circunstancias que, aun no siendo análogas atendiendo a los hechos que las constituyen, lo son en cuanto deben suponer una disminución de la culpabilidad o la antijuricidad.

Cualquier conducta reparadora que se lleve a cabo fuera de esos momentos procesales a los que se refiere el art. 21.4.^a y 5.^a del CP podrá ser valorada ante instancia superior como una atenuante analógica (art. 21.6 del CP).

Art. 80 del CP: “*Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a 2 años mediante resolución motivada (...)*”

Art. 83.1 del CP: “*La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al art. 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones (...) de entre las siguientes: (...)*

6.^a *Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona*”.

Art. 84.1 del CP: “*Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena (...)*”

Art. 87.1, 4 y 5 del CP: suspensión de penas privativas de libertad no superiores a cinco años (...) a causa de su dependencia (...) Que se certifique por Centro o Servicio Público o Privado (...) Los Centros o Servicios responsables del Tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador (...) la información precisa (...) el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondiente, estime necesaria la continuación del tratamiento...

Art. 88.1 del CP: “*Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales (...)*”.

“Excepcionalmente, (...) podrán sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (...)

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad (...)” adicionalmente, se impondrá además, *“la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico (...)*”

Art. 90 del CP: *“1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados (...):*

c) *Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (...)*”

Art. 91.1 del CP: *“Excepcionalmente (...) el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del ministerio fiscal, instituciones penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”.*

Art. 91.2 del CP: *“A propuesta de instituciones penitenciarias y previo informe del ministerio fiscal y de las demás partes (...) el juez de vigilancia penitenciaria podrá delantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la libertad condicional (...) Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.*

Art. 95.1 del CP: *“Las medidas de seguridad se aplicarán por el juez o tribunal, previos los informes que estimen convenientes (...) siempre que concurren las siguientes circunstancias 1.ª que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito 2.ª que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto, pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.*

Art. 97 del CP: *“Durante la ejecución de la sentencia el juez o tribunal sentenciador adoptará, mediante un procedimiento contradictorio, previa pro-*

puesta del juez de vigilancia penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones: a) mantener la ejecución (...) b) Decretar el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada (...) d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación (...)”

Art. 105 del CP: “ (...) *Para decretar la obligación de observar alguna de las medidas previstas en este artículo, el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad*”.

Art. 130.5.^ª del CP: “*La responsabilidad criminal se extingue: Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla*”.

C) Ley de Enjuiciamiento Criminal

Art. 746.6.^ª de la LECrim.: Se abre un turno de intervenciones, en el juicio oral (art. 786.2 de la LECrim.) a instancia del órgano sentenciador, en el que las partes pueden exponer lo que estimen oportuno acerca de diferentes cuestiones como, por ejemplo, pueden solicitar la suspensión del juicio (art. 746 de la LECrim.) por ser necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6.^ª de la LECrim.). La suspensión del juicio será por un máximo de treinta días (art. 788.1 de la LECrim.).

Art. 787 de la LECrim.: **(en el procedimiento abreviado)** El juez puede proceder con la conformidad de ambas partes a una sentencia de conformidad, con el escrito de acusación o con el que se presentare en el acto.

Art. 655 de la LECrim.: (conformidad en el procedimiento ordinario).

Según MUERZA ESPARZA ⁽⁶⁾, cuando la Ley dice “con el escrito que se presente en dicho acto, se está presuponiendo negociaciones previas entre acusación y defensa, aunque la Ley nada especifique al respecto”.

La mediación penal puede desempeñar una función importante, con cualquiera de las modalidades de conformidad, antes expuestas, podríamos hablar de una Conformidad de Calidad, en tanto puede contribuir a la efectividad de los escritos conjuntos de acusación y defensa en los que se manifiesta la conformidad por:

⁽⁶⁾ MUERZA ESPARSA, J., *El proceso penal abreviado*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Darle al perjudicado una solución adecuada a sus necesidades.

Darle al imputado la posibilidad de responsabilizarse en el perjuicio causado y por ello se produce un efecto preventivo de cara a futuros comportamientos inadecuados.

Dar razones de política legislativa dirigidas a evitar la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

D) Ley Orgánica General Penitenciaria

Art. 72.5 de la LOGP: “La clasificación o progresión al tercer grado del tratamiento requerirá (...) que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura (...)”

E) Ley de Responsabilidad Penal del Menor

Esta Ley Orgánica es prolija en la mención de procedimientos de mediación y justicia restaurativa, y la participación de un equipo multidisciplinar en estas funciones.

El fundamento por el que han llegado a este procedimiento socializante, no es otro que la atenuante prevista en nuestro Código Penal de la reparación del daño.

Art. 19 de la LRPM: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. “También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar

determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. Derecho Supranacional

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950): admite como procedimiento para el propio funcionamiento de su sistema de garantías, el de la mediación de la Comisión instituida por el referido Convenio, para conflictos entre un Estado infractor y el demandante, víctima de la violación de derechos.

Recomendación R (83) 7, de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa: recomienda a los gobiernos de los Estados miembros fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, por ejemplo, previendo tal obligación como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

Recomendación R (85) 11 de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal: insta a los gobiernos de los Estados miembros revisar la legislación y su práctica para adaptarlas a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación. E incluso, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación.

Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la “asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización”, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación: “fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima...”.

Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999 sobre mediación en el ámbito penal. Establece la definición de mediación penal: “la Mediación penal es todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente así lo consienten, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”.

Esta recomendación establece los principios generales de la mediación penal:

Art. 3: “*La Mediación en el ámbito penal debería ser un servicio generalmente disponible*”.

Art. 4: “*La Mediación en el ámbito penal debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal*”.

También establece los fundamentos jurídicos y así en el art. 6: “La legislación debería facilitar la Mediación en el ámbito penal”. Por todo esto, recomienda a los gobiernos de los estados miembros que se inspiren en sus legislaciones y prácticas internas, en los principios enunciados para poder ponerlos en marcha progresivamente”.

Recomendación R (2006) 8, del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas de delito y que sustituye a la Recomendación (87) 21. Cabe destacar su artículo 13.1 donde recomienda a los estados miembros que tengan en cuenta los beneficios potenciales de la mediación para las víctimas, desde la administración pública, desde los servicios de atención a las víctimas del delito, tienen que considerar siempre que sea adecuado, las posibilidades que ofrece la mediación entre víctima e infractor, cumpliendo así lo establecido en la R (99) 19.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985. Proclama que las víctimas han de tener un papel más activo en el proceso penal, señalando, además, unos principios, que a estos efectos, deben presidir los sistemas legales. Entre estos principios se encuentran los de la restitución y la compensación a las víctimas. Establece, además, que cuando proceda se utilizarán mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación (...) a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial n.º L 82, de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004): “Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos y, en particular, las disposiciones en materia de indemnización y de mediación no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil”. “A efectos de la presente decisión marco, se entenderá por “mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

Art. 10 de esta decisión marco: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”.

“Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”.

Art. 17: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006 (...)”.

4. Naciones Unidas

Resolución del Consejo Económico y Social.

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

11.º período de sesiones.

Viena, 16 a 25 de abril de 2002.

Agenda ítem 4.

Reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal.

E/CN.15/2002/5/Add.1.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CHRISTIE, N., *Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*. Instituto criminológico y derecho penal. Universidad de Oslo.

UMBREIT, Director del Centro de Paz y Justicia Restaurativa de Minnesota (EEUU). *Criteria for Victim-Sensitive Mediation and Dialogue with Offenders*. Washington, DC. V.S. Department of Justice, Office for victims of Crime. 1977.

ROXIN, C., “La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”. *Jornadas sobre la reforma procesal penal alemana*. Ed. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, pp. 119 y ss.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Mediación penal de la teoría a la práctica”. *Mediación Elcame: Centro de abordaje de conflictos*, 2006, Argentina.

ZEHR, Howard, *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Intercourse PA; Good Books. 2007.

ZEHR, Encargado del programa de reconciliación entre víctima y ofensor. “Restorative Justice: The Concept”. *Corrections Today* 59 (7); 68-70. 1997.

AMSTUZ, L. y ZEHR, H., *Víctimas/ofensores, sistema de Justicia Juvenil*, conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita. 1997.

HABARUCH BUSH, R.A. y FOLGER, J.P. *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona 1996.

MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona 1998, pp. 198.

Consejo de Europa, R (83) 7 de 23 de junio de 1983. Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Participación del público en la política penal.

Consejo de Europa, R (85) 11 de 28 de junio de 1985. Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la Víctima en el marco del derecho penal y del procedimiento penal.

Consejo de Europa, R (87) 20 de 17 de septiembre de 1987. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a relaciones sociales ante la delincuencia juvenil.

Consejo de Europa, R (87) 21 de 1987. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización.

Consejo de Europa, R (99) 19 de 1999. Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en el ámbito penal.

Consejo de Europa, R (2006) sobre asistencias a las víctimas de delito; sustituye a la Recomendación R (87) 21.

QUERALT JIMENEZ, J., “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”. *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, T. XLIX fascículo I, 1996, pp. 342 y ss.

ITURBE, M.O., “La nueva victimología: nuevo enfoque criminológico de la víctima del delito”, *Revista Penal y Penitenciaria*, Madrid 1958, pp. 199 y ss.

NEUMAN, E., *Mediación penal*. Argentina, Ed. Universidad, 2005.

EIRAS NORDENSTAHL, ULF, CRISTIAN, *Mediación Penal de la práctica a la teoría*, Ed. Librería histórica, 2005, Argentina.

FOLBERY, J. Y TAYLOR, A., *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*, Ed. Limusa Noriega Editores, 1992.

URY, W., *Supere el no. Como negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*, Ed. Gestión 2000, 1997.

SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, julio 1997.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

**LA CONDUCCIÓN TEMERARIA: CUESTIONES
DE LEGE LATA Y DE LEGE FERENDA.
A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial
de Burgos de 12 de marzo de 2007**

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES

*Abogado
Doctor en Derecho Penal*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.
 - III. LA CONDUCCIÓN TEMERARIA COMO DELITO DE PELIGRO.
 - 1. **Consideraciones generales sobre los delitos de peligro.**
 - 2. **La conducción temeraria.**
 - IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.
 - V. CONSIDERACIONES *DE LEGE LATA Y DE LEGE FERENDA*.
-

I. INTRODUCCIÓN

En el momento actual, los accidentes de tráfico y sus trágicas consecuencias ocupan un lugar de primer orden, pudiéndose afirmar sin duda alguna que constituyen uno de los problemas de mayor importancia en la sociedad. Basta leer un periódico o escuchar un noticiario tras un fin de semana, un puente o una operación salida-retorno de vacaciones, para comprobar que la utilización del vehículo de motor representa una de las causas de mayor mortalidad⁽¹⁾.

(1) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal de la Circulación: Delitos de violencia vial*, Bosch, Barcelona, 2006, pp 19-20.

Y se trata de un problema en el que estamos implicados absolutamente todos los miembros de la sociedad, como conductores o como peatones, pues dado el creciente nivel de vida el uso del vehículo de motor está cada vez más extendido y, por ello, la mayor parte de las actividades que desarrollamos de puertas para fuera se realizan en contacto con el tráfico viario.

Las cifras escalofrantes de fallecidos y lesionados por los accidentes de tráfico, unida a una patente sensación de impunidad frente a las conductas imprudentes de los conductores, han constituido el caldo de cultivo idóneo para la creciente proliferación de asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, que insistentemente reclaman un mayor endurecimiento de la respuesta penal frente a tales comportamientos viarios⁽²⁾.

Las peticiones de tales asociaciones han encontrado acogida en el legislador, el cual, atendiendo a sus demandas, ha admitido la necesidad de efectuar diversas modificaciones en la normativa penal dirigidas a establecer un régimen sancionador más severo frente a los conductores que se comporten de forma inadecuada, previendo penas privativas de libertad incluso cuando la conducta temeraria no desemboque en un resultado lesivo. Así, en el momento de escribirse este trabajo se encuentra ya en vigor la última modificación del Código Penal en materia de seguridad vial, que ha implicado diversas novedades en este campo, a las que con posterioridad nos referiremos.

Y en este contexto se ha dictado, recientemente, una sentencia por la Audiencia Provincial de Burgos, que constituye el punto de arranque de la presente reflexión, por la que se revoca la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de la citada localidad, en la que se condenaba por delito de conducción temeraria del art. 381 del Código Penal entonces vigente, a un conductor que circulaba con su coche a 260 kilómetros por hora por una carretera en la que el límite estaba señalado en 120, decisión la del Tribunal Provincial que ha suscitado cierta polémica en la opinión pública.

El objeto de este trabajo es, pues, efectuar un comentario crítico sobre la referida decisión judicial para lo cual se procederá, ante todo, a una revisión histórica del delito de conducción temeraria en nuestros códigos penales, y a continuación se hará un análisis dogmático del citado tipo penal a fin de verificar si la Audiencia Provincial de Burgos actuó correctamente. Por último, se ofrecerán algunas propuestas *de lege ferenda* encaminadas a mejorar la actual regulación del delito que nos ocupa.

(2) GARCÍA ALBERO, “La nueva política criminal de seguridad vial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en adelante *RECPC*) de la Universidad de Granada, 9-11, 2007, p. 7.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La preocupación del legislador penal por el fenómeno de la siniestralidad en el ámbito del tráfico automovilístico se plasmó, por primera vez en nuestro país, en la Ley Especial de 9 de mayo de 1950⁽³⁾, cuya promulgación vino motivada tanto por los sobrecogedores datos ofrecidos por la estadística relativos al elevado número de muertes, lesiones y daños ocasionados con motivo de la utilización de vehículos de motor⁽⁴⁾, como por la ingente actividad que a consecuencia de ello tuvieron que desplegar los tribunales de justicia, a raíz de los delitos cometidos en este terreno⁽⁵⁾. Ante esta situación, el legislador no pudo permanecer impasible, viéndose obligado a adoptar una serie de medidas tendentes a poner coto a los efectos lesivos derivados del uso del automóvil así como a promover, en la medida de lo posible, la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas⁽⁶⁾.

(3) Anteriormente, en el Código Penal de 1928 se contenían diversos tipos relativos a la materia, en los que se sancionaba a quien condujera vehículos careciendo del certificado que acreditase su aptitud para ello (art. 574), al funcionario que hubiese expedido el certificado de capacidad para conducir sin haber comprobado previamente las condiciones del conductor (art. 575), así como la conducción de un vehículo con carga superior a la debida, por lugares no destinados a la circulación o a velocidad excesiva y sin la debida atención (art. 576).

(4) PUIG PEÑA, *Derecho Penal, Parte Especial IV*, 1955, p. 350: “El uso del automóvil en la sociedad moderna ha constituido ciertamente un portentoso progreso; pero al mismo tiempo, y por las características que desgraciadamente han matizado su uso, ha constituido también uno de los mayores daños para la sociedad en general. Sería una estadística de pavor registrar, en efecto, los enormes daños que cada día causan los vehículos de motor en el mundo, destruyendo vidas y destrozando objetos de nuestra propiedad con el mayor menosprecio de estos bienes jurídicos. Por ello, y como el peligro va *in crescendo*, los legisladores se aprestan a poner remedio al mal cortando, o por lo menos intentando cortar, de raíz las causas de esta inmensa delincuencia”.

(5) PERA VERDAGUER, *La Ley del Automóvil*, 1963, p. 6.

(6) PERA VERDAGUER, *La Ley del Automóvil, op. cit.*, p. 7. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 2 de enero de 1954 expone con claridad la vocación de protección social de la citada Ley, en los siguientes términos: “La Ley de 9 de mayo de 1950 al tipificar como delito las infracciones sobre el uso y circulación de vehículos de motor que en la misma se detallan, lo hace en aras de la seguridad colectiva cuya salvaguarda impone la necesidad de sancionar adecuadamente tanto el uso imprudente de dichos vehículos que puedan determinar un peligro social, como también su utilización ilegítima, atendiendo de esa forma a lo que de modo imperioso venían reclamando las necesidades públicas dada la cada día mayor frecuencia y número de los accidentes originados por la inobservancia de los preceptos reglamentarios por parte de quienes los manejan, pese a las sanciones de sólo orden gubernativo con que anteriormente estaban castigadas y que con tales razones resultaban insuficientes; debiendo ser por tanto el interés de la colectividad, que es el inspirador de la citada Ley, el que con preferencia a cualesquiera otros de distinta naturaleza ha de tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de sus preceptos”. En el mismo sentido, la STS de 20 de mayo de 1954.

Con tales aspiraciones nace la mencionada Ley Especial, entre cuyas características fundamentales sobresale la tipificación, como ilícitos penales, de ciertas formas de conducir un vehículo de motor con independencia de que de ellas se derive un resultado lesivo. Hasta ese momento, las conductas imprudentes en el tráfico viario únicamente recibían respuesta penal cuando provocaban un daño a través de los tipos de homicidio, lesiones o daños por imprudencia previstos en el Código Penal, si bien tales prescripciones se consideraron insuficientes, pues sólo podían entrar en aplicación cuando se hubiera producido un daño, con lo cual la intervención penal llegaba demasiado tarde.

Para evitar estos inconvenientes, se anticipa la tutela penal a través de la prohibición de ciertas conductas idóneas para provocar un resultado lesivo, elevándose a ilícito penal conductas que, hasta entonces, constituían meras infracciones administrativas ⁽⁷⁾ y, en tal sentido y por lo que concierne al objeto de nuestra consideración, la conducción temeraria, el art. 2 castigaba a quien condujera un vehículo de motor “con velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público, dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo”.

El citado tipo penal requería, pues, simplemente, que se condujera un vehículo de motor de forma tal que, tomando en cuenta las concretas circunstancias del momento —reducida visibilidad, carretera mojada, presencia de numerosos viandantes en las proximidades de la calzada—, conlleve una alta probabilidad de producir un resultado lesivo, pero sin que sea preciso que tal evento dañoso realmente acaezca ni tampoco que se haya producido una situación de peligro real y concreto para las personas, con lo cual el referido tipo supone una anticipación de la tutela penal con fines claramente preventivos ⁽⁸⁾. Se apreció este delito en el conductor de un camión del servicio de recogida de basuras que circulaba por vía urbana, cuesta abajo y a gran velocidad, precipitándose en medio de otra calle y obstaculizando la circulación de otro vehículo, colisionan-

⁽⁷⁾ STS de 5 de marzo de 1954: “Agudizado el problema del tráfico por el enorme crecimiento del mismo, y la multiplicación de los accidentes, debido en la generalidad de los casos, a la falta de celo de los conductores de vehículos a motor, tuvo el legislador necesidad de procurar medidas que atajasen el mal mediante la transformación de infracciones meramente reglamentarias en modalidades delictivas”.

⁽⁸⁾ STS de 17 de abril de 1956: “Que el art. 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, cuyo entendimiento y aplicabilidad significan el tema fundamental de este recurso, estableció la forma típica de un nuevo delito de los llamados de peligro, pues sin el presupuesto de mal alguno tangible que se haya de vindicar, sirve para prevenir los riesgos cada día crecientes que amenazan a la sociedad con la utilización abusiva de los vehículos de motor”. STS de 20 de octubre de 1960: “La disposición del art. 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es esencialmente preventiva, y trata de evitar, castigando, todos aquellos actos que pudieran producir delitos a consecuencia del uso de vehículos de motor mecánico”.

do ambos⁽⁹⁾; la conducción de un automóvil en vía urbana a unos cien kilómetros por hora⁽¹⁰⁾ y el conducir una motocicleta a unos sesenta kilómetros por hora a las 21,15 horas por la vía principal de una ciudad⁽¹¹⁾. En cambio, no se consideró incluido en dicho precepto la conducción en estado de somnolencia, al no estar expresamente previsto, por lo que se declaró que su apreciación supondría una interpretación extensiva o analógica⁽¹²⁾.

La citada Ley estuvo en vigor hasta que fue expresamente derogada por la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, la cual, además, vino a sustraer definitivamente de la legislación penal común los delitos cometidos en el ámbito del tráfico automovilístico, al establecer en su Disposición Derogatoria la abolición del art. 565 del Código Penal, regulador de la imprudencia temeraria, en todo lo que se refiera “a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso de conducir”.

En lo que concierne a la conducción peligrosa, la nueva normativa introduce cambios sustanciales, pues efectúa un desdoblamiento entre la “conducción temeraria” y la “conducción descuidada”, como tipos autónomos, otorgándoles un diverso tratamiento punitivo. Respecto de la primera, el art. 2 contenía un tipo básico de peligro, en el que se sancionaba al que condujera un vehículo de motor “con temeridad manifiesta y pusiere en concreto e inminente peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad y sus bienes”, e, igualmente, preveía una modalidad agravada de resultado cuando, a consecuencia de la citada forma de conducir, se produjera muerte, lesiones o daños. Por otro lado, y claramente diferenciada de la anterior, en el art. 3 se tipificaba la “conducción descuidada”, cuya apreciación requería la presencia de dos presupuestos, el primero, conducir un vehículo de motor “sin el debido cuidado y con infracción de las reglas de la circulación”, y en segundo lugar, que a consecuencia de ello se produjera un resultado de muerte, lesiones o daños, señalando una penalidad inferior a la prevista en el tipo agravado del artículo precedente.

Como puede verse, a tenor de la Ley de 1962, para apreciar el delito de conducción temeraria, por sí sola, no era suficiente con el mero hecho de pilotar un vehículo de motor a velocidad desproporcionada o realizando maniobras susceptibles de provocar accidentes (adelantamiento a la entrada de un cambio de rasante, marcha atrás sin asegurarse de que la vía está expedita, etc.), como

(9) STS de 13 de diciembre de 1957.

(10) STS de 16 de octubre de 1958.

(11) STS de 22 de marzo de 1962.

(12) STS de 31 de octubre de 1958.

ocurría con la anterior normativa, sino que era preciso, además, que a consecuencia de ello determinadas personas o bienes resultaran amenazados por la conducta infractora, con lo cual, el tipo penal requería la constatación de una efectiva y real situación de peligro para las personas o los bienes⁽¹³⁾.

Este panorama legislativo experimentó un importante giro con la Ley 3/1967, de 8 de abril, que vino a derogar en su totalidad la Ley de 1962, trasladando los delitos contra la seguridad del tráfico a la legislación penal común⁽¹⁴⁾, quedando insertados en el Título V del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “De la infracción de Leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general”, integrando estos últimos —los delitos de riesgo en general— el Capítulo II que, a su vez, se subdivide en dos secciones la primera de las cuales abarca los “delitos contra la seguridad del tráfico”.

La conducción temeraria pasa al art. 340 bis.a) 2.º del Código Penal, con una redacción similar a la de la Ley de 1962, con la única diferencia de que el nuevo tipo suprime los bienes patrimoniales como objeto de protección, de modo que la conducta sólo será penalmente relevante cuando haya puesto en peligro la vida o la integridad de las personas, y dicha redacción se mantiene en los mismos términos en el art. 381 del Código Penal de 1995, con la salvedad que introduce la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, a través de la que se añade un apartado en dicho precepto en el que se declara que “en todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos”. Con ello, el

(13) PERA VERDAGUER, *La Ley del Automóvil*, *op. cit.*, p. 43: “No basta, pues, circular infringiendo abiertamente normas de la circulación, lo que de por sí es evidente que puede suponer peligro para la seguridad de la circulación, para las personas o para los bienes, sino que la Ley demanda además que, al obrar así, el peligro lo haya sido real, efectivo, de posible inmediata conversión en resultado lesivo o dañoso creador de una determinada situación al borde del accidente”.

(14) En la Exposición de Motivos de la citada Ley, se justificaba este cambio en los siguientes términos: “La persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tránsito de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el Código Penal aconsejan la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, aunque sea preciso, en muy limitados casos, transplantar al mismo algunos tipos que configurados en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, parece necesario conservar en razón al bien jurídico que protegen (...) La leyes penales especiales tienen su razón de ser, bien porque establecen figuras delictivas, cuya naturaleza es esencialmente diversa y aun opuesta a la que comprende el Código inspirado en principios distintos, bien porque resuelven problemas determinados por circunstancias transitorias que justifican en razón a la estabilidad del Código, su independencia respecto de él. La experiencia proporcionada con la aplicación de la Ley especial permite dar ya este paso, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código Penal común”.

legislador viene a establecer unos criterios específicos —tasa de alcoholemia y velocidad— a través de los cuales se podrá considerar acreditada, tanto la temeridad de la conducta como la producción de un peligro concreto, y ello sin necesidad de acreditar otros extremos, como las condiciones del tráfico o de la carretera, consagrándose así una presunción *iuris et de iure*, como se deduce claramente de la expresión —*en todo caso*— utilizada.

Posteriormente y de la mano de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que en el momento de escribirse estas líneas se encuentra en vigor, el delito de conducción temeraria ha sufrido una nueva modificación, diversificándose en dos modalidades típicas: la primera, se recoge en el art. 379.1 del Código Penal, y consiste en la conducción de un vehículo de motor a una velocidad superior a 60 kilómetros por hora en vía urbana u 80 en vía interurbana, sin requerir adicionalmente una situación de peligro concreto; la segunda, incluida en el art. 380.1, sanciona la conducción temeraria con creación de un peligro concreto para la vida o integridad de las personas.

A los efectos que interesan en el presente trabajo, se debe destacar igualmente la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en base a la cual se introduce en el art. 340.bis.d) la llamada “conducción suicida u homicida”, consistente en conducir un vehículo de motor con temeridad manifiesta pero exigiendo, además —y éste es el elemento subjetivo que singulariza la nueva modalidad delictiva— que ello se haga “con consciente desprecio por la vida de los demás”, distinguiendo entre un tipo básico caracterizado por que, objetivamente y a consecuencia de la conducta, se ha generado un peligro concreto para la vida o la integridad de los demás, y un tipo atenuado cuando dicha situación de riesgo no ha tenido lugar⁽¹⁵⁾, manteniéndose la misma redacción en el art. 384 del Código Penal actualmente vigente⁽¹⁶⁾.

III. LA CONDUCCIÓN TEMERARIA COMO DELITO DE PELIGRO

1. Consideraciones generales sobre los delitos de peligro

Como ya se vio anteriormente, una de las novedades de mayor interés que trajo consigo la normativa penal especial sobre el tráfico viario fue la incorpo-

(15) La creación del citado tipo penal se justifica en la Exposición de Motivos en base a lo siguiente: “Recientes experiencias han puesto de manifiesto la necesidad político-criminal de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, algunos de los cuales, entre los que ha causado especial alarma social el de los llamados conductores homicidas, alcanza una punición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio y la pena que se establece”.

(16) Tras la reciente reforma motivada por la Ley Orgánica 5/2007, de 30 de noviembre, el citado tipo penal pasa al art. 381.

ración a la esfera penal de determinadas formas de conducta, que se consideraban delictivas sin necesidad de requerir la efectiva producción de un daño, introduciéndose así en el ámbito automovilístico los delitos de peligro, caracterizados por que para su concurrencia no es necesario que un determinado objeto resulte lesionado, sino que basta con la realización de una conducta que, por sus características, resulte idónea para provocar una lesión, procediéndose así a una anticipación en la protección de los bienes jurídicos, pues el Derecho Penal no espera a su quebranto para intervenir, sino que lo hace en un estadio previo.

En la doctrina dominante, se distingue con cierta nitidez entre la *peligrosidad de la conducta*, y el *peligro* como situación posterior, en el sentido de que la primera hace referencia a las características de la acción para producir un determinado daño, mientras que el segundo se apreciaría cuando un objeto queda insertado dentro del radio de acción de un determinado proceso causal, de manera que frente al peligro concebido como elemento posterior y disociable de la conducta, la peligrosidad sería una propiedad de ésta que concurrirá con independencia de que un determinado objeto haya resultado efectivamente amenazado⁽¹⁷⁾.

Conforme a lo expuesto, la peligrosidad como cualidad de la acción, tendría que determinarse en el momento de su emprendimiento, es decir, desde un punto de vista *ex ante*⁽¹⁸⁾, tomando en consideración la aptitud y medida de los medios empleados así como la presencia y situación del objeto de ataque, todo ello en función de los conocimientos medios de un espectador objetivo además de los que posea, en concreto, el actuante⁽¹⁹⁾. Distintamente, el peligro como estado posterior, significa que la conducta ejecutada ha generado una real amenaza para un determinado objeto, por lo que para la apreciación de dicho elemento deberán ser ponderadas todas las circunstancias que en realidad concurrieron y que son independientes de la conducta, incluidas las que no fuesen conocidas en el momento de su ejecución⁽²⁰⁾.

(17) HIRSCH, "Peligro y peligrosidad" (traducido por Esteban Sola Reche), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante *ADPCP*) 1996, p. 513; TORÍO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", *ADPCP*, 1981, pp. 827 y 843.

(18) WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 1969, p. 55.

(19) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 235.

(20) ROXIN, *Derecho Penal, Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997 (traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), p. 404; MAQUEDA ABREU, "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992", *Actualidad Penal* (en adelante *AP*) 26/27, 1994, p. 490.

A la luz de las precedentes consideraciones, la doctrina mayoritaria distingue entre *delitos de peligro abstracto* y *delitos de peligro concreto*, caracterizándose los primeros por la realización de determinadas conductas que, en un enjuiciamiento *ex ante*, resultan apropiadas para lesionar determinados objetos, pero no siendo necesario que éstos resulten dañados y, ni siquiera, amenazados. Dentro de esta primera modalidad se distingue, a su vez, entre *delitos de peligrosidad abstracta*, en los que el tipo recoge una conducta generalmente peligrosa pero sin requerir determinadas circunstancias que, en el caso particular, la hagan especialmente susceptible de convertirse en lesiva, por lo que, en principio, bastaría con demostrar que se ha llevado a cabo la conducta prevista para estimar consumado el tipo, y *delitos de peligrosidad concreta*, en los que el tipo exige la concurrencia de determinadas circunstancias en función de las cuales la conducta resulta concretamente —y no sólo en general— apropiada para lesionar un objeto, no siendo necesario, sin embargo, que éste resulte realmente afectado⁽²¹⁾.

A diferencia de los anteriores, los *delitos de peligro concreto* se caracterizan por que, aparte de la realización de una conducta que *a priori* resulta peligrosa, es necesario demostrar que, a consecuencia de su ejecución, uno o varios objetos determinados han estado a punto de ser lesionados⁽²²⁾, circunstancia esta que sólo podrá ser verificada con posterioridad, es decir, cuando todo ha terminado y, por tanto, desde una perspectiva *ex post*⁽²³⁾.

De lo expuesto se deriva, pues, que la diferencia fundamental entre ambas modalidades delictivas reside en que en los delitos de peligro concreto se requiere la producción de un estado de peligro respecto de determinados objetos, distinto y posterior a la acción, razón por la cual la doctrina dominante los clasifica entre los delitos de “resultado”⁽²⁴⁾, mientras que en los de peligro

(21) HIRSCH, *ADPCP 1996*, *op. cit.*, p. 523; KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Universidad Externado de Colombia* (traducido por Claudia López Díaz), 1996, p. 98.

(22) KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 189; Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 1995, parágrafo 315.c), núm. 20: “A través de la conducta tiene que causarse un **peligro concreto** para la integridad o la vida de otros o para cosas ajenas de significativo valor. No se precisa como en el derecho antiguo un ‘peligro común’” (**negrita** en el texto original).

(23) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 55-56; FEIJOO, “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto” (Comentario a las SSTs de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999), *La Ley 1999*, p. 1883.

(24) HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 7; ROXIN, *Derecho Penal I*, *op. cit.*, p. 404; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de

abstracto es suficiente con realizar una acción que resulta general o concretamente peligrosa, pero sin que a consecuencia de ello algún objeto quede dentro de su radio de acción.

La distinción precedentemente expuesta merece ciertas puntualizaciones. Partiendo de la estructura ontológica de la acción humana, entendida en este preciso contexto como movimiento corporal, es decir, como conducta activa, de entre todas las posibles que puede llevar a cabo la persona, al Derecho Penal sólo le interesan las que se realizan de forma intencional, es decir, las que van dirigidas a la consecución de un determinado fin que el legislador considera intolerable⁽²⁵⁾. De esta forma, se pone de manifiesto cómo a toda conducta humana intencional sucede un estado de hecho por ella querido, que en consecuencia le puede ser atribuido como obra suya al sujeto actuante, el cual, por su parte, debe ser consciente de que el comportamiento por él desplegado va a dar lugar a la citada situación fáctica.

Por otro lado, hay que destacar que el peligro no es algo que exista en la realidad ontológica como tal, sino sólo un enjuiciamiento cognitivo sobre ciertos estados de cosas referido a la posible producción de un resultado lesivo, pudiendo oscilar entre “una posibilidad lejana hasta la seguridad absoluta, pasando por probabilidades más o menos elevadas”⁽²⁶⁾. Siendo, pues, un juicio, éste puede efectuarse desde distintas coordenadas de espacio y tiempo incluyendo más o menos circunstancias fácticas, lo que nos lleva a la conclusión de que la diferencia entre el juicio de peligro *ex ante* y *ex post* reside en que en el primero, al tomar como base los factores conocidos en el momento de iniciar la acción, incluye menos elementos para la prognosis, mientras que el segundo abarca todas las circunstancias concurrentes, también las que no se conocían en el momento inicial⁽²⁷⁾.

Si trasladamos ahora las anteriores consideraciones al problema en examen, se puede comprobar cómo los llamados delitos de peligro abstracto y concreto presentan una estructura similar, pues en ambos casos la conducta del sujeto provoca intencionadamente un estado de hecho sobre el que se puede emitir un juicio de prognosis lesiva, diferenciándose únicamente en que, en los de peligro abstracto, al no existir objetos lo suficientemente cercanos a la actua-

Murillo), 1995, p. 206; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 1985, p. 171; FEIJOO, *La Ley 1999, op. cit.*, p. 1886: “Los delitos de peligro concreto tienen un gran parentesco con los delitos de resultado (de peligro). La única diferencia es que en ellos el resultado típico consiste en una concreta situación de inseguridad para un determinado objeto material del bien jurídico protegido”.

(25) WELZEL, *Derecho Penal Alemán, op. cit.*, p. 44.

(26) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 398-399.

(27) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 208-210.

ción del sujeto, la situación fáctica creada por él implica una posibilidad general —y no concreta— de lesión. Distintamente, en los de peligro concreto, la proximidad de algún objeto al proceso causal puesto en marcha por el actuante, determina una amenaza real y cierta para aquél. Por lo que se refiere a los delitos de peligrosidad concreta, se caracterizan por que en ellos concurren, en el momento *ex ante*, determinadas circunstancias que desde dicha perspectiva determinan que la acción sea especialmente susceptible de producir un daño, pero no requieren una situación crítica para un determinado objeto.

En definitiva, aunque no existe inconveniente alguno en mantener, a efectos sistemáticos, la clasificación entre delitos de peligro abstracto, en su doble modalidad de peligrosidad abstracta y concreta, y delitos de peligro concreto, debe quedar claro que en todos ellos se puede diferenciar entre la conducta y un estado fáctico posterior, por lo que también los delitos de peligro abstracto serían de resultado⁽²⁸⁾, y por ello, éstos no se consuman con la simple realización de la conducta en ellos prevista, sino que es necesario, además, que en el caso particular dicha actuación implique, *ex ante*, un peligro no permitido de lesión.

2. La conducción temeraria

Una vez tomada posición sobre la estructura y concepto de los delitos de peligro, es el momento de aplicar las conclusiones obtenidas al delito de conducción temeraria. Y recordando los avatares históricos del citado delito, expuestos en epígrafes anteriores, podemos ver una evolución en la técnica legislativa empleada desde que entró por vez primera en la esfera penal.

Así, en la Ley Especial de 9 de mayo de 1950, el legislador tipifica la conducción temeraria como un delito de peligrosidad concreta pues, como recordamos, para entender consumado el tipo era preciso conducir un vehículo de motor “a velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público”, a determinar en función de factores tales como “la intensidad del tráfico, las condiciones de la vía y otras circunstancias susceptibles de incrementar el riesgo”. En consecuencia, la conducción de un vehículo a velocidad muy superior a los límites establecidos no era suficiente para la realización del tipo⁽²⁹⁾, sino que era preciso constatar que, en atención a las concretas circunstancias concurren-

(28) HEINRICH, “Der Erfolgsort beim abstrakter Gefährdungsdelikt”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1999, pp. 78 y ss.

(29) STS de 20 de marzo de 1958: “El artículo 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 no considera el supuesto, bajo una determinada velocidad preestablecida, sino que lo difiere al calificativo de ‘excesiva’ con que la complementa a la relatividad del momento y lugar de su apreciación, y por ello tan variable en su kilometraje cuantas fueran las circunstancias que se presentan”.

tes, como el estado de la carretera, las condiciones meteorológicas o la presencia de viandantes en las proximidades, dicha conducta resultaba idónea para provocar un accidente con resultado lesivo para las personas⁽³⁰⁾. En cambio, el tipo no exigía demostrar que alguna persona estuvo realmente amenazada por dicha forma de conducir.

Distintamente, la Ley Especial de 24 de diciembre de 1962 adopta otra modalidad, que se mantendrá hasta el momento actual, optando decididamente por el delito de peligro concreto, pues para la apreciación del tipo de conducción temeraria no basta con pilotar un vehículo de motor infringiendo gravemente las cautelas exigibles en la situación concreta sino que es preciso, además, acreditar que a consecuencia de dicha forma de conducir determinadas personas han estado seriamente amenazadas en su vida o integridad. Por consiguiente, para condenar por este delito no es suficiente con demostrar que el sujeto condujo su vehículo a una velocidad muy superior a la permitida, sino que debe constar igualmente que a consecuencia del referido exceso de velocidad el coche estuvo a punto de salirse de la carretera y arrollar a varios viandantes. Del mismo modo, para que el adelantamiento a la entrada de una curva sin visibilidad pueda calificarse como delito de conducción temeraria, es preciso que circule otro vehículo en dirección contraria y al borde de producirse una colisión entre ambos.

Mención aparte merece la regulación del delito que nos ocupa, tras la redacción adoptada por el art. 381 del Código Penal a raíz de la reforma, antes aludida, de la Ley Orgánica 15/2003. Como ya dijimos al principio, la citada Ley, manteniendo íntegramente la regulación existente, y por tanto, como elementos del delito la “conducción con temeridad manifiesta” y la creación de “un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas”, añade no obstante un segundo párrafo, en virtud del cual deberán presumirse tanto la temeridad de la conducta como la creación del peligro, en todos los casos en los que se conduzca con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso de velocidad desproporcionado respecto de los límites establecidos.

La modificación citada introduce, en mi opinión, una cierta alteración en la estructura del delito tipificado, pues si bien formalmente se mantiene como delito de peligro concreto, al exigir en su párrafo primero que se constate una situación de amenaza real para las personas, sin embargo, el párrafo novedoso presume esta situación a partir de circunstancias, como el grado de alcoholemia

⁽³⁰⁾ La STS de 26 de enero de 1959 consideró inaplicable el citado tipo, por cuanto únicamente se declaró probado que la conducción se llevó a cabo en una vía céntrica, pero omitiéndose las características de anchura, trazado, pavimentación u otras, a partir de las cuales pueda determinarse si, en ese caso particular, la forma de conducir del acusado resultaba peligrosa.

o el exceso de velocidad, que se predicen de la conducta, con lo cual la citada regulación se acercaría más a la modalidad del delito de peligrosidad abstracta.

Finalmente, la regulación actual resultante de la reforma establecida por la Ley Orgánica 15/2007, confirma, por un lado, esta tendencia a la técnica de la peligrosidad abstracta, toda vez que en el art. 379.1 del Código Penal se tipifica la simple conducción por encima de determinados límites de velocidad, sin hacer referencia a las específicas circunstancias concurrentes ni requerir un estado de amenaza real para bienes concretos. Y, por otra parte, respecto al delito de conducción temeraria se mantienen las presunciones basadas en el exceso de velocidad o la tasa de alcoholemia, pero acertadamente se restringen a la determinación de la temeridad de la conducción, no abarcando la situación de peligro concreto que deberá ser probada realmente.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Sentadas las precedentes premisas, pasamos ya a abordar la situación resuelta en las sentencias que constituyen el objeto de este comentario. Como se dijo en la introducción, ante el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos se siguió procedimiento contra el conductor de un turismo, el cual, en una carretera general y de doble sentido, circulaba a 260 kilómetros por hora estando el límite en 120, llevando a un ocupante en el asiento del copiloto, constando haberse cruzado con otro vehículo que circulaba en dirección contraria y habiéndose acreditado que, de haber tenido que detener el conductor su vehículo ante cualquier contingencia, habría precisado recorrer entre 429,76 y 474,98 metros.

Sobre la base de la expresada resultancia fáctica, la Sra. Juez titular del citado órgano judicial, acogiendo la tesis del Ministerio Fiscal considera cometido un delito de conducción temeraria del art. 381 del Código Penal. En los razonamientos contenidos en la Fundamentación Jurídica de la Sentencia, la juzgadora de instancia reconoce de forma explícita, que el delito que nos ocupa precisa que la conducta, aparte de ser temeraria, ponga en peligro la vida e integridad de las personas que se encuentren en la zona por donde se produzca la conducción, bien como conductores de otros vehículos o como peatones (Fundamento Jurídico 1.^o). Admite, igualmente, que en el caso sometido a su consideración no concurrían circunstancias especiales que pudieran hacer más peligrosa la conducción, pues “la calzada no presentaba anomalía alguna: el conglomerado estaba seco, era pleno día y apenas había tráfico” (Fundamento Jurídico 2.^o).

Sin embargo, declara que la conducción del turismo a una velocidad tan exageradamente superior a la permitida, “presupone un concreto peligro para la vida e integridad de terceros, ante la evidente incapacidad del conductor para detener su vehículo a tiempo ante un imprevisto y la eventual presencia de otros usuarios en la vía pública, máxime si se tiene en cuenta el progresivo incremen-

to tanto del número de vehículos en las carreteras como de accidentes viarios a consecuencia de los excesos de velocidad” (Fundamento Jurídico 2.º).

Aunque no de forma explícita, pues en modo alguno se alude a ello, en el citado pasaje la juzgadora parece aplicar el tenor del segundo párrafo del art. 381 del Código Penal, añadido por la reforma, varias veces citada, de la Ley Orgánica 15/2003, pues a partir del simple dato del exceso de velocidad del acusado sobre los límites permitidos deduce una presunción de peligro concreto que, en cualquier caso, deja en eso, en hipótesis, al no afirmar en momento alguno que realmente la amenaza se produjera, pues vemos cómo se refiere a la incapacidad de detención del vehículo “ante un imprevisto” que no se produjo, y a la “eventual” presencia de otros usuarios, y todo ello enjuiciado desde criterios puramente estadísticos, tales como el exceso de velocidad como causa frecuente de los accidentes de tráfico.

Esto viene corroborado en el mismo Fundamento Jurídico, cuando para reafirmar su conclusión, declara que la conducta del acusado supuso “conforme a las reglas de la experiencia, un potencial y grave riesgo concreto para los usuarios de la vía que se vieron envueltos en un contexto de riesgo para su indemnidad física ante la razonable probabilidad de producción de una maniobra de emergencia, evasiva, de frenada o de simple despiste, que conduciría a un resultado lesivo”, reconociéndose en la citada argumentación, expresamente, que la conducta del acusado no generó una situación real de peligro concreto, sino simplemente potencial.

De acuerdo con lo expuesto, en mi opinión la sentencia aplica correctamente el art. 381 del Código Penal a la sazón vigente, pues siendo un hecho no discutido que el acusado circulaba a una velocidad muy superior a la permitida, a tenor de lo dispuesto en el citado precepto ello sería suficiente para considerar probada, tanto la temeridad de la conducta como la situación de peligro concreto para las personas, sin necesidad de mayor actividad probatoria en este sentido.

Frente a la comentada resolución interpuso el condenado recurso de apelación, del que conoció la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, la cual dictó Sentencia con fecha 12 de marzo de 2007, por la que, discrepando de las conclusiones de la Juzgadora de instancia, considera indebidamente aplicado el art. 381 del Código Penal.

El Tribunal Provincial, en el Fundamento Jurídico 4.º de la sentencia, coincide con la de instancia en que la conducción de un vehículo de motor a la velocidad registrada “constituye una conducta manifiestamente temeraria, al infringir gravemente las normas de circulación, y por ello crea un lógico sentimiento de rechazo y reproche en la mayoría de la sociedad”. Sin embargo, a renglón seguido destaca que el tipo penal aplicado precisa la producción de un peligro concreto, lo que, en opinión de la Sala, no sucede en el caso enjuiciado, y al respecto, en el citado Fundamento Jurídico el Tribunal realiza una diferenciación que resulta de gran interés en el tema que nos ocupa: por una parte, se

refiere al peligro para la circulación, que en este caso reconoce que se produjo por cuanto “la capacidad de reacción, para poder detener el vehículo ante cualquier imprevisto, se encontraba notoriamente disminuida, debido a la excesiva velocidad”. Y, por otro lado y como elemento distinto, alude al peligro concreto “como pudiera ser el obligar a otros conductores a realizar maniobras evasivas, o a que los agentes de tráfico se tuviesen que apartar para evitar ser atropellados, o cualquiera otra situación similar”, el cual no considera concurrente en el caso planteado.

La distinción que la Audiencia Provincial de Burgos realiza entre el “peligro para la circulación” y el “peligro concreto para las personas”, responde coherentemente a la diversa técnica empleada por el legislador a la hora de configurar los tipos de peligro. Como ya vimos antes, mediante los delitos de peligro abstracto —abarcando los de peligrosidad abstracta y concreta—, se pretende la evitación de conductas que, enjuiciadas en el momento de su ejecución, conllevan un peligro genérico para un número indeterminado de personas⁽³¹⁾, por lo que es suficiente con realizar la conducta prevista en el tipo en condiciones tales que se pueda producir un resultado lesivo, sin necesidad de acreditar que alguien en particular resultó afectado. En cambio, a través de los delitos de peligro concreto se exige que la referida conducta haya supuesto una amenaza real y efectiva para personas o bienes perfectamente individualizados, de manera que el peligro para la circulación al que alude el Tribunal, directamente derivado del exceso de velocidad, sería un peligro genérico, con plena sustantividad respecto al peligro para personas en concreto. En base a ello y partiendo de que el art. 381 contenía entonces un tipo de peligro concreto, el riesgo genérico que para la circulación supuso la excesiva velocidad del acusado deviene insuficiente para la aplicación de dicho precepto, al no haberse constatado una situación de amenaza real para personas determinadas, lo que lleva al Tribunal a estimar que la conducta del acusado no consumó el tipo previsto en el art. 381.

Los razonamientos empleados en esta segunda sentencia son, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, inobjetables, pero lo cierto es que la Audiencia pasa por alto que, a tenor de la reforma sufrida por el art. 381 del Código Penal a través de la Ley Orgánica 15/2003, ya no era necesario para su apreciación demostrar la existencia de un concreto peligro para las personas, sino que éste debe ser presumido en los supuestos de exceso de velocidad sobre los límites establecidos. En consecuencia, no obstante la correcta fundamentación jurídica de la sentencia, la misma hace una errónea aplicación del citado

⁽³¹⁾ HEFENDEHL, “Das Rechtsgut als materiales Agelpunkt einer Strafnorm”, en *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glaserspiel?*, 2003, p. 130.

precepto, pues siendo indudable que el vehículo en cuestión circulaba a más del doble de lo permitido, ello habría sido suficiente para entender cometido el delito previsto en el citado tipo penal.

Es por ello que, en nuestra opinión, es la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos la que efectúa una correcta aplicación del art. 381 del Código Penal y, por consiguiente, entendemos que la conducta del acusado estuvo acertadamente subsumida en el mismo, sin perjuicio de que no estemos de acuerdo con la regulación que del citado delito se hacía en el momento de los hechos, por las razones que se exponen en el siguiente apartado.

V. CONSIDERACIONES *DE LEGE LATA* Y *DE LEGE FERENDA*

La parte final del presente trabajo queda reservada para algunas reflexiones críticas en torno a la regulación del delito de conducción temeraria a raíz de la citada Ley Orgánica 15/2003, aplicable en el momento en que se cometieron y enjuiciaron los hechos a los que se refieren las sentencias comentadas, regulación que a mi entender resultaba desacertada y manifiestamente mejorable.

El motivo por el que dicha regulación nos merece tan negativo juicio, reside en la novedad que se introdujo en el art. 381 del Código Penal, a la que ya nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo de la exposición, y conforme a la cual se establece que, en todos los casos en que se acredite que el conductor se puso a los mandos de su vehículo con una tasa del alcohol en sangre muy superior a la permitida, o que circulaba a velocidad excesiva con respecto a los límites establecidos, deberá entenderse concurrente tanto la temeridad de la conducta como la situación de peligro concreto para las personas y, por ende, la comisión del citado tipo delictivo.

Lo rechazable de tal regulación se encuentra en la patente objetivación que a través de ella se efectúa de la responsabilidad penal, pues se obliga al juzgador a subsumir la conducta en el citado precepto a partir de determinados factores objetivos, como el alcohol o el exceso de velocidad, que no necesariamente condicionan la temeridad de la conducta y la producción de un peligro concreto.

En el caso particular del exceso de velocidad respecto de los límites establecidos, no resulta un criterio satisfactorio para determinar ni la gravedad de la imprudencia ni la situación de peligro real pues, como sucede en el caso planteado en las sentencias comentadas, se puede conducir un vehículo de motor a velocidad muy superior a la permitida, pero si el estado de la carretera y las condiciones meteorológicas son favorables y la zona está expedita de personas,

no se puede afirmar que la conducta sea gravemente imprudente ni, mucho menos, que alguien haya estado seriamente amenazado por ella.

Por lo expuesto, *de lege lata* el precepto es criticable, y de hecho no llegó a aplicarse realmente, pues la Audiencia Provincial de Burgos, en la sentencia comentada niega la comisión del delito a pesar de reconocer el exceso de velocidad⁽³²⁾, y la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de dicha localidad, aunque es perfectamente congruente con el espíritu del inciso añadido, sin embargo no se refiere a él de manera expresa, lo que resulta altamente demostrativo de su escasa aceptación por los órganos judiciales⁽³³⁾.

Como remedio a tan deficiente técnica legislativa caben varias propuestas *de lege ferenda*, si bien todas ellas deben tomar como premisa la supresión del párrafo añadido por la Ley Orgánica 15/2003 que, como hemos indicado, implica una presunción *iuris et de iure* en relación con los elementos del citado delito⁽³⁴⁾ y, por ello, una objetivación de la responsabilidad penal incompatible con los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia⁽³⁵⁾.

Partiendo de ello, una primera opción pasaría por mantener la originaria estructura del delito de peligro concreto, de manera que para su apreciación sea necesaria la cumplida acreditación de que determinadas personas han entrado dentro del radio de acción de la conducta temeraria y han estado, por ello, seriamente amenazadas. En esta línea podemos decir que discurre la última reforma del Código Penal determinada por la Ley Orgánica 15/2007, actualmente en vigor, pues en la regulación del delito de conducción temeraria se mantiene el peligro concreto para la vida o integridad de las personas como elemento necesario. Ahora bien, en cuanto a las presunciones que la anterior regulación establecía en función del exceso de velocidad o de la tasa de alcoholemia, en la que rige actualmente se mantienen pero únicamente referidas a la

(32) En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1.ª), de 24 de julio de 2006, declaró que la apreciación del tipo previsto en el art. 381 del Código Penal requiere acreditar que la conducta posee gravedad y potencialidad lesiva, “lo que no acontece cuando, como ocurre ahora, no existe tráfico en exceso, o la presencia del vehículo infractor puede ser advertida con antelación por los usuarios de la vía”.

(33) Desde que entrara en vigor la referida reforma el 1 de octubre de 2004, no he encontrado ni una sola sentencia de las Audiencias Provinciales o del Tribunal Supremo, en la que se fundamente la condena por conducción temeraria en la presunción de temeridad y peligro concreto introducida en el art. 381 del Código Penal.

(34) Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 21 de abril.

(35) CEREZO MIR, *Addenda al Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo III. Teoría Jurídica del delito* 2001, p. 22; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 415.

temeridad de la conducta, no al peligro, que deberá ser acreditado con independencia de los citados elementos⁽³⁶⁾, lo que supone una sensible mejoría, pues si bien el grado de alcoholemia o la velocidad sí que pueden condicionar, *ex ante*, la temeridad de la conducción, en cambio el peligro, como situación a evaluar con posterioridad, depende de otras circunstancias.

Sin embargo, esta modalidad del tipo de peligro concreto que, en el ámbito del tráfico viario está vigente en nuestra legislación penal desde que se introdujo por la Ley del Automóvil de 1962, plantea problemas probatorios que en muchas ocasiones obligan a absolver, ya que impone sobre la acusación la carga de demostrar dicha situación de peligro que puede resultar difícil cuando las personas afectadas no han podido ser identificadas, aparte de que deja igualmente impunes los supuestos en los que, a pesar de conducir con grosera vulneración de los deberes de cuidado, casualmente nadie ha resultado amenazado. Piénsese, por ejemplo, en un adelantamiento efectuado en una curva cerrada sin que en ese momento circule vehículo alguno, en cuyo caso, no obstante la indudable temeridad de la conducta deberá quedar sin sanción por no haberse producido una situación de peligro real. Finalmente, no existe consenso en la doctrina acerca de lo que deba entenderse por situación de peligro concreto, siendo un concepto que presenta límites bastante difusos y un significado muy variado⁽³⁷⁾, circunstancia que ha determinado que los órganos judiciales san-

(36) El art. 380 del Código Penal actual, queda redactado así: 1. “El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años; 2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior” (este último precepto al que alude, es el que tipifica la conducción a velocidad o con tasas de alcohol superior a determinados límites).

(37) GARCÍA ALBERO, *RECPC 9-11 (2007)*, *op. cit.*, pp. 12-13. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 394. Así, HORN, *Konkrete, op. cit.*, pp. 116-117, define el peligro concreto como un estado de cosas que, a tenor de la experiencia, constituye una causa de lesión que, sin embargo, en el caso concreto no ha culminado en resultado lesivo por motivos desconocidos; KINDHÄUSER, *Gefährdung, op. cit.*, pp. 201 y ss., considera, a diferencia del anterior, que el peligro no es una causa de lesión sino la incapacidad para proteger la relevancia dañosa de un suceso causal, tratándose por ello de un concepto eminentemente práctico que se encuentra en relación de medio a fin y, por ende, de naturaleza teleológica y no causal; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal I* (traducido de la 2.ª edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz), 1933, pp. 231-232, lo configura como “probabilidad cognitiva de la *producción* de un determinado acontecimiento dañoso. Se trata, por tanto, de un juicio fundamentado en la general experiencia, en

cionen tales conductas sólo cuando han culminado en resultado lesivo, siendo más excepcionales las condenas cuando el evento dañoso está ausente⁽³⁸⁾.

Para evitar estos inconvenientes, quizá fuese más adecuado configurar la conducción temeraria conforme a la técnica de los delitos de peligrosidad concreta, es decir, tipificando ciertas formas de conducir en determinadas circunstancias, pero sin requerir la existencia de un peligro real para las personas. Como se dijo antes, aunque la anterior regulación que ahora criticamos y la resultante de la última reforma del Código Penal siguen, en cierta medida, dicha técnica, pues condicionan la relevancia penal de la conducta a determinadas circunstancias, como el exceso de alcohol o de velocidad, sin embargo éstas no son relevantes a la hora de ponderar la potencialidad lesiva de la conducta, porque tales indicadores se fijan en atención a los límites legales, haciendo abstracción de las concretas circunstancias concurrentes que son las que permiten efectuar un juicio real sobre el peligro⁽³⁹⁾. Al respecto, conviene destacar que el exceso de velocidad, por sí solo, constituye únicamente la contravención a una regla técnica, lo que no es suficiente para afirmar que la conducta sea imprudente, siendo preciso acreditar, además, la concurrencia de determinados

el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico” (*cursiva en el texto original*); SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código Penal*, 1999, pp. 19-21, configura el peligro como “estado crítico” para el objeto material; MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ, “El delito de conducción temeraria en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante *CPC*) núm. 69, 1999, p. 577, condicionan la existencia del peligro concreto a la “gran probabilidad de producir, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, un daño en la vida o integridad de las personas”.

(38) MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ, *CPC* núm. 169, 1999, *op. cit.*, p. 582.

(39) En este sentido, la antes citada Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 21 de abril, declara que la detección de vehículos de motor circulando a velocidad extremadamente elevada, constituye sólo un indicio de la comisión del delito previsto en el art. 381 del Código Penal, lo que exige un adicional esfuerzo probatorio en el que se acrediten circunstancias tales como, las características de la vía, la densidad del tráfico, la climatología o la eventual presencia o ausencia de otros vehículos o peatones cuya seguridad se haya podido ver comprometida por la conducta del infractor. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 15/2007 y en relación al delito de conducción a velocidad superior a los límites establecidos, la Comisión de Justicia, acogiendo la enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario IU-ICV y la núm. 10 del Grupo Popular, proponía añadir al art. 379.1 que el exceso de velocidad pusiera “en peligro la seguridad en el tráfico en consideración a su desproporción con el límite superior establecido para dicho tramo y a las circunstancias concurrentes en el momento de la infracción”, *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 283-8, de 4 de octubre de 2007, p. 26.

factores en virtud de los cuales dicha velocidad supone la creación de un riesgo no permitido⁽⁴⁰⁾.

Más correcto parece, en cambio, la técnica legislativa empleada en la antigua Ley de 1950, en la que la peligrosidad de la conducta se anudaba, no al exceso de velocidad sobre los límites marcados, sino en relación a las concretas circunstancias del tráfico (presencia de peatones, circulación densa, mal estado del vehículo o de la carretera), a partir de las cuales sí es posible determinar si la conducción era, en el caso particular, adecuada para provocar un accidente.

Ejemplos de una mejor técnica legislativa los encontramos en el entorno europeo. Así, el parágrafo 315.c) del Código Penal alemán, aunque regula la conducción temeraria como delito de peligro concreto y, por ello, exige la prueba de una amenaza real para los bienes, sin embargo detalla las conductas a través de las cuales se deberá cometer, tales como “no poner atención a la circulación, efectuar adelantamientos incorrectos, conducir defectuosamente en las proximidades de un paso de peatones, ir demasiado rápido en lugares complicados, como cruces o pasos a nivel, o aparcar el vehículo en lugar no suficientemente señalizado”. Del mismo modo, el Código Penal portugués, en su art. 291.1.b) sanciona la conducción de un vehículo “violando groseramente las reglas de circulación viaria”, lo que implica, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias existentes y no el mero exceso sobre los límites permitidos.

En definitiva, la tipificación de los comportamientos que, como la conducción temeraria, suponen una anticipación de la intervención penal a la efectiva producción de un resultado lesivo, debe tener presente que la mera desobediencia formal a la norma no puede determinar la responsabilidad penal, sino que ésta sólo puede surgir cuando la conducta realizada sea susceptible, en el caso concreto, de producir un daño, y ello no sucede en todos los casos en que se conduzca a velocidad superior a los límites establecidos o con una tasa de alcohol por encima de la reglamentariamente indicada sino que es necesario demostrar, además, que en ese caso concreto la conducción implicaba una probabilidad intolerable de lesión. Ciertamente, que lo más normal será que el exceso de velocidad y, sobre todo, la ingestión de alcohol, generen un riesgo no permitido de accidente, pero ello no justifica que toda conducta de esta natura-

(40) BOHNERT, “Das Bestimmtheitsfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 94, 1982, p. 79; FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1998, p. 163; CORCOY, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, p. 108; FEIJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, 1999, pp. 212-213.

leza deba subsumirse, sin más, en el citado tipo penal, siendo necesaria la acreditación de que ésta conlleva un determinado nivel de peligro⁽⁴¹⁾.

En cambio, no parece necesaria la exigencia de demostrar que a consecuencia de la realización de dicha conducta se ha producido una situación de peligro real para las personas, pues como ya se indicó anteriormente, la prueba sobre tal extremo resulta en muchas ocasiones difícil, motivando que los tribunales dicten en la mayoría de las ocasiones sentencias absolutorias. Y aunque conforme a la técnica de los delitos de peligrosidad concreta que aquí se propone, puede producirse un solapamiento entre las infracciones penales y las administrativas, toda vez que en el art. 65 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, se tipifican como infracciones de índole administrativa diversas conductas (conducción negligente, desobediencia a la señal de stop, velocidad excesiva) que en definitiva implican una peligrosidad concreta y no precisan la constatación de un peligro real para las personas⁽⁴²⁾, esta situación no es sino la consecuencia de que entre el ilícito penal y el administrativo sólo existen diferencias cuantitativas⁽⁴³⁾, y por ello, el que en un caso concreto una determinada forma de conducir constituya un delito o una infracción administrativa dependerá del grado de peligro que, *ex ante* y tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes, dicho comportamiento genere, sin olvidar el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo.

(41) SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände in ihrer Interpretation”, en *Die Rechtsgutstheorie*, *op. cit.*, p. 152.

(42) DE VICENTE MARTÍNENZ, R., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 37 y 392.

(43) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*, 2004, pp. 55-56.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abogado y procurador:

- *Asistencia:*

— STC 146/2007, de 18 de junio 103

Actuaciones judiciales:

- *Nulidad de actuaciones:*

— SAP Huelva 22/2007, de 5 de marzo 179

— AAP Zamora 32/2007, de 13 de marzo 189

Agravantes:

- *Parentesco:*

— STS 531/2007, de 18 de junio 141

- *Reincidencia:*

— STS 775/2007, de 28 de septiembre 176

Alevosía:

— STS 531/2007, de 18 de junio 141

Artículos de previo pronunciamiento:

• *Prescripción del delito:*

— STS 517/2007, de 8 de junio 132

Atentado:

— STS 794/2007, de 26 de septiembre 173

Atenuantes:

• *Arrebató:*

— STS 735/2007, de 18 de septiembre 167

Auto de aclaración:

— AAP Zamora 32/2007, de 13 de marzo 189

C

Coacción:

— SAP Salamanca 42/2007, de 4 de junio 211

Competencia de jueces y tribunales:

— STS 561/2007, de 15 de junio 135

— STS 622/2007, de 5 de julio 149

Conclusiones definitivas:

— SAP Tenerife 388/2007, de 7 de junio 215

Concurso de leyes:

— STS 670/2007, de 17 de julio 155

Conducción bajo los efectos del alcohol o drogas:

— SAP Guadalajara 19/2007, de 19 de abril 204

Conformidad con la pena solicitada:

— STS 606/2007, de 1 de junio 129

Contrabando:

— STS 645/2007, de 16 de junio 140

Costas procesales:

— SAP Cantabria 193/2007, de 5 de junio 214

— AAP Madrid 267/2007, de 7 de julio 217

D

Declaraciones sumariales:

— STS 604/2007, de 25 de junio 146

Declinatoria de jurisdicción:

— STS 705/2007, de 18 de julio 156

Delitos contra el medio ambiente:

— SAP Badajoz 77/2007, de 18 de mayo 208

Delitos contra la Administración de Justicia:

— SAP Granada 149/2007, de 7 de marzo 184

Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social:

— SAP Jaén 57/2007, de 9 de abril 201

Delitos contra la integridad moral:

— SAP Álava 104/2007, de 4 de abril 198

Delitos contra la seguridad del tráfico:

— SAP Guadalajara 19/2007, de 19 de abril 204

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros:

— STS 484/2007, de 29 de mayo 125

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

— SAP Barcelona 266/2007, de 19 de marzo 190

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

— SAP Jaén 80/2007, de 30 de marzo 195

Delitos:

• *Consumación:*

— STS 490/2007, de 7 de junio 131

• *Prescripción:*

— STS 517/2007, de 8 de junio 132

— STS 645/2007, de 16 de junio 140

— SAP Jaén 57/2007, de 9 de abril 201

Derecho a la intimidad:

— STC 206/2007, de 24 de septiembre 106

Derecho a la inviolabilidad del domicilio:

— STC 209/2007, de 24 de septiembre 111

Derecho a la tutela judicial efectiva:

— STC 218/2007, de 8 de octubre 115

Derecho de defensa:

— SAP Tenerife 388/2007, de 7 de junio 215

Dolo:

— STS 258/2007, de 19 de julio 158

E

Entrada y registro en lugar cerrado:

— STC 209/2007, de 24 de septiembre 111

Estafa:

— STS 451/2007, de 19 de julio 163

Eximentes:

• *Alteración psíquica:*

— STS 258/2007, de 19 de julio 158

F

Falsificación:

• *Documento:*

— STS 451/2007, de 19 de julio 163

— SAP Granada 149/2007, de 7 de marzo 184

• *Moneda:*

— STS 722/2007, de 12 de septiembre 165

I

Incendios:

• *Peligro para la vida:*

— SAP Tenerife 221/2007, de 23 de marzo 191

Intervención de las comunicaciones:

— SAP Huelva 22/2007, de 5 de marzo 179

J

Juicio de faltas:

— AAP Madrid 267/2007, de 7 de julio 217

L

Lesiones:

— SAP Barcelona 266/2007, de 19 de marzo	190
• <i>Deformidad:</i>	
— STS 258/2007, de 19 de julio	158
• <i>Violencia doméstica:</i>	
— SAP Barcelona 379/2007, de 12 de marzo	187
— SAP Álava 104/2007, de 4 de abril	198

M

Motivación:

— STS 415/2007, de 18 de mayo	121
-------------------------------------	-----

P

Penas:

• <i>Suspensión:</i>	
— SAP Cádiz 98/2007, de 30 de marzo	197
• <i>Sustitución:</i>	
— AAP Huelva 24/2007, de 9 de marzo	185

Presunción de inocencia:

— STC 218/2007, de 8 de octubre	115
— STS 472/2007, de 24 de mayo	123

Prevaricación administrativa:

— STS 755/2007, de 25 de septiembre	170
---	-----

Principio acusatorio:

— STS 606/2007, de 1 de junio	129
— STS 609/2007, de 10 de julio	152

Pruebas:

• *Examen de testigos:*

— STS 604/2007, de 25 de junio	146
--------------------------------------	-----

Q

Quebrantamiento de condena:

— STS 775/2007, de 28 de septiembre	176
— SAP Ávila 79/2007, de 28 de marzo	193

R

Recurso de revisión:

— STC 146/2007, de 18 de junio	103
--------------------------------------	-----

Responsabilidad civil:

— SAP Badajoz 77/2007, de 18 de mayo	208
— AAP Barcelona 146/2007, de 22 de mayo	209

• *Vehículos a motor:*

— SAP Madrid 317/2007, de 28 de mayo	210
— SAP Tarragona 467/2007, de 4 de junio	213
— AAP Madrid 29/2007, de 26 de julio	225
— SAP Lérida 270/2007, de 27 de julio	226

Responsabilidad criminal:

• *Autor:*

— STS 490/2007, de 7 de junio	131
-------------------------------------	-----

Responsabilidad penal de los menores:

• *Quebrantamiento de medidas:*

— SAP Ávila 79/2007, de 28 de marzo 193

S

Sumario:

• *Formación:*

— AAP Zamora 32/2007, de 13 de marzo 189

T

Tráfico de drogas:

— SAP Huelva 7/2007, de 6 de marzo 181

V

Violencia doméstica:

— SAP Barcelona 379/2007, de 12 de marzo 187

— SAP Álava 104/2007, de 4 de abril 198

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 146/2007 de la Sala 2.^a del TC de 18 de junio de 2007
(BOE 27 de julio de 2007) (Recurso de amparo 4947/2004)**

REVISIÓN PENAL. ASISTENCIA LETRADA

Arts. 24.2 CE; 954 y 955 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la asistencia letrada al archivar de plano una petición de revisión de condena penal sin resolver la solicitud de nombra-
miento de procurador y abogado de oficio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) es doctrina de este Tribunal que entre las garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 CE consagra de manera singularizada. Este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción,

que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. Parámetros que no varían siquiera cuando la intervención letrada en la instancia es, incluso, facultativa, puesto que, aun no siendo preceptiva, constituye un derecho que la parte gobierna en su ejercicio, decidiendo con libertad si servirse o no de un experto en Derecho para defender sus intere-

ses (doctrina reiterada en las posteriores SSTC 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 260/2005, de 24 de octubre, FJ 3; y 189/2006, de 19 de junio, FJ 2). Lo anterior conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el correspondiente nombramiento cuando se solicite y resulte necesario (SSTC 152/2000, de 12 de junio, FJ 3; 262/2005, de 24 de octubre, FJ 2). En tal caso “los órganos judiciales deben, en principio, acordar la suspensión del curso del procedimiento hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos económicos, o que se ve en la imposibilidad de contar con un Letrado de su elección, un Letrado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso” (SSTC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3, y 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2, antes citado).

Ahora bien, también debe señalarse que este Tribunal, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sustentada, entre otras, en las Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey), de 25 de abril de 1983 (caso Pakelli) y de 13 de mayo de 1990 (caso Ártico), ha señalado que, desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta de Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso (SSTC 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 262/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 20/2006, de 30 de enero, FJ 3). Entre estas circunstancias se ha de prestar especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimien-

tos jurídicos del solicitante (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3), deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 3), y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (SSTC 22/2001, de 29 de enero, FJ 4; 67/2007, de 27 de marzo, FJ 4). Sin olvidar a la hora de hacer este análisis la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispersar el Ordenamiento jurídico, habiendo resaltado este Tribunal en numerosas resoluciones el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio (entre las últimas, STC 1/2007, de 15 de enero, FJ 3).

4. La doctrina constitucional que se ha reseñado pone de manifiesto que la queja articulada por el demandante de amparo, sobre la lesión de su derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías al no haberse atendido su petición de asistencia letrada, conforme al contenido de esa tradicional doctrina de nuestro Tribunal, ha de prosperar.

En efecto, el demandante de amparo, desde el centro penitenciario donde se encontraba cumpliendo condena, dirigió un escrito a la Sala Segunda del Tribunal Supremo donde expresaba su voluntad de promover recurso extraordinario de revisión e interesaba a tal fin que le fueran designados Abogado y Procurador del turno de oficio. En dicho escrito, redactado con una deficiente caligrafía, manifestaba que era inocente del delito por el que se le había condenado, adjuntando al mismo fotocopia de un centro de rehabilitación, con cuyo documento pretendía demostrar que no se encontraba en el lugar de los hechos cuando éstos ocurrieron. Advertía también la dificultad

que tenía para demostrar esta conclusión, “dado el estado de soledad, indefensión, falta de tutela judicial efectiva, proceso con todas las garantías” en que se encontraba, por su condición de “persona presa”, aunque “el Tribunal podría recabar estos datos” que fueran necesarios para confirmar su pretensión revisoria. No obstante lo anterior el Alto Tribunal archivó de plano dicha solicitud, no concediendo por ello la autorización prevista legalmente para formalizar dicho recurso, al no apreciar en el escrito remitido por el interno ninguno de los cuatro supuestos que tasadamente establece el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuyo motivo rechazaba tácitamente su petición de asistencia técnica en el proceso.

Así las cosas, aunque el art. 955 LECrim, al regular la legitimación para promover e interponer el recurso de revisión, tras la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, no prevé la preceptiva intervención de un Letrado durante estos trámites, a diferencia de lo previsto en otros casos (como en los arts. 856 y 874 LECrim para la preparación e interposición del recurso de casación), ello no priva al justiciable, conforme a la anterior doctrina, del derecho a la defensa y a la asistencia letrada desde el momento en que ha renunciado a la autodefensa en el proceso. Con independencia de la cuestión de fondo, respecto de la concesión o denegación por parte del Tribunal Supremo de la autorización para la interposición del recurso de revisión prevista en el art. 957 LECrim., “que corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que habrán de valorar las pruebas aportadas y decidir si, a la vista de las mismas, concurría o no el motivo de revisión invocado” (SSTC 119/2001, de 8 mayo, FJ 1; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3), ha de respetarse esta garantía del condenado prevista en el art. 24.2 CE, mediante la oportuna designación de Abogado y Procurador de oficio, obligación jurídico-constitucional a la que se debe dar cumplimiento por los diversos poderes pú-

blicos, singularmente los órganos judiciales y los colegios de Abogados y Procuradores (STC 101/2002, de 6 de mayo, FJ 4). No hay que olvidar que nos encontramos en el ámbito del recurso de revisión penal, que “se presenta esencialmente como un imperativo de la Justicia” (SSTC 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2; 70/2007, de 16 de abril, FJ 3), “tratándose del acceso a la jurisdicción por parte de una persona condenada que pretenda dejar de estarlo, por lo que pueden estar también en juego, según los casos, sus derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad penal y a la libertad” (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5), cumpliendo además el trámite de autorización, recogido en el citado art. 957 LECrim., una función fundamental, por cuanto con el mismo se trata de “valorar si hay una base *prima facie* bastante para dar curso a la revisión” (STC 123/2004, de 13 de julio, FJ 4), motivo por el cual se atribuye, incluso, a la Sala “la práctica de las diligencias que estime pertinentes” para el caso de que existan dudas razonables.

Además, en el caso que nos ocupa, con independencia de la índole del proceso, se trata de un recurrente que se encuentra interno en un centro penitenciario y que carece de conocimientos jurídicos; que desde un principio ha dejado constancia de su intención de poder defenderse con asistencia letrada, precisamente porque, vistas sus circunstancias, se encontraba con dificultades de proveerse de los datos necesarios para sustentar su pretensión revisoria. Y, por otra parte, la autodefensa ejercida se ha revelado insuficiente, viéndose así impedido de articularla adecuadamente a su derecho e interés, como lo demuestra la circunstancia de que el Tribunal haya archivado su solicitud mediante el razonamiento de que las causas por él invocadas (“inocencia del delito por el que fue condenado, soledad, indefensión, falta de tutela judicial efectiva”, etc.) expuestas con una evidente falta de sistematización y precisión, no se encontraban entre los supuestos tasados del art. 954 LECrim,

cuando lo cierto es, como subraya el Fiscal, que el interno pretendía realmente plantear a la Sala el motivo previsto en el núm. 4 del citado artículo (“nuevos hechos o nuevos elementos de prueba”), al adjuntar a su solicitud una fotocopia sobre su supuesta permanencia en un centro de rehabilitación en el momento en que se cometieron los hechos que se le imputaban.

(...)

6. Constatada, pues, la vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada del recurrente, su restablecimiento comporta retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la providencia impugnada a fin de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resuelva sobre la petición de Abogado y Procurador de oficio sin incurrir en la tacha constitucional apreciada.

**Sentencia 206/2007 de la Sala 1.^a del TC de 24 de septiembre de 2007
(BOE 31 de octubre de 2007) (Recurso de amparo 4487/2005)**

INTIMIDAD PERSONAL. ANÁLISIS DE SANGRE

Art. 18.1 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la intimidad personal a consecuencia de la ordenación de la práctica de una analítica sobre las muestras de sangre que habían sido obtenidas con fines terapéuticos en asistencia hospitalaria, sin autorización judicial ni consentimiento informado eficaz.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. La cuestión nuclear planteada en la demanda de amparo es, en efecto, la relativa a la vulneración de los arts. 15 y 18.1 CE, como consecuencia de haber ordenado la Guardia Civil, sin haber informado y solicitado previamente el consentimiento del afectado y sin autorización judicial, la práctica de un análisis de sangre con posterioridad a su ingreso en el hospital, al objeto de determinar la tasa de alcohol, diligencia que se prac-

ticó y cuyo resultado fue incorporado al proceso y utilizado como prueba de cargo.

Como paso previo para poder apreciar las vulneraciones denunciadas ha de analizarse cuál de los derechos fundamentales invocados puede resultar afectado por la diligencia probatoria en cuestión, para posteriormente entrar a considerar si esa afectación es susceptible de alcanzar una justificación constitucional.

Conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho fundamental a la inte-

gridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también —en lo que ahora interesa— contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. Y precisando esta doctrina en relación a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) sobre el cuerpo del imputado o de terceros, hemos declarado que en “las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Ahora bien, como se ha hecho constar en los antecedentes de la presente Sentencia, del examen de las actuaciones se desprende, en primer lugar, que lo solicitado mediante oficio por la Guardia Civil al centro hospitalario en el que fue ingresado el demandante de amparo tras el accidente de tráfico, no es la extracción de sangre, sino la práctica de un análisis sobre las muestras de sangre que le habían sido extraídas con fines terapéuticos, al objeto de determinar la tasa de alcohol en sangre o de otras sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes o análogos (folio 20 de las actuaciones). Respecto

de la extracción de sangre, no existe constancia en lo actuado, ni se queja el recurrente, de que la misma fuera realizada coactivamente, sino que todo apunta a que prestó su consentimiento a la extracción, siquiera tácitamente, aunque fuera sin haber sido informado del tipo de pruebas a realizar sobre las muestras obtenidas y, en concreto, de que se le iba a practicar una prueba de detección de alcohol en sangre. No estando acreditado, por tanto, que se tratara de una intervención corporal coactiva y practicada en contra de la voluntad del interesado, no cabe considerar afectado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), como expresamente hemos afirmado, entre otras, en las SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.

4. Distinta debe ser nuestra apreciación por lo que respecta a la afectación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

Este derecho, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 27/2003, de 30 de junio, FJ 7; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, entre otras). El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 y las allí citadas).

En concreto, y en relación con las diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, hemos afirmado que las intervenciones corporales pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal, no tanto por el hecho en sí de la intervención (que, en su caso, afecta al derecho a la integridad físi-

ca), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, si se trata de información referente a la esfera de la vida privada y que el sujeto puede no querer desvelar, como la relativa al consumo de alcohol o de drogas (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5, por todas).

Esto es lo que sucede también en el presente caso, en el que se realiza un análisis de sangre al objeto de determinar si el afectado había consumido alcohol y cuál era su grado de impregnación alcohólica, lo que supone una injerencia en la vida privada de la persona.

5. Constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal, hemos de analizar a continuación si tal afectación resulta constitucionalmente legítima o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho afectado.

(...)

6. Precizando la anterior doctrina específicamente en relación con las intervenciones corporales practicadas como actos de investigación o prueba del delito, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que exista una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho, no pudiendo ser autorizada la misma sólo por la vía reglamentaria (principio de legalidad); que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e

incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Del mismo modo y reproduciendo esta doctrina, SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.

Asimismo, en la citada STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, precisamos que la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.

7. Descendiendo de la doctrina general al caso que nos ocupa, analizaremos a continuación las distintas hipótesis que permitirían justificar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad.

(...)

En el presente caso puede afirmarse sin duda alguna que la diligencia probatoria cu-

ya legitimidad constitucional se cuestiona se orienta a un fin constitucionalmente legítimo, puesto que el análisis se solicita para determinar la tasa de alcohol en sangre o la presencia de otras sustancias tóxicas, en el marco de la investigación de un delito de conducción bajo el efecto de este tipo de sustancias y al objeto de determinar un hecho relevante para el proceso penal, cual es la determinación del grado de impregnación alcohólica (en el mismo sentido y en un caso que presenta grandes similitudes con éste, STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

Con esta premisa, la primera hipótesis que cabría plantearse para obtener una justificación constitucional a la actuación policial es la de que los agentes de la Guardia Civil hubieran obtenido el consentimiento eficaz del afectado en la práctica de la analítica en cuestión, (...) no existe constancia alguna de que fuera informado expresamente de la prueba que se pretendía practicar (análisis de sangre) y de la finalidad de la misma (determinar la tasa de alcohol en sangre o la presencia de otras sustancias estupefacientes), una prueba que resultaba ajena a toda finalidad terapéutica y que, por ello, no resultaba previsible para quien es sometido a pruebas médicas por el personal facultativo de un centro hospitalario en el que se encuentra ingresado tras sufrir un accidente de tráfico. Siendo así, ha de descartarse la presencia de un consentimiento informado eficaz del afectado que legitime la medida, aun partiendo de la premisa fáctica de que existiera consentimiento en la extracción de sangre (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9).

8. Descartada la existencia de consentimiento del afectado, resulta innecesario entrar a examinar si existe previsión legal específica con justificación constitucional para una medida como la descrita (...)

Del examen de lo actuado se desprende que los agentes de la Guardia Civil se dirigieron directamente a los facultativos del centro hospitalario para solicitar la práctica de la analítica, y no previamente al Juez. En

efecto, aunque consta en las actuaciones un oficio dirigido al Juez instructor solicitando del mismo mandamiento judicial para la práctica de la analítica, dicho oficio se cursa una vez que la misma ya se había ordenado por los propios agentes policiales y había sido practicada. Es más, el informe clínico con el resultado del análisis obra incorporado al atestado policial que se remite al Juez instructor, quien, a la vista de la actuación y de la solicitud policial, se limita a incoar diligencias previas, incorporando a la causa el atestado policial y el resultado del análisis de sangre en cuestión, sin dictar resolución alguna respecto de la solicitud de mandamiento judicial. Y, posteriormente, tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial en apelación consideran válida la actuación policial y la prueba así obtenida, con la argumentación que se expuso en los antecedentes de esta resolución, en la que se limitan a afirmar que la prueba se practicó con todas las garantías científicas legales y sin que se produjese ninguna anomalía, dando un resultado positivo, añadiendo la Sentencia de instancia que no era preciso el consentimiento previo del conductor para realizar esa diligencia de investigación policial en la medida en que estaba obligado a someterse a la misma. En definitiva, ni existió una autorización judicial previa de la práctica del análisis de sangre, ni posteriormente los órganos judiciales realizaron ponderación de los intereses en conflicto teniendo en cuenta el derecho fundamental en juego que les condujera a considerar justificada —a la vista de las circunstancias del caso— la actuación policial sin previa autorización judicial.

Por otra parte, ni en la solicitud de los agentes de la Guardia Civil al centro hospitalario (que se fundamenta exclusivamente en la imposibilidad de someter a las pruebas de aire espirado al conductor accidentado, en el que los agentes habían advertido diversos síntomas de embriaguez, sin mencionar ninguna otra circunstancia), ni en las actuaciones procesales consta dato alguno que permi-

ta considerar acreditada la urgente necesidad de la intervención policial inmediata. (...)

E incluso si concurrieran circunstancias excepcionales en el caso concreto —que desde luego no se han acreditado ni valorado por los órganos judiciales— que impedirían la intervención judicial previa con la celeridad necesaria para asegurar que la analítica pudiera llegar a practicarse y la misma fuera considerada imprescindible en la valoración policial, resultaría constitucionalmente exigible que los agentes de la Guardia civil hubieran puesto de forma inmediata en conocimiento del Juez que se había ordenado practicar un análisis de sangre al objeto de verificar el grado de impregnación alcohólica y que el resultado del mismo se remitiera al órgano judicial (pues no existen razones de urgencia imaginables que permitan justificar, una vez ya practicado el análisis, el acceso de la policía a los datos de la intimidad sin la previa intervención judicial), para que fuera el órgano judicial quien, a la vista de todos los datos aportados (circunstancias del accidente, sintomatología descrita en el atestado policial, posibilidad de realizar otras pruebas no lesivas de derechos fundamentales...), decidiera motivadamente si resultaba o no proporcionada la injerencia en el derecho fundamental, autorizando o no la incorporación al proceso del resultado del análisis de sangre, lo que tampoco ha sucedido en el presente caso.

La ponderación de las circunstancias del caso y la formulación del juicio de proporcionalidad son imprescindibles, sin que resulte constitucionalmente aceptable entender que, de no poder practicarse las pruebas de aire espirado, resulta legítimo practicar, en todo caso, otras pruebas legalmente pre-

vistas, como el análisis de sangre, a fin de acreditar el grado de impregnación alcohólica. Ciertamente, esas pruebas son idóneas para el esclarecimiento de un hecho relevante en la persecución del delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, pero el resultado positivo de las mismas ni es la única prueba que puede conducir a una condena por este delito, ni es imprescindible para sustentarla, como hemos afirmado en múltiples ocasiones (por todas, SSTC 24/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 3; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2), dado que desde la STC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 4, sostenemos que el delito no consiste en un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Por tanto, en cada caso concreto y a la vista de las circunstancias concurrentes en el mismo, habrá de ponderarse la importancia y necesidad de la prueba para el esclarecimiento del delito y su incidencia en el derecho fundamental a la intimidad, sin que de la regulación legal se desprenda, en modo alguno, la existencia de una habilitación para la práctica de análisis de sangre en todos aquellos casos en que no puedan practicarse las pruebas de aire espirado.

En conclusión, al haberse invadido la esfera privada del recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial y, al no haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial sin mandato judicial previo ni la proporcionalidad de la misma, se ha vulnerado el art. 18.1 CE, lo que determina la nulidad de la prueba obtenida como consecuencia de dicha vulneración.

Sentencia 209/2007 de la Sala 1.^a del TC de 24 de septiembre de 2007 (BOE 31 de octubre de 2007) (Recurso de amparo 6377/2005)

INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

Art. 18.2 CE

Ponente: **Excma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

La inviolabilidad del domicilio ampara a quien “mora” en precario, durante unos pocos días, en una vivienda de la que es arrendatario un amigo, aunque la sentencia termina negando el amparo por entender presente, en el caso concreto, el consentimiento “tácito” en la entrada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El demandante de amparo fue detenido por agentes de la Guardia civil en la vivienda de un amigo, en la que llevaba varios días pernoctando. Dado que la entrada policial se produjo con el consentimiento de dicho amigo, arrendatario del inmueble y morador en él, pero, a su entender, sin el suyo, y como además dicha entrada no había sido judicialmente autorizada ni se debía a la comisión flagrante de un delito, considera el demandante de amparo que se ha vulnerado su derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE). Denuncia también que las Sentencias que le terminan condenando lo hacen sin prueba suficiente de las conductas de robo con fuerza en las cosas que le atribuyen y que por ello vulneran su derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Ninguna de las dos quejas resultan atendibles según el Ministerio Fiscal, quien interesa la denegación del amparo solicitado.

Destaca en particular, en lo que hace a la entrada policial en la vivienda, que los órganos judiciales no han dado por acreditado ningún título de ocupación de la misma por parte del recurrente, que la intromisión fue autorizada por alguien con plena facultad para ello, y que no se ha constatado la oposición a la entrada por quien ahora se queja de la misma.

2. El demandante de amparo sostiene que los agentes de la Guardia civil entraron en su domicilio sin su imprescindible consentimiento. El planteamiento en el que sustenta su queja de vulneración de su derecho a la inviolabilidad de domicilio se desarrolla en tres premisas argumentales sucesivas: que el demandante de amparo era titular del domicilio en cuestión en el sentido del artículo 18.2 CE; que no era suficiente para legitimar la entrada el consentimiento prestado por el otro titular del mismo; y que él no prestó su consentimiento para dicha intromisión policial.

Le asiste la razón al demandante en la defensa que efectúa de su titularidad del domicilio (art. 18.2 CE) en que se produjo la entrada policial a partir del sustrato fáctico que suministra la Sentencia de instancia de que el demandante “se quedó a pernoctar unos días” en la casa en la que entraron los agentes policiales, que era la vivienda en la que moraba como arrendatario un amigo suyo, único que pagaba las rentas de alquiler, aunque él “colaborara en los gastos de manutención” (FD 1). Si el “rasgo esencial” del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE es el de “constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada” (STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 6), de modo que se identifica con la “morada de las personas físicas”, “reducto último de su intimidad personal y familiar” (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), resulta que la casa del amigo en la que se encontraba el demandante de amparo cuando fue detenido era su domicilio en tal momento, el lugar en el que, siquiera transitoriamente, mientras se encontraba en dicha localidad, “vivía”, tenía su espacio vital de referencia, un ámbito en el que recogerse, salvaguardar sus objetos más personales y poder desarrollar los aspectos de su vida personal que considerara más privados.

Hemos de recordar al respecto que nuestra STC 10/2002, de 17 de enero, consideró que “las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada” (FJ 8), y que la STC 189/2004, de 2 de noviembre, extendió esta declaración “con mayor razón aun a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando ... la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento

a los militares destinados en una determinada plaza” (FJ 2). Y procede también recordar que el sustento de estas dos calificaciones de ciertos espacios como domicilio se encuentra en la definición de domicilio inviolable en el sentido del artículo 18.2 CE, muy consolidada en nuestra jurisprudencia, como “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; también, entre otras, SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Existe así un “nexo indisoluble” entre la “sacralidad de la sede existencial de la persona, que veda toda intromisión y, en concreto, la entrada y el registro en ella y de ella, con el derecho a la intimidad, por lo demás contenido en el mismo precepto... (art. 18.1 y 2 CE)” (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5). Ello significa “en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada” (SSTC 10/2002,

FJ 7; 189/2004, FJ 2). En concreto, en relación con las habitaciones de hotel, subrayábamos algo que resulta ahora trascendente para la consideración como domicilio del lugar en el que fue detenido el demandante de amparo: que “ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso... ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su artículo 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito” (FJ 8).

3. Más discutible resulta la afirmación de la concurrencia de la segunda de las premisas de la demanda, atinente a la insuficiencia del consentimiento del arrendatario y morador permanente del piso para legitimar una entrada que lo era de agentes de la autoridad y que se dirigía a la detención del recurrente. No es desde luego impertinente precisar en este extremo que la residencia transitoria del mismo respondía a una concesión graciosa del morador originario por razones de amistad o de hospitalidad, y que ello dotaba de ciertas peculiaridades a su situación posesoria como comorador.

Como afirmamos en nuestra STC 22/2003, de 10 de febrero, “la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio” (FJ 7), sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. El ejercicio del derecho, de contenido “fundamentalmente negativo”, consiste en el ejercicio de la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es,

de la “facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 22/2003, FJ 3). No en vano la Constitución se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio como preservación de un determinado espacio (“El domicilio es inviolable”) y configura su garantía esencial a través de la interdicción de toda entrada en el mismo que no sea consentida por su titular o autorizada judicialmente, “salvo en caso de flagrante delito” (art. 18.2 CE).

Si la convivencia en un mismo domicilio no altera, en principio, ni la titularidad del derecho ni la posibilidad de su ejercicio, resulta que cada titular del mismo mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero que no mora en él. Ello no obsta para que la composición razonable de los intereses en juego de los comoradores haga que usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar *a priori* en que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás. En este sentido hemos dicho que “cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 7). Puede suceder, naturalmente, que excepcionalmente aquel pacto no exista como tal, o que sea evidente que no concurra respecto a determinadas entradas domiciliarias por el perjuicio que puedan comportar para alguno de los moradores. Así, para el caso de una cónyuge separada que autorizó el re-

gistro de la vivienda común en unas diligencias en las que se imputaba a su marido un delito contra ella, afirmamos en la STC 22/2003 que “el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa” (FJ 8).

4. Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del domicilio concurre en el derecho de quien habita en una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que comporta su paso a una situación de comorador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal. Al igual que sucede con el ejercicio del derecho de exclusión de los “cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 6), en el que concurre usualmente un pacto recíproco de admisión de las entradas consentidas por otro cotitular, puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede graciosamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las entradas que el titular originario del domicilio consienta en el mismo.

Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio del segundo comorador, sin embargo, puede encontrar a su vez

un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en los que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Esto es lo que sucede en el presente caso. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de éste, queda, sin embargo, afectado con la máxima intensidad el derecho de aquél a la preservación de un ámbito espacial íntimo a través de una facultad de exclusión del mismo “de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada.

5. Aceptado en los fundamentos anteriores que el recurrente sufrió una entrada en su domicilio y que dicha entrada no encontraba legitimación suficiente en el consentimiento del comorador, resta aún por resolver la cuestión de si tal justificación se produjo por el propio consentimiento de aquél; si, frente a lo que se afirma en la demanda, el demandante de amparo autorizó tácitamente la intromisión en su morada. Tal es el argumento añadido que alega el Ministerio Fiscal para postular la desestimación de la demanda de amparo al señalar que no aparece “en el momento de la detención... ninguna manifestación de Ramón Romo en

relación con una hipotética denegación de entrada en la vivienda por su parte”. La Sentencia de instancia señala por su parte “a mayor abundamiento” que, “aun cuando se entienda que la prohibición tajante de uno de los moradores de la vivienda es requisito para impedir la entrada de un tercero en ella, es de ver cómo en la presente causa ninguno de los implicados ... han hecho referencia, ni siquiera tangencial, a la posible oposición del inculpado a la entrada de los agentes en el domicilio”.

Sin embargo, la perspectiva constitucional de enjuiciamiento acerca de la actitud subjetiva del morador respecto a la intromisión en su domicilio en orden a constatar la vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad de aquél no es la de si concurrió una “prohibición tajante” o, al menos, una oposición a la entrada, sino la de si “no consintió” tal intromisión, aunque sin duda aquellas prohibición y oposición constituyan concreciones de esta falta de consentimiento. Dicho en otros términos, es preciso el consentimiento de su titular para justificar la intromisión domiciliar *ex* artículo 18.2 CE, no bastando su falta de oposición a la misma, por mucho que en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito.

Uno de tales contextos propicios a que la falta de oposición pueda ser interpretada co-

mo expresión de consentimiento es precisamente el del comorador en precario frente a la autorización de entrada del titular originario del domicilio y a su vez comorador. Y tal posible identificación entre ausencia de rechazo y consentimiento es la que cabe apreciar en el presente supuesto a la vista de los datos que obran en las actuaciones. Así, es de señalar que el acta policial de entrada y registro alude, por una parte, a la “autorización expresa y voluntaria de permitir el acceso” del comorador, que acompaña a los agentes al domicilio que había decidido compartir con el recurrente y “permite y acompaña el acceso al interior”; reseña también el acta, por otra parte, que se realizaron previamente “reiteradas llamadas”, sin que conste respecto a las mismas reacción alguna de rechazo a la entrada por parte del recurrente, que se encontraba en el interior del piso. Esta convergencia de la autorización y facilitación de la entrada policial por parte del primer comorador, titular originario del domicilio, y de la pasividad al respecto del recurrente, segundo comorador por concesión graciosa del primero, permite afirmar en el presente caso, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que, siquiera de modo tácito, concurrió el consentimiento de aquél respecto a la entrada policial que ahora considera vulneradora de su derecho a la inviolabilidad de domicilio. Es por ello por lo que su queja de amparo no puede prosperar.

**Sentencia 218/2007 de la Sala 1.^a del TC de 8 de octubre de 2007
(BOE 14 de noviembre de 2007) (Recurso de amparo 2193/2005)**

CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Art. 24 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel**

SÍNTESIS

Frente a la solución dada por el Tribunal Supremo en su sentencia 138/2005, de 15 de febrero (extractada en el número 16 de la Revista de Dere-

cho Penal), en un supuesto de “conflicto de derechos fundamentales” (primando el de presunción de inocencia sobre el de tutela judicial efectiva), se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial con anulación de la sentencia y retroacción de las actuaciones al momento del juicio oral en que se produjo el quebrantamiento de garantías esenciales de la acusación particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Sentado lo anterior, y ya en relación con los criterios doctrinales aplicables para dar cumplida respuesta a la queja de las demandantes de amparo, acusadoras particulares en el proceso penal en el que se ha dictado la Sentencia impugnada, es procedente recordar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias penales absolutorias, que fue sintetizada en las SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2; 192/2005, de 28 de julio, FJ 3; y 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2:

“La víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4, 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4, 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del ‘derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho’ (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las

reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Asimismo este Tribunal ha precisado que cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal, tras la sustanciación del proceso con plenas garantías, no ha dictado sentencia condenatoria, cabe acudir a este Tribunal para solicitar un pronunciamiento declarativo, previsto en el art. 55.1.b) de la LOTC, sobre la existencia de la vulneración alegada del derecho fundamental sustantivo de que se trate. En estos supuestos, en caso de otorgarse el amparo, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará, en efecto, a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la sentencia absoluta firme impugnada (entre otras muchas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 3).

Por el contrario, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absoluto se fundamenta en la vulneración de

derechos procesales garantizados en el art. 24 de la CE, entonces sí es procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquel en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias ‘no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales’ (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7).

En aplicación de esta doctrina, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio), por haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre) o por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo y versando exclusivamente la apelación sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su cónyuge (STC 168/2001, de 16 de julio)”.

4. Por otra parte, dada la veda constitucional del *bis in idem*, ha de tenerse en cuenta que aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa pueda significar la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable, desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias

firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en casación en este caso carecía de ese carácter. Así pues no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. Como indicamos en la STC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 3.e), citado luego en la STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 3, “el elemento de la firmeza de la Sentencia impositiva de la celebración de un nuevo juicio se destaca en los textos internacionales que *ex art.* 10.2 de la CE deben operar como elemento interpretativo de los derechos fundamentales, como es el caso del art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, y del art. 4.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, suscrito, aunque no ratificado por España. De modo que no existe impedimento constitucional de principio para que una Sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado”.

5. En el caso que ahora nos ocupa, aunque el Tribunal Supremo afirma que las perjudicadas fueron indebidamente privadas de la posibilidad, para la que estaban constitucionalmente legitimadas, de accionar en juicio y ejercer su pretensión acusatoria, considera que “el derecho a la presunción de inocencia de los que fueron acusados ya soportó el gravamen de un juicio que, según la citada norma del (Pacto internacional de derechos civiles y políticos), es lo máximo que cabría imponerles en su calidad de imputados. De manera que la repetición de esa experiencia sería equivalente a acusarles de un nuevo delito, por los mismos hechos, con la consiguiente exposición a un riesgo ciertamente extraordinario. Por tanto, el peso de la presunción de inocencia de los recurrentes, cabe afirmar, es actualmente supe-

rior incluso al que corresponde a este derecho en condiciones de normalidad estándar. Pues ha salido indemne del test que implica la sumisión a juicio de sus titulares en virtud de una acusación por delito. En cambio, el *peso* concreto del derecho de las perjudicadas al personal ejercicio de su pretensión en este asunto, aquí y ahora, es inferior al constitucional-abstracto, ya que subsiste en su dimensión más bien formal, una vez que, como se ha visto, pudo desplegar toda su material eficacia en la instancia” (cursivas en el original).

Sin embargo, aplicando la doctrina anteriormente expuesta al caso, resulta, en primer lugar, que en este supuesto no estamos ante un pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza. Si ya dijimos, entre otras, en las SSTC 81/2002, de 22 de abril, FJ 6, y 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2, que, aunque la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria “por poderosas razones de seguridad jurídica”, ello “no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales”, la posibilidad de anulación de un pronunciamiento absolutorio y retroacción de actuaciones para la celebración de un nuevo juicio es aun más evidente en casos, como el presente, en los que el pronunciamiento absolutorio ya fue anulado por la Sentencia de apelación, que fue la impugnada en casación.

Tampoco es posible hablar en este caso del riesgo de sumisión a un doble juicio, en cuanto el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. Como se indicaba anteriormente, la prohibición de *bis in idem* opera respecto de Sentencias firmes con

efecto de cosa juzgada, y la impugnada en este caso carecía de ese carácter.

Por otra parte, que se ha producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes es algo que ha sido reconocido en las propias Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo. Tal como más ampliamente se expone en los antecedentes, las demandantes presentaron escrito ante la Audiencia Provincial, comunicando que los profesionales que las representaban y defendían desistían de su representación y defensa pero que, siendo “interés de las perjudicadas mantener el ejercicio de la acusación particular contra las personas imputadas en las actuaciones referidas ... solicitan se le designen abogado y procurador del turno de oficio a tal fin”. La petición fue rechazada por el Magistrado-Presidente, que se limitó a instruir a las perjudicadas del contenido de la Ley de asistencia jurídica gratuita, para que ellas mismas instasen de los correspondientes Colegios lo que fuera de su interés, siguiendo su curso la causa, con celebración del juicio (al que, por esta causa, no pudieron comparecer las perjudicadas). Las Sentencias aludidas, del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo, estimaron que esta incomparecencia de las demandantes en el acto del juicio oral a sostener su pretensión no fue achacable a la pasividad o negligencia de la parte, sino a la excesivamente rigorista (y desconocedora del principio *pro actione*), actuación del órgano judicial en su interpretación de los preceptos de la Ley de asistencia jurídica gratuita, en la que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) quedó absolutamente desconocido, al haberse menoscabado real y efectivamente el derecho de defensa y contradicción de las demandantes en amparo, y haberse producido indefensión efectiva.

En definitiva, se produjo un quebrantamiento de las exigencias propias del correcto desarrollo del procedimiento en curso que

limitó los derechos de defensa de la parte y generó indefensión material, proscrita por el art. 24.1 de la CE, deparando a las recurrentes un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos. Esta violación, de acuerdo con la doctrina constitucional anteriormente expuesta, es compatible con la anulación de la Sentencia impugnada y, en definitiva, con la repetición del juicio oral.

La decisión contraria del Tribunal Supremo, otorgando un “peso” relativo superior a la presunción de inocencia de los acusados por el “grave perjuicio que representa (para los acusados) hacer frente nuevo frente al riesgo de una condena por delito” y, correlativamente, un “peso” inferior al derecho a la

tutela judicial efectiva de las acusadoras, que tendría en este caso una dimensión “más bien formal”, porque “no cabe racionalmente prever que la reiteración de la vista fuera a aportar nada esencial, más allá de lo que pudiese representar la comprensible gratificación personal de las interesadas”, implicó desconocer que toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales y, por tanto, de acuerdo con nuestra doctrina, supuso una nueva violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes (art. 24.1 de la CE), que se sumó a la que ya había sido reconocida por los propios órganos jurisdiccionales. Todo ello, en consecuencia, conduce a la estimación de la pretensión de amparo.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 30 de octubre de 2007

Asunto: Conclusión del primer punto de la anterior Sala General, de fecha 18 de julio de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida.

Acuerdo:

“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 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración.”

Sentencia 415/2007, Sala de lo Penal del TS, de 18 de mayo de 2007

FALTA DE MOTIVACIÓN

Arts. 120.3 CE; 72 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

SÍNTESIS

La exigencia de motivación y de individualización de la pena es predicable también de las sentencias de conformidad, lo que por omitirse en la de autos conduce a la declaración de su nulidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se ha denunciado vulneración del deber de motivar, del art. 120.3 CE, y también infracción del art. 72 Código Penal, que obliga a razonar el grado y extensión de la pena impuesta.

En apoyo de la impugnación se argumenta con la insuficiencia del tercero de los fundamentos de derecho, que es el dedicado a la individualización de las penas, que, realmente, es la objeción, no lo han sido de forma satisfactoria.

El examen de la sentencia en lo que aquí interesa permite comprobar lo que sigue:

A) La Audiencia considera que las acciones imputadas a los acusados son subsuimibles en distintos tipos delictivos del Código Penal vigente en su redacción original:

- a) los de los arts. 368, 369, 3.º y 6.º, “con aplicación eventual” del art. 370 del mismo texto legal en la redacción de la LO 15/2003;
- b) el del art. 556;
- c) el del art. 617.1.º;
- d) el del art. 564.1.1.º y 2.º;
- e) el del art. 301.1.º.

B) Afirma el tribunal que 10 de los inculpados son autores del delito a), con aplicación del art. 370 en el caso de dos de ellos. Que a otro no le es aplicable ninguna de las modalidades agravadas; y que una de las acusadas actuó en calidad de cómplice. Dice que dos de los acusados son autores del delito b). Que otros dos lo son de la falta indicada en c). Señala a los que deben ser castigados por el delito d). En fin, hace otro tanto con los que tendrían que serlo por el delito d).

C) En el tercero de los fundamentos de derecho, la sala resuelve a quienes de los imputados favorece la atenuante de drogodependencia; que en otro concurre la atenuante

análoga de enfermedad mental; y que debe apreciarse en todos los casos la atenuante de dilaciones indebidas. Además, dice: “En cuanto a la determinación de las penas a imponer a cada uno de los procesados se ha tenido en cuenta lo establecido en los arts. 66.1 y 6, 56 y 57 y 377 del Código Penal y la conformidad de los acusados con las penas que se solicitaron en el escrito de acusación definitiva formulado por el Ministerio Fiscal”.

D) En fin, en el fallo se nombra a cada uno de los implicados tantas veces como resulte autor de alguna de las infracciones de referencia, con la indicación de cuál sea la misma y el señalamiento de la pena.

De tal modo de proceder resulta, en efecto, que la parte dispositiva de la sentencia padece una patente falta de concreción y expresividad, porque, por ejemplo, tanto Armando como Flora como Rebeca aparecen condenados como autores de un delito contra la salud pública, pero a penas de 9 años y 3 meses de prisión, 6 años de prisión y 3 años de prisión respectivamente, en todos los casos, con la especificación de que se trata del “delito previamente definido”. Lo que no basta, de un lado, por el modo tan genérico de proceder en este punto, que se ha visto; y, también, porque los aspectos diferenciales de cada uno de esos y otros pronunciamientos están en función del juego concreto de ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad que, por ello, tendrían que resultar asimismo identificadas en el fallo para que éste tenga el imprescindible grado de concreción.

Por otro lado, hay que dar también la razón al recurrente, no basta decir que para la fijación de cada una de las penas se han tenido en cuenta determinados preceptos, sino que será preciso explicar en cada caso, o, al menos, en cada grupo de casos, ese modo de operar.

Es cierto que el tribunal partió del presupuesto de la conformidad con las acusacio-

nes manifestada por las partes y que, como señala el Fiscal al informar en este recurso, las penas se mueven en un plano de mínimos. Pero ninguna de estas circunstancias habilita al juzgador para operar por mera traslación mecánica de la calificación definitiva de la acusación, ni le exime del deber de dar a la sentencia el grado de transparencia necesaria para que los afectados por la misma puedan saber a qué atenerse. Lo que en el caso del fallo supone conocer no sólo, genéricamente, el tipo de delito, sino también, eventualmente, el juego del subtipo agravado que pudiera concurrir y el de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Esto, obviamente, a partir de la previa expresión, también, siquiera, con el mínimo de precisión necesaria, de la razón de decidir.

Por eso, esto es, porque la redacción dada a la sentencia hace que presente un claro defecto de expresión de la justificación en lo

relativo a la calificación de los delitos y a la individualización de la pena; así como también de transparencia en el fallo, hay que entender vulnerado el imperativo del art. 120.3 CE y consiguientemente, en cierto grado, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esto aunque tuviera razón el Fiscal (y por tanto la misma Audiencia) y las penas fuesen, en efecto, las que corresponden en cada caso. Y es que en la materia el derecho de los justiciables no se satisface simplemente con la corrección en la determinación de qué de los delitos y de las penas, sino que abarca asimismo la información acerca del porqué, al menos, con el mínimo de claridad necesario para hacer inteligible la decisión que les afecte.

En definitiva, y por lo expuesto, debe estimarse el motivo y declararse la nulidad de la sentencia para que se le dé nueva redacción en el sentido indicado.

Sentencia 472/2007, Sala de lo Penal del TS, de 24 de mayo de 2007

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la presunción de inocencia y análisis de los límites que debe observar el Tribunal de casación cuando se denuncia su vulneración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. El principio constitucional de inocencia gira sobre las siguientes ideas esen-

ciales: 1.^ª) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2.^ª) que la sentencia condenatoria

se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3.^º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituídas, conforme a sus formalidades especiales; 4.^º) que tales pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5.^º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues solamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1.^ª Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2.^ª Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3.^ª Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

2. Los hechos probados narran un episodio depredatorio de contenido patrimonial frente a la víctima de este acontecimiento, Baltasar, presentándose los ahora recurrentes en la tienda de este último, solicitándole determinada cantidad de dinero, por cuestiones no bien aclaradas, pero en todo caso violentamente (...)

La prueba estuvo constituida por la declaración de la víctima, que fue corroborada parcialmente por la propia recurrente, Lourdes, quien reconoció que estuvieron en su tienda, que le pidieron dinero, y que éste accedió a entregarlo voluntariamente, si bien relata ciertos episodios de violencia (con el palo de una escoba), que refuerzan la declaración de la víctima (...)

En suma, la Sala sentenciadora de instancia ha tenido en consideración prueba de cargo, que ha valorado conforme le permite el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El motivo esgrimido solamente puede prosperar cuando se aprecie en la causa una ausencia total o verdadero “vacío probatorio”, bien por la inexistencia de prueba de cargo, bien por la eliminación de algunas fuentes probatorias viciadas de nulidad, o bien por la interpretación de las existentes bajo un criterio apreciativo abiertamente irracional o ilógico. Los recurrentes reprochan “ambigüedades y contradicciones” en el testimonio de la víctima, lo que nos conduce al terreno de la valoración probatoria, que se encuentra extramuros del control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 484/2007, Sala de lo Penal del TS, de 29 de mayo de 2007

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS
Art. 318 bis Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Tras recordar el alcance del tipo de inmigración clandestina del artículo 318 bis del Código Penal, aplica la sentencia el Acuerdo de Sala de 29 de mayo de 2007 (recogido en el número 22 de la Revista de Derecho Penal), en cuya virtud, no cabe apreciar aquel delito cuando los inmigrantes son de nacionalidad rumana, por tratarse de un país de la Unión Europea (en el mismo sentido, entre otras, la STS 605/2007, de 26 de junio).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. Ahora bien, señalado lo anterior, es preciso comprobar si el hecho probado contiene los elementos de la subsunción en el delito del art. 188 del Código Penal, esto es, si existió una determinación coactiva de la prostitución de las perjudicadas en el hecho probado. El relato fáctico refiere una conducta consistente en traer unas personas de nacionalidad rumana pero no concurren los requisitos de la tipicidad del art. 188 del Código, esto es, que se empleara coacción para el ejercicio de la prostitución. Así, se declara que las tres personas de nacionalidad rumana recibieron la oferta de trabajo “no quedando probado si de prostituta o de otro tipo”, es decir, se plantea la duda para el tribunal sobre la voluntariedad de las posibles víctimas en el ejercicio de la prostitución en España, y esa duda ha de ser interpretada en el sentido más favorable a los acusados en el delito de determinación coactiva de la prostitución, sin que en el he-

cho se declare que, una vez en España, se realizaran actos concretos de coacción para el ejercicio de la prostitución.

Consecuentemente, aun admitiendo la concurrencia de los delitos en el sentido expuesto por el Ministerio fiscal al interponer el recurso, no es de aplicación el tipo penal del art. 188 del Código Penal, por lo que la impugnación del Ministerio fiscal ha de ser desestimada.

Segundo.—Estos recurrentes plantean una oposición amparada en la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia en la que discuten la acreditación de los elementos de la tipicidad en el delito por el que han sido condenados, el delito del art. 318 bis del Código Penal. Aunque no es objeto de expresa impugnación, el contenido esencial del derecho invocado nos obliga a tener en cuenta, además, la incidencia que en el tipo penal tiene el Tratado de adhesión de Rumanía a la Unión Europea, extremo que fue objeto de un análisis por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del pasado día 29 de mayo de 2007 que acordó la atipicidad de la conducta de

inmigración clandestina del art. 318 bis respecto de ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea, quedando al margen de dicho acuerdo la aplicación del art. 313 del mismo Código Penal, precepto por el que ni fueron acusados, ni ha sido objeto de la condena, por lo que la tipicidad en esta última figura delictiva no puede ser abordada en casación por aplicación del principio de interdicción de la *reformatio in peius*. Cuanto se argumenta a continuación sólo se refiere al art. 318 bis del Código Penal, inmigración clandestina de personas, que fue el tipo penal aplicado en la sentencia impugnada.

El Tratado de Adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del “acervo comunitario”, lo que incluye el denominado “acervo de Schengen” desde el momento de la adhesión. En el particular que interesa a la presente resolución se destaca en el Anexo II del Tratado, con relación a Convenios, Tratados, Directivas que integran el derecho a la libre circulación y los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y el Anexo VII del Tratado de adhesión, al disponer que no obstante esa vigencia “hasta el final del período de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicarán medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales rumanos a sus mercados de trabajo”, medidas que serán revisadas por el Consejo, sobre la base de un informe de la Comisión. Esta cláusula de salvaguarda a la libre circulación de trabajadores podrán ser activadas en el plazo de dos años, aplicable a otros tres y, sucesivamente, otros dos, cada vez con mayores limitaciones.

Estas determinaciones de los Tratados de Adhesión se complementan con una “Declaración conjunta de los Estados miembros actuales” por la que se comprometen a “procurar brindar a los nacionales rumanos un mayor acceso al mercado laboral con arre-

glo a su derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales rumanos en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Rumanía. Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores”.

El Gobierno español, en la reunión del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Interior, acordó la adopción de medidas limitativas a la libre circulación de trabajadores rumanos, que se concretan en la actuación de la cláusula de salvaguarda a la que el Tratado se refiere en su Anexo VII, durante un plazo dos años que “se aplicará de forma flexible, para que, si la evolución del mercado de trabajo español lo permite, pueda reducirse la duración máxima”. Al tiempo, se compromete a “avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación de la práctica comunitaria sobre libre circulación de trabajadores”, pretendiendo un período de transición más corto, que sitúa en un año, a cuyo efecto realizará una evaluación de la situación al final del primer año de vigencia de la cláusula de salvaguarda actuada.

De cuanto llevamos señalado interesa destacar: el derecho a la libre circulación de los ciudadanos es una de las libertades fundamentales que ampara la legislación comunitaria, e incluye el derecho a vivir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros de la Unión. La libertad de desplazamiento en el territorio de la Unión tiene una doble dimensión, de los ciudadanos y de los trabajadores por lo que se integra como un derecho fundamental de la ciudadanía y un elemento esencial en la configuración del mercado interior de la Unión.

Como derecho de los ciudadanos la libre circulación rige desde la adhesión. Sin embargo, sólo en lo referente al acceso de los

trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo puede acordarse la cláusula de salvaguarda en los términos antes señalados, cláusula que ha actuado el Gobierno español por un plazo máximo de dos años, si bien con posibilidad de ser revisado en el primer año de vigencia y que sólo afectará a trabajadores por cuenta ajena, quienes requerirán un permiso de trabajo durante ese plazo.

Con estos antecedentes abordamos la tipicidad del delito 318 bis y su aplicación a ciudadanos originarios de los países integrados en la Unión Europea en enero de 2007.

En nuestra jurisprudencia hemos reiterado que el bien jurídico protegido, en el artículo 318 bis, por todas STS 1087/2006, de 10 de noviembre, STS n.º 1465/2005, de 22 de noviembre, “no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas—, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral —cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP— y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP”. En sentido similar, las SSTS n.º 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, “Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de crimi-

nalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas”.

La jurisprudencia de la Sala afirma, por lo tanto, la tipicidad del art. 318 bis sobre el hecho del incumplimiento de la normativa de extranjería y sobre el hecho de la necesidad de que se produzca una agresión de los derechos de los ciudadanos, que han de ser perturbados. Esta doble exigencia típica no concurre con relación a los ciudadanos, ya de la Unión, de los países recién integrados. El Tratado de adhesión de Rumanía y Bulgaria consagra la libre circulación de personas sin que la cláusula de salvaguarda les afecte, pues éste sólo se refiere a trabajadores por cuenta ajena, no a ciudadanos. Por lo tanto, la entrada es libre y no está sometida a condición o requisito administrativo para los ciudadanos. En lo relativo a la exigencia de una agresión a los derechos de los ciudadanos se exige una afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Así se decía en la STS n.º 1465/2005, “La conducta del artículo 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo —como acontece con frecuencia en los coloquialmente llamados ‘inmigrantes sin papeles’—, circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo,...”.

Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumanía, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declara-

ción de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un período determinado.

En estos supuestos, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre “el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable”, circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales.

La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del CP, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudada-

no de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.

En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una cláusula de salvaguarda en los términos que resultan del Anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea.

Sentencia 606/2007, Sala de lo Penal del TS, de 1 de junio de 2007

CONFORMIDAD. PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 787 LECrim.; 318 Código Penal

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

SÍNTESIS

Solicitada en calificaciones provisionales por el Fiscal una pena de ocho años y alcanzada posteriormente una conformidad a una pena de dos años, no aprobada por el Tribunal de instancia por ser irregular, la Sala no considera vulnerado el principio acusatorio pese a que aquél finalmente impuso una pena (tres años) superior a la que solicitó el Fiscal para conseguir la conformidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tema de fondo también sustancial es el relativo a los efectos producidos por la conformidad y el alcance de la misma en el sistema procesal español.

1. En un primer momento al cumplirse el trámite de calificación procesal el Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito del artículo 318 bis del Código Penal introduciendo un factor descriptivo que reflejaba la realidad de los hechos entre los que destacan las relativas a las condiciones en que se encontraban los inmigrantes transportados.

El párrafo último de las conclusiones provisionales merece ser reproducido: “Lo que sí ha podido acreditarse es que los inmigrantes viajaban en el barco en unas condiciones deplorables, mal alimentados y sin ningún tipo de medida higiénica. De hecho la gran mayoría tuvieron que ser hospitalizados tras su liberación, aquejados de enfer-

medades infecto-contagiosas como sarna y tuberculosis”.

Sobre esta base fáctica y de manera correcta aplica los preceptos y las previsiones legales, solicitando una pena de ocho años de prisión.

(...)

3. El Ministerio Fiscal buscando una conformidad que, a primera vista, parecía forzada se acoge a las previsiones del artículo 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece la conformidad a los acusados, sin que constasen las circunstancias en que se lleva a cabo y si los abogados hablaron con ellos.

Parece evidente que los acusados no participaron, en absoluto, en las conversaciones previas a la conformidad, como acredita el hecho insólito que se recoge en el acta del juicio oral en la que se refleja que al hacer uso del derecho a la última palabra se declararon inocentes.

No harían falta mayores argumentaciones para constatar que nos encontramos ante una conformidad elaborada, gestada y realizada a espaldas de los únicos que pueden

disponer de su derecho a la celebración del juicio.

4. La primera y más alarmante anomalía detectada al proceder del Ministerio Fiscal, guardián de la legalidad, es que se desconocen totalmente los términos en que se regula la conformidad en nuestro sistema procesal. Olvida el Ministerio Fiscal que el artículo 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que para la validez legal de la conformidad, no podrá referirse a hecho distinto del que se contiene en la calificación inicial.

Se observa, con preocupación, que el Ministerio Fiscal borra de un plumazo todo el párrafo que relata la insostenible e inhumana situación en que se encontraban las 141 personas a bordo de un pesquero de reducidas dimensiones absolutamente inidóneo para un transporte de personas. Esta situación convertía la nave en antiguo barco de esclavos.

5. Si el Ministerio Fiscal olvidando su papel y responsabilidad, estimaba que las circunstancias no eran exactamente las que describía o relataba en su escrito inicial, debió explicar las razones del cambio. En este punto procede advertir que las deficiencias del sistema de la conformidad se incluyen e introducen por el legislador en la propia ley.

Tal como está redactado, el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra la renuncia y disponibilidad de derechos tan fundamentales como el de defensa, el derecho a la prueba y, en definitiva, el derecho al debido proceso.

El caso nos lleva a la conclusión de que no se ha cumplido ni uno solo de los trámites y cautelas que el legislador ha introducido para que pueda tener efecto la conformidad. Es evidente que no se ha contado con la conformidad de los acusados presentes, como ya se ha puesto de relieve al comprobar que todos ellos manifiestan, a presencia del tribunal, que son inocentes. Si la prueba era tan inconsistente no se explica el sorprendente cambio del Ministerio Fiscal eliminando el párrafo que justificaba la pena de 8 años para

situarse, sin argumentación alguna, en el apartado 6.º del artículo 318 que permite a los tribunales valorar la gravedad del hecho, sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, para imponer la pena inferior en grado.

Por lo menos, hubiera sido necesario, para avalar la drástica reducción de 8 a 2 años de prisión, introducir, si era posible, algún párrafo que justificase la actuación de los acusados considerándoles casi como benefactores en lugar de como traficantes de esclavos.

6. El tribunal de instancia, actuando correctamente, rechazó la conformidad por absoluta incorrección formal y legal de la calificación sometida a conformidad. Por ello, decidió continuar el juicio y actuar ante una situación anómala que, dados los términos en que se formula el recurso de casación no podemos restituir a su verdadero espacio legal. Ello nos llevaría a una decisión que supondría una elevación de la pena más allá de las posibilidades que plantea el principio acusatorio.

El Tribunal pudo considerar nula, por contraria a la Ley y a los principios constitucionales, una conformidad tan anormalmente conseguida e imponer la pena inicialmente solicitada de 8 años de prisión.

La Sala Sentenciadora, no obstante ha respetado los límites punitivos marcados por el artículo 318 bis del Código Penal y ha impuesto una pena que, aun siendo superior a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, se mueve en espacios muy inferiores a la que legalmente correspondería.

Por ello estimamos que las valoraciones realizadas y reflejadas en la sentencia para justificar la pena están perfectamente ajustadas a los límites legales que entran en juego en la presente causa. No ha existido vulneración del principio acusatorio y la pena impuesta entra en el marco de las previsiones legales.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 490/2007, Sala de lo Penal del TS, de 7 de junio de 2007

CONSUMACIÓN EN EL ROBO Y COAUTORÍA

Arts. 16, 28 y 237 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

La consumación del delito por alguno de los coautores se extiende a los demás. Se trata de un supuesto de robos en grupo, donde sólo es detenido uno de los coautores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el segundo motivo del recurso se pretende que se ha cometido infracción de ley estimando, al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los arts. 62 y 237 del Código Penal, que debió considerarse que el delito se cometió en grado de tentativa. Se arguye que la acción policial interrumpió la acción que se estaba cometiendo en el chalé de la calle Tilos y que, sin solución de continuidad, a tal interrupción siguió una persecución en el curso de la cual ocurrió la detención del recurrente.

Pero esa alegación olvida el esencial dato de que, interviniendo varios autores y siendo cometidos varios robos, solamente se recupera parte de los efectos sustraídos.

Así lo tiene dicho este Tribunal en la sentencia 1419/2002, de 29 de julio “... Lleva razón la representación del Ministerio Público cuando sostiene que la consumación del delito por parte de alguno de los coautores se comunica a los restantes partícipes. En efecto, de acuerdo con el criterio de la accesoriidad limitada, que rige en nuestro derecho, y que exige que el hecho principal haya sido típico y antijurídico, el grado de ejecución del hecho depende del alcanzado

por la acción de los que lo ejecutan. Esto rige tanto para la coautoría como para la cooperación, sea ésta necesaria o no. Por lo tanto, si alguno de los coautores logró la consumación de la acción típica y antijurídica alcanzada por la decisión común al hecho, esta consumación es imputable a todos los partícipes que no hayan desistido del delito....”

Se estima la consumación también en la sentencia de este Tribunal 1035/2001, de 4 de junio, cuando, en caso de coautoría, consta que no se recuperó el dinero sustraído y no se ha conseguido detener a todos los componentes del grupo atacante, entendiendo que la consumación por disponibilidad de lo sustraído: “... ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición —que supondría la entrada en fase de agotamiento—, como ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre ella, incluso cuando no se recupera la cantidad sustraída al haber intervenido en la acción delictiva varias personas....”

Ésa es la doctrina constante, incluso bajo la vigencia del anterior Código Penal como pone de manifiesto la STS de 29 de enero de 1991, en la que se dijo “... hallándose ante

un concierto para la comisión de la infracción criminal, con común intervención de los distintos sujetos, cooperando ambos al mismo fin en ese eventual consorcio, con proyectada participación plural en sus efectos y beneficios, el acto consumativo de cualquiera de los intervinientes tiene virtud comunicativa y trascendente respecto de los restantes, cual corresponde a la dinámica y esencia de la coautoría, conllevando en apuntados casos la plena realización del plan criminal trazado, pese a que alguno de los partícipes vea fallidos sus propósitos de apropiación y disponibilidad de determinados efectos. Criterio reiterado en resoluciones de esta Sala del que son muestra, entre otras, las sentencias de 20 de febrero y 15 de diciembre de 1982, 30 de abril y 13 de junio de 1985, 17 de marzo y 3 de julio de 1987, 21 de junio y 21 de septiembre de 1988, y 6 de febrero de 1989. Siendo contundente esta última en su afirmación de que si son capturados uno o más de los agentes, y otro y otros logran escapar con el producto de la

depredación, sea total o parcial, el delito se ha consumado para todos....”

Lo que hace innecesario reiterar que, en todo caso, los efectos de los robos anteriores a aquél en que se produjo la persecución, alcanzaron la consumación por la plena disponibilidad que, de lo en ellos sustraído, tuvieron todos los coautores y también el acusado. La STS 1878/2000, de 11 de diciembre, aplica la consumación en tales casos si uno de los delitos en continuidad ya se había consumado “... como dijo la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1998, cuando se trata de la comisión de dos robos seguidos en dos establecimientos comerciales, uno consumado y otro intentado, es correcta la construcción delictiva como delito continuado si se cumplen los requisitos del art. 74 del Código Penal, englobándose las distintas infracciones penales en un todo unitario por la unidad de propósito. No se ha vulnerado, pues, el art. 16 del propio Cuerpo legal...”

Este motivo también ha de ser rechazado.

Sentencia 517/2007, Sala de lo Penal del TS, de 8 de junio de 2007

ARTÍCULOS DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO. PRESCRIPCIÓN

Arts. 666.3 y 786.2 LECrim.; 24.1 CE; 132 y 285.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes a consecuencia de la prematura y extemporánea resolución sobre la prescripción del delito, sin existir la necesaria claridad al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Es admitida por todas las partes, y también doctrina reiterada de esta sa-

la, la posibilidad de declarar la prescripción del delito, incluso de oficio, en cualquier momento del procedimiento, por tratarse de

una cuestión de orden público sobre la que cabe pronunciarse tan pronto como consten en las actuaciones con la necesaria claridad los datos que pudieran justificar tal pronunciamiento.

Pero éste no es el trámite normal para la resolución de estas cuestiones.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal la prescripción del delito aparece en el núm. 3.º del art. 666 como uno de los llamados artículos de previo pronunciamiento, sometidos a un trámite de resolución anticipada a la celebración del juicio oral, de modo que, si se acuerda su desestimación, habrá de continuar la causa adelante, sin perjuicio de su ulterior reproducción en el plenario; mientras que en caso de estimación procede recurso de casación.

Todo ello conforme a los arts. 676 y 678 de tal ley procesal, normas aplicables al procedimiento ordinario, porque en el abreviado estas cuestiones del art. 666 no tienen trámite previo al juicio oral para su resolución, sino que han de alegarse, ya en el seno del plenario, en su momento inicial, en el llamado turno de intervenciones del actual art. 786.2 LECrim.

Es excepcional, por tanto, esa resolución sobre la prescripción del delito en la forma anticipada que se adoptó en el caso presente. Y tal posibilidad excepcional sólo cabe cuando el tema a resolver se presenta con la necesaria claridad, de modo que, si hay dudas fácticas al respecto, no es posible esa decisión que habrá de someterse entonces a la tramitación propia de los artículos de previo pronunciamiento, según acabamos de decir, o, en todo caso, como una cuestión más a debatir dentro del trámite del juicio oral y a resolver en sentencia.

Cuarto.—Es aquí precisamente donde falla la resolución recurrida.

Si el delito objeto de la querrela había prescrito o no, dependía de dos factores fundamentales:

a) El primero se relaciona con la posible aplicación de alguna de las agravaciones

específicas del actual art. 285.2, concretamente la 2.ª (beneficio de notoria importancia) o la 3.ª (grave daño a los intereses generales), introducida en el debate por el Ministerio Fiscal y la parte querellante. Caso de aplicar alguna de estas agravaciones, la pena de prisión a imponer habría de ser la de 4 a 6 años, con lo que el plazo de prescripción sería el de 10 años conforme al art. 131 (la pena máxima excede de 5 años).

b) El segundo se refiere al momento en que habría de considerarse consumado este delito de abuso de información privilegiada, figura compleja que exige como uno de sus elementos la obtención de un beneficio superior a los 600.000 euros o un perjuicio por idéntica cantidad. Este momento de la consumación del delito es el que sirve para fijar cuándo ha de comenzar el cómputo del plazo de prescripción (*dies a quo*) según el art. 132.1 CP.

Las cuestiones fácticas derivadas de estos dos factores, impedían que la Audiencia Provincial de Madrid pudiera pronunciarse como lo hizo: acordar un sobreseimiento libre del núm. 3.º del art. 637, sin someterse a la tramitación que, fuera de esos casos de evidencia, es obligada: en el presente procedimiento, la sumisión a lo dispuesto en el art. 786.2 LECrim. (turno de intervenciones, una vez realizados los correspondientes escritos de acusación con la consiguiente apertura de juicio oral, calificación de los defensores de los acusados, admisión de pruebas y señalamiento para dicho juicio, todo ello conforme a las normas del procedimiento abreviado; o en último término dentro del mismo plenario si se considera necesaria la práctica de las pruebas que hubieran de aclarar las cuestiones a debatir, también a efectos de fijar los hechos imprescindibles para resolver sobre la prescripción).

Repetimos: la resolución de esta cuestión con tal antelación, sin concurrir esas premisas fácticas con claridad indubitada, no fue correcta. Como dicen las partes recurrentes, el auto recurrido fue una resolución extem-

poránea por prematura al faltar la necesaria claridad.

Véanse, como respaldo de lo que acabamos de decir, la doctrina de esta sala expuesta en nuestras sentencias 24 de febrero de 1962, 28 de enero de 1982, 10 de junio de 1990, 1604/1998, 1132 y 1173/2000, 2231/2001, 222/2002, 435/2002, 863/2002, 1651/2002 y 71/2004.

En esta última podemos leer lo siguiente en su fundamento de derecho 1.º:

“A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 222/2002, en un supuesto también de continuidad delictiva, se refiere a la inconveniencia de anticipar ‘cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas’. Aunque ello no sea un principio absoluto y pueda aplicarse anticipadamente la prescripción en casos de diafanidad incontrovertible, lo cierto es que en línea de principio no es éste el supuesto del delito continuado donde es preciso asentar previamente los elementos fácticos y jurídicos que lo integran, como es la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, máxime cuando su imputación alcanza a una pluralidad de autores o cooperadores, pues el delito será continuado porque los hechos enjuiciados lo justifiquen y no por mera calificación de los mismos como tal”.

Y asimismo en el auto de 9 de marzo de 1998, dictado por esta sala constituida en pleno resolviendo los artículos de previo pronunciamiento propuestos en el conocido caso del secuestro de D. Javier, dijimos esto:

“Para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de

previo pronunciamiento es necesario que la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley, todo ello en consideración a la drástica eficacia, prevista en el art. 675 de la LECrim., consistente en que ‘se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa’, es decir, la propia de una sentencia absolutoria.”

Doctrina aplicable, con más razón aun, cuando, como aquí, ni siquiera se alcanzó el momento procesal propio de los artículos de previo pronunciamiento.

En conclusión, hemos de entender, de conformidad con la doctrina expuesta, que hubo una clara lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, con tal resolución extemporánea del problema de la prescripción, no se permitió que el procedimiento pudiera seguir adelante en la forma que hemos expuesto, para que el tema de la prescripción y aquellos otros que fueran de carácter previo pudieran ser planteados y discutidos en la forma legalmente prevista al respecto, al menos como artículos de previo pronunciamiento. Y decimos “al menos” porque, conforme a la jurisprudencia que acabamos de recoger, también cabe plantear este tema directamente para su debate en el juicio oral.

Tienen razón los recurrentes: haber resuelto prematuramente sobre la prescripción ha producido una profunda inseguridad jurídica y ha lesionado el mencionado derecho fundamental de orden procesal, el relativo a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Sentencia 561/2007, Sala de lo Penal del TS, de 15 de junio de 2007

JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN EL TRÁFICO DE INMIGRANTES EN ALTA MAR

Arts. 23.4 LOPJ; 318 bis Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis

SÍNTESIS

En el caso de un “cayuco” con destino a España, detenido en alta mar, se declara competente a la jurisdicción española en virtud de lo establecido en el artículo 23.4.h) de la LOPJ [actual art. 23.4.g), tras la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre], en el marco del denominado “principio de justicia universal” (en el mismo sentido, las SSTs 582/2007 y 628/2007, ambas de 21 de junio, entre otras).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria ha declarado la falta de jurisdicción de dicho Tribunal para conocer de los hechos imputados a los acusados Juan Alberto, Baltasar, Domingo y Germán (ciudadanos de Senegal, tres de ellos, y de Malí, el otro), detectados a unas 170 millas de la costa Sur de la isla de Gran Canaria, cuando navegaban en una embarcación tipo “cayuco” con treinta y seis inmigrantes de origen subsahariano a bordo, procedentes de la costa africana.

El Tribunal de instancia ha fundado su decisión en que la norma contemplada en el art. 23.4 de la LOPJ, que establece en nuestro Derecho el principio de jurisdicción universal para determinados delitos, no es de aplicación al caso.

Segundo.—Contra la anterior sentencia, ha recurrido en casación el Ministerio Fiscal que ha formulado un único motivo, por

el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECrim., “por inaplicación del art. 23.1 y, en su caso, del art. 23.4.h) de la LOPJ (según redacción dada por LO 3/2005), en relación con el art. 318 bis.1.º y 3.º del CP”.

Afirma el Ministerio Fiscal que “la inmigración ilegal constituye uno de los problemas más graves que afronta nuestro país en la actualidad” y que “no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patrones responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país”; y, en este sentido, dice que, en su opinión, el Tribunal de instancia no presta la debida atención al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al art. 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad (como normalmente son las pateras o cayucos); pues, de no actuar en tales casos, este tipo de comportamientos quedarían impunes.

Tercero.—El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del artículo 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal, que el Ministerio Fiscal imputa a los acusados en esta causa y por el que solicita la imposición de una pena de prisión de siete años, es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas “desde, en tránsito o con destino a España”. La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrante por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. SSTS

de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002).

Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y los derechos de los emigrantes.

Llegados a este punto, debemos dirigir nuestra mirada hacia el problema relativo a la jurisdicción que deba conocer de este tipo de conductas descubiertas e interrumpidas en aguas internacionales. Y, a este respecto, hemos de decir que no nos parecen suficientemente fundadas las razones expuestas por el Tribunal de instancia para entender que la jurisdicción española carece de legitimidad para ello.

En efecto, si el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim.).

Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Conforme a este principio, el art. 23.3 LOPJ dispone que la jurisdicción española cono-

cerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando sean susceptibles de tipificarse conforme a alguno de los delitos enumerados en el citado artículo (entre los que no figura el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

Junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también configura el alcance de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieren los siguientes requisitos: 1) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por LO 11/1999, de 30 de abril).

El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente in-

ternacionales. A este principio responde el art. 23.4 LOPJ, en cuanto determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces [modificado por LO 11/1999, de 30 de abril, por la que se han incluido los delitos de corrupción de menores e incapaces]; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Delitos de mutilación femenina (conforme a la LO 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005); y, h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España.

No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla *aut dedere aut iudicare*, si no se concediere la extradición.

Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la

aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta —como ya hemos dicho— que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.

Cuarto.—En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta:

1.º Que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la denominada delincuencia organizada transnacional, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), junto con el “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (v. art. 1 de la Convención).

2.º Que el citado Protocolo establece que “los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar” (v. art. 7) y determina que “todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y re-

gistrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda” (v. art. 8.7).

3.º Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE de 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997), determina que “la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral”, y que “se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional” (v. art. 87.1), precisando que “cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque” (v. art. 91.1).

4.º Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (BOE de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971), dice que “se entenderá por ‘alta mar’ la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado” (v. art. 1), y declara que “estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía” (v. art. 2). “Todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarboles su bandera” (v. art. 4). Además, se previene que “el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar” (v. art. 12.2).

De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que

los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado (“el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad” [v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982]).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigió el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (v. art. 318 bis.1.º y 3.º CP y art. 2.b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables —al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)— se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos [especialmente el art. 23.4.h) LOPJ] justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles, sin que, en este momento procesal, se deba hacer pronunciamiento alguno sobre los órganos competentes para ello, al no haberse planteado cuestión alguna al respecto en momento procesal oportuno.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 645/2007, Sala de lo Penal del TS, de 16 de junio de 2007

CONTRABANDO. PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Sentencia pronunciada tras el Acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 29 de mayo de 2007 (recogido en el número 22 de la Revista de Derecho Penal), aclarando el alcance derogatorio de la Ley de Contrabando, tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 2005 (recogida en el número 16 de la Revista de Derecho Penal). Se aplica, asimismo, el contenido del Acuerdo de la Sala de 30 de enero de 2007, concerniente al problema de la prescripción de un delito durante la tramitación del recurso de inconstitucionalidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Por su parte, también planteaban ambos Recursos en los anteriores motivos la incorrección de aplicar una norma contenida en una Ley de Presupuestos cuya vigencia temporal se refiere a una anualidad concreta, la de 1986, como complemento de la Ley penal especial de Contrabando, máxime cuando la norma en debate se aprobó en relación con el contenido de la Ley especial de 1982 (art. 1.1.4), que ha sido sustituida en 1995 por la nueva Ley de Contrabando hoy vigente, sin que en ésta se hayan incorporado expresamente, como efectos “estancados o prohibidos”, las “papeletas” de sorteos no autorizados administrativamente [art. 2.d) LO 12/1995, de 12 de diciembre].

El retraso de la presente Sentencia, precisamente provocado por la necesidad de abordar este asunto y el que más adelante se mencionará, en el Pleno no jurisdiccional de

esta Sala, ha dado lugar al siguiente Acuerdo, adoptado, por decisión mayoritaria, en la sesión del día 29 de mayo del presente año, y que resultó del siguiente tenor:

“El supuesto especial de delito de Contrabando incorporado por el apartado 1 de la Disposición Adicional 18.^a de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, sobre Presupuestos Generales del Estado para el año 1986, que complementaba dicha infracción en la previsión que, de la misma, recogía la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, vigente al tiempo de publicación de la referida Ley 46/1985, no resultó derogado por la nueva Ley de represión del Contrabando de 1995, a la que ha seguido complementando.”

Con ello, se da, por tanto, cumplida respuesta y se resuelve la cuestión planteada, en sentido nuevamente desestimatorio para las pretensiones de los recurrentes.

(...)

Cuarto.—El motivo Segundo del Recurso de Jaime se refiere, aunque con una enunciación harto confusa y mencionando el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 24.2 de la Constitución Española, a la prescripción de las infracciones objeto de condena.

El Ministerio Fiscal apoya expresamente este motivo, al comprobar, conforme se refleja además en la propia relación de Antecedentes de Hecho de la STC que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad antes referida, que durante casi cinco años, desde el Auto de acumulación de cuestiones dictado el 28 de marzo de 2000 hasta la Providencia de señalamiento para deliberación y votación de 15 de febrero de 2005, permaneció totalmente paralizado el procedimiento, que se había abierto por el aludido planteamiento de la cuestión con la lógica suspensión del término para dictar Sentencia en la causa penal, por un plazo, en consecuencia, superior a los tres años precisos para la prescripción, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal para la extinción de la responsabilidad criminal por esta causa y para infracciones de la gravedad de las enjuiciadas [vid. arts. 13.2, 33.a), 130.6.º y 131.1 CP

de 1973, en relación con la Disposición Transitoria 11.ª CP de 1995].

No obstante, esta alegación, incluso a pesar del apoyo del Ministerio Público, también ha de decaer pues, trasladados igualmente al Pleno no jurisdiccional de esta Sala, por su innegable trascendencia, el debate y la decisión acerca de la posibilidad de prescripción de un delito, por el transcurso de los plazos legales previstos para ello en la Ley, durante el trámite de resolución de una cuestión de constitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional, los integrantes del Pleno, por mayoría y en la sesión celebrada el día 30 de enero de 2007, acordaron rechazar la propuesta de la Ponencia, que defendía “Aplicar la prescripción en los supuestos en que haya transcurrido el plazo durante la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad”.

Por lo que, no resultando posible esa aplicación de la prescripción, según decisión de la Sala, a las paralizaciones sufridas en el curso de la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad, ha de entenderse, en este caso, como no producida la extinción de las responsabilidades criminales derivadas de las infracciones cometidas.

Sentencia 531/2007, Sala de lo Penal del TS, de 18 de junio de 2007

ALEVOSÍA Y PARENTESCO

Arts. 23 y 139 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se ocupa ampliamente la sentencia de dos problemas interpretativos de los delitos contra la vida: si la muerte de un niño de corta edad es siempre alevosa, llevando a la calificación del hecho como asesinato, y si el parentesco opera necesariamente como circunstancia agravante en los delitos contra la vida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Por corriente infracción de ley (art. 849.1.º LECrim.), en el homónimo ordinal la recurrente denuncia vulneración del art. 24.1.º en relación al 9.3 de la CE, que proscribe la arbitrariedad y del art. 25.1.º del mismo texto fundamental, en cuanto ha sido atacado el principio de legalidad penal en su interpretación extensiva y analógica *in malam partem* hecha de la cualificación de alevosía, prevista en el n.º 1 del art. 22 del Código Penal.

1. Dos aspectos combate en la interpretación de la agravante.

Por un lado nos dice que la circunstancia objetiva de la edad de los menores víctimas del delito hace que cualquier modo o forma de ejecución del hecho habría garantizado el resultado, en tanto un niño de tan corta edad por naturaleza se halla indefenso, sin que su agresor necesite desplegar actividad alguna tendente a la eliminación de riesgos y al aseguramiento del delito.

Como ofendido debe considerarse la misma “víctima”, si nos atenemos al tenor literal de la ley que habla de ofendido, pues de haber querido referirse a terceros en funciones de garantes, habría incluido el término “terceros”. El hecho de que se asegurara la agresión con ausencia del marido, padre de los niños, supone una ampliación interpretativa que la ley no consiente.

Por otro lado considera que la acusada no ha “empleado” ningún medio para ejecutar con garantía y sin riesgos el delito, sino que la indefensión era consustancial al sujeto pasivo de la infracción.

La recurrente pudo “aprovecharse” de las circunstancias para ejecutar el hecho a placer, pero no emplea ningún mecanismo o pone en juego ningún artificio agresivo que tienda a los fines que la agravante indica. A lo sumo aprovecha la situación que le es dada. Si la razón de la agravante reside en la

dinámica delictiva, en este caso no se da, ya que no se escogieron medios de ataque ni se proyecta o planifica una ejecución eficaz de la muerte de los niños. No existió elección o búsqueda de medios, pues de entenderlo así matar a un recién nacido siempre será alevoso.

2. Desde cierta perspectiva interpretativa de la cualificación le asiste razón a la recurrente, aunque el Tribunal Supremo ha establecido una línea jurisprudencial sólida y firme que contradice la tesis planteada.

Es cierto que el art. 22.1.º, utiliza la expresión “emplear” medios, modos o formas de ejecución, y en nuestro caso no ha tenido que utilizar ninguno de forma especial. Habiendo decidido recurrir al mecanismo homicida de ahogamiento por inmersión, el procedimiento, como cualquier otro, habría garantizado el resultado.

La mayor parte de la doctrina científica ha venido sosteniendo que, de acuerdo con los términos literales con los que se describe la agravatoria, su consideración jurídica debería incardinarse dentro del abuso de superioridad. Incluso no falta alguna aislada sentencia de esta Sala, ya lejana en el tiempo, que se ha inclinado por el abuso de superioridad en la muerte de un recién nacido, al ser inherente a esa condición la imposibilidad de defenderse, siempre que tal situación no hubiera sido buscada o aprovechada.

Sin embargo, la doctrina última y consolidada de esta Sala ha venido distinguiendo dentro de la alevosía tres modalidades derivadas del modo de ejecución del hecho:

a) la denominada proditoria, que incluye la traición, equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo.

b) la súbita o inopinada que se caracteriza por el ataque imprevisto, fulgurante y repentino.

c) por último, la consistente en el aprovechamiento de una situación de desvalimiento, como acontece en los niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos gra-

ves, ciegos o víctimas dormidas o ebrias en la fase letárgica o comatosa, etc.

3. El legislador pudo precisar con mayor rigor los términos que delimitan la agravación, que en nuestro caso actúa como complemento tipológico que alumbró el subtipo de asesinato, incluyendo, cosa que no ha hecho, alguna expresión clarificadora, como la prevista en el Proyecto de Código Penal de 1992 que refería entre los supuestos de alevosía "... o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa".

Al no incluirlo, la doctrina científica más caracterizada sigue sustentando que en aquellos casos en que el aseguramiento y ausencia de riesgo para el agresor ha sido simplemente buscado, cuando por las características de la víctima esas circunstancias nos vengan dadas, debe interpretarse el supuesto como abuso de superioridad (art. 22.2 CP), situación fronteriza con la alevosía no fácilmente deslindable.

No obstante esta Sala, en la dialéctica entre el excesivo rigor interpretativo del principio de taxatividad y una interpretación teleológica, sistemática y coherente, ha entendido que sin vulnerar el principio de legalidad era perfectamente acogible la cualificativa haciendo notar que el aseguramiento del hecho y la ausencia de riesgo para el ofensor se daban exactamente igual en los casos que se eliminaba cualquier reacción defensiva, como cuando conscientemente se aprovecha la situación en que la posible defensa del ofendido aparecía anulada.

El Tribunal Superior ha analizado la cuestión y ha hecho un alarde de citas jurisprudenciales de esta Sala, que confirman el criterio invariable que acabamos de apuntar sobre el tema planteado. En el caso que nos concierne se da un claro supuesto de alevosía de desvalimiento.

4. La pretendida ampliación interpretativa del art. 22.1.º, respecto a la indefensión de la víctima o sujeto pasivo del delito, no tiene la menor influencia en nuestro caso.

Ciertamente, como sostiene la recurrente, dentro del término utilizado por la ley "ofendido" no deben incluirse personas distintas a la propia víctima, por lo que el padre como garante de la salud y la vida del hijo, no constituía un obstáculo a eliminar para asegurar la acción o evitar la reacción defensiva.

La alevosía no se refiere a terceras personas, aunque se hallen en situación de garante, de ahí, que resulte indiferente que la acusada se preocupara de esperar la ocasión de que el marido, padre de los niños, se ausentara, en previsión de que pudiera desbaratar sus macabros planes.

En cualquier caso, aunque aceptáramos la hipótesis contraria de la eliminación de cualquier oposición, resistencia o defensa del padre, también en este caso fue eludida o soslayada.

El argumento no debe prosperar y con él el motivo.

(...)

Cuarto.—En el ordinal del mismo número y residenciado en el art. 849.1.º LECrim., alega la indebida aplicación al caso de la agravante mixta de parentesco prevista en el art. 23 del Código Penal, en su modalidad agravatoria, cuando debió estimarse con carácter atenuatorio.

1. Aduce que para apreciar la circunstancia se hace preciso la existencia de una ligazón entre el delito cometido y el parentesco que integra la circunstancia, de forma que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares no debe operar con efectos agravatorios.

En realidad vuelve a reproducir los argumentos expuestos ante el Tribunal Superior, que con razonamientos consistentes rebatió en su sentencia (F. 6.º, págs. 23-27), con oportuna jurisprudencia de esta Sala que dejó debidamente reseñada.

En efecto, por un lado, la recurrente considera que el verdadero fundamento de la circunstancia mixta de parentesco obliga a tener en cuenta "la naturaleza, los motivos y los efectos del delito" para decidir si debe

agravar o atenuar la pena en el caso concreto. En base a ello y atendida la existencia de una efectiva relación de afectividad entre la acusada y las víctimas, se sostiene que si “los motivos que llevaron a la acusada a matar a sus propios hijos son de tipo altruista”, como llegaron a decir los psiquiatras que informaron en su condición de peritos en el juicio oral (“para evitarles dolores y sufrimientos a los hijos” o “para evitar un mal mayor”), y, por tanto, “no merecedores de mayor reproche penal”, no existe razón alguna para la agravación de la pena, sino todo lo contrario, para la atenuación.

Por otro lado, entiende que si la agravación de la pena en virtud de la circunstancia mixta de parentesco se fundamenta en la quiebra de la relación de confianza propia de las relaciones familiares, tampoco se justificaría la agravante en este caso, puesto que dada la temprana edad de las víctimas, la única relación posible con su madre era la de dependencia absoluta y no la de confianza.

2. Antes de resolver la cuestión planteada es oportuno esbozar algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y caracterización de la circunstancia que puedan ofrecer luz sobre la adecuación o inadecuación del juicio de subsunción realizado.

Es indudable que el carácter mixto del parentesco se erige como principal elemento de distorsión de la circunstancia, pues resulta contradictorio derivar, sin más, de una relación interpersonal, efectos antagónicos.

Los términos naturaleza, motivos y efectos a que alude el art. 23, como determinantes del carácter atenuatorio o agravatorio de la circunstancia, constituyen la referencia del Tribunal para dilucidar si la circunstancia de parentesco supone un cambio de valor o de gravedad del comportamiento.

a) Por “naturaleza” del delito debe entenderse la índole de la infracción perpetrada, en atención al bien jurídico que protege.

b) Por “efectos” las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva inte-

grante del respectivo hecho criminal, constituyendo una noción más amplia que la de resultados.

c) Los “motivos” son equivalentes a los móviles que impulsan al sujeto a actuar de modo antijurídico.

Conforme a esa conceptualización la jurisprudencia ha introducido unos criterios generales en razón del delito cometido o bien jurídico lesionado: la circunstancia actuará como agravante en delitos contra las personas y libertad sexual y como atenuante en los delitos patrimoniales y contra el honor. En delitos patrimoniales tendrá poco juego por la excusa absolutoria de sustracciones no violentas entre parientes (art. 268 CP).

El carácter agravatorio del parentesco en delitos contra las personas ha tenido excepciones en nuestra legislación. Así el delito de infanticidio y el de producción de lesiones a un pariente para liberarse del servicio militar les reconoció el Código Penal derogado efectos lenitivos.

Junto al criterio general se usa el criterio particular de la permanencia o ruptura de la relación de afectividad, que actúa como elemento corrector del mismo. En ocasiones funcionando como agravatoria, en delitos contra las personas, puede convertirse en atenuante, como en el caso de ruptura del vínculo inicial por rencillas familiares o intereses contrapuestos, cuando la ruptura ha generado un ambiente enrarecido entre los parientes; o también las hipótesis en que se apoya a la madre frente a otro pariente próximo. En otros casos la ruptura de la relación familiar hace irrelevante la relación parental (ni agrava ni atenúa), como puede ser:

- 1) cuando la víctima provoca el delito.
- 2) cuando la relación afectiva se ha transformado, desapareciendo la comunidad de intereses, sustituyéndose por la enemistad y el distanciamiento.
- 3) cuando en las relaciones familiares surgen intereses controvertidos o contrapuestos, etc.

3. Resulta interesante destacar la naturaleza e incidencia del parentesco sobre la responsabilidad criminal. En este sentido la función de la familia como pilar social requería la implicación del derecho penal, en aras a reconocer o intensificar la protección de ese reducto de sentimientos, intimidades y especial respeto y ayuda que debe reinar entre sus miembros, en razón a que era perfectamente exigible que dichos miembros no se comportaran como si fueran extraños.

Entre la incidencia de la circunstancia en el injusto o la culpabilidad del delito en que deba aplicarse, la doctrina científica, en este punto dividida, parece inclinarse por la última de las alternativas, de modo que el parentesco debe considerarse como un elemento graduacional de la pena de carácter objetivo, basado en un sistema de presunciones, que afectan a la culpabilidad del sujeto. Para que la circunstancia pueda operar es preciso:

- a) Que se dé la relación parental o asimilada a que se refiere el precepto.
- b) Que el sujeto activo sea consciente de su concurrencia.
- c) Que realmente en la relación parental o asimilada medie un mínimo de afectividad, respeto y consideración propios del vínculo o la situación, pues lo que importa no es la concurrencia formal, sino la realidad subyacente: afectividad o conciencia de la vinculación afectiva.

Esta última nota deberá ser matizada en los casos de vínculo matrimonial o uniones de hecho asimiladas, dada la objetivación del lazo parental (“ser o haber sido”) consecuencia de la reforma operada por LO n.º 11, de 29 de septiembre de 2003.

4. En nuestro caso es perfectamente comprobable que concurren las circunstancias referidas.

La madre era consciente de que mataba a sus hijos con los que se hallaba en una nor-

mal relación de afectividad, la que es propia de una relación materno-filial, y se percataba de lo que hacía y quería hacerlo, sin perjuicio de que su conducta estuviera condicionada por su carácter psicopático, pero sin repercusión ostensible o relevante en las facultades de comprender y obrar.

Los conceptos del “suicidio ampliado” u “homicidio altruista” apuntados como hipótesis por algunos psiquiatras en el afán de buscar una motivación a la conducta criminal, sólo pueden operar en el plano de las motivaciones secundarias, ya que en el fondo la recurrente era consciente de sus actos y de la ilicitud de los mismos. Desde el punto de vista objetivo no es sostenible que buscando el bien de los hijos les produzca el mayor mal imaginable. Desde esta última perspectiva no puede sino calificarse el hecho de un crimen horrendo, que su espuria motivación no permite computar a efectos de reducción de la culpabilidad. El Tribunal no estimó ninguna atenuación por razón de cualquier padecimiento psicótico u otro que pudiera reducir el grado de imputabilidad.

Respecto a la pretendida ausencia de confianza de la acusada y sus hijos, como *ratio* agravatoria, hemos de dejar sentado que, aunque la confianza o abuso de la misma puede ser una de las razones de la cualificación por lo que tiene de favorecedora en la ejecución del hecho, no es única ni tampoco la más importante. Su fundamental *ratio* agravatoria es el mayor nivel de exigencia en el comportamiento, nacida de la comunidad de afectos y sentimientos que debe reinar en la institución familiar, de la que forman parte agresora y agredidos. El derecho penal no atribuye igual grado de reproche al hecho de privar de la vida a los extraños, que a los propios hijos.

Por lo expuesto el motivo debe decaer.

El parentesco es perfectamente aplicable al caso, en funciones agravatorias.

Sentencia 604/2007, Sala de lo Penal del TS, de 25 de junio de 2007

DECLARACIONES SUMARIALES. PRUEBA TESTIFICAL

Arts. 24.2 CE; 730 y 852 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prueba al denegarse indebidamente la solicitada en tiempo y forma relativa a la lectura o visionado de la declaración testifical prestada en la instrucción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo único se formula por infracción de ley, por la vía del art. 852 de la LECrim., en relación con el art. 5.4 LOPJ y art. 24.1 y 2 CE por infracción del derecho a la tutela judicial debida, y al empleo de pruebas pertinentes; y también bajo el prisma del quebrantamiento de forma, según el art. 850.1.º LECrim., al haberse denegado una prueba propuesta por el Fiscal y admitida por la Sala de instancia.

1. El Ministerio Fiscal recurrente aduce que se le denegó indebidamente la prueba de visionado de la grabación que se efectuó en el juzgado de instrucción de las declaraciones de las denunciadas que no acudieron a la Vista por encontrarse en ignorado paradero. Y que tal prueba había sido propuesta oportunamente en el escrito de calificación provisional y admitida por la Audiencia mediante auto de 22 de marzo de 2006, por lo que, habiéndole causado indefensión y recaído sentencia absolutoria por falta de prueba, procede decretar la nulidad y celebrar nuevamente el juicio con nuevos integrantes del Tribunal sentenciador.

(...)

3. Esta Sala ha señalado (Cfr. STS de 26 de enero de 2007, n.º 74/2007) que “de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sintetizada, entre otras, en la STC 1/2004, de 14 de enero (F. 2), para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial. Y en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor”.

Y desde nuestra perspectiva casacional, hemos dicho, también que los requisitos o presupuestos de fondo, son los siguientes:

a) Que la prueba propuesta sea pertinente, en el sentido de que tenga relación directa con lo que se decida en la causa.

b) Que sea necesaria, en el doble sentido de relevante y no redundante.

c) Que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales. Y,

d) Que la falta de realización ocasione indefensión a la parte que la formuló y propuso como prueba.

Siendo así, el punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el art. 24.2 CE establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses.

Ahora bien, la propia formulación del art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*, ya que, como señaló muy tempranamente el Tribunal Constitucional, la opinión contraria, no sólo iría contra el tenor literal del art. 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad.

Por último, el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la

resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente.

En el caso, no sólo de las alegaciones del recurrente sino de las propias argumentaciones de la sentencia recurrida resulta la influencia decisiva que en la resolución del asunto hubiera sido susceptible de producir la prueba denegada con capacidad para alterar el fallo en favor del recurrente.

Por otra parte, hay que tener presente que el recurso a la prueba anticipada, como forma de realización de la testifical solicitada en la causa, que, a tenor de lo que dispone el art. 730 LECrim., en la forma que lo interpreta abundante jurisprudencia (Cfr. SSTS núms. 101/2003, de 27 de enero; 1814/2002, de 31 de octubre; 957/2001, de 18 de mayo; 821/2000, de 8 de mayo; y, de 10 de junio de 1992), sólo procede, por lo general, en supuestos extraordinarios en los que resulta previsible la imposibilidad de contar con los medios personales de prueba en el juicio oral.

(...)

La excepción anterior a la regla inicial de que sólo pueden catalogarse como pruebas de cargo en el proceso penal las practicadas en el juicio oral es aplicable a la “prueba testifical instructora anticipada” (STC n.º 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3), si bien “la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim. o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal”.

En este contexto, se ha de señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3.d) y 1 del art. 6 CEDH, art. 6.1, art. 6.3, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47, etc.).

Por otra parte, también se ha establecido (Cfr. SSTC 31/1981, 145/1985, 150/1987, 80/1991, 51/1995, 49/1998) que la lectura de declaraciones, en cuanto no son prueba documental, sino documentada o con reflejo documental, ha de introducirse en el juicio oral, no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense, no siendo suficiente que se de por reproducida en el juicio oral.

Y habida cuenta de que el art. 730 de la LECrim. autoriza que “puedan leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”, esta Sala ha repetido (Cfr. SSTS 924/1995, de 25 de septiembre; 198/1997, de 18 de febrero; 209/1998, de 16 de febrero; 111/2007, de 5 de febrero) que el Tribunal podrá excepcionalmente tomar en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero.

5. Realmente el examen de las actuaciones, al amparo del art. 899 LECrim., demuestra que el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional (f.º 43) propu-

so como prueba el examen, entre otros, de los testigos María Esther, Leonor, y Daniela, citando los folios donde podía encontrarse su domicilio (23, 15, 608).

Y como prueba documental propuso la lectura íntegra, salvo que la defensa renunciara expresamente a ello, de folios tales como el 3 al 92, dentro de los cuales se comprendían las manifestaciones ante la Guardia Civil de Nuria (f.º 23), de Leonor (f.º 15) de Daniela (f.º 8).

Se comprendían folios como el 326, que contenía la comparecencia, en 17 de enero de 2005, en el juzgado de instrucción de las tres indicando que “han sido citadas para practicar prueba testifical como prueba anticipada en el día de hoy, que tienen miedo de los imputados y no quieren declarar ante ellos”.

Igualmente, se propusieron folios como el 337 y 338, correspondientes a la autodenominada práctica de prueba anticipada ante el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Martorell (...)

Y, como “más documental”, propuso el Ministerio Fiscal “el CD obrante en las actuaciones, donde consta la grabación de la testifical de Leonor, María Esther y Carla, practicada como prueba anticipada preconstituida”.

(...)

7. El examen de lo acontecido en la Vista pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal, ante la falta de presencia y localización de todos los testigos incomparecidos hasta ese momento, hizo una petición genérica que no fue respondida por la Sala de instancia que tan sólo se pronunció con respecto a un testigo de la Defensa. En la sesión siguiente, con toda lógica, se fue agotando la prueba testifical propuesta, la que culminó en la tercera sesión, y a cuyo término, sin solución de continuidad —como vimos— el Ministerio Fiscal “solicitó la audición o visualización de las declaraciones prestadas por los testigos ausentes”. Siendo así, encontrándose todavía abierta la prueba testifical, carecen de objeto los reproches de la Sala, ya que todavía no se había hecho

referencia a la prueba “documental”. La denegación tiene unos exacerbados visos formales que no pueden compartirse.

En el caso, fuera de modo bien evidente de las previsiones del art. 714 LECrim. (contradicciones entre declaraciones prestadas por testigo comparecido), se daba uno de los supuestos jurisprudenciales establecidos por el TC y por esta misma Sala de Casación (testigo fuera de la jurisdicción del Tribunal o imposible de localizar por desconocimiento de su paradero), que autoriza-

ban, al amparo del art. 730 LECrim., la lectura de las declaraciones testimoniales, o (lo que debe tenerse por equivalente, al amparo de las nuevas tecnologías) la reproducción del soporte audiovisual en el que las declaraciones testimoniales fueron grabadas.

Consecuentemente, estimándose indebidamente denegada la prueba interesada por el Ministerio Fiscal, constatados el quebrantamiento de forma y la infracción del derecho a la tutela judicial debida, el motivo ha de ser estimado.

Sentencia 622/2007, Sala de lo Penal del TS, de 5 de julio de 2007

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Arts. 23 LOPJ; 318 bis Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Anula la Sala la sentencia dictada por el Tribunal de instancia que declaró la falta de jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la acusación (constitutivos de un delito de inmigración ilegal), ordenando su devolución a la Audiencia para el dictado de la sentencia que proceda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Llegados a este punto, debemos dirigir nuestra mirada hacia el problema relativo a la jurisdicción que deba conocer de este tipo de conductas descubiertas e interrumpidas en aguas internacionales. Y, a este respecto, hemos de decir que no nos parecen suficientemente fundadas las razones expuestas por el Tribunal de instancia para entender que la

jurisdicción española carece de legitimidad para ello.

En efecto, si el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim.).

Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Conforme a este principio, el art. 23.3 LOPJ dispone que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando sean susceptibles de tipificarse conforme a alguno de los delitos enumerados en el citado artículo (entre los que no figura el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

Junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también configura el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieran los siguientes requisitos: 1) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales es-

pañoles; 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por LO 11/1999, de 30 de abril).

El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales. A este principio responde el art. 23.4 LOPJ, en cuanto determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces [modificado por LO 11/1999, de 30 de abril, por la que se han incluido los delitos de corrupción de menores e incapaces]; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Delitos de mutilación femenina (conforme a la LO 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005); y, h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este prin-

cipio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla *aut dedere aut iudicare*, si no se concediere la extradición.

Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta —como ya hemos dicho— que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.

Cuarto.—En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta:

(...)

a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado (“el buque que navegue bajo los pabe-

llones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad” [v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982].

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años [v. art. 318 bis 1.º y 3.º CP y art. 2.b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000]. La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables —al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)— se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el

hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el art. 23.4.h) LOPJ. en relación con el art. 8.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del

presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal, pues, como sostiene el recurrente el Tribunal de instancia aplicó de forma indebida los indicados preceptos de la LOPJ y debió pronunciarse sobre la cuestión de fondo.

Sentencia 609/2007, Sala de lo Penal del TS, de 10 de julio de 2007

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24.2 CE; 851.4.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 (recogido en el número 21 de la Revista de Derecho Penal) se declara la vulneración del principio acusatorio por haber completado el Tribunal de oficio el fallo con una pena no solicitada por ninguna acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—(...)

Se plantea así una cuestión de indudable interés que ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones o pena no solicitada por éstas.

Un sector doctrinal —decíamos en la STS 1426/2005, de 7 de diciembre—, ya entendió, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la línea mayoritaria y tradicional de esta Sala y del Tribunal Constitucional, venía admitiendo que el Tribunal pudiera imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS de 21 de octubre de 1988, 16 de noviembre de 1989, 18 de junio de 1994, 22 de mayo de 1995, y STC 43/1997, entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al *petitum* de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un “crimen”, sino un *factum*, “que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia”, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. (...)

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, en el extremo que ahora interesa, y con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario (se decía en tal resolución judicial), una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escri-

to de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

Cierto es que en el caso ahora enjuiciado, el procedimiento seguido no es el ordinario sino efectivamente el abreviado. Pero ello no es lo importante, como veremos, sino la esencia misma del principio, su fundamento y su vinculación con el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento del asunto.

Digamos ya de este momento, que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más “acusatorio” que otro.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar tal como hemos dicho en la reciente sentencia 1319/2006, de 12 de enero de 2007, que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

(...)

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia

y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.”

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por

otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000, de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acu-

sador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”, “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Felipe. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha “arena”, frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más acusatorio que otro.

Ciertamente el problema a resolver en el presente recurso, aunque emparentado con el anterior, no es exactamente el mismo, pues se refiere al caso en que las acusaciones estructuran erróneamente el acta de acusación en su vertiente punitiva, de modo que no postulan una pena que el legislador anuda al comportamiento delictivo.

Supuesto en que la doctrina tradicional no vio nunca inconveniente para “suplantar” (o si se quiere “subsanan”), en dicho caso la actuación de las acusaciones y adecuar la pena a los postulados de la Ley, si se consideraba un simple olvido de aquéllas.

No obstante la postura debe ser la misma que en el caso anterior y el Tribunal no puede de oficio completar el fallo con una pena no solicitada por acusación alguna; por más que se encuentre prevista por el legislador en el marco punitivo correspondiente al tipo aplicado, si no utiliza previamente la “tesis” que se diseña en el art. 733 LECrim., con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio. Modo de proceder que obligará al Tribunal sentenciador a estar muy atento a la pena solicitada por las acusaciones, pues tal “tesis” ha de ser propuesta, para enmendar el error, antes de la finalización del juicio oral, y no tendrá ya remedio si se detecta cuando ha de redactarse la sentencia, pues ni el acusador lo puede ya proponer ni la defensa refutarlo.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia, eliminando del fallo la pena de 14 días de prisión, pena que no fue solicitada por las acusaciones.

Sentencia 670/2007, Sala de lo Penal del TS, de 17 de julio de 2007

AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE

Art. 556 Código Penal

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

SÍNTESIS

La huida a gran velocidad del cerco policial, evitando la detención, constituye un autoencubrimiento impune, frente al criterio de la Sala de instancia que condenó por desobediencia grave.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la representación legal de Luis María se formaliza un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, aplicación indebida del art. 556 del CP.

La defensa del recurrente, que no impugna la condena por el delito de conducción temeraria del art. 381.1 del CP, argumenta la inexistencia de los elementos que definen el delito de desobediencia previsto en el art. 556 del mismo texto legal. A su juicio, la precipitada huida protagonizada por el acusado a bordo del vehículo matrícula IA-....-GH, no buscaba menospreciar el principio de autoridad encarnado por los agentes que le perseguían, sino hacer efectiva su huida, evitando el efecto desfavorable que representaría su privación de libertad. Con laboriosa cita de algunos precedentes de esta misma Sala y de distintas Audiencias Provinciales, se sostiene la existencia de un autoencubrimiento impune que, como tal, no debería ser penado.

El motivo ha de ser estimado.

Como con acierto recuerda el Ministerio Fiscal —que apoya la estimación del motivo—, la maniobra evasiva del acusado y la circulación temeraria ulterior no perseguían otro objetivo que zafarse del cerco policial, de ahí que no tuvieran como eje motor el desprecio de las órdenes de la autoridad,

siendo el resultado único y exclusivo de su intención de huir a toda costa y así eludir la acción de los agentes.

La existencia de un derecho a la huida ha sido reivindicada desde algunas posiciones doctrinales, que afirman la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad de una conducta distinta, de un comportamiento conforme a la norma. La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles (cfr. SSTS 1461/2000, de 27 de septiembre y 1161/2002, de 17 de junio) viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (cfr. STS 2681/1992, de 12 de diciembre).

En el presente caso, no constando la causación de ningún género de lesión o daño a los agentes que protagonizaron la persecución y habiendo sido calificada la creación del riesgo a la circulación rodada como constitutiva de un delito de conducción temeraria, con encaje en el art. 381.1 del CP, resulta obligada la estimación del motivo, con los efectos que se expresan en nuestra segunda sentencia.

Sentencia 705/2007, Sala de lo Penal del TS, de 18 de julio de 2007

DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN

Arts. 666 LECrim.; 9, 21 y 23 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Indebida aplicación del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la excepción de declinatoria de jurisdicción en un supuesto de “con-

flicto de jurisdicción de carácter internacional” y determinación de la jurisdicción nacional competente para el enjuiciamiento de unos hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Resolución recurrida, según la literalidad de su propia parte dispositiva, acuerda ceder a la autoridad jurisdiccional penal competente de la República Argentina el conocimiento de los hechos y delitos que motivaron el procesamiento de Eusebio, en el Sumario 19/97 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, acudiendo, para ello, al mecanismo de denuncia formal contemplado en los artículos 41 y 42 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia Penal suscrito entre el Reino de España y la República Argentina, el 3 de marzo de 1987, en consecuencia a la estimación de la declinatoria de Jurisdicción que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la Defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del correspondiente Juicio oral.

Fundamenta esa decisión la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre la base de la existencia de diversas diligencias penales abiertas por los Tribunales argentinos en relación con hechos en los que se vería implicado Carlos Manuel, coincidentes con los aquí sometidos a enjuiciamiento, y considerando tales investigaciones con preferencia sobre la potestad jurisdiccional española en orden al enjuiciamiento de esos posibles delitos.

(...)

Segundo.—Frente a semejante argumentación se alzan las Acusaciones, tanto pública como particulares y populares, personadas en la causa, formulando sus respectivos Recursos, a través de diferentes motivos, con la coincidente y principal pretensión, al margen de otras consideraciones de mero carácter accesorio, de que se deje sin efecto la decisión de la Audiencia, con desestima-

ción de la declinatoria de Jurisdicción, en su día planteada por la Defensa, y dando paso a la celebración del Juicio oral.

Examinadas las razones expuestas en esos Recursos, y de manera muy especial las contenidas en el ponderado y certero escrito del Ministerio Fiscal, hemos de concluir en la estimación esencial de los mismos, con base en la constatación de las siguientes infracciones en la aplicación de la Ley (art. 849.1.º LECrim.) en las que, sin duda, incurre la recurrida:

1) En primer lugar, se produce una indebida aplicación del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula el planteamiento y contenido de los artículos de previo pronunciamiento, en este caso en relación con los artículos 19, 25, 26 y 45 de esa misma Ley procesal, así como con el 9, 21, 23.4, 38, 39, 42 y 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Efectivamente, cuando el artículo 666 de la Ley procesal contempla los diferentes supuestos susceptibles de ser planteados, como artículos de pronunciamiento previo al enjuiciamiento en los trámites propios del Sumario Ordinario, y, concretamente, al incluir entre ellos la denominada “declinatoria de jurisdicción” (apartado 1.º), no está, en modo alguno, refiriéndose a una hipótesis del que podría denominarse como “conflicto de Jurisdicción internacional”, sino a las eventuales contiendas de Derecho interno, tales como las que pudieran generarse entre los diferentes órdenes jurisdiccionales o entre los órganos jurisdiccionales y la Administración, respecto de los que el ordenamiento prevé también Salas especiales llamadas a resolverlos, para el caso de que la estimación de esa declinatoria diera lugar, en un futuro, a un conflicto negativo.

Aquí, ni puede hablarse realmente de “declinatoria”, toda vez que el conflicto competencial con los órganos de otro Estado nunca podría producirse a partir de una decisión de un Tribunal español, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 25 de febrero de 2003, ni existe órgano llamado a resolver la cuestión conflictiva, caso de que llegase ésta a producirse, ni resulta concebible que la Sala de la Audiencia Nacional, ni este Tribunal por vía de Recurso, decidan unilateralmente atribuir a las autoridades de otro país la Jurisdicción precisa para el conocimiento de un asunto sobre el que, previamente, ya se ha determinado, de acuerdo

con las normas legales aquí infringidas, que esa Jurisdicción corresponde a nuestros órganos nacionales, pues no existe norma alguna que autorice a un Tribunal español para ceder el derecho a la Jurisdicción a un Estado extranjero.

En definitiva, la aplicación que del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y concordantes ya citados, lleva a cabo el Tribunal *a quo*, ha de rechazarse por exceder del ámbito normativamente previsto para ese precepto, que en ningún caso puede referirse a un supuesto “conflicto de Jurisdicción” de carácter internacional.

Sentencia 258/2007, Sala de lo Penal del TS, de 19 de julio de 2007

EL DOLO DEL PARTÍCIPE. IMPUTABILIDAD

Arts. 20.1.º, 21.1.º, 28, 29, 65, 104 y 145 a 150 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

Se analizan, entre otros, el problema del dolo del partícipe, el concepto de deformidad en el delito de lesiones y su graduación y la determinación de la inimputabilidad, rechazando la doctrina civilista de los “intervalos lúcidos”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal. Sin embargo, la opinión dominante mantiene el último punto de vista, es decir el de la doble

referencia del dolo, el llamado “doble dolo”, de caracteres paralelos al requerido para la inducción. Consecuentemente, el dolo del partícipe, como lo viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del conte-

nido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc., será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso, por el que el partícipe no está obligado a responder.

Las tres circunstancias que señala la Defensa, no tienen ninguna aptitud para excluir el dolo, entendido en la forma en la que acaba de ser fijado su concepto.

En primer lugar es evidente que el recurrente facilitó el arma del hecho al otro procesado sabiendo que la agresión ya había concluido y que, como literalmente recoge el hecho probado, éste se proponía “darles” (“me han cascado; vente para acá que les vamos a dar”). Por lo tanto, era ya imposible suponer que el arma era solicitada para defenderse. La afirmación implícita de que el acusado pudo haber creído que participaba en un hecho justificado es manifiestamente insostenible, pues la acción de defensa debe ser anterior o concomitante con la agresión antijurídica. La ley no justifica la venganza.

En segundo lugar, el recurrente vio directamente las lesiones que había sufrido el autor de la muerte (puñetazo en la nariz) y pudo deducir que no eran lesiones causadas con armas, sino con los puños. Asimismo había entrado a la discoteca, acompañado de un tercero, que le señaló las personas que habían tomado parte en la refriega. En todo caso, al recurrente le resultaba totalmente indiferente si los eventuales sujetos pasivos portaban armas o no.

En tercer lugar, la gravedad de las lesiones sufrida por su primo no constituye ninguno de los elementos del tipo del homicidio o del asesinato y su conocimiento es, consecuentemente, irrelevante.

De todos modos, teniendo en cuenta que el recurso cuestiona la aplicación de la pena del art. 139 CP al cooperador que facilitó el arma de un ataque futuro, cabe plantear la cuestión de si el recurrente tuvo una representación de los elementos esenciales del

asesinato que el otro acusado iba a cometer. Se trata obviamente de la representación *ex ante* del hecho principal al que cooperaba, dado que la aportación del arma es anterior al comienzo de la ejecución del asesinato por parte del autor. Esa ejecución, además, tuvo lugar en otro lugar diverso del lugar en el que se encontraba el recurrente, que en ese momento agredía a otra persona, a la que después de la agresión persiguió por otra calle, distinta de la que sirvió de escenario del asesinato.

Cuando, como en este caso, la aportación de la cooperación tiene lugar antes del comienzo de la ejecución del hecho, el conocimiento de los elementos de la ilicitud del hecho principal se identifica con el conocimiento del plan del autor. No es posible determinar en este caso si el conocimiento del plan del autor de la muerte era tan preciso como para abarcar las circunstancias del asesinato. Pero esa precisión tampoco es requerida por la noción aplicable del dolo del cooperador. El propio autor dio comienzo a la ejecución del hecho decidido a la realización de una acción que llevaba en sí el peligro concreto de la muerte del agredido y con total indiferencia respecto de una eventual posibilidad de defensa del mismo. En todo caso, inició la acción sin dar a la víctima ninguna posibilidad de ejercer defensa alguna, pues su agresión fue súbita e inopinada. Por lo tanto, en la medida en la que el cooperador tenía conocimiento de que la acción que emprendería el autor comportaba un peligro concreto de muerte del agredido y no tomó *ex ante* ninguna medida para limitar la agresión de manera tal que el agredido tuviera posibilidad de defensa, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar la concurrencia del conocimiento de los elementos esenciales del asesinato o al menos la total indiferencia respecto de las mismas para el caso en que las circunstancia en las que el autor comenzara la ejecución concurrieran las circunstancias de dicho delito. En todo caso en ningún momento el recurrente dijo haber supuesto que el otro pensaba desafiar a la víctima a una pelea de igual a igual.

La última cuestión de este bloque problemático se refiere a la importancia de la cooperación, que la Defensa estima no necesaria y, por ello, sancionable según los términos de los arts. 29 y 63 CP. Tampoco este punto de vista es admisible. En el caso concreto el autor no hubiera podido cometer el delito que cometió, si el recurrente no proporciona el arma empleada. Es tan claro que no tenía otra posibilidad, que sólo pudo esperar en el lugar del hecho hasta que el recurrente llegó con el cuchillo utilizado. No tenía, evidentemente, la posibilidad de procurársela a sí mismo, pues a esas horas de la madrugada no podía comprarla en una tienda, ni disponía, al parecer, de un arma semejante en su propia casa.

Segundo.—(...)

Desde el punto de vista del tipo objetivo sólo corresponde tratar la cuestión de la aplicación indebida del art. 149 CP, planteada en el recurso. La cuestión se concreta en lo referente a la gravedad de la deformidad. El art. 149 y art. 150 CP prevén deformidades de distinta gravedad, como se infiere de la analogía de cada versión de la deformidad con otras lesiones a las que en cada caso es equiparado el supuesto típico respectivo. La aplicación de uno u otro tipo dependerá de que la deformidad sea equivalente en su gravedad a la pérdida de un órgano o miembro, una función principal o una grave enfermedad somática o psíquica, en cuyo caso se aplicará el art. 149, o que sea equivalente a pérdida de un miembro no principal, supuesto para el que se prevé la subsunción bajo el tipo del art. 150. Esta cuestión, de naturaleza estrictamente jurídica, no puede ser resuelta mediante un dictamen pericial, que sólo puede acreditar la base fáctica de la valoración jurídica. Cuestión que el recurrente no ataca como tal.

La víctima padece, como consecuencia del hecho, de una “gran cicatriz de 21 centímetros de longitud y aproximadamente un centímetro de anchura, en su parte más ancha, ostensiblemente visible y productora de un gran perjuicio estético”, dice la senten-

cia recurrida. “También le ha quedado como secuela la parálisis del nervio facial dañado”. En otro pasaje del hecho probado se describe la herida con mayor precisión como “herida inciso cortante desde la comisura derecha de la boca hasta la apófisis mastoidea del mismo lado, con disección de todos los planos profundos hasta el músculo digástrico, seccionándole completamente las ramas bucal y marginal del nervio facial derecho”. La Audiencia estimó, además, que la cicatriz produjo “afectación funcional en los músculos y nervios faciales”.

Es evidente que tal deformidad no afecta sólo a los rasgos de la cara, sino que es también funcionalmente manifiesta, por haber lesionado los músculos y los nervios de la cara, lo que debe producir rigidez de las facciones. Si bien no se habla en la sentencia de una recuperación futura de la perfecta movilidad dependiente de los nervios faciales seccionados, es evidente que la víctima ha perdido su fisonomía y no sólo la ha visto afectada. Por lo tanto, en tales condiciones, la gravedad de la deformación es equivalente a la pérdida de un miembro principal o su inutilidad, pues significa la pérdida de un aspecto corporal de extrema relevancia para la personalidad del afectado. Ello determina que la aplicación del art. 149.1 CP realizada por el Tribunal *a quo* es correcta.

En lo que concierne al tipo subjetivo el recurrente cuestiona la extensión del dolo del hecho. De nuestros precedentes se deduce que el alcance del dolo debe ser inferido de la realización de la acción y del necesario conocimiento de las circunstancias del hecho que debió tener el autor para la ejecución de la misma. En el presente caso es claro que el autor supo del peligro concreto del resultado. Sabía que agredía con un arma de cierta contundencia y que el golpe se dirigía a su cara, así como que la herida que esa acción produciría, dada la potencia del golpe, sería seguramente grave. En ningún momento se alegó que el resultado hubiera sido sorprendente para el acusado, ni se sostuvo que era desproporcionado en relación con el arma empleada. Es evidente también

que el recurrente no tomó ninguna precaución para limitar el resultado de la agresión. Consecuentemente, conoció el peligro concreto del resultado que produjo y actuó con tal conocimiento.

La eventual aplicación del art. 14.2 CP, alegada por la Defensa, es insostenible, dado que el recurrente no alude a la concurrencia de ningún error de tipo, ni ésta podría ser deducida de los hechos: sabía que realizaba una acción peligrosa directamente sobre la víctima, por lo tanto concretamente peligrosa, sabía también que lo hacía con un arma que era apta para producir el resultado que se causó y no existe la menor posibilidad de pensar en la concurrencia de algún otro riesgo, ignorado por el recurrente, que haya potenciado el resultado.

(...)

Tercero.—(...) La Audiencia ha hecho aplicación, sin decirlo expresamente, de la teoría de los “intervalos lúcidos”, es decir, ha considerado que en el momento del hecho el acusado no estuvo afectado ni por un brote esquizofrénico, ni sufría alucinaciones de ninguna clase. Su punto de vista se basa en el informe de ingreso en prisión del Hospital de Valdecilla, en el que se consigna que no tenía en ese momento “alteraciones del curso y contenido del pensamiento”, ni presentaba “clínica psicótica ni afectiva mayor, con capacidad de juicio conservada”. En la bibliografía médico forense más moderno no se menciona un fenómeno como el de los intervalos lúcidos del esquizofrénico.

Pero, cualquiera sea la realidad de tales intervalos lúcidos, esta decisión del Tribunal *a quo*, genera varias observaciones que afectan a la validez de su juicio sobre la capacidad de culpabilidad del acusado, pues se apoya en elementos particularmente débiles, no pondera la significación de la alteración de la personalidad que aparece en los distintos informes y aplica criterios que no tienen suficiente respaldo científico.

(...)

Por lo tanto, no hay ningún informe en la causa que permita acreditar un intervalo lú-

cido en el momento de la comisión del delito. Para formular tal afirmación se requeriría, además, una respuesta científica sobre la posibilidad general de intervalos lúcidos del esquizofrénico, es decir referente a la posibilidad de momentos en los que un esquizofrénico puede llegar a obrar sin estar afectado por la enfermedad mental.

En suma: el juicio del Tribunal *a quo* sobre el estado mental del acusado se aparta de conocimientos científicos, sin un fundamento plausible.

(...) Ello permite afirmar que se da en el presente caso el elemento biológico (también considerado a veces como psicológico) de la fórmula legal de la capacidad de culpabilidad, pues la esquizofrenia, en tanto enfermedad mental, constituye una anomalía psíquica, ya que toda enfermedad mental (sea endógena o exógena) los es en los términos del art. 20.1.^a CP.

La determinación del segundo elemento (llamado a veces psicológico, otras veces normativo) es especialmente complicada. La opinión dominante entre los más renombrados psiquiatras forenses consideran que la cuestión de la capacidad de comprender la antijuricidad y de conducirse según esta comprensión no puede ser médicamente respondida y fundamentada, pero que puede ser admitida cuando los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad (las enfermedades mentales, las graves alteraciones de la conciencia o la debilidad mental) se dan en un alto grado.

En la causa no existen elementos que permitan constatar el grado de la esquizofrenia padecida por el recurrente. En todo caso, en ninguno de los informes médicos le es atribuido un alto grado de una manera clara. No obstante, en los mencionados informes provenientes de distintas fuentes emisoras se constata que además de la esquizofrenia el acusado padece “trastornos de la personalidad de tipo impulsivo”. No le es posible saber a la Sala hasta qué punto se trata de entidades nosológicas diversas o si el trastorno de la personalidad es una consecuencia de la esquizofrenia misma, que podría revelar un

cierto grado de la enfermedad. En todo caso ese trastorno puede ser subsumido bajo el concepto de “alteración psíquica” del art. 20.1.^ª CP y nos permite considerar que, añadido a la esquizofrenia, tiene que actuar sobre la capacidad de comprensión de la anti-juricidad y de la conducción de acuerdo con la misma de una manera considerable. Sin embargo, en las circunstancias de la causa, faltando los elementos de la gravedad de la alteración psíquica, sería de aplicar el art. 21.1.^ª CP con la consecuencia jurídica prevista en el art. 104 del mismo código, que se impondrá conjuntamente con la pena en la forma prevista en el art. 99. La aplicación de la medida de tratamiento y seguridad es común a los casos de incapacidad (art. 101 CP) y a los de capacidad de culpabilidad disminuida (art. 104 CP), razón por la cual la conformidad del recurrente con la medida legalmente prevista se mantiene inclusive estimación parcial del recurso.

La necesidad de la medida de internamiento del art. 104 CP se funda en la peligrosidad exteriorizada por el recurrente (art. 6.1 CP), que con un simple llamado telefónico del otro acusado durante la madrugada, concurrió, sin ninguna reflexión, inmediatamente con las armas al lugar y con el propósito de agredir mortalmente a las personas que le fueran indicadas. Ello muestra un disposición a la violencia contra las personas que requiere asegurar que el recurrente durante un tiempo suficiente largo será internado para evitar que cometa nuevos delitos.

(...)

Séptimo.—(...)

La Audiencia calificó la participación de cada acusado en el delito cometido por el otro como cooperación necesaria del art. 28 CP. El resultado penal al que llega el Tribunal *a quo* es indudablemente correcto, pero requiere ser explicado de acuerdo con las categorías actuales de la ley vigente y de la jurisprudencia.

En gran parte el problema surge porque, la sentencia, siguiendo una terminología corriente en la práctica, ha entendido que los

partícipes necesarios son autores, dado que el art. 28 CP, como el 14 del código anterior, dice “se consideran autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual [el delito] no se habría efectuado” y los arts. 61 y 63 prevén penas diferenciadas para los supuestos del art. 28, al que pertenecen los autores, los partícipes necesarios y los inductores, y 29 CP, que prevé el supuesto del cómplice.

Sin embargo, la diferencia entre cooperador necesario y coautor, que es una imposición del nuevo texto del art. 28 de 1995, tiene una especial relevancia a partir de la introducción de la coautoría y la autoría mediata en el texto de la ley y de la adopción en la jurisprudencia del criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes. En efecto, es evidente quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho, pues éste debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que éste no se hubiera efectuado.

Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor. Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo. En otras palabras el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo.

Por lo tanto, es correcto afirmar que el recurrente ha puesto una condición necesaria para la ejecución del hecho. Pero es preciso tener en cuenta que se trata de un delito que los acusados han realizado conjuntamente, es decir, actuando en la forma que el art. 28, primer párrafo, CP caracteriza como coautoría, pues han obrado sobre la base de un plan común, con una decisión conjunta al hecho y distribuyendo sus acciones. Es cla-

ro que los acusados obrando conjuntamente querían atacar y atacaron a un grupo de personas y que se dividieron los papeles eligiendo cada uno un sujeto pasivo dentro del grupo, dado que uno solo no podía atacar a la vez al grupo. Por lo tanto, ambos son coautores de un único hecho cuyo resultado son dos víctimas. La Sala considera oportuno señalar que al referirse al plan común y a la decisión conjunta como elementos de la coautoría no pretende resucitar la antigua teoría jurisprudencial del “acuerdo previo”, que estimaba que todo acuerdo entre los partícipes convertía a todos en coautores, cualquiera hubiera sido su aportación al hecho de cada uno. El plan común y la decisión conjunta son los elementos que determinan la unidad del hecho imputable a los coautores, siempre y cuando su aportación al hecho tenga objetivamente una importancia que demuestre que actuaban con dominio funcional del mismo.

Cuestión aparte es la que concierne a si la alevosía y la deformidad son imputables a ambos coautores. La respuesta es afirmativa, dado que los coautores responden por todo el hecho conjuntamente ejecutado dentro del plan común. Es cierto que el art. 65.1 y 2 CP tienen más parecido con el concepto unitario de autor de los derechos italiano y austríaco, porque no se refieren a la accesoriidad de las circunstancias agravantes y

atenuantes del autor y su comunicación al partícipe, sino que sólo hablan de “aquellos en quienes concurren”. Ello podría sugerir que las reglas del art. 65.1 y 2 serían aplicables también a los coautores. Pero, la doctrina siempre ha entendido el sistema de la participación criminal de nuestro derecho como diverso del sistema unitario de autor. Es desde esta perspectiva que la cuestión ha sido aclarada por la reforma por la LO 15/2003, que introdujo el párrafo 3 del art. 65 y que demuestra que se trata de reglas referidas a la comunicabilidad de las circunstancias agravante y atenuantes del autor a los partícipes.

Por lo tanto, aclarada la base jurídica del enjuiciamiento del hecho, ambos acusados deben responder por la totalidad del hecho ejecutado conjuntamente. En efecto, teniendo en consideración que el dolo de los coautores se relacionaba con el ataque con armas a personas desarmadas, o que los coautores suponían desarmadas, que llevaban las armas ocultas para poder sorprender a las víctimas con su empleo, y que no excluían ninguno de los resultados posibles del ataque, incluida la muerte, como surge de la dirección del golpe a zonas vitales de los agredidos, la Sala estima que la aplicación de la alevosía y la deformidad de las lesiones a ambos coautores efectuada en la sentencia no es jurídicamente censurable.

Sentencia 451/2007, Sala de lo Penal del TS, de 19 de julio de 2007

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL Y ESTAFA

Arts. 248, 386, 387 y 392 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aplica el Acuerdo de Sala de 18 de julio de 2007, que ratifica el criterio de considerar un concurso ideal de falsedad en documento mercantil

y estafa, la firma del recibo de la tarjeta de pago falsa como medio engañoso (se incluye también un voto particular discrepante). Por otra parte, se confirma la consideración jurisprudencial de las tarjetas falsas como moneda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo cuarto vuelve a insistir en la indebida aplicación de los artículos que regulan la estafa, la falsedad documental y la tenencia de moneda falsa.

1. De forma superficial se plantea un tema que constituye el eje que anima este debate y que no es otro que la adecuada calificación jurídica de los hechos y la compatibilidad de las figuras delictivas que se han apreciado en la sentencia.

2. Los hechos probados nos dicen que la acusada realizó dos compras ofreciendo como pago una tarjeta de crédito manipulada y además presentando una carta de identidad también falsificada. Además firmó los tickets de compra con el nombre de la persona que figuraba en la carta de identidad. Intentó repetir las compras al día siguiente pero había despertado sospechas y fue detenida.

3. Con estos hechos la condena como autora de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa en grado de consumación. Además se la condena como autora de un delito de tenencia de moneda falsa en grado de consumación.

4. Es evidente que las compras realizadas con identidad falsa y con tarjeta de pago falsificada constituyen un delito de estafa. La primera cuestión que aparece clara es que, tal como se configura el hecho probado, ese acto es único y por ello no existe la continuidad delictiva que se ha estimado en la sentencia recurrida. La segunda acción que se integra en el delito continuado no puede ser considerada como delito de estafa intentado ya que la sentencia afirma que ya había despertado las sospechas de los titula-

res de la tienda por lo que su pretensión era inviable, por la absoluta inidoneidad del método empleado, lo que prácticamente nos sitúa ante un delito imposible.

5. Según la doctrina reiterada de esta Sala la introducción de un documento mercantil como se califican los tickets emitidos a partir de la admisión de las tarjetas de pago, constituyen un ilícito penal que se anuda en concurso ideal con el delito de estafa. Precisamente esta cuestión ha demorado la publicación de la sentencia ya que se consideró necesario someter el debate a la Sala General celebrada el 18 de julio de 2007, que se ha ratificado, por mayoría, en la doctrina que ha venido manteniendo hasta ahora.

6. Evidentemente existe un documento de identidad falso en el que la participación de la acusada es determinante al facilitar su fotografía para que se incorporase a la carta de identidad con lo que se convierte en un factor decisivo para su falsificación. Sin embargo, en la sentencia se omite la condena por falsedad en documento de identidad por lo que no es posible modificar la sentencia para añadir este delito.

7. No existe duda sobre la tenencia de una tarjeta de crédito y pago con la banda magnética alterada y duplicada de una auténtica por lo que precisamente fue un instrumento idóneo para escenificar de forma convincente el engaño. Al tratarse de un medio de pago equivalente a dinero considerada como dinero de plástico por el que el tipo de los artículos 386 y 387 del Código Penal está perfectamente incardinada.

8. En cuanto al tema de la competencia de la jurisdicción de menores se le ocurre a la acusada inopinadamente al contestar a la impugnación del Ministerio Fiscal, por lo que resulta absolutamente extemporánea.

(...)

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA
RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN
n.º 11204/2006 -P, QUE FORMULA
EL MAGISTRADO JOSÉ ANTONIO
MARTÍN PALLÍN

La razón de mi discrepancia radica en que la falsedad en documento mercantil se concentra en la firma de los tiques pero no se razonó ni se explica su autonomía respecto de la maniobra engañosa. Se trata de una fase más de la apariencia de normalidad que tenía que dar para conseguir la transmisión

de los objetos comprados. En realidad, se trata de una maniobra instrumental necesaria e indispensable para configurar la totalidad del engaño con la que se cerraba el círculo defraudatorio. La firma de los tiques como elemento instrumental imprescindible para conseguir su propósito, carece de autonomía, por lo que toda esa parte de la actuación debe ser integrada en un único delito de estafa sin existencia de falsedad en documento mercantil con carácter autónomo y ni siquiera como hecho delictivo.

Sentencia 722/2007, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2007

TARJETA DE CRÉDITO FALSIFICADA Y TENENCIA DE MONEDA FALSA
Arts. 23.3.f) LOPJ; 386 y 387 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García**

SÍNTESIS

Se ratifica el Tribunal Supremo en la competencia de los Tribunales españoles para conocer las falsificaciones de documentos de identidad llevados a cabo en el extranjero. Por otra parte, se entiende que la equiparación de las tarjetas de crédito a la “moneda”, lo es sólo en los casos de “falsificación” o “fabricación”, no en la de simple “tenencia”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo segundo, por la vía del *error iuris* del n.º 1 del art. 849 LECriminal, estima indebidamente aplicados los artículos relativos al delito de falsedad en documento oficial y mercantil por el que ha sido condenado el recurrente ya que ignorándose el lugar donde se produjo la falsificación, y singularmente si lo fue dentro de España, deben estimarse incompetentes los Tribunales de España para el enjuiciamiento

de estos delitos salvo que, de conformidad con el art. 23.3.º LOPJ se perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, lo que se estima no concurre en los documentos concernidos.

El motivo debe ser rechazado.

Esta cuestión ya ha sido traída al Tribunal en varias ocasiones, y sin perjuicio de reconocer la existencia de un Pleno no Jurisdiccional de Sala —de 27 de marzo 1998— en el que se acordó que era atípico el uso en

España de un documento de identidad u oficial falsificado en el extranjero, salvo que se presente en juicio o se use para perjudicar a un tercero, tal doctrina puede estimarse superada por las obligaciones internacionales contraídas por España en el concreto apartado de exigir una correcta identificación de todas las personas que se encuentren en España, obligación de la que se han hecho eco numerosas sentencias de esta Sala en el sentido de estimar que tales ocultaciones de la identidad siempre afectan al crédito y seriedad e interés de España que se encuentran íntimamente enlazados con los de los demás países que conforman la Unión Europea.

Como se afirma en la STS 66/2005, de 19 de enero, una nueva lectura del art. 23.3.º letra f) de la LOPJ debe llevarnos a la conclusión de que con la falsificación de documentos de identidad siempre quedan afectados los intereses del Estado español, donde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen porque dicho artículo prevé un sistema de control de personas en la circulación fronteriza que incluirá "...un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje...", por ello no es indiferente a los intereses estatales la identificación correcta de las personas que se encuentran en España porque hoy día los conceptos como seguridad son esencialmente colectivos, como lo son las políticas de visados, inmigración, etc., etc.

En idéntico sentido, se pueden citar las STS 1089/2004, de 24 de septiembre, la Cuestión de Competencia n.º 54/2002, de 25 de marzo 2003 o las SSTS 1295/2003, de 7 de octubre; 1089/2004, de 24 de septiembre; 472/2006, de 5 de abril o 458/2006, de 11 de abril.

En conclusión, no puede cuestionarse la competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar esta falsificación de documentos de identidad, cualquiera que sea el lugar en el que se llevó a cabo dicha alteración que quedan afectados valores de naturaleza Comunitaria de primer orden como ya se ha dicho.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.—El tercer motivo, cuestiona la equiparación que se efectúa en la sentencia entre la tenencia de dinero o moneda falsa para su expedición o distribución con la tenencia de tarjeta de crédito.

Ya anunciamos el éxito de la denuncia.

El art. 387 equipara las acciones descritas en el art. 386 —falsificación/fabricación de moneda— con la fabricación de tarjeta de crédito.

El Pleno de esta Sala de 28 de junio de 2002 equiparó la fabricación de tarjeta de crédito a la fabricación de moneda en virtud del citado art. 387. Ahora bien tal equiparación lo era sólo en relación a aquellas actuaciones susceptibles de equiparación con la tarjeta de crédito.

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

En la causa, el Ministerio Fiscal acusa al recurrente como autor de un delito de fabricación de moneda que el Tribunal no estimó concerniente "... sin embargo, a pesar de que las tarjetas de crédito están expedidas a nombre de la identidad que consta en la documentación falsa en la que se haya incorporado la fotografía del acusado, no existen pruebas suficientes para estimar acreditada sin lugar a duda la participación del acusado en la falsificación de la tarjeta..." —FJ 1.º—.

En esta situación, condena por el tipo atenuado de tenencia de moneda falsa. Ello no es posible porque la equiparación genérica del art. 387 no abarca al caso concreto de la tenencia de moneda falsa. Existe una reiterada doctrina de esta Sala que así lo tiene declarado:

"... 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 subsumición en el delito de falsedad monetaria...”. Autos de esta Sala de 18 de febrero 2004, 1 de abril, 21 de abril y 3 de junio todos de 2004, 7 y 20 de enero de 2004, entre otros muchos. Más recientemente, la STS 465/2007, de 31 de mayo.

En definitiva, o el tenedor de la tarjeta es considerado como fabricante de la tarjeta —a la vista de las pruebas— y como tal condenado por fabricación de moneda, o en otro caso, la sola tenencia no permite la equiparación con la tenencia de moneda falsa, y sí sólo puede dar vida —como en este caso— a los delitos de falsificación de documento mercantil.

Procede en consecuencia la absolución del recurrente por este motivo, lo que se acordará en la segunda sentencia.

Procede la estimación del motivo.

Sentencia 735/2007, Sala de lo Penal del TS, de 18 de septiembre de 2007

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE ESTADOS PASIONALES

Art. 21.3.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Se resume claramente la doctrina jurisprudencial en torno a la circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el quinto de los motivos denuncia el error de derecho por la inaplicación de los arts. 20.4, en relación con el 21.3 del Código Penal.

El motivo carece de desarrollo argumental sobre el contenido de los preceptos que dice infringidos. Desde luego, en el relato fáctico no existe presupuesto alguno sobre una situación de legítima defensa (art. 20.4 CP). Al contrario se expresa lo inesperado y súbito del ataque. Tampoco refiere una si-

tuación que genere arrebató u obcecación, los estados pasionales a los que se refiere la atenuante del art. 21.3 CP. En nuestros precedentes jurisprudenciales, hemos considerado al arrebató como una reacción momentánea experimentada ante estímulos poderosos que producen una perturbación honda del espíritu, ofusca la inteligencia y determina a la voluntad a obrar irreflexivamente (STS 402/2001, de 8 de marzo), en tanto que la obcecación es una modalidad pasional de aparición más lenta que el arrebató pero de mayor duración.

En la reforma del Código Penal de 1983 se suprimió el adverbio “naturalmente”, y se refundieron las entonces atenuantes existentes, con lo que se propició una naturaleza más subjetiva de la atenuante y su residencia en la imputabilidad. Las exigencias de carácter preventivo general se sitúan sobre la exigencia del estímulo, requiriendo una relevante intensidad de los estímulos generadores de los estados pasionales y analizando las características y la proporcionalidad de la reacción frente al estímulo.

Con carácter general, se exige que los estímulos han de ser importantes de manera que permitan explicar la reacción y, en este sentido ha de notarse que la dicción de la atenuante exige que el estímulo explique, no justifique, la reacción. Se requiere que el estímulo provenga de la víctima, y que éste no suponga un acto que deba ser legalmente acatado. En orden a la reacción, ésta debe ser proporcional entre el estímulo y el comportamiento del sujeto, no admitiéndose como atenuante en los supuestos de reacciones desproporcionadas.

La declaración de concurrencia de un estado pasional típico de la atenuación se predica con independencia de la sanidad o insanidad mental del sujeto. Es habitual que estos estados concurren en personas que adolecen de ciertas patologías psíquicas que darán un contorno distinto a la atenuación. Así una base de anomalía psíquica asociada a un estado pasional no hace sino exacerbar los efectos en la imputabilidad del sujeto que la padece. Baste recordar, en este sentido, las construcciones psiquiátricas sobre el estado pasional derivado de los celos, la celotipia, que permite diversas denominaciones en función de la concurrencia de una anomalía psíquica, de manera que su concurrencia produce distintas situaciones, como celos psicológicamente normales, morbosos, delirantes y psicóticos, y, correlativamente, la posibilidad de distintos declaraciones de culpabilidad, plena, reducida o inexistente.

El fundamento de la atenuación radica en una disminución transitoria de la imputabilidad. La transitoriedad deriva de que la

reacción pasional debe ser transitoria para evitar su catalogación como anomalía psíquica.

La dificultad en la construcción de esta atenuante radica, sobre todo, en la configuración de su espacio de reducción de la culpabilidad. Es claro que tratándose de una atenuación de carácter subjetivo es difícil establecer criterios apriorísticos de delimitación, por lo que es preciso abordar la delimitación desde un marcado relativismo. Parece claro que el límite superior radica en la consideración de la perturbación anímica como constitutiva de un trastorno mental transitorio, como exigente completa o incompleta o la consideración de la atenuación de análoga significación a las anteriores. El límite inferior, la diferenciación entre los estados de ánimo y la causa de la atenuación, es de difícil determinación. Con anterioridad a la reforma del Código de 1983, la atenuación establecía en su definición que los estímulos debían ser tan poderosos que “naturalmente” hubieran producido arrebatos u obcecación. Esta exigencia señalaba claramente que el criterio delimitador entre la atenuación y su no consideración como atenuante se establecía a través de la reacción “normal” del hombre medio, la reacción que procediera en la generalidad de las personas ante un estímulo semejante. El criterio de medición se objetivaba a través de la generalidad de las personas, criterio que ha desaparecido tras la reforma de 1983.

La diferenciación con una situación de normalidad parte de considerar, en primer término, la levedad de la afectación, esto es, la delimitación por la intensidad de la afectación. En términos generales, conviene señalar que el estado pasional que reduce la consecuencia parte de considerar una afectación de la imputabilidad, esto es, de la capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a la exigencia de la norma. Ello requiere que la atenuación se apoye en una afectación de las capacidades expuestas, la cognitiva y la de control de la conducta.

Otro criterio de configuración del límite es la desproporcionalidad entre el estímulo

recibido y la conducta realizada. Cuando la respuesta sea desproporcionada a la entidad del estímulo, podremos negar la aplicación de la atenuación. En el sentido indicado la jurisprudencia de la Sala II ha negado la concurrencia de la atenuación a supuestos de acaloramiento, de existencia de anteriores resentimientos entre familias, el nerviosismo de la situación, la existencia de animosidad, o de actuaciones en despecho.

Un tercer criterio, viene dado por la propia dicción de la atenuación al exigir una procedencia externa, la existencia de un estímulo o una causa. El presupuesto de la existencia de un estímulo, más el de la causa, incorporado en la reforma de 1983, obliga a considerar que el desencadenante ha de provenir de la propia víctima o de algo ajeno a la situación relacional entre el imputado y la víctima, objetivando el contenido exógeno, no sólo residenciado en la víctima, sino que pudiera provenir de una relación ajena a la existente entre agresor y víctima.

Un cuarto límite de diferenciación es la exigencia de licitud. La exigencia de que el arrebató y la obcecación y, en general, el estado pasional tuviera fuera lícito, o ético, o moralmente irreprochable tiene un doble fundamento. En primer lugar porque la atenuación, antes de la reforma de 1983, exigía que el estado pasional fuera producto “natural” del estímulo, es decir, era interpretado como sinónimo de pasión normalizada y de carácter positivo para la sociedad. De otra, porque se considera que la atenuación, el tratamiento a favor del responsable penal debía ampararse en un sentimiento que afiance la convivencia. La exigencia de una cierta acomodación de la causa del estado pasional con el ordenamiento alcanza mayor relevancia si la examinamos en cada caso concreto y en relación con el tipo penal objeto de la sentencia. Desde esta perspectiva resulta difícil admitir la atenuación en un delito de violencia familiar por una situación alegada de *stress* derivado de la situación de separación conyugal, pues sería contrario al ordenamiento jurídico con sus

recientes incorporaciones en este aspecto de la antijuridicidad.

De cuanto llevamos señalado resulta preciso que el actuar pasional no contradiga la conciencia jurídica y los principios básicos de convivencia, expresados en la Constitución como valores de la convivencia social.

Un último criterio de diferenciación es de carácter temporal, la exigencia de proximidad en el tiempo. Es éste un requisito jurisprudencial nacido de un criterio empírico. En la medida en que el transcurso del tiempo permite racionalizar las situación pasional, la jurisprudencia ha exigido una cierta cercanía temporal entre la causa o estímulo desencadenante y la reacción pasional, haciendo desaparecer todo vestigio de venganza que comprometa la perturbación atenuadora.

A estos criterios se ha sujetado nuestra jurisprudencia. Así, en la STS de 27 de febrero de 2004, señala precisamente que la apreciación de la circunstancia es incompatible con aquellos casos en los que la impulsividad obedece a irascibilidad o al carácter violento (Sentencia de 11 de abril de 1981, entre otras) del sujeto activo, o cuando el estímulo es imaginario, putativo o malsano. Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta, y sus estímulos, no pueden ser amparados por el Derecho cuando se apoyen en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante. Y finalmente, las causas motivadoras de esa ofuscación de la mente han de ser poderosas como las apreciadas por la STS 1290/1995, de 20 de diciembre, donde hubo una “violencia totalmente gratuita contra el cliente de una discoteca que, despertado violentamente, se vio sometido a una paliza y a un trato especialmente humillante, máxime para una persona de 49 años, un pacífico trabajador sin antecedentes penales, que produjo como consecuencia un importante arrebató que propició una con-

ducta de respuesta en la que actuó con sus facultades intelectivas y volitivas notablemente disminuidas”. En el mismo sentido la STS de 26 de diciembre de 2002, que excluye la aplicación de la atenuación a las situaciones que denomina de “*stress familiar*”.

En la STS 1136/2000 se afirma que deben ponderarse los requisitos de temporalidad y proporcionalidad. Así, en cuanto al primero, en la relación causa-efecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal, de tal manera que no es susceptible de aplicación cuando transcurra cierto tiempo que pueda ser apreciado como causa eliminadora de la efectividad del estímulo, refiriéndose por ello la Jurisprudencia a la inmediatez o propinquidad (STS de 11 de marzo de 1997 y las numerosas SS. recogidas en la misma). Por lo que hace a la proporcionalidad, el exceso de la reacción, como sucede patentemente en el caso de autos, también impide la estimación de la disminución de la imputabilidad en que la atenuante se resuelve, de forma que no cabe su estimación cuando se trata de una respuesta desproporcionada. STS de 12 de julio de 2004. En el mismo orden, la STS de 13 de marzo de 2003, declara que “no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor para cuya

adecuada valoración se toman en cuenta una serie de factores como son que:

a) Los estímulos en general han de proceder de la persona que resulta después ser víctima de la agresión.

b) Que la activación de los impulsos ha de ser debida a circunstancias no rechazables por las normas socioculturales de convivencia.

c) Que tiene que existir una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la emoción o la pasión con la que se ha actuado (STS de 13 de marzo de 2003). Y, en el mismo sentido, la STS 256/2002, de 13 de febrero: la actividad de los impulsos ha de ser debida a circunstancias rechazables por las normas socioculturales de convivencia. Y la STS 218/2003, de 18 de febrero: Para la apreciación de esta atenuante es exigible la proporcionalidad, “lo que significa que el exceso de la reacción impide la estimación de la disminución de la imputabilidad, de forma que no cabe la misma cuando se trate de una respuesta desproporcionada”.

En el caso objeto de la casación la conducta probada, que refiere un supuesto de violencia de género, no merece la de un menor reproche por causa de la separación matrimonial al no reunir los requisitos de temporalidad, proporcionalidad y de afirmación del ordenamiento anteriormente expuestos.

Por las razones expuestas no procede la declaración de error que se denuncia.

Sentencia 755/2007, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2007

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Art. 404 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

SÍNTESIS

Se analizan detenidamente los requisitos que llevan a la existencia de un delito de prevaricación administrativa previsto en el artículo 404 del

Código Penal. Se trata de la sentencia confirmatoria de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de enero de 2007, que recogíamos en el número 22 de la Revista de Derecho Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal que sanciona “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Por lo tanto, se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública.

Debemos recordar aquí lo que se decía en la STS núm. 331/2003, de 5 de marzo, recogido luego en la STS núm. 1658/2003, de 4 de diciembre. Como se decía en la STS núm. 1015/2002, de 31 de mayo, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dis-

puesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de

apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23 de mayo de 1998; 4 de diciembre de 1998; STS núm. 766/1999, de 18 de mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución —por no tener su autor competencia legal para dictarla— o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero.

2. Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cá-

nonas interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS núm. 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que “La jurisprudencia de la Sala II, por todas SSTS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos (‘palmaria’, ‘patente’, ‘evidente’, ‘esperpéntica’, etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales)”.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio

contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

to, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Sentencia 794/2007, Sala de lo Penal del TS, de 26 de septiembre de 2007

ATENTADO

Arts. 550 y 551 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Se absuelve del delito de atentado a quien cierra bruscamente la puerta de su domicilio, pese a haber interpuesto uno de los agentes su pie para impedirlo. Se entiende que la conducta del agente supone una extralimitación que no permite hablar de actuación legítima con lo que decae la posibilidad de un delito de atentado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La sentencia de instancia condena al acusado como autor de un delito de atentado de los arts. 550 y 551 del CP. Considera probado que el acusado, al ver en el descansillo de su vivienda a dos agentes, intentó cerrar la puerta de golpe, reaccionando el policía autonómico núm. (...) introduciendo su pie en el quicio, con el fin de impedir la acción del acusado. Inmediatamente se inició un forcejeo en el transcurso del cual, Luis Andrés propinó una patada al agente, alcanzándole en la zona del muslo izquierdo y, a continuación, un puñetazo en el pecho. Ante ello, ambos funcionarios se abalanzaron sobre el acusado y le redujeron. La agresión del acusado no evidenció lesiones en el policía, en

la medida en que éste renunció a ser reconocido por el médico forense.

El Tribunal *a quo* dedica buena parte de su FJ 2.º a analizar la legalidad de la conducta de los policías intervinientes. Ante la alegación de la defensa acerca de su posible extralimitación, la Sala reconoce que los hechos que motivaban la presencia de ambos agentes en el umbral del domicilio del acusado no pueden ser calificados como delito flagrante, no concurriendo ninguno de los demás supuestos en los que el art. 553 de la LECrim. autoriza la entrada en el domicilio de propia autoridad. Admite también que “... la colocación de un pie más allá del umbral significa traspasar el ámbito físico objeto de protección”, conforme a los criterios jurisprudenciales a la hora de definir el es-

pacio que define el ámbito de protección penal de la intimidad. Sin embargo, la Sala de instancia estima que "... en el caso analizado el acto se limita a evitar con el pie el cierre sorpresivo de una puerta, producido sin que los agentes hayan llegado a tener ocasión de preguntar por el paradero de la persona perseguida, que tenía allí su domicilio, y sin que se desprenda ningún propósito específico de entrar en la vivienda y, por tanto, de vulnerar el derecho a la intimidad y privacidad de los moradores". Añade la resolución recurrida: "... esta intromisión mínima sólo puede ser calificada de leve a los efectos que nos ocupan. Si tras la agresión los funcionarios llegaron a entrar en el vestíbulo fue para reducir y detener al ahora acusado y esta acción, ceñida al espacio mínimo necesario para exigir esta detención, sí se ve amparada por los arts. 553 de la LECrim. y 18.2 de la CE".

Tal razonamiento no puede ser compartido por esta Sala.

En el hecho probado se describen con la suficiente precisión los datos indispensables para negar la concurrencia del delito de atentado. Y su examen, desde luego, autoriza la conclusión de que la conducta de los agentes de la policía autonómica vasca, se apartó de los presupuestos constitucionales que legitiman cualquier acto de injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales del ciudadano. Este distanciamiento tuvo, frente a la línea argumental de la Sala de instancia, la entidad necesaria para despojar a ambos funcionarios de la protección penal que se dispensa en aquellos casos en que su actuación se ajusta a las reglas y principios que delimitan el ejercicio de sus funciones.

El bien jurídico protegido mediante el delito de atentado en modo alguno puede concebirse en términos absolutos, de suerte que siempre y en todo caso, su aplicación resulte obligada frente a cualquier reacción elusiva del ciudadano que ve violentado su espacio de intimidad. No es el principio de autoridad, sin más, el que reivindica la tutela penal. Se trata, por el contrario, del prin-

cipio de autoridad ejercido por el funcionario público con respeto y aceptación de todos y cada uno de los límites que nuestro sistema constitucional impone para hacer legítimo aquél.

Tampoco es absoluto el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Así se desprende del precepto constitucional que proclama su vigencia (art. 18.2 CE) y del art. 553 de la LECrim., en el que el legislador fija las excepciones en las que los agentes de policía pueden, por propia autoridad, proceder a la detención de quien pretende eludir la acción de la justicia refugiándose en su domicilio: a) aquellas personas contra las que se hubiere dictado mandamiento de prisión; b) quienes sean sorprendidos en caso de flagrante delito; c) el delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad; d) en casos de excepcional y urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables integrados en banda armada u organización terrorista, siempre con los límites que el mismo precepto establece.

En el presente caso, ninguno de esos presupuestos puede ser invocado para justificar la acción de los agentes. No existió delito flagrante. De hecho, la presencia de los agentes núm. (...) se explicaba porque con anterioridad habían recibido el aviso de unos compañeros que les comunicaron haber presenciado una supuesta transacción de estupefacientes y que el posible vendedor había huido hacia la CALLE000. Es más, cuando los agentes se personan en el descansillo de la vivienda, no cuentan con dato de identificación alguno que permita concluir que la persona que en ese momento atendió la llamada y luego reaccionó intentando cerrar la puerta, era la misma que con anterioridad había realizado la transacción clandestina de droga. De ahí que los agentes no contaran con elemento de juicio que les permitiera ver en el cierre de la puerta por parte de Luis Andrés algo más que la reacción de cualquier ciudadano ante lo que considera una intromisión injustificada de los poderes públicos en su espacio de privacidad.

La sentencia de instancia, aun reconociendo el acto de intromisión, descarta el efecto neutralizante que tal acto produce en el ejercicio del principio de autoridad, con el argumento de que no existía propósito específico de entrar en la vivienda y, por tanto, de vulnerar el derecho a la intimidad de los moradores. Sin embargo, tal idea no es aceptable. En el momento en que los agentes traspasan el espacio físico que delimita el ejercicio del derecho a la inviolabilidad domiciliaria —y así lo hicieron cuando se abalanzaron contra el morador y procedieron a su reducción por la fuerza—, incurrieron en vías de hecho no merecedoras de la protección penal, sin que tal conclusión pueda quedar condicionada por el examen *a posteriori* de cuál era la verdadera intención de los agentes.

Tampoco puede esta Sala avalar la línea discursiva del Tribunal de instancia cuando argumenta que “... esta intromisión mínima sólo puede ser calificada de leve a los efectos que nos ocupan”. Con carácter general, la vigencia de los derechos fundamentales no puede quedar subordinada, de forma exclusiva, a parámetros valorativos de naturaleza cuantitativa, aceptando la supuesta normalidad de los posibles excesos de carácter leve en que puedan incurrir los agentes. No faltarán casos en los que la escasa significación lesiva del exceso del agente, en modo alguno pueda justificar una reacción desproporcionada por parte del sujeto activo. Lo contrario supondría legitimar, frente el exceso policial, la incontrolada reacción del ciudadano. Se impone, pues, un examen pormenorizado de las circunstancias que concurren en cada caso. Sea como fuere, con carácter general, es contrario al significado constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hacer depender su vigencia de una valoración *ex post* del acto de injerencia, de suerte que, calificado éste co-

mo leve, la protección constitucional haya de quedar desplazada.

La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse de forma reiterada acerca del delito de atentado y los efectos que sobre su antijuricidad produce la extralimitación de los agentes. Hemos declarado, al abordar el problema de los abusos cometidos por aquéllos, que cuando los sujetos pasivos del atentado se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido, pierden la cualidad que fundamenta la especial protección de la ley, sin que la pérdida de esa tutela legal se produzca cuando se trata de extralimitaciones leves (cfr. STS 169/1993, de 3 de febrero, con cita de las SSTS de 23 enero de 1987 y 21 de junio de 1989). En definitiva, cuando la autoridad, agente o funcionario público se excede en sus funciones de modo que es tal exceso el que provoca la reacción violenta del sujeto activo del hecho (...) ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos (STS 191/1995, de 14 de febrero), en cuanto tal protección sólo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal conforme a derecho (STS de 30 de mayo de 1991), de modo que la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular (STS 1042/1994, de 20 de mayo).

En el presente caso, pues, habiendo accedido los agentes al domicilio del acusado con el fin de proceder a su detención, no puede ser calificada tal actuación como leve, en la medida en que vulneró de forma directa el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin que la reacción de Luis Andrés, que no llegó a causar lesiones a la fuerza actuante, pueda estimarse desproporcionada.

Sentencia 775/2007, Sala de lo Penal del TS, de 28 de septiembre de 2007

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. REINCIDENCIA

Arts. 22.8.^a y 468 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Se es reincidente del delito de quebrantamiento de condena por el hecho de volver a quebrantarla, con independencia de la índole de las penas impuestas en las condenas quebrantadas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

E) Y, finalmente, con el motivo Segundo se discute la aplicación de la agravante de reincidencia (art. 22.8.^a CP) al delito de Quebrantamiento de condena, por tratarse ésta de la recaída con motivo de una previa falta de amenazas en el ámbito de la violencia intrafamiliar, mientras que las condenas quebrantadas previamente, y que dieron lugar al antecedente generador de la reincidencia, se referían a penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor.

Inicialmente, al margen de la correcta descripción de los requisitos para la aplicación de la agravada que se contiene en el relato de hechos probados, parecería, en efecto, carente de toda relación el antecedente utilizado para configurar la reincidencia con los hechos delictivos sobre los que ahora pretende proyectarse la agravante, por la diferente naturaleza entre unas condenas a la privación del permiso de conducir y la de la pena de alejamiento de la víctima.

Pero si analizamos detenidamente el precepto regulador de la reincidencia, advertimos cómo la “misma naturaleza” a la que se refiere el artículo 22.8.^a del Código Penal y

que tan amplio desarrollo ha tenido en la doctrina de esta Sala (STS de 22 de mayo de 2000, entre muchas), no es la que vincula, en el caso del delito de quebrantamiento de condena del 468.2, a las penas objeto de incumplimiento o a las infracciones que dieron origen a aquéllas sino al hecho mismo del incumplimiento de la sanción, que atenta al bien jurídico del respeto que merece todo pronunciamiento judicial firme y que viene descrito en un único precepto (art. 468.2 CP), cualquiera que fuere la pena incumplida.

Por ello, en uno y otro caso, lo importante es que se quebrantó en su día el cumplimiento de una pena, cualquiera que fuere ésta, y ahora, de nuevo, se vuelve a incumplir otra.

Por ello no es sólo que el delito antecedente y el actual sean de la misma naturaleza, sino que se trata en realidad de idénticas infracciones, previstas en el mismo precepto penal, consistentes ambas en el quebrantamiento de sendas condenas.

De prosperar la tesis del Recurso se llegaría al absurdo de que un quebrantamiento de condena nunca podría constituir antecedente para la aplicación de la reincidencia respecto de otro quebrantamiento si no fue-

ran las mismas las sanciones incumplidas e incluso, más allá, si no guardasen relación las infracciones sucesivamente sancionadas y cuya sanción se incumplió.

Exigencias que, en modo alguno, figuran en la norma referida.

En resumidas cuentas, quien quebrante una pena impuesta, cuando ya incurrió en

otro quebrantamiento anterior y con ello se hizo acreedor de la condena precedente, es reincidente, cualquiera que fuere la naturaleza de las penas quebrantadas, ya que ambos delitos, integrados por el hecho mismo del quebrantamiento, son idénticos en su tipicidad, mecánica comisiva y bien jurídico conculcado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 22/2007, AP HUELVA, Sec. 2.ª, de 5 de marzo de 2007

INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. NULIDAD DE ACTUACIONES

Arts. 17.3 CE; 118, 520 y 569 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Martín Mazuelos

SÍNTESIS

Puede considerarse hoy en día como legal y jurisprudencialmente fijada la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas al servicio de la investigación de los delitos. La cuestión más problemática es la de la concurrencia de los presupuestos que habilitan al juez para acordar su autorización. Así sucede en el presente supuesto en el que la discrepancia de uno de los componentes del Tribunal se exterioriza por la emisión de su voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Opuso la defensa nulidad de la intervención telefónica y, como primer motivo, expuso la falta de notificación al Ministerio Fiscal. Es verdad que algunas sentencias del Tribunal Constitucional mencionan esta falta de notificación como atentatoria al derecho fundamental, pero por no encuadrarse la medida en un verdadero proceso judicial sino en diligencias indetermina-

das, argumentando la imposibilidad de control “que es, lo relevante a estos efectos” (STC 165/2005, de 20 de junio), que se impidió un eventual (sic) control inicial de la medida por parte del Ministerio Fiscal” (STC 259/2005, de 24 de octubre), aunque después se unieran a las diligencias previas o, en el caso de la STC 205/2002, por no haberse siquiera unido a las previas las diligencias indeterminadas, manteniendo un permanente e inaceptable secreto (*ibidem* y STC 49/1999,

de 5 de abril). Los supuestos de hecho de todas esas resoluciones eran, pues, la adopción de la medida en diligencias indeterminadas, la falta de comunicación al Ministerio Fiscal y, principalmente, se estimaba en todas ellas la vulneración del derecho por carecer los autos de la debida motivación.

No son supuestos equiparables al presente, en que el teléfono núm. 003 (la documentación telefónica aportada por la defensa a nombre de otra persona se refiere a otro número) se intervino tras la incoación de diligencias previas, verdadero proceso en que la primera actuación es la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, reconocida por su representante al contestar la cuestión previa. En este sentido, STS 2026/2001, de 28 de noviembre.

El auto está suficientemente motivado, en cuanto se mencionan expresamente en él la persona imputada, el delito objeto de la medida y los elementos de juicio para sospechar de manera fundada su comisión: contacto con otras personas conocidas por su relación con el tráfico de drogas, españolas y colombianas, entrevistas con personas de tales características en las proximidades al taller o domicilio adoptando precauciones, medidas de seguridad que obligaron a desistir de seguimientos como cambios de vehículos y, tal como se detalló en la prueba testifical, dar varias vueltas a una rotonda, parar en el arcén ... datos objetivos todos ellos obtenidos en las vigilancias policiales que posibilitaban su comprobación o ampliación por el instructor.

Por otro lado, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que ni el artículo 17.3 de la Constitución ni los 118, 520 y 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal requieren la presencia de letrado en la diligencia de entrada y registro en domicilio judicialmente autorizada, limitada tal asistencia letrada, en casos de detención, a las declaraciones que pueda evacuar el detenido y a los reconocimientos de identidad que se practiquen (STS de 29 de septiembre de 2006).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
D. ANDRÉS BODEGA DEL VAL
EN LA CAUSA DE PROCEDIMIENTO
ABREVIADO N.º 31/2006

Formulo este voto por mi desacuerdo con el resultado del juicio celebrado, pues es mi opinión que se ha vulnerado la legalidad ordinaria y la constitucional, con afectación material del derecho al secreto de las comunicaciones y al de la inviolabilidad del domicilio, quedando sin prueba la acusación por efecto de la nulidad radical del resultado de tales actos de investigación.

En síntesis, entiendo que no existía presupuesto habilitante para autorizar la escucha telefónica de la que se extrajo la información básica con la que se inició la instrucción, los autos dictados carecen de motivación concreta, y la entrada y registro viene autorizada con resolución sin motivación específica y se practicó en ausencia del Letrado del detenido.

Yendo más allá del alegato de la defensa, cuyo contenido limitado a señalar las carencias de la petición policial para intervenir la comunicación telefónica hago mío, y sin perjuicio de confirmar su criterio sobre la importancia de notificar al Ministerio Fiscal la iniciación de las diligencias y la decisión que se adopta sobre la autorización para comenzar las escuchas (visto que esta clase de diligencias imponen, por su propia naturaleza, el secreto de lo actuado y la suspensión temporal de lo señalado en el artículo 118 de la LECrim.) entiendo que además el auto no debió autorizar esa inmisión en el derecho sin antes solicitar una mayor concreción de datos objetivamente comprobables (en ese mismo momento o *a posteriori* si la urgencia no permitiría hacer previas averiguaciones), y, en todo caso, que hubo de especificar el análisis de la solicitud, para controlar que no se hacía uso de ella de modo precipitado o sin suficientes indicios de existir el delito y de ser única herramienta de averiguación de sus elementos básicos.

Se aprecia que esa petición inicial cita personas que toman contacto con el sospe-

choso y que ya son conocidas por la fuerza actuante, pero no se indican sus datos de identidad, datos que no han sido después conocidos ni siquiera en el juicio. Tampoco se indica qué agentes fueron los que realizaron las vigilancias de cuyo contenido partiría la sospecha, ni se reseñan datos de los eventuales adquirentes de la sustancia prohibida. No se ofrecen detalles mínimos sobre el tiempo, lugar u otras circunstancias de esas previas vigilancias que pudieran servir para reforzar su verosimilitud y permitir un adecuado control posterior. El único dato constatable es que dispone el investigado de tres vehículos, cuando se añade que es dueño de un taller de coches y puede tener, en consecuencia (aunque no se ofrezca más información sobre sus medios económicos o ingresos) cierta relación con ese mercado y una posible capacidad económica que daría base a su tenencia. Los razonamientos que se exponen en la decisión que accede a la intervención son genéricos, fácilmente trasladables a un supuesto similar de tráfico de estupefacientes, y su posible validez por remisión a la solicitud inicial no puede aceptarse por las carencias ya dichas de ésta. Debíó el instructor exigir de la fuerza actuante mayores datos y precisiones, o verificar averiguaciones complementarias, antes de autorizar una tan grave medida, que además no era urgente como en ocasiones lo es la entrada y registro domiciliario.

Lo propio ha de decirse a la entrada y registro, cuya autorización no es específica para el caso contemplado; y consta en el acta que, a pesar de hallarse detenido el imputado, se practicó un registro cuya ejecución no se revela como urgente por eventual desaparición de aquello que se pretendía hallar (al no convivir otras personas con el investigado) no se verificó con presencia del Letrado del detenido, haciéndose constar en acta que firma éste como testigo.

Siendo todo lo averiguado y hallado en la intervención y los registros, inválido como prueba, afectado de la nulidad de las diligencias antecedentes, no hay más prueba que la endeble testifical en juicio, siendo así que el Ministerio Fiscal renunció a todos los testigos excepto uno que nada aclaró ni especificó sobre esos concretos datos que reclamo como necesarios para justificar la autorización dada (al contestar a las preguntas de la defensa sobre los detalles de las entregas sospechosas o los intercambios que presenció, no ofreció ningún dato que pudiera reforzar su verosimilitud). La declaración del acusado y al del testigo que le habría comprado una dosis de sustancia, visto su resultado, es insuficiente para dar soporte a la condena.

Por ello, aceptando plenamente el alegato de la defensa, entiendo que lo procedente es la absolución del acusado.

Sentencia 7/2007, AP HUELVA, Sec. 1.ª, de 6 de marzo de 2007

ALMACENAMIENTO DE DROGA EN LA CASA DE LOS PADRES CON QUIENES SE CONVIVE

Art. 301 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Santiago García García**

SÍNTESIS

Se hace eco la presente sentencia de la doctrina jurisprudencial acerca de la tenencia de droga en el domicilio, con la que trafican parientes o

allegados que conviven en la misma residencia, y la posibilidad de realizar una imputación penal por receptación, en el entendimiento de beneficiarse ilícitamente de la ajena actividad de narcotráfico. Como se observará, las líneas fronterizas entre las diferentes figuras residen en la concurrencia o no del elemento subjetivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero. Receptación o blanqueo de capitales.—Partiendo de esta doctrina, no podemos entender que en el presente caso resulte acreditado el conocimiento que tuvieron los acusados María Inés, David y Paloma acerca de la actividad de venta de estupefacientes que pudieran estar realizando los demás procesados. Una vez que la Acusación Pública descarta la prueba de su participación. Tratando de considerarlos en trámite de calificación definitiva autores de un delito de receptación o blanqueo de capitales, del art. 301 del CP, por la ayuda que puedan prestar al efecto para aprovechamiento de las ganancias conseguidas por aquéllos y el favorecimiento para sí que obtienen de la actividad de venta de estupefacientes que realizan sus familiares más allegados y con los que conviven.

Veremos que la prueba indica que es cierto dicho aprovechamiento propio, pero sin traspasar los límites de la figura de la participación a título lucrativo, o receptación civil, del art. 122 del CP, que sólo da lugar a responsabilidades de esta clase, mediante devolución de los bienes así obtenidos. Porque la frontera con la receptación relevante a efectos penales se encuentra en el conocimiento que se tenga del delito base, para contribuir a su aprovechamiento.

Sabido es que la jurisprudencia viene exigiendo prueba taxativa de la participación de los parientes convivientes en la actividad de tráfico que se venga desarrollando en el domicilio común. Que ni la convivencia ni el parentesco son circunstancias para recibir por contagio la condición de partici-

pes de la actividad de tráfico, por más que pudieran conocerla.

No basta con saberlo, hace falta algo más para tenerlos por partícipes, pues el conocimiento de un delito da lugar a la obligación de denunciarlo o el deber de impedirlo, pero nunca a la coparticipación. Que tendría que ser por omisión, lo que por cierto tampoco se plantea. Por todas, la STS de 14 de abril de 2003 (Ponente Sr. Martín Pallín) nos recuerda que:

“... Ante la innumerable avalancha de casos semejantes al que ahora nos ocupa, esta Sala ha tenido la oportunidad de repetir hasta la saciedad, que el delito de tráfico de drogas, que lesiona incuestionablemente la salud pública, exige para su concurrencia la coincidencia de dos elementos, uno objetivo, la posesión directa o por intermediario y el propósito inequívoco de índole subjetivo de destinarla al tráfico. Parece razonable pensar que, la cantidad ocupada (800 gramos más otros 50 gramos), estaba destinada al tráfico por sus verdaderos poseedores, pero nada se dice, ni en los hechos ni en los fundamentos de derecho, sobre la intención de la acusada de guardar la droga con la finalidad de dedicarla al tráfico. No se puede extender de manera mecánica sin mayores precisiones y datos incriminatorios a una persona, que es esposa y hermana de los investigados, la responsabilidad por admitir en su domicilio, para mantener la convivencia, que su marido escondiese una determinada cantidad de droga. Ya hemos dicho en multitud de ocasiones que el hecho de la convivencia en el mismo domicilio, no autoriza a considerar a todos sus habitantes como inmersos en un delito

por el mero hecho de no denunciar a sus familiares más próximos...”

Pues bien, una vez que la doctrina anterior obliga a degradar la participación de parientes allegados y reducirla al simple aprovechamiento de los efectos del delito mediante receptación o blanqueo de capitales, la jurisprudencia más reciente, representada por SSTS como las de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 (Ponentes Sres. García Pérez y Giménez García, una absolutoria y la otra condenatoria) sitúa la clave en el grado de conocimiento del delito precedente y en la actividad de favorecimiento de las ganancias ilícitas, ya sea para sí o para ayudar a los autores en su aprovechamiento mediante lo que se viene denominando blanqueo de capitales”.

Es indudable que la valoración de la prueba es indiciaria, no por ello insuficiente. Nos dice la segunda de las sentencias referidas:

“... sin complejos recuerda la STS 1065/2005, de 29 de julio, que la creación de espacios de impunidad ‘... sería particularmente grave en relación a la más grave de las delincuencias: la delincuencia organizada que adopta modos y maneras empresariales que se vertebran alrededor del principio de eliminación de toda prueba directa...’ y ya más concretamente en relación a las redes de narcotráfico y blanqueo de capitales las SSTS 866/2005, de 20 de junio, y 1505/2005, de 23 de febrero, se pronuncian inequívocamente en relación a la especial idoneidad de la prueba indiciaria para investigar este tipo de delincuencia.”

En concreto, la STS 1505/2005 citada se pronuncia en los siguientes términos:

“... Está unánimemente admitido por la Comunidad Internacional y por la cultura más garantista, que la utilización de métodos inductivos sobre bases indiciarias, está absolutamente justificada, si se quiere conseguir los efectos previstos por el legislador.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los instrumentos internacionales de cooperación en materia de blan-

queo de capitales, constituyen la política vertebral de la Unión Europea y de la cooperación con terceros países.

Uno de los factores esenciales que constituyen la base de la demostración de esta clase de operaciones, es el de la ocultación de los bienes o de la imposibilidad de explicar su origen....”.

Son traídos a juicio parientes que conviven con los principalmente investigados, y de los que tras la prueba practicada sólo podría cuestionarse el conocimiento que pudieran tener del delito y colaboración en el aprovechamiento de las ganancias obtenidas del mismo. No su participación en el tráfico de drogas, insistimos.

Pues bien, los hechos por los que se les acusa de blanqueo de capitales carecen de virtualidad suficiente para ello. Se dice de Inés, su hijo Ángel Daniel y Paloma que ven atendidas sus necesidades básicas con los ingresos obtenidos de la venta de drogas, y son titulares de vehículos de valores medios o reducidos, así como poseen joyas que no exceden de lo habitual, y cuentas bancarias de mínima cuantía, porque la que se encuentra a nombre del hijo menor de Ángel Daniel y Paloma es dudoso que pueda traerse a colación ante la evidencia de venir siendo utilizada por su abuelo Alfredo y no ellos.

En un caso parecido señala la referida STS de 30 de noviembre de 2006, para absolver por este delito:

“... esta Sala señala que no es necesario el conocimiento ‘actual e inmediato’ del origen de los bienes, basta el dolo eventual, es suficiente el conocimiento del ámbito de que aquéllos procedían y haberle al acusado sido indiferente aquel origen; véase la sentencia de 27 de mayo de 2005.

Pues bien, Luz no aparece encuadrable en situación, cargo o profesión especialmente significativa para la función de blanqueo, sino que la actividad de aquélla consta llevada a cabo en un ámbito de relaciones paterno-filiales, con el relevante dato de la extrema juventud (nació en 1981) de la hija. Y, desde la perspectiva de las pautas deriva-

das de la experiencia general, bien puede entenderse que, al menos en casos de semejantes dimensiones a las del presente, el disimulo de las reales titularidades responde a motivaciones que, si bien son irregulares, no pertenecen al origen delictivo de la riqueza.

En consecuencia, no puede darse por probado, más allá de toda duda razonable, que quepa hacer residir en la conducta de la acusada los componentes subjetivos del tipo delictivo previsto en el art. 301.1 CP. Y los motivos por Luz deducidos han de ser estimados, y debe darse lugar a su recurso, para dictar otra sentencia en que se acuerde la absolución...”

Más relevante parece la colaboración que al blanqueo de capitales puedan realizar otros, tales como los titulares de inmuebles adquiridos en Gibraltor, y que no son ninguno de los acusados, a excepción de la titularidad que pueda ostentar Inés, en cualquier caso con presunción de ganancialidad con Alfredo, su marido.

A esto se une la incógnita sobre el grado de conocimiento que puedan tener de la actividad de venta de estupefacientes. Que se desarrolla fundamentalmente en otro domicilio alejado.

Por tanto, ni el conocimiento que pudieran tener ni las elucubraciones sobre su participación en actos de aprovechamiento punible han quedado determinados.

En definitiva, las dudas sobre la punibilidad del aprovechamiento consistente en obtener los beneficios propios de la actividad delictiva por su convivencia familiar no da lugar más que a tener por probada una recepción civil, propia de la participación a título lucrativo que prevé el art. 122 del CP, y que supone la devolución de los bienes recibidos de esta procedencia. Porque es claro que no pueden tener otro origen, una vez demostrados los precarios beneficios obtenidos de la única actividad profesional conocida de Alfredo, el negocio de chatarrería.

Sentencia 149/2007, AP GRANADA, Sec. 1.^a, de 7 de marzo de 2007

PRESENTACIÓN EN JUICIO DE DOCUMENTO FALSO: ¿DELITO DE FALSEDAD O DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

Arts. 390.1 y 3, 393 y 461 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Rodríguez Valverde**

SÍNTESIS

A pesar de ser un extremo no discutido por el acusado, el Tribunal estima que no se ha producido un delito de falsedad sino un delito contra la Administración de Justicia, pues estima que la primera de las figuras no puede aplicarse cuando quien presenta en juicio el documento es quien lo ha falsificado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Aun cuando el apelante se aquieta y solicita que también sea condenado como autor de un delito de presentación en juicio de documentos falsos, tipificado en el artículo 393 del Código Penal, sin embargo este Tribunal no comparte este criterio y dado que el recurso de apelación facultada para examinar todas las cuestiones que puedan plantearse, aun de oficio, se ha de plantear si es correcta o no tal calificación jurídica; el artículo 393 sanciona a “el que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes”, de lo que se des-

prende claramente que dicha persona ha de ser un tercero, no el autor de la falsificación, mientras que el artículo 461.2 del indicado Texto Legal castiga “al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior”, nos encontramos por tanto ante un concurso de normas entendiendo, por ser más concreto y específico, este último precepto, por lo que y entendiendo que es más grave este delito, que el de falsedad en documento privado se impondrá sólo la pena correspondiente a él en su mitad superior.

Auto 24/2007, AP HUELVA, Sec. 1.ª, de 9 de marzo de 2007

SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: CONCESIÓN DESPUÉS DE LA REVOCACIÓN DE OTROS BENEFICIOS

Art. 88 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Bellido Soria**

SÍNTESIS

Con anterioridad se había suspendido la ejecución de la pena privativa de libertad, beneficio que fue revocado por incumplimiento de las condiciones impuestas, lo que motiva el recurso del Fiscal, oponiéndose a que el penado vea sustituida la pena. La Audiencia no valora así el caso y concede un nuevo beneficio al penado por los argumentos que reproducimos.

EXTRACTOS DEL AUTO

HECHOS

Segundo.—Por escrito fechado el 2 de diciembre de 2006, se recurre en reforma y

subsidiaria apelación el auto de fecha 27 de noviembre de 2006, que sustituía la pena por trabajos en beneficio de la comunidad, dictado por el Juzgado de lo Penal n.º 1, por

cuanto que al haberse suspendido las condenas privativas de libertad y haberse revocado el beneficio por incumplimiento de las condiciones impuestas, demuestra el penado que no puede ser acreedor a ningún otro, que ha tenido un comportamiento antisocial a la vista de lo que consta en el ejecutoria, por lo que no deben otorgársele, más beneficios, a fin de que experimente una situación de aflicción para el futuro sirviéndole de advertencia y el hecho de que esté siguiendo un tratamiento no será obstáculo para su ingreso en prisión puesto que allí podrá seguirlo de la misma manera.

(...)

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—El artículo 88 del Código Penal establece en los dos primeros párrafos de su número 1, por lo que aquí nos interesa que: 1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría

de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

Por su parte el art. 94 del mismo Código regula que a los efectos prevenidos en las sección 2.^a, de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al art. 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

Segundo.—Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa y teniendo en cuenta los motivos de recurso arriba expuestos, es preciso que partamos con independencia de la revocación del beneficio de la ejecución de la pena, en este caso por haber delinuido, nuevamente el acusado dentro de los dos años que se le impusieron como plazo para la suspensión, que solamente tiene las dos condenas que antes han sido expuestas, que la responsabilidad civil no está pendiente por renuncia de la perjudicada y también que la esposa está de acuerdo con la sustitución de la pena, así como con que se reanude la convivencia familiar a la vista de la evolución del penado con el tratamiento que sigue, además hay que tener presente que en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal n.º 2, a pesar de la revocación del beneficio de la suspensión se le ha concedido la sustitución referida, resolución que ganó firmeza, estando condicionada la sustitución además al sometimiento a tratamiento deshabitador a alcohol y drogas de abuso, a terapia socio familiar, conforme se aconsejó por el Equipo de Tratamiento Familiar de la zona costera dependiente de la Diputación Provincial, a la vista de la buena evolución del penado con el tratamiento, lo que confirmaba su es-

posa mediante comparecencia, con la que convivía además de con sus hijos.

En este caso se ha acordado idéntica sustitución, con base en nuevo informe del Equipo Técnico citado, que entendemos que haya sido tomado en consideración por la juzgadora de lo penal, puesto que el condenado está siguiendo el tratamiento no sólo de deshabitación, sino también de terapia familiar, que está dando resultados en cuanto a la relación personal de los cónyuges y del penado con los hijos, terapia que necesita de apoyo, si es posible, de los familiares más cercanos, lo que no podrá tener con su ingreso en prisión, que por el contrario podría producir regresión en su tratamiento y por ende en su resocialización que es a lo que debe tender la ejecución de la pena, así mismo ha de tenerse presente, como se dijo,

que no existe pendiente de pago responsabilidad civil y que la esposa está conforme con la medida e incluso solicitó el poder convivir con el penado, todo ello, sin perjuicio de que si no cumple con las condiciones impuestas cumpla la pena privativa de libertad. Contribuye también al mantenimiento de la sustitución acordada el hecho de estar en la misma situación en la otra ejecutoria que se ha citado, con lo que el tratamiento será unitario para las dos ejecutorias y teniendo también en cuenta que el mismo está dando resultados positivos para el penado y su entorno familiar más inmediato, sin que se acredite que en estos momentos el ingreso en prisión sea lo más adecuado para el condenado a la vista de lo expuesto y del contenido de los informes técnicos, que aconsejan la sustitución acordada.

Sentencia 379/2007, AP BARCELONA, Sec. 20.ª, de 12 de marzo de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA: DURACIÓN DE UNA RELACIÓN PARA ESTIMARLA ANÁLOGA A LA CONYUGAL

Arts. 147.1 y 148.4.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Concepción Sotorra Campodarve**

SÍNTESIS

Alega el recurrente que no se trata de un supuesto de violencia doméstica, toda vez que la relación entre ambos había durado nueve meses escasos. Por ello, aborda la sentencia la importante cuestión del lapso de tiempo que cabe exigir a una relación para calificar su naturaleza. Para la Audiencia, del espíritu de la ley se desprende que no es decisivo el dato temporal, sino la naturaleza y propósito de la relación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Y es que el apelante considera indebidamente aplicado tanto el artículo

148.4 (que por error denomina 148.2) como el 147.1 del Código Penal que han servido de base al pronunciamiento condenatorio de la sentencia apelada.

En relación con el primero, que impone una agravación de la pena para los supuestos en que la víctima "... fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia" se limita a indicar que no se trata de un supuesto de violencia doméstica, que la relación entre ambos había durado unos nueve meses escasos, y que la Srta. Almudena tenía graves problemas de adicción cuanto menos al consumo de bebidas alcohólicas (sic).

Pues bien, comenzando por la última de estas alegaciones, no cabe sino recordar a la recurrente que los eventuales problemas derivados del abuso de alcohol, o bien de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes que pueda presentar la víctima en nada afectan a los elementos definidores de la infracción penal por la que ha recaído condena, sin que el Tribunal ose pensar, por el genuino carácter discriminatorio que supondría, que la parte apelante considere que las personas afectadas por los referidos problemas no puedan tener una relación sentimental. Por estas consideraciones, la referida alegación se tendrá por no hecha.

Procede por ello abordar la previa, que atiende al espacio temporal de la relación para calificar su naturaleza. Al respecto, conviene recordar el propio acusado admite que tuvo una relación con la víctima, hecho confirmado por Almudena (quien describe una convivencia común de unos ocho meses), sin que en momento alguno a lo largo del procedimiento se haya cuestionado la existencia de esa relación sentimental. Su propia realidad, sobradamente demostrada, como se argumentaba con anterioridad, acompañada además en el presente caso de convivencia común, basta por sí sola para satisfacer las exigencias de la agravación, lo que liga directamente con la primera de las alegaciones vertidas por la apelante sobre el extremo analizado, que niega la naturaleza de violencia doméstica al episodio enjuiciado.

Al respecto, esta Sala, especializada en la materia, ha tenido numerosas ocasiones de

pronunciarse, adoptando una postura unidireccional que parte de la dicción legal, referida al matrimonio o situación de similar significación, aun sin convivencia. De la misma deriva que queden incluidos en su ámbito de cobertura, además de los cónyuges que hayan adquirido tal condición por cualquiera de las formas de matrimonio admitidas en Derecho, las parejas de hecho, entre las que necesariamente ha de haber mediado convivencia, así como las parejas de novios, con independencia de que hayan convivido o llegado a mantener entre ellos relaciones sexuales o no. La ampliación progresiva de esta protección legal, que obedece al insistentemente cruento resultado de las estadísticas, se evidencia necesaria, por ser abundantes los casos en que las muertes de las mujeres se han producido a manos de sus novios o ex novios, incluso tras una relación reducida en el tiempo. Ahora bien, la ley no puede preverlo todo, de modo que los requisitos de duración y contenido de la relación afectiva para merecer esa superior tutela penal, quedan de este modo en manos de los tribunales, que irán complementando el contenido de la norma a través del desarrollo de una labor interpretativa, que esta Sección Veinte de la Audiencia Provincial de Barcelona, especializada, como se avanzaba, en Violencia Doméstica, ha ido delimitando. Para ello, partimos de que esa relación de afectividad análoga al matrimonio, para asentar una base adecuadamente delimitada de ese objeto de protección penal, ha de sustentarse en la existencia de un proyecto común de vida. De este modo, más que el tiempo durante el que la referida relación se haya desarrollado, que puede ser escaso, debe otorgarse primacía a la esencia misma de esa relación, es decir, al objetivo que, durante su vigencia, presidía la voluntad recíproca de unión entre los dos miembros de la pareja, pues sólo atendiendo a tal extremo podrá deslindarse la existencia de una relación afectiva análoga a la marital.

Y, partiendo de esta concepción, que parece presidir el espíritu de la ley, al ser su

propio articulado el que realiza la equiparación de la relación afectiva tutelable por esta vía cuando sea análoga a la matrimonial, deberán quedar fuera de su ámbito de cobertura las relaciones de simple contenido sexual, por más que se desarrollen a lo largo de un prolongado espacio de tiempo, y con una cierta frecuencia entre las mismas per-

sonas. Por el contrario, quedarán asimiladas a esa condición las relaciones de noviazgo aunque se hayan caracterizado por su brevedad, pues este tipo de relaciones humanas, como cualesquiera otras, se inician en un momento determinado, y sólo acrecen en su extensión por efecto del propio paso del tiempo.

Auto 32/2007, AP ZAMORA, Sec. 1.^a, de 13 de marzo de 2007

ACLARACIÓN DEL AUTO DE INCOACIÓN DE SUMARIO. NULIDAD DE ACTUACIONES

Arts. 299, 757 y 760 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Manuel Encinas Bernardo**

SÍNTESIS

El Juzgado de Instrucción dictó un auto de aclaración del auto de incoación de sumario. Los recurrentes solicitan la nulidad de aquél al entender que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento y causado indefensión, ya que en el auto por el que se acordaba incoar sumario únicamente aparecía una imputada y ulteriormente se amplió a los demás procesados.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los recurrentes insisten en esta alzada que procede decretar la nulidad del de aclaración y por lo tanto de los de procesamiento, declaraciones indagatorias, toda vez que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento, causando indefensión, todo ello sobre la base de que en el Auto acordando la continuación del procedimiento por las normas del sumario, únicamente aparecía como imputada Margarita, siendo así que por Auto aclaratorio se amplió los imputados a los demás procesados y entre ellos a los ahora recurrentes.

Para resolver la polémica creada entre alguno de los procesados, debemos partir del artículo 760 de la LECrim., que dispone que “Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del art. 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales”. El caso examinado, a petición del fiscal, lo único que ha efectuado el Instruc-

tor es dictar un Auto decretando la continuación por las normas del procedimiento ordinario, acordando la incoación de sumario, sin que en modo alguno dicho auto deba contener una relación detallada del hecho delictivo y de las personas intervinientes, pues no existe precepto legal que así lo establezca y no debe confundirse el auto de incoación de sumario con el contenido del sumario, que como establece el art. 299 de la LECrim. es el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos, lo que efectivamente luego se plasma en los autos de procesamiento y, posteriormente, cuando concluye y se eleva a la Audiencia en los respectivos escritos de calificación, por lo tanto el que no aparezcan en el auto de incoación del sumario los nombres de los procesados, ninguna conculcación de normas o garantías se ha producido, máxime cuando resulta a lo largo de la instrucción, su intervención como imputados (*vid.* declaraciones) y han tenido la oportunidad de interponer los numerosos y reiterados recursos a lo largo de las diligencias previas, por lo tanto, ni siquiera hubiera hecho falta llevar a cabo ninguna aclaración del auto acordando la incoación/transformación/continuación por

las normas del sumario, por su carácter eminentemente formal y de impulso procesal, bastando, como lo hace de manera sucinta, pero razonada, el fundamento jurídico en el que apoya la decisión de acordar la incoación de sumario, éste no es otro que la existencia de un presunto delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art. 368 del CP) perteneciendo a una organización (369.2) y siendo la droga de notoria importancia (369.6), lo que podría conducir a una pena privativa de libertad de duración superior a los nueve años. Finalmente debe recordarse que notificado el auto de transformación en sumario en el mes de septiembre y dictados autos de procesamiento el 17 de octubre de 2006, recibidas las indagatorias en octubre, ningún recurso se interpone contra el susodicho auto de transformación, siendo así que se aprovecha el auto aclaratorio de 21 de octubre de 2006, para a partir de su notificación y en el mes de noviembre se viene a interponer la reforma y solicitar la nulidad, esto es, después de notificarles el auto de procesamiento y recibirles indagatoria, sin que nada dijera del auto de transformación a sumario, indicio, una vez más, de que ninguna vulneración a sus derechos implicaba el contenido del auto de 21 de agosto de 2006. Por todo ello procede desestimar los recursos interpuestos, haciendo nuestros los fundamentos de los autos recurridos e informe del Ministerio Fiscal.

Sentencia 266/2007, AP BARCELONA, Sec. 6.^a, de 19 de marzo de 2007

RELACIÓN ENTRE DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y LESIONES. DELITOS DE PELIGRO

Arts. 8.3.^a, 152.1.1.^o y 316 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Bibiana Segura Cros**

SÍNTESIS

Cuando concurre el delito del artículo 316 del Código Penal con otro tipo que castiga el resultado efectivamente acaecido declara la sentencia

que no se da un concurso ideal de delitos sino un concurso de leyes, a resolver por el principio de absorción o consunción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Se alza el recurrente alegando vulneración del principio *ne bis in idem* pues no es de apreciar concurso ideal entre los delitos contra los trabajadores y el delito de lesiones, ya que se trata en su caso de un concurso de leyes y alega además la falta de motivación en cuanto a la determinación de las penas.

Sobre este particular es importante resaltar que cuando concurre una conducta tipificada penalmente por generar un peligro concreto para el bien jurídico protegido por la norma penal (art. 316 del CP) con otra conducta que, abarcando la progresión delictiva, castiga también el resultado en que se ha materializado el peligro, es claro que el tipo penal de resultado absorberá o consumará el de mero peligro, y estaríamos por

tanto ante un concurso de normas (art. 8.3 del CP).

El motivo debe ser estimado y por tanto procede condenar al acusado Lucas como autor de un delito de lesiones del art. 152.1.1 del CP a la pena de 24 fines de semana de arresto, pena máxima contemplada en dicho precepto en la fecha en que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta que habiendo concurso de ambos delitos no es procedente que la pena resultante al aplicar el delito de lesiones sea inferior a la prevista en el delito contra los trabajadores, imponiéndose por este motivo la pena en su grado máximo, manteniendo la obligación de indemnizar a la víctima por el acusado y la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Instalaciones de “Telefonía Telica, SL” fijada en la instancia, así como el pago de costas de la instancia.

Sentencia 221/2007, AP TENERIFE, Sec. 2.ª, de 23 de marzo de 2007

INCENDIO: INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN LEGAL “PELIGRO PARA LA VIDA”

Art. 351.1.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Franciso Javier Mulero Flores**

SÍNTESIS

La figura del delito de incendio en nuestro Código Penal tiene asignada una muy diferente penalidad según que concurra o no peligro para la vida o la integridad física para las personas. La naturaleza y el emplazamiento del inmueble al que inicialmente se aplicó el fuego hacían incuestionable la posibilidad de propagación del incendio a los habitantes de las casas colindantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de incendios previsto y penado en el art. 351.1.º del CP por cuanto que en los mismos concurren todos y cada uno de los elementos que integran el tipo penal, a saber, un elemento objetivo, consistente en la acción de aplicar fuego a una zona espacial, que comporta la creación de un “peligro” para la “vida” e integridad física de las personas, y por otro —como especifica la STS 14 de mayo de 2003, recurso 264/2002—, un elemento subjetivo, que estriba en el propósito de hacer arder dicha zona espacial, y en la conciencia del “peligro” para la “vida” y para la integridad física de las personas originado (STS 2201, de 6 de marzo de 2002. En interpretación de esta doctrina se ha entendido por el Alto Tribunal (SSTS 284/1998, de 31 de octubre, 1457/1999, de 2 de noviembre y 1208/2000, de 7 de julio), que el delito de incendio se sustenta sobre un doble bien jurídico, el patrimonio y la puesta en “peligro” de la “vida” e integridad física de las mismas, considerando que el “peligro” para la “vida” e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 del CP, no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 344 del CP) sino el potencial o abstracto.

Se dijo ya en la sentencia 1457/1999, que la consideración de delito de riesgo abstracto se ha acentuado en la medida en que en el inciso segundo del art. 351 se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del “peligro” sea menor y conforme a la doctrina expuesta en la sentencia 381/2001 de 13 de marzo, el tipo del art. 351 del CP, no exige la voluntad de causar daños personales.

La intención del agente en este delito ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, y el “peligro” resultante para las personas que debe ser conocido por el autor.

Precisamente, tras el juicio, lo único cuestionado por la Defensa, al reconocer el procesado los hechos, es la existencia de incendio con “peligro” para la “vida” o integridad física de las personas, por lo que modifica conclusiones y solicita la aplicación del art. 266 CP (La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, añadió un nuevo párrafo al precepto, para tipificar como delito de incendio los causados que no supongan la creación del riesgo prevenido en el primero de los párrafos del precepto), si bien, tal argumentación, a la vista de la prueba practicada en la vista no cabe compartir por la Sala. Y es que como nos señala la STS de 29 de noviembre de 2004, —en el supuesto examinado en que se prende fuego a una edificación adosada a vivienda y con material extraordinariamente sensible al fuego y apto para facilitar su propagación en el entorno, en horas nocturnas y de madrugada, lo que determinaría mayor dificultad de ser advertido, con la consiguiente reducción en la eficacia de la respuesta”, muy similar al caso enjuiciado,—, que es patente que la naturaleza y emplazamiento del inmueble al que inicialmente se aplicó el fuego hacían del todo probable la propagación de éste, de forma casi inmediata, a las casas colindantes, y por tanto, resulta incuestionable que, con ello, se creaba un “peligro” actual para las mismas y sus posibles ocupantes. Es decir, un “peligro” bastante más concreto, incluso, que el que reclama el tipo del art. 351 Código Penal, que según unívoca jurisprudencia de esta Sala configura una infracción de “peligro abstracto (así SSTS 2201/2001, de 6 de marzo de 2002 y 381/2001, de 13 de marzo).

Sentencia 79/2007, AP ÁVILA, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2007

INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS POR EL MENOR. QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Arts. 468 Código Penal; 7, 50.2 y 3 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús García García

SÍNTESIS

Examina la sentencia el supuesto de un menor de edad a quien se le impuso una medida de prestaciones en favor de la comunidad como autor de un delito y de una falta de lesiones. Los distintos incidentes surgidos en ejecución de sentencia determinan que, siendo ya el condenado mayor de edad y a pesar de los requerimientos que se le hicieron, la medida quedase sin cumplir. La sentencia examina si debe pensarse, ya conforme al Código Penal, por delito de quebrantamiento de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Penal de Ávila se dictó sentencia el 11 de enero de 2007 declarando probados los siguientes hechos: “Probado y así se declara que el acusado, Rodrigo, nacido el 24 de octubre de 1985, y sin antecedentes penales, por virtud de sentencia firme de fecha 20 de enero de 2004, dictada por el Juzgado de Menores de Ávila, vino condenado como autor de un delito y de una falta de lesiones, y en dicha resolución se le impuso la medida (Expediente de Reforma n.º 70/2002) de cumplimiento de 40 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad.

Y en ejecución de dicha sentencia, tras diversas incidencias que alargaron la trami-

tación de la ejecutoria, y siendo ya David mayor de 18 años, fue requerido en varias ocasiones con toda clase de apercibimientos por parte de aquel Juzgado, para que cumpliera, debida y totalmente, la medida impuesta, cosa que el mismo no ha llevado a cabo, hasta el momento”.

Y cuyo fallo dice lo siguiente: “Que debo absolver y absuelvo libremente al acusado, Rodrigo, del delito de quebrantamiento de condena o medida del que viene acusado por parte del Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas procesales causadas”.

Segundo.—Dicha Sentencia se recurrió en apelación por el Ministerio Fiscal, elevándose los autos a esta Audiencia, pasándose al Ponente. (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se acepta la calificación jurídica que de los hechos probados realiza la sentencia recurrida, pues los mismos no son legalmente constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena o medida, por aplicación de lo que dispone el art. 468 del CP del que acusa el Ministerio Fiscal.

Como primer motivo de recurso, invoca dicho Ministerio que aunque las medidas contenidas en el art. 7 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores tienen una finalidad “preventivo-especial”, entiende que dicha Ley las considera sancionadoras, desapareciendo las diferencias que puedan existir entre las medidas impuestas a un menor de edad y las penas aplicadas a un mayor de edad.

El motivo de recurso no puede prosperar, pues el art. 50.3 de la expresada Ley Orgánica, incluso tras la reforma de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, prevé que, en caso de quebrantamiento de la ejecución de la medida, el Juez de Menores acuerde que el Secretario Judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el art. 1 de la LO, merecedora de reproche sancionador.

El art. 50.2 de la indicada LO prevé que si la medida quebrantada no fuera privativa de libertad, el MF podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza, y concluye este precepto: “Excepcionalmente, y a propuesta del MF, oídos el letrado y el representante del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en Centro semiaabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

Aunque este precepto tiene un carácter equívoco, pues si a un adulto por el quebrantamiento de una pena no privativa de libertad, no le corresponde nunca una condena de prisión, sino sólo de multa, de

acuerdo con lo que dispone el art. 468.2 del CP, menos podrá corresponder a un menor una medida privativa de libertad, como el internamiento en centro semiaabierto.

Parece pues, que el incumplimiento de la medida de prestación de servicios en beneficio de la comunidad que por 40 horas se impuso a Rodrigo en sentencia dictada por el Juzgado de Menores de fecha 20 de enero de 2004, al amparo de lo que dispone el art. 7.1.j) de la LO 5/2000 [ahora apartado k)], o bien deberá cumplirse en ejecución de esa sentencia, o bien podrá ser sustituida por otra igual o de menor intensidad punitiva que la que dejó de cumplir.

Por otra parte, el art. 468 del CP castiga a los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, no pudiendo pariguarse la pena menos grave prevista en el art. 33 apartado 3 letra k) del Código Penal a la medida impuesta en el expediente de reforma 70/2002, ahora ejecutoria 7/2004.

Las razones de esas diferencias son variadas:

1.º En el expediente de reforma, la medida que se impone al menor, autor de un delito o falta, no busca el fin que persigue la pena en el Código Penal, sino la reeducación del menor.

2.º La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas (*vid.* art. 45.1 de la LO 5/2000), y las penas privativas de derechos, se ejecutan bajo las directrices de los Servicios Sociales de la Administración Penitenciaria, siendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que debe controlar su cumplimiento (*vid.* art. 49 del CP).

3.º En el art. 51 de la LO 5/2000 se prevé la sustitución de las medidas, mientras que en el CP sí que está específicamente regulada la posibilidad de que en caso de incumplimiento de la pena, se deduzca testimonio, para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468 del CP (*vid.* art. 49.6 *in fine* del CP). En la LO 5/2000 no.

4.º) En el Código Penal, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad se considera una pena menos grave o leve (*vid.* art. 33 apartados en la letra k) y 4 en la letra h). En cambio la LO 5/2000 no la denomina pena, sino medida, lo cual es totalmente distinto el fin perseguido respecto de una y otra.

5.º) En caso de duda, no puede interpretarse la igualdad de sanción como pena, sino que seguirá siendo una medida adoptada por un Juzgado de Menores, no pudiéndose interpretar el art. 50.3 de la LO 5/2000 en perjuicio del menor, aunque el quebrantamiento de la medida lo haya consumado cuando ya había cumplido los 18 años.

Segundo.—Lo reflejado en el fundamento anterior ya contesta el segundo motivo del recurso interpuesto por el MF, quien considera que sería ilógico que al menor de edad que incumpliera su medida, habría de abrirse otro expediente, de conformidad con lo que dispone el art. 50.3 de la LO 5/2000,

quedando sin sanción el quebrantamiento de medida cuando ya se es mayor de edad.

El motivo tiene que fracasar, pues el art. 15.1 de la LO citada (ahora art. 14.1) prevé que cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esa Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia que se le impuso.

De lo que antecede, la Sala llega a la conclusión, de que Rodrigo sólo cumplió una parte de la medida impuesta, por lo que podrá continuarla o ser sustituida, pero no está previsto que se le castigue como autor de un delito previsto en el art. 468 del CP.

Lo anterior es revelador de que la medida impuesta no fue suficiente para alcanzar los objetivos que se propusieron.

Por todo ello, el motivo del recurso se desestima, y, con ello, la totalidad del recurso de apelación.

Sentencia 80/2007, AP JAÉN, Sec. 3.ª, de 30 de marzo de 2007

DELITO URBANÍSTICO: CONDENA A LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA
Art. 319.3 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Lourdes Molina Romero**

SÍNTESIS

Constata la sentencia de la Audiencia cómo el párrafo tercero del artículo 319 del Código Penal, al facultar a los Tribunales a ordenar, motivadamente y a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, no suministra los criterios que han de seguirse sobre la adopción de esta medida. Da, en este sentido, una serie de pautas orientativas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Nos referiremos por último a la medida de demolición prevista en el artículo 319.3 del Código Penal.

El precepto en cuestión regula la facultad que asiste a los Jueces y Tribunales para ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra.

Se trata de una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, y puede considerarse de carácter civil, en cuanto que pudieran englobarse sus efectos en el artículo 110 del Código Penal. Implica la restauración del orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el Código Penal, ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo aunque no arbitrario, pues la adopción de esta medida debe estar plenamente motivada.

La tendencia general de las audiencias provinciales es la de aplicar la demolición a los supuestos del artículo 319.1 del Código Penal, y no a los del párrafo segundo del precepto. Pero sería un contrasentido que se declarase constitutiva de delito una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición. Entendemos que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición pues, el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en

cuestión prevé (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1.ª de 27 de diciembre de 1999, y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6.ª de 19 de febrero de 2004).

La decisión debe ser motivada, y como quiera que el precepto no señala criterio alguno, consideramos que en la práctica debe tenerse en cuenta: La gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida, en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, teniendo en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc.

Pues bien, en el caso enjuiciado la construcción se ha realizado a lo largo del tiempo, desde 1998 hasta el año 2003, ampliándose considerablemente la edificación inicial por tratarse de varias viviendas agrupadas, pese a haberse paralizado la obra.

En la zona existen varias naves industriales, y otra casa próxima a la obra del acusado. Pero según dijo la Arquitecto Técnico, Doña Rita, todo es ilegal, y no se puede edificar ni parcelar allí por tratarse de fincas rústicas para explotación agraria. Téngase en cuenta que se trata de suelo no urbanizable con la calificación de común, y que dicha calificación no ha variado, pues cuando el acusado adquirió la finca se trataba de un terreno rústico, como reza en la escritura de compraventa. Además no constan resoluciones judiciales o administrativas contradictorias que pusieran en entredicho el principio de igualdad.

Es por todo ello que la demolición se considera procedente y proporcionada con la gravedad de los hechos.

Sentencia 98/2007, AP CÁDIZ, Sec. 4.ª, de 30 de marzo de 2007

DENEGACIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL SIN QUE LA SENTENCIA SEA FIRME

Art. 81 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Blanco Aguilar**

SÍNTESIS

Apoya uno de los recurrentes su impugnación en la dicción literal del artículo 82 del Código Penal, conforme a la cual “declarada la firmeza de la sentencia...” los tribunales se pronunciarán acerca de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, siendo así que el Juzgado de lo Penal la denegó en la misma sentencia sin esperar a que ganara firmeza.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—La defensa del acusado Jesús Miguel en su escrito de impugnación censura igualmente que el juzgador penal se haya pronunciado en su sentencia acerca de la denegación de la condena condicional a su patrocinado, contraviniendo así, a su juicio, lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal según el cual “declarada la firmeza de la sentencia ... los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”. Y sobre este particular hay que decir que no existe ningún precepto legal que impida al Juez pronunciarse en su sentencia sobre la concesión o no de la condena condicional; ahora bien, tal pronunciamiento, caso de producirse, como ha ocurrido en el presente caso, obviamente no desplegará sus efectos hasta que la sentencia no adquiera firmeza, esto es, en fase de ejecución.

Y sentado lo anterior, estimamos acertada y correcta la denegación efectuada por el

juzgador *a quo* en la parte dispositiva de su sentencia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de un año de prisión impuesta al acusado Jesús Miguel y ello en atención a lo siguiente: como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 27 de abril de 1998 y 18 de febrero de 2000 en el Código Penal vigente no existe ya la concesión del beneficio de la condena condicional por ministerio de la Ley y los requisitos establecidos por ella no actúan como necesariamente determinantes de esa concesión, sino como condiciones sin las cuales la suspensión no es posible. En definitiva, la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal, tanto en el caso del artículo 80 que faculta pero no obliga —“los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso...”— cuando se dan las condiciones del artículo 81, como en el caso del artículo 87 —“el Juez o Tribunal ... podrá acordar la suspensión...”— en las condiciones que este mismo precepto establece. De ahí que, en este ámbito de discrecionalidad, en el caso del artículo 80, se atiende “funda-

mentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste” y, en el caso del artículo 87, en el supuesto de reincidente se valorará “la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”. Con ello sin duda el legislador ha querido conceder al Juez una facultad amplísima, naturalmente revisable, para posibilitar la adaptación de la pena al reo, su máxima individualización personal.

Pues bien, la hoja histórico-penal del imputado Jesús Miguel unida a las actuaciones pone de manifiesto que con anterioridad a los hechos que han dado origen al presente procedimiento penal, aquél fue ejecutoriamente condenado en sentencias firmes de fechas 4 de diciembre de 1996 por delito contra la salud pública dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de los de Madrid a pena de multa; 13 de febrero de 1997 por delito de quebrantamiento de condena dictada por el Juzgado de lo Penal número 7 de los de Madrid a pena de multa; y 12 de septiembre de 2000 por delito de maltrato de obra en el ámbito familiar dictada por el Juzgado de lo Penal número 20 de los de Madrid a pena de 8 meses de prisión. Y con posterioridad al 10 de agosto de 2001, fecha de los hechos enjuiciados por la sentencia

recurrida, en sentencia firme de fecha 15 de junio de 2004 dictada por el Juzgado de lo Penal número Dos de los de Getafe por delito de quebrantamiento de condena a pena de multa y por delito de amenazas a pena de un año de prisión. Obviamente tal conducta delictiva —peligrosidad criminal— observada por el mencionado penado hace, pues, inviable un pronunciamiento favorable en orden a la concesión al mismo de la condena condicional por el régimen de los artículos 80 y 81 del Código Penal.

Y por lo que se refiere al artículo 88 del Código Penal invocado por la parte recurrente en su escrito de impugnación hay que decir que dicho precepto otorga a los Jueces y Tribunales la facultad de sustituir, antes de iniciarse la ejecución, las penas privativas de libertad que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad “cuando así lo aconsejen las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, siempre que no se trate de reos habituales”. Pues bien, basta observar la hoja histórico-penal del acusado Jesús Miguel, detallada anteriormente, para comprobar fácilmente una amplia y reiterada conducta delictiva que nos lleva a rechazar la pretensión substitutiva postulada por su dirección letrada.

Sentencia 104/2007, AP ÁLAVA, Sec. 2.^a, de 4 de abril de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA: INTERPRETACIÓN DE LA REFERENCIA A LA “VIOLENCIA PSÍQUICA”

Art. 173.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Jaime Tapia Parreño**

SÍNTESIS

Castiga el número 2 del artículo 173 del Código Penal a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre las personas especificadas

en el tipo. La sentencia de la Audiencia tata de delimitar el concepto de violencia “psíquica” a los fines penales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto contravengan los siguientes:

Primero.—Antes de analizar los argumentos expuestos por el recurrente, resulta conveniente reflejar unas consideraciones sobre el ámbito del recurso de apelación y asimismo con relación al delito de violencia psíquica habitual.

En lo que concierne a aquél, en la configuración actual de este recurso ordinario, se puede afirmar que sustancialmente se aproxima al recurso de casación en cuanto a las posibilidades de revisión de la valoración probatoria y la fijación de los hechos.

Así, cuando en un recurso de apelación se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, como es este caso, en el que se aduce expresamente que no existe prueba de cargo válida que acredite la existencia de actos encuadrables como violencia psíquica habitual, ni se justifica la habitualidad ni la concurrencia de un menoscabo moral, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del Juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal *a quo* contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un

raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función de este Tribunal en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues también obliga al Tribunal a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control de esta Audiencia con respecto a la presunción de inocencia se extiende al proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 299/2004, de 4 de marzo).

Por otro lado, en lo que concierne al delito de violencia psíquica habitual por el que ha sido condenado el acusado, como señalábamos en la sentencia de la AP Álava, sec. 1.ª, S. de 25 de mayo de 2005, n.º 76/2005 (refiriéndonos también a la sentencia de la AP Álava, sec. 1.ª, S. 2 de noviembre de 2004, n.º 161/2004, rec. 60/2004), “Fijar el perímetro de la violencia psíquica origina problemas exegéticos. Estamos ante una expresión poco nítida y la interpretación ha de buscar un equilibrio entre una amplitud desmesurada que produzca una panjudicialización convirtiendo en proceso penal y en condena por maltrato habitual toda la vida familiar con cierta reiteración de discusiones o disputas o una interpretación tan res-

trictiva que exigiese la producción de resultados lesivos y que casi redujese a la nada la ampliación del tipo llevada a cabo en 1999.

La interpretación gramatical ayuda bien poco, pues el término violencia significa justamente la fuerza física, por lo que es evidente que se está utilizando en un sentido figurado.

Los actos de intimidación suponen una primera aproximación enumerativa: han de ser considerados violencia psíquica. Los actos idóneos para causar lesiones de carácter psíquico, aunque no conlleven contacto físico, y aunque de hecho no lleguen a producir esa alteración de la salud, también han de encuadrarse en el concepto de violencia psíquica (por ejemplo STS 785/1998, de 9 de junio).

Fuera de estas iniciales precisiones no es sencillo apuntar más criterios apriorísticos y habrá de estar a situaciones concretas que han de juzgarse a la vista de todo el contexto y en especial de las circunstancias sociales, culturales, ambientales e individuales de los protagonistas.

La hostilidad verbal crónica en forma de insulto, las burlas reiteradas, la actitud despectiva traducida en prepotencia y actos de anulación de la personalidad del otro, las amenazas explícitas o larvadas, el cinismo patológico, el desprecio exteriorizado en actitudes o palabras degradantes, las palabras zahirientes suponen actos de violencia emocional, entre otros muchos, que podrían integrar el concepto de violencia psíquica.

Ello no obstante, con relación a los insultos o injurias, la doctrina aconseja una interpretación restrictiva para evitar que meras rencillas familiares en las que median insultos puedan configurar esta conducta.

En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que estamos ante el Derecho Penal,

donde rigen todavía los principios de mínima intervención y última *ratio*, para mantener en sus justos términos una inflación de procesos penales. El principio de intervención mínima obliga a rechazar de plano todo intento de solucionar rencillas familiares o discusiones matrimoniales a través del proceso penal, de modo que los actos que integren la violencia psíquica han de tener una cierta entidad.

A estos fines, para afirmar la habitualidad, entendemos que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de actos que cuando se trate de violencia física, y, por otro lado, es igualmente exigible, por ser casi connatural al concepto de violencia psíquica en este ámbito, que se detecte una cierta relación de superioridad o de dominio, puesto que aquella implica esa posición dominante...

No se debe exigir necesariamente que la mujer tenga secuelas psicológicas, en especial el característico síndrome de stress post-traumático propio de la mujer maltratada psicológicamente, más o menos objetivable, aunque normalmente deja algún tipo de algún resultado en el psiquismo de la persona, pero los expertos de las ciencias psicosociales pueden detectar la existencia de un maltrato psicológico y especialmente esa posición de dominación o sumisión padecido por una mujer maltratada. Tal informe o dictamen no será definitivo, pero ciertamente una declaración persistente de la víctima corroborada por tales informes pueden servir de base suficiente para destruir el derecho a la presunción de inocencia...”.

Como veremos en este caso, ni existe tal declaración de la víctima, ni el informe pericial avala la existencia de tal maltrato psicológico causalmente imputable de manera objetiva a una conducta de maltrato.

Sentencia 57/2007, AP JAÉN, Sec. 2.ª, de 9 de abril de 2007

DELITO FISCAL: INTERPRETACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Arts. 132 y 305.1 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Elena Arias-Salgado Robsy

SÍNTESIS

La polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005 (recogida en el número 16 de la Revista de Derecho Penal) es objeto de interpretación y aplicación al caso de que trata esta sentencia: si la mera presentación de denuncia en el Juzgado, sin haberse incoado el procedimiento penal contra el culpable hasta transcurridos dos años, no interrumpió el plazo de prescripción del delito (siendo necesario el acto jurisdiccional que admite a trámite la denuncia).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia recurrida condena al acusado por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública del artículo 305.1 del Código Penal, en los términos indicados en los antecedentes de hecho de esta Sentencia y relativos a los Ejercicios Económicos de 1999 y 2000. Y frente a la misma se formula recurso de apelación por la representación del acusado en el que bajo la alegación genérica de que no se ajusta a derecho, se plantean en el escrito de interposición distintas cuestiones que serán objeto de examen y resolución.

En primer lugar se trae a colación la cuestión previa planteada en la instancia y rechazada en la sentencia impugnada, de prescripción del delito relativo al ejercicio

económico del año 1999, alegando la famosa y polémica Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 63/2005, de 14 de marzo, en la que efectivamente, y en cuanto a la interrupción de la prescripción, se sostuvo que la mera presentación de la denuncia en el Juzgado, sin haberse incoado el procedimiento penal contra el culpable hasta transcurridos dos años, no interrumpió el plazo de prescripción del delito, interpretando el artículo 132.2 del Código Penal, en el sentido de que sólo se interrumpe por el inicio de la actividad jurisdiccional, esto es, por la decisión judicial que admite a trámite la denuncia.

La Sentencia de instancia, para rechazar la alegación, razona en su fundamento primero que tal Sentencia, que contiene una línea contraria a la seguida reiteradamente por el propio Tribunal Constitucional, que

ha venido sosteniendo que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido de relevancia constitucional, no resulta extrapolable al supuesto de autos, en el que la denuncia contra el imputado perfectamente identificado se presentó en el Registro General del Decanato con fecha 10 de enero de 2005, (cumpliendo el plazo prescriptivo el 30 de enero de 2005), dictándose Auto de incoación de Diligencias Previas con fecha 20 de abril de 2005, siendo imputable al acusado la dilación en la tramitación del expediente por parte de la Agencia Tributaria. A lo que añadimos nosotros que el acuerdo de la remisión de la denuncia a la Jurisdicción competente y en concreto al Ministerio Fiscal, le fue notificado personalmente por la Agencia Tributaria en fecha 29 de diciembre de 2004.

Se sigue y aplica al supuesto de autos la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo al respecto, en múltiples Sentencias (SSTS 25 de enero de 1994, 3 de febrero de 1995, 14 de abril de 1997, 4 de junio de 1997, 30 de diciembre de 1997, 9 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, núm. 1807/2001, de 30 de octubre, núm. 147/2003, de 5 de febrero, y núm. 162, de 4 de febrero, y núm. 298/2003, de 14 de marzo, núm. 71/2004, de 2 de febrero, y por la muy reciente núm. 643/2005, de 19 de mayo, donde se precisa que “condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un juzgado” citadas en la de 2 de junio de 2005); y a las que podemos añadir alguna otra posterior a la 63/2005 del TC, que sostienen que la presentación de la denuncia, si contiene elementos que permitan identificar concretamente al imputado, y siendo un acto procesal que forma parte del procedimiento jurisdiccional penal, inter-

rumpe el plazo de prescripción del delito, fundamentalmente por criterios de seguridad jurídica.

En concreto así se expone en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 en cuyo fundamento segundo se analiza la del Tribunal Constitucional citada y se dice: “Segundo.—Al mantenimiento de tal doctrina no debe oponerse el nuevo criterio interpretativo del art. 132 CP, sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 63 de 2005, sobre el alcance de la expresión “cuando el procedimiento se dirija, contra el culpable”.

En el fundamento 5.º establece como necesario e imprescindible un acto de interposición judicial, de manera que será únicamente el juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el art. 132.2 del CP para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

En el fundamento 6.º insiste y recalca que “para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concorra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de ‘iniciación’ del procedimiento penal (por todas STC 111/1995, de 4 de julio, lo que implica que en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse ‘iniciado’ ni, por consiguiente, ‘dirigido’ contra persona alguna”.

Sin embargo, concurren circunstancias de todo orden, para que el art. 5.1.º de la LOPJ que obliga a esta Sala, no actúe implacablemente:

a) Se trata de un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno.

b) Es un precedente aislado, no dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional y con la concurrencia de votos particulares.

c) El recurso de amparo no se interpone ante una sentencia del Tribunal Supremo, sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial.

d) El Tribunal Supremo sigue una sólida línea interpretativa, emanada de las competencias que le son propias conforme al art. 123 de la CE. No es a esta Sala, ni mucho menos, a la que corresponde delimitar el ámbito competencial del Tribunal Constitucional; muy al contrario, en materia constitucional, se limita a someterse a la doctrina general de ese Alto Tribunal, que la propia sentencia menciona y los votos particulares avalan, según la cual “la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional” (véase por todas STC 63 de 17 de enero de 2001, FJ 7).

e) El Ministerio Fiscal, después de tal sentencia, sigue manteniendo los mismos criterios que antes sostenía, como se refleja en la instrucción núm. 5/2005, de la Fiscalía General del Estado, de 15 de junio de 2005.

Igualmente se sostiene el criterio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006, haciendo referencia al Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 25 de abril de 2006, en el que se pronunció en el sentido de reiterar y confirmar la doctrina que ha venido siendo tradicional y mayoritaria en los últimos años, acerca del alcance de la expresión legal “... cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...” entendiéndose que se produce con la mera presentación ante el órgano judicial de la correspondiente denuncia o querrela.

Dicha jurisprudencia que, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, constituye doctrina que complementa el ordenamiento

jurídico, es la que se aplica por la Sentencia impugnada, al rechazar la excepción de prescripción, pronunciamiento que en esta alzada, por ser ajustado a derecho, debe mantenerse, pues otra cosa, ciertamente vulneraría el principio de seguridad jurídica. No estamos ante un supuesto en el que el acusado, transcurrido el plazo de prescripción se encuentra sorpresivamente con una denuncia por un delito cometido años atrás y respecto del que los organismos competentes para perseguir la infracción han dejado transcurrir dicho tiempo sin actividad alguna, demostrando falta de interés en su persecución. Se trata de unas laboriosas actuaciones de inspección, dilatadas en el tiempo por la actitud del sujeto imputado, advertido en todo momento de que tal dilación era a él imputable a los efectos del plazo máximo para llevarlas a cabo, que se completan dentro del plazo de prescripción del posible delito, en las que se acuerda deducir tanto de culpa y remitirlas a la jurisdicción competente, con notificación al interesado; y que, finalmente, tienen entrada en el Decanato de los Juzgados de Instrucción antes de la finalización del plazo prescriptivo. Es claro que no se vulnera su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, que es lo que el instituto de la prescripción del delito en definitiva protege.

En conclusión, puede afirmarse que el hecho de que no se estime la prescripción no obstante constatar que el Juzgado no dictó el Auto de Incoación de las Diligencias Previas hasta pasados escasamente tres meses del referido plazo no supone vulneración de la doctrina contenida en la Sentencia 63/2005 del Tribunal Constitucional, referida según se dice en la propia resolución al caso concreto que examina y resuelve.

Sentencia 19/2007, AP GUADALAJARA, Sec. 1.ª, de 19 de abril de 2007

CONDENA CONJUNTA POR CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ Y NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN ALCOHÓLICA
Arts. 379 y 380 Código Penal.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Concepción Espejel Jorquera

SÍNTESIS

Analiza pormenorizadamente esta sentencia la posibilidad de ser condenado conjunta y simultáneamente por conducir en estado de embriaguez y negarse a someterse a las pruebas de detección alcohólica. Pronunciamientos dispares de algunas Audiencias Provinciales y la circunstancia de hallarse involucrados en la resolución de la cuestión aspectos constitucionales abonan el interés de esta resolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Se impugna, de otro lado, la condena conjunta del recurrente como autor de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del CP y de otro de desobediencia por negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del art. 380 del CP; citando doctrina de algunas Audiencias Provinciales que consideran que tal pronunciamiento vulnera el principio de *non bis in idem* y el derecho a la no autoinculpación; siendo de señalar a este respecto que, aunque efectivamente no faltan las resoluciones que se decantan por tal interpretación y que consideran que el legislador contempló en supuestos como el que nos ocupa un concurso de leyes, que ha de resolverse condenando únicamente por el tipo del art. 380; entendiéndose que el mismo absorbe al del art. 379 del CP; señalando que en ambos ilícitos el bien jurídico protegido es

común, la seguridad del tráfico, no es menos cierto que tal postura no es ni mucho menos pacífica; habiendo apuntado esta Sala, entre otras, en sentencia de fecha 30 de junio de 2005, que son mayoritarias las Audiencias que pregonan la compatibilidad de los dos delitos, entre otras muchas Sentencia Audiencia Provincial núm. 315/2004 de Barcelona (Sección 7.ª), de 16 de marzo; Sentencia Audiencia Provincial núm. 321/2003 de Madrid (Sección 15.ª), de 15 de julio; Sentencia Audiencia Provincial núm. 150/2003 de Huelva (Sección 2.ª), de 28 de julio; Sentencia Audiencia Provincial núm. 359/2002 de Madrid (Sección 2.ª), de 31 de julio; Sentencia Audiencia Provincial núm. 631/2002 de Girona (Sección 3.ª), de 30 de septiembre; Sentencia Audiencia Provincial núm. 564/2002 de Girona (Sección 3.ª), de 18 de septiembre; Sentencia Audiencia Provincial núm. 63/2002 de Asturias (Sección 3.ª), de

10 de abril; Sentencia Audiencia Provincial núm. 44/2002 de Las Palmas (Sección 2.^a), de 15 de febrero; Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10.^a), de 6 de noviembre de 2003, la cual, con cita de la AP de Madrid, Secc. 23, de 25 de julio de 2001, señala que los dos tipos describen comportamientos completamente diferentes y, por tanto, acumulables en una misma condena, en igual sentido, Sentencia Audiencia Provincial núm. 220/2003, de Madrid (Sección 6.^a), de 8 de mayo que, glosando las de la Audiencia Provincial de Avila de 22 de febrero de 2001, AP de Granada, Sección 2.^a 27 de abril de 2000, AP de Valladolid, Sección 2.^a, 30 de mayo de 2000, AP de Alicante, 8 de abril de 2000 y AP de León S. 21 de enero de 2000, señala que el delito de desobediencia grave previsto y penado en el art. 380 del CP sanciona la conducta del conductor que al ser requerido por agente de la autoridad, se negare a someterse, entre otras, a la prueba de alcoholemia; siendo la incriminación de esta conducta compatible con la simultánea comisión del delito del art. 379 del CP, pues una y otra atienden a la protección de bienes jurídicos diversos (en un caso la autoridad y el otro la seguridad de tráfico), de parecido tenor Sentencias Audiencia Provincial Castellón (Sección 3.^a), de 7 de febrero de 2002 y de 15 de mayo de 2001, que indican que para que se produzca el concurso de leyes no basta con la exigencia en ambos casos de la existencia de indicios de conducción bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, sino que lo decisivo es que una de las normas penales aplicables al caso baste por sí sola para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos enjuiciados, exigencia fundamental que no se cumple en la concurrencia de los artículos 379 y 380 del Código Penal, desde el momento en que sólo el primero de ellos permite imponer la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, como sanción de la lesión que para el bien jurídico de la seguridad vial comporta la acción del conductor embriagado o drogado; añadiendo que, por el contrario, el objeto de protección de uno y otro precepto no son

coincidentes, pues mientras el primero se refiere a la seguridad en el tráfico —e indirectamente a la integridad de las personas por cuanto pretende evitar situaciones de peligro para las mismas—, en el segundo se protege esencialmente el principio de autoridad —en este caso potestad administrativa de controlar situaciones de peligro y en concreto en el tráfico rodado— que resulta atacado con la conducta negativa a someterse a las pruebas alcoholométricas, la cual, es acción autónoma y distinta de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas; compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia y de las antedichas Audiencias Provinciales, atendido que, si bien es cierto que el TC no se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión; apuntando que la determinación de si el tipo de desobediencia del art. 380 del CP debe ser aplicado cuando existen indicios de conducción bajo dichos efectos o como medida de policía general es de legalidad ordinaria y ajena, por tanto a la competencia de dicho Tribunal (Auto Tribunal Constitucional núm. 152/1999 (Sala Segunda, Sección 3.^a), de 14 de junio, no es menos cierto que el mismo sí ha señalado reiteradamente, de un lado, que el citado precepto no se opone a los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable y, de otro, que en el art. 380 del CP entra en juego un nuevo bien jurídico, el propio de los delitos de desobediencia, que no queda comprendido o consumido, cuando menos no totalmente, en la protección de la seguridad del tráfico que procura la interdicción de la conducción bajo la influencia del alcohol o de las drogas del art. 379 del CP, Auto Tribunal Constitucional núm. 165/2000 (Sala Segunda, Sección 4.^a), de 28 de junio, el cual añadió que, por todo ello, el citado precepto prevé un delito específico de desobediencia en el que se incurre por el simple hecho de negarse a someterse a estas pruebas —se hayan o no ingerido las sustancias que a través de las mismas pretende detectarse—, por lo que el negarse a su práctica lesionaría el bien jurídico protegido por este delito; siendo cuestión distinta la de

determinar si este tipo de delitos debe ser aplicado cuando existen indicios de conducción bajo dichos efectos o como medida de policía general, sin que en ningún caso el TC haya apuntado una posible incompatibilidad de ambos ilícitos, cuyos requisitos y bienes jurídicos son, al menos en parte, diversos; en semejante línea, la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 161/1997 (Pleno), de 2 de octubre, la cual recordó que ya la STC 103/1985 afirmó que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución” (glosa igualmente SSTC 107/1985, 76/1990, 197/1995, AATC 837/1988 y 221/1990; añadiendo que el derecho a no autoincriminarse no alcanza, sin embargo, a integrar en el de presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas, dado que la configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia; pudiendo tener los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la Justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, la extensión de la facultad de no contribución a cualquier ac-

tividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución, en suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente inculpativo; no abarcando la negativa a las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, las cuales no constituyen en rigor una declaración o testimonio, ya que, consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos referenciados; apuntando, además, la indicada STC 161/1997 que el tipo del art. 380, no sólo no supone una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que constituye hoy en el vigente nuevo Código Penal el mandato típico de un delito específico de desobediencia, respecto del cual, a su vez, carece de sentido plantear la negativa al sometimiento a las pruebas, no como delito *per se*, sino como acto de autoincriminación; mencionando igualmente que, junto con la finalidad inmediata de protección de la seguridad en el tráfico rodado, se constata otra mediata: el riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de proteger— lo es fundamentalmente para “la vida o la integridad de las personas” (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma; existiendo, de otro lado, una segunda inferencia de la finalidad de la norma que tiene su origen en la catalogación expre-

sa del tipo como de “desobediencia grave, previsto en el art. 556” del CP, de modo que la punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el “orden público”, entendido en la doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales; razonando seguidamente el TC que, aunque este primer aspecto del objeto de protección puede verse como una mera abstracción del ya definido como seguridad del tráfico, que sería el orden y el sector concreto de lo público que se trata de asegurar, debe destacarse una segunda finalidad protectora propia del tipo penal de desobediencia, cual es la constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública —también llamado principio de autoridad—, que igualmente se trata de proteger, concluyendo que el art. 380 del CP integra un nuevo bien jurídico, el propio de los delitos de desobediencia, que no queda comprendido o consumido, cuando menos no totalmente, en la protección de la seguridad del tráfico que procura la interdicción de la conducción bajo la influencia del alcohol o de las drogas del art. 379 del CP; resaltando que la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas; habiendo señalado, desde otro punto de vista el TS, en sentencia núm. 2173/2002 (Sala de lo Penal), de 19 diciembre, que el delito del art. 380 no exige

la prueba inequívoca e indiscutible de una infracción de tráfico, ni de la conducción con las facultades mermadas por al ingesta de bebidas alcohólicas, sino solamente la fundada apreciación de que ha podido darse o la apreciación de síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, aun cuando finalmente éstos sean insuficientes para la condena por el art. 379 del CP; en base a lo cual, concluyó el TS, que no puede acogerse que el delito del artículo 380 sólo sería apreciable cuando a la vez concurra el delito del artículo 379, salvo los supuestos del artículo 21.1, aludiendo, por tanto, dicha resolución a que es posible la condena por el art. 380, aun cuando no existan pruebas bastantes para condenar por el 379, lo cual es bien distinto a sostener que no cabe en ningún caso la condena simultánea por ambos, cuando a la negativa a soplar se une la acreditación de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, posibilidad que en modo alguno excluye el TS que para nada apunta a una posible incompatibilidad de los dos delitos, en igual línea Sentencia Tribunal Supremo núm. 1/2002 (Sala de lo Penal), de 22 de marzo, que pregona la posibilidad de condenar por el tipo de desobediencia aun cuando no hubieren mediado pruebas bastantes para la condena por el art. 379, en cuya resolución la absolución por este último se basó en la insuficiencia de pruebas de la influencia de la ingesta en la conducción, sin aludir para nada a una posible incompatibilidad de los tipos, a la absorción de uno por el otro, ni a una eventual vulneración del principio *non bis in idem*, en base a todo lo cual, considera esta Audiencia que la sentencia recurrida no vulnera los principios mencionados.

Sentencia 77/2007, AP BADAJOZ, Sec. 1.^a, de 18 de mayo de 2007

CONTAMINACIÓN ACÚSTICA: RESPONSABILIDAD CIVIL

Art. 325 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Rafael Madrigal Martínez Pereda

SÍNTESIS

Son ya varias las condenas penales que tutelan el medio ambiente frente a las agresiones derivadas de contaminación acústica. En el presente caso recogemos la argumentación de la Audiencia de Badajoz para cuantificar la debida indemnización.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo.—Recurso interpuesto, por adhesión, por la parte denunciante.

El recurso se limita a impugnar en un único motivo, la cuantificación de la responsabilidad civil establecida en la sentencia. El motivo parte del reconocimiento de la soberanía del juzgador de instancia en cuanto a la fijación del importe. Y la Sala, no puede sino abundar dicho criterio en cuanto que los argumentos añadidos para considerar que ha existido una infravaloración, no dan pie a exceptuar dicha general regla.

La juzgadora valora como adecuada la cantidad de 7.000 euros en favor de cada uno de los perjudicados, en atención a lo dilatado del período en que la molesta actividad ha tenido lugar. Para cuantificar la indemnización ha tenido en consideración —y así se especifica en la sentencia— las circunstancias, molestias, incidencias en la calidad de vida, la erosión que en sus vidas

ha debido ocasionar el sostenimiento de una batalla que ha incluido el haber de impetrar el auxilio judicial.

En consecuencia, y respondiendo, a un tiempo, al último motivo de recurso interpuesto por el particular, la juzgadora ha valorado el daño moral en su amplitud determinando una cantidad que, esta Sala no puede mutar, ya sea al alza o a la baja, en tanto en cuanto no encuentra motivos para tildarla de arbitraria, excesiva o exigua. Es lo cierto que el concepto de daño moral ha venido sufriendo una evolución en la jurisprudencia hacia concepciones más amplias, de la que es claro exponente la sentencia del TS de 31 de mayo de 2000, seguida de otras varias del mismo signo, incluyendo no sólo el derivado de afecciones físicas, sino también psíquicas, como “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual” (S. de 23 de julio de 1990), “impotencia, zozobra, ansiedad o angustia” (6 de julio de 1990), “la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio e incerti-

dumbre” (S. de 22 de mayo de 1995), “el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente” (S. de 27 de enero 1998) o “al impacto, quebranto o sufrimiento psíquico” (S. de 12 de julio de 1999).

Como afirma la Sentencia del TS de 7 de julio de 1992, a diferencia de los daños materiales, que han de probarse, los daños morales no necesitan en principio probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de suerte que la propia

descripción del hecho constituye la base que fundamenta el *quantum* indemnizatorio, en el ejercicio de una prudente discrecionalidad, cuyo ejercicio como se ha dicho, esta Sala no puede reprochar.

Valoradas las circunstancias del caso y partiendo del inmutable relato de hechos probados de la sentencia y de su propia fundamentación, y teniendo en cuenta, como se ha dicho, que acreditar un perjuicio moral es algo prácticamente inviable, aunque la realidad en el presente caso tampoco puede negarse; debe encontrarse adecuada, y en cualquier caso inmutable, la cantidad que ha sido fijada en sentencia.

Auto 146/2007, AP BARCELONA, Sec. 2.^a, de 22 de mayo de 2007

EXISTENCIA DE DOS TRAMOS EN LA IMPOSICIÓN DE INTERESES DE DEMORA

Arts. 20 Ley de Contrato de Seguro; 621.3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Víctor Gómez Martín**

SÍNTESIS

Entre la fecha del accidente y los dos años siguientes se impondrá el interés legal del dinero incrementado en un 50% y a partir de los dos años el interés del 20%.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El Auto que se recurre en apelación acoge la postura de los dos tramos de interés, disponiendo que durante los dos primeros años el tipo aplicable se corresponda con el interés legal incrementado en un 50%, y sólo a partir de dicho plazo de dos años desde la fecha del siniestro el tipo debe

ascender al 20%. Contra el Auto se alza el recurso de apelación formulado por “Seguros Mapfre, SA”, en el que denuncia infracción del art. 20 de la LCS.

Tercero.—Las contradicciones que acaban de ser expuestas, así como la ausencia de una jurisprudencia consolidada sobre el devengo y cuantía de los intereses morato-

rios previstos en el artículo 20 de la LCS, ha impulsado recientemente a la Sala 1.^ª del Tribunal Supremo a fijar definitivamente un criterio. Dicho criterio, coincidente, de hecho, con el defendido en repetidas ocasiones por esta Sala, ha sido recogido en la Sentencia del Pleno 251/2007, de 1 de marzo. Según la doctrina de referencia, “durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consis-

tirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento”.

Sentencia 317/2007, AP MADRID, Sec. 2.^ª, de 28 de mayo de 2007

RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SI NO EXISTEN INDICIOS DE ROBO DEL VEHÍCULO

Arts. 234 a 244 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López**

SÍNTESIS

El Consorcio responde en los casos de robo y robo de uso, y la aseguradora en los supuestos de hurto de apropiación y hurto de uso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En definitiva que acudiendo al Código Penal de 1995, no cabe la menor duda que, si la actividad delictiva encaja en el tipo de robo de apropiación de los artículos 237 a 242, de los daños causados con la conducción del vehículo de motor sustraído hasta el límite cuantitativo del seguro obligatorio, responde, frente al perjudicado, el Consorcio de Compensación de Seguros y no la entidad aseguradora de la responsabilidad

civil derivada del uso y circulación de ese vehículo, y al contrario si la actividad delictiva encaja en el tipo de hurto de apropiación de los artículos 234 a 236 o en el hurto de uso de vehículo del número primero del artículo 244, de los daños causados con la conducción del vehículo de motor sustraído hasta el límite cuantitativo del seguro obligatorio, responde, frente al perjudicado, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de ese vehículo y no el Consorcio de Compensación de Seguros.

Sentencia 42/2007, AP SALAMANCA, Sec. 1.ª, de 4 de junio de 2007

COLOCAR EL VEHÍCULO FRENTE A LA ENTRADA DEL NEGOCIO DEL DENUNCIANTE: CONDENA POR FALTA DE COACCIÓN

Art. 620.2 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Pérez Serna

SÍNTESIS

Al hilo de la dogmática general sobre la figura penal de las coacciones, la Audiencia revoca la absolución de instancia y condena a quien colocaba su vehículo frente a la entrada del negocio de aquel mismo, con ánimo de impedir el paso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Dicho lo anterior, procede ya abordar la segunda cuestión planteada por el recurrente, cual es la existencia de coacciones hacia su persona en base a la colocación por el demandado de su vehículo frente a la entrada del negocio de aquél, con ánimo de impedir el paso.

A este respecto, se ha de significar, como necesaria introducción, el concepto de coacciones que se maneja por esta Sala, doctrinalmente hablando. Con cita de la sentencia de 23 de junio de 2006, dictada en el seno del Rollo de apelación de Juicio de Faltas n.º 80/2006 cabe señalar: “la infracción tipificada como coacciones, considerada de conducta en unas ocasiones (STS de 25 de mayo de 1957), y de resultado en otras (STS de 23 de mayo de 1975), ha pasado hoy al artículo 172 del vigente Código Penal de 1995, y correlativa falta en el artículo 620, y lesiona la libertad de decisión y actuación

personal según sus propios motivos, cuyo bien jurídico protegido es la facultad de libre determinación de la voluntad individual, teniendo carácter residual o subsidiario de otras infracciones de análoga índole, que merced a los principios de especialidad o gravedad (artículo 8) sólo entra en juego cuando el comportamiento del culpable no es subsumible en éstas, habiéndole atribuido el dolo específico de atentar contra la libertad de obrar del ofendido, aunque la más reciente doctrina científica y jurisprudencial considera bastante el genérico de la simple finalidad maliciosa del agente, cuya dinámica comisiva requiere, dada la amplitud que el término modal del artículo 172 presupone, que el sujeto activo emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre la del agraviado, a través del ejercicio de la violencia en sus manifestaciones de fuerza física o de presión moral intimidatoria equivalente, o bien violencias extrapersonales sobre las cosas, que se refleje en los derechos sobre éstas del sujeto pasivo, y asimismo que del

confrontamiento que surge por la divergencia de adversas voluntades, con imposición de la del inculpado sin causa legitimadora, se quebrante la libertad de obrar del ofendido, anulando su autodeterminación, impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a efectuar lo que no quiera, siendo en definitiva infracción atentatoria a la libre determinación. Y para su perfección precisa: como elemento de la antijuridicidad, la carencia de autorización legítima; como requisito de manifestación objetiva, el empleo de la fuerza en sus variadas modalidades sobre las personas o sobre las cosas; y como presupuesto anímico o tendencial, lesionar o coartar la decisión voluntaria del perjudicado, pudiendo constituir bien el delito tipificado en el artículo 172, o bien la falta prevista en el artículo 620.2, del Código Penal, cuya diferencia no se halla en módulos cuantitativos, finalistas, objetivos o subjetivos, ni aun en el uso dinámico de la violencia, común a los dos infracciones, sino más bien en la gravedad o levedad de dicha fuerza física o moral y en las características del resultado, lo que siempre supone una apreciación de circunstancias de condición relativa y acentuado casuismo (SSTS de 16 de mayo de 1946, 1 de febrero de 1971, 23 de mayo de 1975, 30 de enero de 1980, 1 de julio de 1983, 25 de marzo de 1985 y 6 de junio de 1986, entre otras).

Quinto.—En este sentido, y desde la perspectiva doctrinal dicha, el hecho de colocar el vehículo frente a la entrada del establecimiento del denunciante, y la realización de tal conducta con ánimo de restringir la libertad ajena, como consecuencia de las diferencias existentes entre los dos intervinientes en este juicio por el cobro o no de una supuesta deuda, es claramente incardinable en el tipo previsto en el art. 620.2 del Código Penal, a propósito de la falta de coacciones.

Y si ello es así, y además, existe prueba suficiente para llegar a un pronunciamiento

condenatorio para el denunciado en juicio, máxime si el principio *in dubio pro reo* no impide que el órgano judicial efectúe un juicio conjunto y global acerca de las pruebas disponibles que le lleven a una convicción segura sobre la decisión a tomar, la consecuencia de lo dicho no es otra sino la procedencia de estimar el recurso, en el sentido de condenar al denunciado como autor responsable de una falta de coacciones.

Sobre la colocación del vehículo ante la entrada del establecimiento ninguna duda hay, y sobre la intencionalidad del denunciado, de impedir el tránsito normal de vehículos por dicho lugar, tampoco. La ratificación de su informe por parte de los Policías Municipales, —en especial, la razón de su presencia en el lugar—; la circunstancia de que el denunciado detuviera su vehículo en el sitio en que lo hizo y provocara la salida al exterior del hijo del denunciante y lo acaecido entre ellos; el reconocimiento por el denunciado de su voz en la grabación aportada al juicio, y el contenido de la misma, son pruebas más que suficientes en la línea y a los efectos apuntados, por lo que, como ya se ha dicho, se estima el recurso y se condena al denunciado por una falta de coacciones a la pena de 20 días de multa a razón de 6 euros diarios, dado la falta de acreditación, en cualquier sentido, de las posibilidades económicas del mismo. (...)

FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por Luis Ángel, contra la sentencia dictada en fecha 22 de enero de 2007 por el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 2 de Béjar (Salamanca) en Autos de Juicio de Faltas n.º 189/2006, revoco referida resolución, y, en su consecuencia, condeno a Emilio, como autor responsable de una falta de coacciones, a la pena de 20 días de multa, a razón de seis euros día, y al pago de las costas de la primera instancia.

Sentencia 467/2007, AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, de 4 de junio de 2007

NO INDEMNIZACIÓN A MADRE POR DEPRESIÓN CAUSADA POR LA PÉRDIDA DE UN HIJO EN ACCIDENTE DE TRÁFICO

Arts. 142.1 y 2 y 379 Código Penal; Anexo Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan

SÍNTESIS

La aplicación obligatoria de las tablas recogidas en el anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor lleva a indemnizar a los padres sólo por los conceptos recogidos en las Tablas I y II sin que se puedan añadir secuelas salvo que también resultaran víctimas del accidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El tercer motivo se alza contra la cuantificación de la responsabilidad civil, por establecer una indemnización a favor de la madre del fallecido en razón a una depresión derivada de la pérdida del hijo. Este motivo coincide con el recurso de la compañía aseguradora y se ampara en motivos similares de un enriquecimiento injusto y la falta de base legal para el otorgamiento de la indemnización.

Para resolver partiremos del carácter obligatorio del sistema de baremación de las indemnizaciones derivadas de accidentes de automóviles. Como ha señalado el TS en su sentencia de 15 de marzo de 2001: La Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, declara que “el sistema basado o de baremo introducido por la Ley

30/1995 vincula como es lo propio de una disposición con ese rango normativo a los Jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Esta misma sentencia agrega que las dudas hasta entonces existentes “han sido resueltas afirmando el carácter vinculante del sistema legal de valoración, criterio que supera las opiniones doctrinales, y de alguna Sentencia que afirmaba su carácter orientativo e indicativo”.

A lo anterior agregamos que el Anexo del sistema de valoración en su número primero, apartado cuarto, dispone que tienen la condición de perjudicados, en el caso de fallecimiento de la víctima, las personas enu-

meradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente. De ello se deriva que el legislador ha reducido la indemnización a los padres por el fallecimiento de los hijos a las sumas y conceptos de la referida tabla, y al hacerlo se ha cuidado de reseñar que en esos casos se les indemniza como perjudicados directos, reservando las demás tablas a la fijación de las indemnizaciones a los perjudicados-víctimas de los accidentes, concepto del que vienen excluidas los padres, salvo en aquellos casos en los que concurrieran en ellos las dos condiciones por ser además de padres víctimas directas del accidente como ocupantes del vehículo. Consecuentemente la indemnización

que se fija para los padres en el baremo se limita a la establecida en la referida tabla I y no es posible, con arreglo al sistema instaurado para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, aplicar supuestos indemnizatorios establecidos para las víctimas a quienes carecen de tal condición.

De lo anteriormente referido se deriva la estimación del recurso del condenado y de la entidad aseguradora, y en consecuencia dejamos sin efecto la indemnización establecida a favor de María Luisa en concepto de lucro cesante y secuelas derivadas de la depresión sufrida a raíz de la muerte de su hijo.

Sentencia 193/2007, AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, de 5 de junio de 2007

**NO IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR
Arts. 123 y 126 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera**

SÍNTESIS

La acusación particular no solicitó la imposición de sus costas, por lo que en atención al principio de rogación que rige en esta materia no puede el Tribunal imponerlas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El examen de las actuaciones revela que, en efecto, ni la acusación particular ni el Ministerio Fiscal dedujeron en la instancia petición alguna específica en relación con la inclusión de las costas de la acusación particular en la condena en cos-

tas; el Ministerio Fiscal solicitó la condena en costas sin precisión alguna al respecto, y la acusación particular, verdadera legitimada para hacer esa petición, nada dijo sobre costas en sus conclusiones provisionales, que fueron elevadas a definitivas en el plenario. Siendo esto así, no puede por menos de considerarse que la condena impuesta in-

fringe en efecto el principio de rogación que rige esta materia; como dice el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia 734/2004, de 12 de junio, “las costas se rigen por el principio de justicia rogada y adquieren el carácter de peticiones privadas, perfectamente renunciables cuando se trata de las costas de la acusación particular. No sólo no las ha solicitado, sino que no argumenta por qué motivos se debía habersele otorgado. La petición del Ministerio Fiscal se hace normalmente, para defender los intereses del Estado y sólo cuando la acusación pública estima que la aportación de la acusación particular es o ha sido determinante del éxito del proceso y de la condena impuesta, se podría por la Sala valorar esta petición que, en ningún caso es vinculante, como sucede con las costas del condenado, por imperativo del artículo 123 del Código Penal”; doctrina reiterada en la sentencia del mismo tribunal 1455/2004, de 13 de diciembre: “... tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la situación parece volver a sus orígenes en los que era necesario una expresa manifestación sobre la inclusión de las costas de la Acusación particular. El artículo 126.3 del Código Penal establece el orden de pagos a los que debe hacer frente el penado o eventualmente, si lo hubiere, el responsable civil subsidiario en el aspecto que le corres-

ponde. Pues bien, en dicho artículo, al referirse a las costas del Acusador Particular se especifica claramente la procedencia ‘cuando se impusiere en la sentencia su pago’. Por ello afirmamos que aunque la sentencia incluye las costas de la Acusación Particular sin más matizaciones reconoce y ésta es una variante del problema, que la petición de condena en costas sólo la ha hecho el Ministerio Fiscal de forma genérica. En este caso se da la circunstancia añadida de que la Acusación Particular no las ha solicitado por lo que debe entenderse que bien por omisión o bien por razones no explicitadas, considera que no debe existir pronunciamiento sobre este punto. Dada esta situación y teniendo en cuenta que las costas son gastos que incluyen los honorarios del Abogado que nacen de una relación privada entre cliente y el letrado, no podemos suplir esta omisión extendiéndola por el solo hecho de que el Ministerio Fiscal haya solicitado la genérica condena en costas”. Por consiguiente en el presente caso, habida cuenta de la falta de solicitud expresa por la acusación acerca de que se condenara también al acusado al pago de sus costas, privando así a la cuestión del necesario debate en la instancia, es claro que el recurso debe ser atendido y la sentencia de instancia revocada en este punto.

Sentencia 388/2007, AP TENERIFE, Sec. 2.^a, de 7 de junio de 2007

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES POR EL FISCAL EN EL JUICIO ORAL:
DERECHO A PREPARAR LA DEFENSA

Arts. 732 y 793.7 LECrim.; 24 CE

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Mulero Flores**

SÍNTESIS

La defensa se queja de que, en el trámite de conclusiones definitivas, el Fiscal modificó las provisionalmente presentadas introduciendo nuevas

imputaciones. La Audiencia rechaza la alegación indicando que la tipificación efectiva de los hechos a los efectos de ulterior enjuiciamiento es la que se realiza por la acusación en el trámite de conclusiones en el juicio oral. El principio acusatorio lo que exige es el mantenimiento de la “identidad del hecho” entre una y otra clase de conclusiones. A mayor abundamiento, en el caso de modificación sustancial de conclusiones si las defensas no se consideran preparadas para responder y oponerse con eficacia a las nuevas cuestiones, lo que procede es solicitar la suspensión de la vista conforme al artículo 793.7 de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Con carácter previo, es preciso abordar la queja planteada por la Defensa ante la modificación efectuada por el Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones definitivas y al amparo de lo dispuesto en el art. 732 de la LECrim., y es que este último al elevar a definitivas introduce una calificación de los hechos ya narrados en el escrito de conclusiones provisionales, a saber, los atinentes al día 24 de septiembre de 2003, cuando a la salida de la celebración de un juicio de faltas, el acusado se dirige a ex mujer y le conmina al decir: “¡Tienes los días contados!”, y, dirigiéndose igualmente a Millán, persona a la que Carina se encontraba unida por relación de afectividad análoga a la conyugal y le acompañaba, añadió: “¡Sé que me estás buscando, ya sabes dónde vivo. Yo también sé dónde vives tú”, considerando que tales hechos son constitutivos de un delito de quebrantamiento, —pues teniendo una orden de alejamiento e incomunicación respecto de ella, no estaba justificado el que le hablara y menos aun que se dirigiera a ella (y a Millán) intimidándolos,— y dos delitos de amenazas en concurso ideal.

Tal queja no puede acogerse, y es que siendo el momento de formalizar la imputación, la elevación a definitivas de las conclusiones hasta ese momento provisionales,

ninguna acusación sorpresiva puede existir generadora de indefensión, siempre y cuando no se traspasan los límites de la acción, que en este caso quedó acotada en los hechos de la calificación provisional y la persona del procesado, y respecto de los cuales la Defensa, ha tenido la oportunidad de defenderse en su integridad (de los “hechos” objeto del proceso).

Así pues, cuando las conclusiones provisionales se modifican y en las definitivas se formula acusación por un delito (o subtipo agravado) por el que no se hubiera acusado en aquéllas, el principio acusatorio ha de entenderse satisfactoriamente cumplido cuando haya “identidad del hecho” entre una y otra clase de conclusiones, como dice la Sentencia de 24 de noviembre de 1993, ya que no cabe la menor duda de que el inculgado tuvo perfecto conocimiento de los hechos por los que se le acusaba y la posibilidad de utilizar todos los elementos probatorios que estimase pertinentes (Sentencia de 20 de septiembre de 1994). Lo cual no es predicable al hecho igualmente introducido por la Acusación Pública, en cuanto al valor del vehículo, que sí afectaría al derecho de defensa, si bien carece de trascendencia dicha modificación, pues a la Sala no le ha quedado acreditado dicho extremo.

Por otra parte si las acusaciones varían sustancialmente las conclusiones definitivas respecto de las provisionales, puede suceder

que las defensas no se consideren preparadas para responder y oponerse con eficacia a los nuevos temas, y en tales circunstancias lo procedente es solicitar del Tribunal un aplazamiento de la continuación de la vista, lo que se contempla expresamente en el ar-

tículo 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Procedimiento Abreviado, pero que tiene, sin duda, vocación de generalidad porque responde al principio constitucional de proscripción de toda indefensión (Sentencia de 27 de abril de 1993).

Auto 267/2007, AP MADRID, Sec. 23.^a, de 7 de julio de 2007

ESTUDIO DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN LOS JUICIOS DE FALTAS Y SU OBLIGACIÓN DE PAGO

Arts. 123 Código Penal; 32.5 LEC

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

Aunque en el presente caso se declara que no deben abonarse, la sentencia procede a un minucioso estudio de las teorías existentes sobre el pago de costas de la acusación particular en juicios de faltas para concluir que en los casos en que la complejidad del asunto lo requiera, las costas deben considerarse no con carácter punitivo, sino resarcitorio y hacerse efectivas.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la defensa de Andrés y Carmela se interpone recurso de apelación, por un lado contra el auto del Juzgado de Instrucción de fecha 16 de noviembre de 2006 que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra la providencia de 8 de noviembre anterior que denegaba la inclusión en la tasación de costas de la minuta de honorarios del Letrado D. Ángel, y en segundo lugar, se formula recurso de apelación contra el auto de 23 de enero de 2007 que fija

los intereses que deben percibir los perjudicados como consecuencia de las indemnizaciones otorgadas en su favor en el presente procedimiento.

En cuanto al primero de los recursos de apelación hemos de decir que la cuestión es ciertamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Y así, por un lado, la SAP de Cuenca de 18-1999 establece como criterio general la no inclusión de los honorarios de Abogado y Procurador en el Juicio de Faltas, afirmando que “De otra parte y como

reiteradamente ha entendido esta Sala, no ha lugar a incluir en la tasación de costas la minuta de honorarios y derechos y suplidos, por cuanto dado el criterio antiformalista del juicio de faltas, no es obligatoria en el mismo la postulación y representación por medio de Abogado y Procurador, tal como se desprende de lo dispuesto en los artículos 962 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sic), y todo ello sin perjuicio de la facultad de los referidos profesionales de reclamar el importe de la minuta a su cliente, que voluntariamente ha solicitado sus servicios, pudiendo llegar a hacer uso, para su exacción, de los procedimientos previstos en las leyes procesales...”.

La SAP de Asturias de 22 de febrero de 1999 afirma igualmente que “... El juicio de faltas es uno de los procedimientos ordinarios en materia penal reservado para el conocimiento de infracciones penales de menor entidad, caracterizado por su simplicidad y rapidez, aunque sin que ello represente merma de las garantías procesales. En tal sentido, aun cuando la disposición contenida en el art. 962 de la LECrim. determina que la intervención de Letrado no es preceptiva en este tipo de procesos, la parte puede comparecer asistida por Abogado, bien designado a su elección o nombrado de oficio, si considera que ello garantiza de un mejor modo su derecho de defensa. Sin embargo tal facultad no lleva aparejada que la parte condenada al pago de costas haya de proceder al abono de los desembolsos económicos adicionales y estrictamente voluntarios por la actuación profesional del Letrado elegido para la defensa de los intereses de la parte contraria, que además, ni tan siquiera, consta en el acta de la vista oral fuesen solicitados.

En tal sentido la Sentencia de 9 de marzo de 1991 del Tribunal Supremo establece que ‘dado que en el juicio de faltas no es necesaria la intervención de Abogado ni Procurador, ni tan siquiera para formular querrela, no procede cargar las costas de la acusación particular’.

Por consiguiente, el recurrente no puede ser condenado al pago de las costas del Letrado defensor del acusado por muy temeraria o presidida por la mala fe que fuese su actuación, a pesar de que el art. 240 de la LECrim. autorice la imposición de las costas procesales al querellante particular, cuando resultare de las actuaciones que ha obrado con temeridad o mala fe...”.

La SAP de Tarragona de 15 de julio de 1998 establece también que “... Respecto de la inclusión de las costas de Abogado, es criterio reiterado de esta Sección su no aplicación en aquellos supuestos, juicios verbales o faltas, en los que no sea preceptiva su intervención. En este caso, según los arts. 962 y 969 de la LECrim. no es necesaria su intervención.

Ciertamente que el Juez ha hecho una cuidada y loable fundamentación, en la que destaca su propósito de justicia, al considerar que, dada la complejidad del asunto y la no intervención del Ministerio Fiscal, para la parte es necesaria la actuación del Abogado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los jueces actúan bajo el principio de legalidad, no siendo lícito que sustituyan la ley por su criterio, por bien intencionado que éste sea, en cuanto se convertirían, con ello, en legisladores. En este caso, estamos ante una materia, los accidentes de tráfico, en la que, hasta ahora, pese a no ser nueva la consideración de la complejidad técnica, no se ha querido hacer modificación alguna.

Por otro lado, deben también tenerse en cuenta otros principios como el de igualdad y seguridad jurídica. Si se deja al arbitrio del Juez la consideración de cuándo se precisa la intervención de Abogado, habrá tantos criterios como jueces y casos y con ello estaríamos abriendo las puertas al trato desigual en casos semejantes, además de ser indefinidas las variables que pueden tenerse en cuenta, ya que no sólo sería la complejidad del asunto, sino la preparación cultural del sujeto, el tiempo libre, la experiencia en casos anteriores (imaginemos que el denunciante fuese un licenciado en Derecho, en

paro y que anteriormente hubiese ejercido de pasante, en cuyo caso, pese a la complejidad, no cabría hablar de necesidad de intervención de Letrado)...”.

En cambio, la SAP de Sevilla de 11 de noviembre de 2003 mantiene una tesis distinta a la anterior doctrina jurisprudencial haciendo un examen minucioso de las distintas resoluciones al respecto, afirmando que “... Ciertamente, la inclusión en la condena en costas del culpable de los honorarios devengados por el Procurador y Abogado de la acusación particular en los procesos seguidos por los trámites del juicio de faltas resulta controvertida en la praxis judicial; aunque no cabe negar que la tesis negativa es la mayoritaria en los pronunciamientos de las Audiencias. En efecto, aunque el recurso sólo cita directamente tres resoluciones de Audiencias Provinciales en apoyo de su tesis excluyente, un minucioso escudriñamiento de las bases de datos permite descubrir más de una veintena de resoluciones en el mismo sentido en los últimos años ... El Tribunal Supremo, por las limitaciones inherentes al recurso de casación, ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre el problema que nos ocupa, y siempre partiendo de supuestos en que, seguida la causa por delito, concluyó con sentencia condenatoria por falta, lo que se aparta de los presupuestos de nuestro caso. No obstante, es cierto que la sentencia de 9 de marzo de 1991 se muestra contraria con carácter general a la inclusión de honorarios profesionales en los juicios de faltas, con el argumento fundamental de la no preceptividad de la intervención de Abogado y Procurador en este tipo de procesos. Pero no lo es menos que, mucho más recientemente, la sentencia 1046/2000, de 30 de octubre, establece una posición mucho más matizada y flexible. Tras desarrollar ampliamente la actual concepción de la condena en costas como mero resarcimiento de gastos procesales más que como sanción adicional, y recordando la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 47/1987, de 22 de

abril, acerca del derecho fundamental a obtener asistencia jurídica gratuita, incluso en procesos en que no es preceptiva la intervención de procurador y abogado (aspectos ambos sobre los que luego habremos de volver), proyecta dicha doctrina en su fundamento cuarto sobre los supuestos que nos ocupan, en los términos siguientes:

El derecho a la asistencia letrada, en estos supuestos, permanece incólume, debiendo valorarse en cada caso, para sopesar la concurrencia del derecho a la asistencia gratuita —o en el caso presente, a la inclusión en las costas que no deben ser abonadas por la propia parte perjudicada—, la necesidad de la intervención letrada a los efectos de mantener el principio de igualdad de armas y no situar al perjudicado en situación de inferioridad o indefensión.

La sentencia que acabamos de transcribir parcialmente representa no sólo la jurisprudencia más reciente en la materia, sino también, a nuestro juicio, la doctrina más acertada, y los efectos de su proyección sobre el supuesto aquí objeto de apelación son de indudable importancia, como luego se desarrollará.

El problema de la inclusión en la condena en costas de los honorarios devengados por la asistencia letrada de la acusación particular en un juicio de faltas ha llegado incluso, al menos en una ocasión, a conocimiento del Tribunal Constitucional,... (a través de un recurso de amparo) ... recurso que fue inadmitido por la Sección 1.ª de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, mediante auto 24/1993, de 25 de enero. Aunque el motivo de la inadmisión del recurso fue que el mismo planteaba una cuestión de mera legalidad ordinaria, el auto del Tribunal Constitucional no deja de reseñar en su cuarto fundamento el acierto del criterio seguido por el órgano judicial, con estas palabras, resulta indiferente que la Ley no imponga de manera preceptiva la intervención de Abogado o Procurador en los juicios de faltas, pues es

un dato real e innegable que en ocasiones estos procesos simplificados sirven para decidir conflictos de gran complejidad, por lo que la solución adoptada por la Sentencia impugnada no sólo no es arbitraria, sino que, además, resulta adecuada para garantizar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y sin indefensión que ordena el art. 24.1 de la CE, en la línea que marca la STC 47/1987”.

En definitiva, este exhaustivo repaso a los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales en la materia objeto del recurso autoriza a este órgano de apelación unipersonal a seguir el precedente sentado en su ya lejano auto 25/1997, de 29 de enero; en cuanto el criterio adoptado en dicha resolución parece ser el más coincidente con la posición actual sobre el problema tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, aunque seguramente sea minoritario entre los órganos judiciales del mismo nivel del que aquí resuelve. Corresponde ahora desarrollar la argumentación de tal criterio y, sobre todo, proyectar sus consecuencias sobre el caso *sub iudice*. Haremos lo primero reproduciendo al pie de la letra los razonamientos contenidos en la recientísima sentencia 600/2003, de 10 de noviembre, dictada por esta misma Sección Cuarta, en su composición colegiada.

A los efectos que nos ocupan, debe partirse, ante todo, de la naturaleza antes apuntada de la condena en costas, en el ordenamiento vigente, como de naturaleza fundamentalmente resarcitoria y no punitiva, como la tuvo en los Códigos Penales de 1848 y 1870; distinción esta cuya importancia no puede olvidarse a efectos de la interpretación más o menos restrictiva de su alcance.

Señala así la sentencia del Tribunal Supremo 175/2001, de 12 de febrero (F. 5) que “Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (SSTS de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997, 29 de julio de 1998, entre otras), coinciden en destacar su

naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la LECrim). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como mero resarcimiento de gastos procesales. Asimismo el auto de 11 de mayo de 1998, señala que las costas son por lo general consecuencia del delito y presentan una función reparadora. El proceso origina unos gastos y el procesado está obligado al pago, por su causalidad indirecta a través del delito ... En definitiva ... el condenado está obligado a su resarcimiento como consecuencia de su conducta criminal”.

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 de la CE), constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Sobre estas bases de partida, el tenor literal del artículo 123 del Código Penal vigente es suficientemente claro al señalar que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, al tiempo que el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter general e indiferenciado, incluye entre las costas procesales el pago de los derechos de arancel (limitados hoy

a los de los Procuradores) y de los honorarios devengados por los Abogados; de manera que la no preceptividad de la intervención de dichos profesionales en los juicios de faltas no aparece en principio como obstáculo normativo para la inclusión de sus honorarios en la condena en costas cuando hayan intervenido en un proceso de tal clase y tal intervención se juzgue necesaria.

No puede oponerse a esta conclusión que el artículo 124 del Código Penal sólo incluya expresamente en las costas los honorarios de la acusación particular cuando se trate de procesos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte; pues existe unanimidad jurisprudencial en que dicho precepto sólo tiene el sentido de imponer la inclusión de los honorarios de la acusación particular tratándose de la referida clase de delitos, pero sin prejuzgar cuál sea la decisión procedente al respecto cuando el objeto del proceso se refiera a los demás hechos delictivos, sean graves o leves. En este sentido, y por citar sólo las más recientes, se pronuncian las sentencias 357/2002, de 4 de marzo (F. 5), 634/2002, de 15 de abril (F. 1), 830/2002, de 9 de mayo (F. 2), 1351/2002, de 19 de julio (F. 3), 1583/2002, de 3 de octubre (F. 3) y 361/2003, de 6 de marzo (F. 7).

Por otra parte, no puede olvidarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.2 de la CE tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad y contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios ante las respectivas posiciones de las partes en el proceso o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 de la CE, sin que el hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal sea causa que haga decaer el derecho a la asistencia letrada, “pues, el carácter no preceptivo de la intervención de Aboga-

do en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario” (sentencias 47/1987, de 22 de abril, 216/1988, de 14 de noviembre, 208/1992, de 30 de noviembre, 92/1996, de 27 de mayo, y 212/1998, de 27 de octubre).

De esta doctrina constitucional no puede sino inferirse una conclusión, que viene abonada por el auto del propio Tribunal Constitucional citado en el fundamento anterior, a saber: “que si, en determinados supuestos, la complejidad, dificultad o cuantía del asunto litigioso, la dificultad de acceso del interesado a la sede del órgano judicial o la circunstancia de que la parte contraria cuente con asistencia letrada justifican que, en aras de los derechos fundamentales a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de armas en el proceso, haya de reconocerse el derecho a la asistencia letrada de oficio de quienes reúnan las condiciones económicas para ello, aunque la normativa procesal aplicable permita su autodefensa, por las mismas razones quien, en supuestos de tal índole, se ve obligado a servir de procurador y abogado de su designación para hacer valer en juicio su fundada pretensión, tiene derecho a quedar indemne del coste de tal representación y defensa por vía de la condena en costas...”.

En el mismo sentido e igual criterio se pronuncia la SAP de Asturias 19 de abril de 2001 cuando dice “... Ciertamente, las normas que regulan los juicios de faltas (artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal) no se refieren a las costas y esta clase de procesos, según los artículos 962.1.º y 969.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es preceptiva la intervención de Abogado. Ahora bien, conviene recordar que todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (artículos 24.1.º de la Constitución y 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y a autodefensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la Constitución).

La cuestión ahora debatida se centra en perfilar los contornos de la incidencia que puede tener la contraposición entre la no necesidad de Letrado en juicio de faltas y el derecho a la defensa letrada y la eventual indefensión que la ausencia de un profesional del derecho en algún tipo de faltas puede causar.

Como se ha señalado, es claro que en asuntos de complejidad jurídica, la sola autodefensa de la parte podría generarle indefensión por su desconocimiento de las leyes sustantivas y procesales, y es en este punto donde conviene recordar que no es raro que en los juicios de faltas se resuelvan conflictos de considerable complejidad. En tales supuestos, los honorarios de aquellos profesionales que han intervenido, deben ser incluidos en las costas porque su intervención resultó necesaria para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, evitando de este modo indefensión...”. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Lleida de 13 de septiembre de 2001 recogiendo la doctrina expresada anteriormente.

Para finalizar, la SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2003 adopta un criterio intermedio entre ambas posiciones o posturas, debiendo estar al caso concreto y debiendo analizarse cuál ha sido la actuación del profesional cuyos honorarios solicita que sean incluidos en la tasación de costas, afirmando lo siguiente: “... La pretensión de la aplicación en las faltas del art. 124 del CP, no es posible al estar prevista sólo para los delitos perseguibles a instancia de parte. Para resol-

ver el problema debe tenerse en consideración las singularidades de este procedimiento. Para ello debe partirse del fundamento de la asistencia del abogado.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.2 de la CE, tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes en el proceso o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 de la CE, sin que el hecho de poder comparecer personalmente ante el Juez o Tribunal sea causa que haga decaer el derecho a la asistencia letrada, pues el carácter no preceptivo de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume en tales casos el mencionado derecho, cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de la parte, sin otras limitaciones que aquellas que pudieran derivarse del derecho de la otra parte a un proceso sin dilaciones indebidas (SSTC 7/1986, 47/1987, 216/1988, 208/1992, 215 y 22/2002 y 193/2003).

También debe tenerse en cuenta, que la asistencia puede estar justificada para evitar desequilibrios.

Así, para preservar la situación de igualdad, la LEC, que actúa con carácter general como supletoria de la LECrim (art. 4 de la LEC), prevé que los procedimientos en los que no sea necesaria la intervención del abogado, se comunique a las partes (demandante o demandado) la intención de cualquiera de ellas de ser asistida desde el primer momento por dicho profesional, para poder optar por la defensa técnica (art. 32.1 a 4 de la LEC).

La referida supletoriedad suscita la cuestión de la aplicación del art. 32.5 de la LEC, que dispone que cuando la intervención del abogado no sea preceptiva, de la eventual

condena en costas de la parte contraria que se hubiese servido de dicho profesional, se excluirán los derechos devengados por el mismo, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte defendida esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el art. 394.3.

Ahora bien, la supletoriedad no implica la aplicación automática de la LEC a los supuestos no contemplados en la LECrim., debiendo valorarse en cada caso, de un lado, la acomodación a los principios informadores de la Ley procesal cuya laguna se trata de suplir, y de otro, la semejanza de las situaciones procesales.

La primera diferencia que se encuentra es que no son equiparables los procedimientos en los que civilmente no es necesaria la asistencia letrada, con el juicio de faltas, ya que los primeros se contraen a: verbales con cuantía inferior a las 150.000 ptas., equivalentes a 901,52 euros, la petición inicial del monitorio, de medidas urgentes previas al juicio o de suspensión de vistas o actuaciones, y la personación en juicio; mientras que el juicio de faltas se dilucida la responsabilidad penal, que puede dar lugar a una condena pecuniaria o privativa de libertad, que a su vez puede conllevar una responsabilidad civil muy superior a la señalada para los civiles.

La segunda es que la parte sobre la que puede recaer la condena en costas en el proceso civil son todas las intervinientes, mientras que en el penal, es el responsable penal en caso de condena (art. 123 del CP), y en el de absolución pueden declararse de oficio o imponerse al acusador particular o privado o al actor civil (art. 240 de la LECrim.), nunca a los responsables civiles directos o subsidiarios.

La tercera es que la condena en costas al penado viene impuesta por ministerio de la Ley como una consecuencia de la comisión del ilícito penal, no por su temeridad en la oposición a la pretensión acusatoria, que iría

en contra de su derecho a no declararse culpable.

Dichas diferencias hacen que no pueda aplicarse supletoriamente el art. 32.5 de la LEC.

Entonces, la pregunta que surge es qué criterio debe aplicarse.

Entre las distintas opciones, las extremas: inclusión o exclusión automática de los honorarios del letrado, deben descartarse.

El argumento a favor de la primera, de que los mismos representan un gasto para el perjudicado como consecuencia de un previo ilícito penal, que no se habría generado de no haberse cometido, queda mediatizado por la no estricta necesidad de la intervención de dicho profesional, incluso en las faltas perseguibles a instancia de parte, una vez formulada la denuncia, al poder acusar el Fiscal y/o el propio ofendido, en este caso sin las exigencias de tipificación jurídica y petición de pena característica de los procesos penales por delito, e incluso éste reclamar la indemnización que pudiera corresponderle, sin que le sea exigible una mayor especificación al no tener que conocer el derecho.

El argumento en favor de la segunda basado justamente en la no preceptividad de la intervención del abogado, tampoco resulta plenamente satisfactorio, porque puede provocar situaciones de desigualdad, singularmente cuando no intervenga el Fiscal, y limita de manera desmedida el derecho de opción del perjudicado a la defensa técnica.

Por ello, resulta más lógico adoptar una posición intermedia, en la que se valoren las circunstancias de cada caso concreto, para determinar si la asistencia técnica está justificada...”.

En el presente caso, las actuaciones se inician por denuncia verbal en el Juzgado de Guardia de Majadahonda por un accidente de circulación ocurrido el día 4 de octubre de 2004, pudiendo afirmar que la instrucción en sí misma no ha resultado compleja, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de Instrucción el día 6 de febrero de 2006, frente a la cual se interpuso por los perjudi-

cados, recurso de apelación que contenía varios puntos relativos todos ellos a la responsabilidad civil, el concerniente a Carmela se refería en primer lugar al 10% de factor de corrección, otro relativo a una secuela padecida y solicitando también para ella una cantidad por daños mortales derivados de la pérdida del curso escolar, y por último, otro de los motivos del recurso referido al interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro; el formulado por Andrés se refería igualmente al 10% de factor de corrección y al interés aplicable; y por último, el recurso interpuesto por Eduardo versaba sobre los gastos de paralización del vehículo y sobre la reclamación de la prima anual del seguro por el vehículo no utilizado, motivos estos que verdaderamente no suponían una gran complejidad en relación con los hechos y con la sentencia dictada en las presentes actuaciones, pues prácticamente la sentencia de instancia recogía en su parte dispositiva los pedimentos realizados por los perjudicados en el accidente de circulación, de ahí que entendamos con el Juzgador de instancia que en el presente caso, no proceda incluir en la tasación de costas la minuta de honorarios reclamada por el Letrado actuante en nombre de los perjudicados, debiendo estarse a la literalidad del auto recurrido de fecha 16 de noviembre de 2006 que confirmaba la providencia anterior de 8 de noviembre del mismo año.

Segundo.—En cuanto a la liquidación de intereses que se practica y se determina en el auto de 23 de enero de 2007, la sentencia de instancia en su fundamento jurídico noveno determina que “la consignación efec-

tuada por la Compañía de Seguros es suficiente porque atiende casi en su totalidad a la indemnización que corresponde a cada uno de los dos denunciados, por lo que el momento final del devengo de intereses ha de fijarse en esa fecha de 4 de octubre de 2005”, y sigue diciendo que “... al no haberse realizado ninguna consignación o pago con anterioridad, es procedente la condena al pago de los intereses, con aplicación del artículo 20 de la LCS, desde el día del siniestro 4 de octubre de 2004 hasta el día de la consignación en lo que respecta a estos dos denunciados”, declaración esta que fue confirmada por la sentencia dictada por esta Sala que únicamente modificó el aspecto relativo al 10% del factor de corrección manteniendo los demás extremos de la resolución pronunciada por el Juzgado de Instrucción. Y de acuerdo con este pronunciamiento se realiza la liquidación de intereses que figura en el auto de 23 de enero de los presentes en el que se atiende a este período que fija la sentencia de instancia al haber considerado como suficiente la consignación realizada por la Compañía de Seguros respecto a las indemnizaciones a las que tendrían derechos los dos recurrentes. En consecuencia, y estimando que las cantidades que figuran en el auto en concepto de intereses son adecuadas y ajustadas a derecho y por lo tanto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

Tercero.—No apreciándose mala fe ni temeridad en la interposición del recurso, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en la presente instancia.

Auto 29/2007, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 26 de julio de 2007

REQUISITOS FORMALES PARA DICTAR AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA

Art. 13 Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Carmen Compaired Plo

SÍNTESIS

Aunque la sentencia absolutoria del juicio de faltas declara que las lesiones no se produjeron al ser arrollada la víctima por el vehículo, procede dictar el auto de cuantía máxima porque nos encontramos con el supuesto formal necesario, con independencia de la sentencia civil que en su día se dicte.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se interpone recurso de apelación por la representación de D.ª Luisa contra el Auto de 28 de noviembre de 2006 por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra la Providencia de 1 de septiembre de 2006 en la cual se consideraba que no se dictaba Auto de cuantía máxima toda vez, que según consta en los hechos probados en la sentencia dictada en el presente procedimiento, no ha quedado acreditado que las lesiones sufridas por la misma, el día de los hechos, fuera a consecuencia de ser arrollada por el vehículo conducido por el denunciado, no apareciendo ningún tipo de responsabilidad por parte de éste.

Este Tribunal, a la vista de las actuaciones, y de que pese a los hechos declarados probados, nos encontramos ante una sentencia absolutoria en un procedimiento penal en el que no se ha producido una reserva expresa de acciones civiles para ejercitarla separadamente y ante un Tribunal Civil no le vincularía este pronunciamiento a efectos civiles por lo que entiende que es procedente el Auto previsto en el artículo 13 de Ley 21/2007, de 11 de julio, por lo que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; debiéndose de estar a lo dispuesto en el presente artículo, si se dicta a los 30 días desde su entrada en vigor, según BOE de 12 de julio de 2007.

Sentencia 270/2007, AP LÉRIDA, Sec. 1.^a, de 27 de julio de 2007

CÁLCULO DE INDEMNIZACIÓN A OCUPANTE DE VEHÍCULO

Art. 20 Ley de Contrato de Seguro; Anexo Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Segura Sancho

SÍNTESIS

Se aplica el baremo vigente al momento de dictarse la sentencia con el cálculo respecto a las lesiones concurrentes en atención a la fórmula Balthazard. En este caso no utilizar el cinturón de seguridad no influyó en el resultado, por lo que no existe concurrencia de culpas. El interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se aplicará sólo sobre la diferencia entre la cantidad consignada y la obligada al pago. Se reconoce el derecho a percibir indemnización por la incapacidad total para su ocupación habitual, pero no por lucro cesante por las cantidades dejadas de obtener para no duplicar conceptos. Se recoge ya en esta sentencia la obligación de pagar las prótesis que en el futuro necesite, cuyo importe se concretará en ejecución de sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La precedente modificación del relato de hechos probados tiene por objeto adecuar la exposición fáctica de la resolución impugnada a las exigencias impuestas por los artículos 248 de la LOPJ y 142 de la LECrim. así como la reiterada jurisprudencia que los interpreta, excluyéndose de este modo las expresiones o consideraciones que inadecuadamente se introducen en aquel apartado y que, en puridad, debieran formar parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Segundo.—Hecha la anterior precisión, a través de los respectivos recursos de apelación interpuestos por ambos apelantes contra la sentencia condenatoria de instancia únicamente se impugnan los pronunciamientos relativos al *quantum* indemnizatorio reconocido en aquella resolución aunque, lógicamente, difieren los motivos en los que se sustentan cada uno de aquellos recursos al pretender, por un lado, la representación procesal de la entidad aseguradora, su reducción mientras que de contrario se propugna su incremento. En cuanto al recurso interpuesto por la entidad Seguros Bilbao, tras una exposición inicial relativa a las

vicisitudes procesales acaecidas en cuanto a las sumas consignadas, impetra con aquel fundamento la aplicación del baremo indemnizatorio correspondiente al año 2005 —fecha en el que tuvo lugar el accidente— en lugar del correspondiente a la fecha de celebración del juicio; en segundo término, impugna la suma indemnizatoria reconocida por el concepto de daños morales, al entender que la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula aritmética prevista en el baremo no se alcanzan los límites cuantitativos que permiten su aplicación aunque, subsidiariamente, y en el supuesto en que resultara aplicable, entiende que debe serlo en el tercio inferior del máximo allí previsto; en tercer lugar, solicita la apreciación de una racional compensación de culpas derivada de la no utilización, por parte del perjudicado, del preceptivo cinturón de seguridad, interesando una moderación de la indemnización resultante en un 20%; y, por último, impugna la aplicación de los intereses moratorios al afirmar que existió una actuación diligente por parte de la entidad aseguradora a la hora de consignar unas cantidades que se adecuan a las sumas que finalmente han sido reconocidas.

Por su parte, la representación procesal del denunciante fundamenta su recurso en la falta de aplicación del correspondiente factor de corrección, tanto para las incapacidades temporales como en el apartado secular; en segundo término, propugna la aplicación de un factor de corrección superior al previsto en el baremo debido a que los perjuicios derivados de las graves lesiones que presentan comportan un importe superior al resultante de su estricta aplicación, invocando a tal efecto la doctrina contenida en la STC 181/2000 y cifrando, en este apartado, unos perjuicios económicos cuantificados en 180.263 euros; en tercer lugar, interesa el incremento de la suma reconocida por el concepto de incapacidad permanente total debido a que la gravedad y entidad de las lesiones permanentes que presenta junto a su edad (19 años) le sitúan en una zona muy

próxima a la incapacidad absoluta; en cuarto lugar, interesa el reconocimiento de una indemnización correspondiente a la adaptación de un vehículo a sus condiciones físicas; y, por último, solicita el reconocimiento de una suma indemnizatoria que permita atender a la sustitución y adaptación futura de la prótesis de brazo que utiliza.

Tercero.—Planteados en tales términos el recurso, y abordando en primer término el recurso planteado por la entidad aseguradora en el extremo relativo a la aplicación del baremo correspondiente al año 2005 —fecha en la que se produjo el accidente— en lugar del vigente en el momento en que se celebró el juicio, ha de decirse que aun cuando se trata de una cuestión controvertida que ha dado lugar a diferentes y contradictorios pronunciamientos en el ámbito de la Audiencias Provinciales, esta Sala ha venido sosteniendo de modo reiterado que las deudas indemnizatorias fundadas en el baremo tienen una naturaleza de deuda-valor cuyos límites cuantitativos se determinan en el momento en que se declaran judicialmente y no en el del siniestro ya que, desde un punto de vista de derecho positivo, el ordinal 10 del Anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre, indica que “Anualmente, con efectos de primero de enero de cada año ... deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias...” lo que si se relaciona con la expresa vocación del sistema de baremo de alcanzar la “total indemnidad” de los daños y perjuicios causados a la víctima, a que se refiere el ordinal 7 del indicado apartado primero, conduce a la aplicación de las cantidades baremadas según la actualización en vigor en el momento de la declaración judicial. Pero es que además, la propia naturaleza de la acción indemnizatoria, tiende a conseguir la total indemnidad de la víctima a fin de ser resarcida del quebranto sufrido en su valoración dineraria efectuada en el momento de la declaración judicial en la que se acuerda el pago y no en su suma en la que se valoró el perjuicio en el momento de su producción, que incluso puede ser indeter-

minada. Es por ello por lo que a la hora de cuantificar el alcance y extensión del perjuicio sufrido, y en particular, su cuantificación económica, deberá atenderse a las cuantías señaladas en el baremo vigente en el momento de su efectiva determinación, que no es otro que en la resolución judicial. Distinta cuestión es la del devengo de los intereses moratorios, aspecto en el que efectivamente deberá atenderse a las particularidades concurrentes en cada caso, y en especial la diligencia de las entidades aseguradoras al efectuar la consignación, el cual será posteriormente examinado dado que ha sido igualmente impugnado por la entidad recurrente.

En cuanto al cálculo de las secuelas funcionales, no se impugna expresamente el resultado de las que aparecen descritas en el apartado de secuelas objetivas del informe forense, centrandó su impugnación en las que se relacionan en el apartado de “secuelas subjetivas”, concretamente la hiposmia (3 puntos), hipoagueusia e hipoestusias (5 puntos), lesiones que —según se informa— no pueden objetivarse aunque guardan relación con las que le han sido diagnosticadas. En la medida en que no existe motivo alguno para excluirlas y dado que guardan relación con el cuadro lesional, han de ser incluidas en el apartado secular, tal y como se hizo en la sentencia de instancia.

Ahora bien, y a diferencia de lo que se llevó a efecto en la resolución de instancia, en la que se procedió a la suma aritmética de la puntuación asignada a cada secuela, será de aplicación imperativa la fórmula de Balthazard contenida en el RDL 8/2004 debido a que se trata de secuelas concurrentes y a su resultado deberá adicionarse la cantidad correspondiente al perjuicio estético. Así las cosas, la puntuación total del apartado secular asciende a 79 puntos, lo cual representa una indemnización de 200.716,09 euros (2.540,71 euros punto) a la que deberá adicionarse la indemnización correspondiente a los perjuicios estéticos, cifrados en 24 puntos, lo que representa 28.414,56 euros y, por lo tanto, un total de 229.130,65

euros. A esta cantidad deberá adicionarse la indemnización correspondiente al período de curación, cifrado en la sentencia de instancia —y no impugnado— en 15.500,08 euros.

Cuarto.—Se impugna igualmente la indemnización reconocida en sentencia por el concepto de daños morales al considerar que aquel concepto no es aplicable al presente caso en la medida en que ninguna secuela, por sí sola, excede de 75 puntos ni las concurrentes superan los 90 puntos. El motivo de impugnación ha de contar con favorable acogida puesto que el tenor literal de la disposición es absolutamente claro y, en el presente caso, las secuelas concurrentes no alcanzan el límite previsto en la norma. Ni lo alcanzan por sí solos, ya que como se ha dicho suponen un total de 79 puntos, ni tampoco los alcanzarían si llegara a incluirse en la operación aritmética la puntuación correspondiente a los perjuicios estéticos, posibilidad por otro lado vedada por la propia norma que al referirse a la indemnización por este concepto precisa que “el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos” y que éstos últimos, a la hora de computarlos, se han de valorar separadamente y, una vez adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que corresponda “por separado, sumándose las cantidades obtenidas —sólo las cantidades— al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes”. En consecuencia ha de excluirse de la indemnización la cantidad incluida por este concepto.

Quinto.—Pretende igualmente la representación de la entidad aseguradora la reducción de la suma indemnizatoria debido a que el perjudicado viajaba en el vehículo accidentado sin utilizar el preceptivo cinturón de seguridad, razón por la que —en su opinión— contribuyó a la agravación de las importantes lesiones que sufrió en el accidente.

Del relato de hechos probados se desprende que el accidente se produjo por la colisión del vehículo conducido por el denunciado contra la parte trasera de un vehículo camión que circulaba correctamente por la autovía A-2, produciéndose la pérdida del control del vehículo y su salida de la vía tras varias vueltas de campana. El ahora denunciante viajaba como usuario de aquel vehículo y ocupaba el asiento trasero sin utilizar el cinturón de seguridad.

En cuanto a las consecuencias que han de derivarse de la falta de utilización de este mecanismo de seguridad, y en particular a los efectos de motivar una compensación de culpas con la consiguiente reducción de la indemnización correspondiente a las lesiones sufridas, ha de tenerse en cuenta no ha encontrado una respuesta unívoca en la jurisprudencia: en algunas ocasiones se ha cuestionado la eficacia causal de esta descuidada conducta por comparación con la ausencia de lesión de otras personas que hubieran incurrido en el mismo descuido; en otros casos se exige una prueba técnica rigurosa de la relevancia causal de aquella conducta en la producción del resultado; y en otras ocasiones se ha considerado un hecho notorio, relevado en consecuencia de prueba, que permite inferir que la falta de utilización del cinturón de seguridad acentúa por sí sola la situación de riesgo en potencia que supone utilizar un vehículo, lo que ha de traducirse en la moderación de la suma indemnizatoria.

En el presente caso en concreto, y sin afán de establecer unos criterios generales de valoración, resulta que de los cinco ocupantes del vehículo tan sólo uno de ellos —el conductor— utilizaba aquel sistema de seguridad pasiva y éste, según se desprende del atestado policial resultó igualmente lesionado. Pero es más, las consecuencias lesivas para los restantes usuarios del vehículo que no utilizaban el cinturón de seguridad fueron del todo diversas ya que —según consta en el atestado— alguno de ellos tan sólo resultó con lesiones leves mientras que

las de los otros fueron más graves, y en especial las que sufrió el ahora denunciante. Esta diferencia en el resultado lesivo impide reducir a un solo factor, cual es la falta de utilización del cinturón de seguridad en el asiento trasero de un vehículo, como la única concausa del resultado lesivo, pues pueden concurrir otros factores que, tras su análisis, hubieran permitido determinar —más allá de simples conjeturas— la eventual incidencia de aquel extremo en el resultado final producido lo que como se ha dicho, no ha quedado acreditado en el presente caso.

Sexto.—El último motivo del recurso interpuesto por la entidad aseguradora se halla referido al devengo de las cantidades correspondientes a los intereses moratorios, al entender que su actuación fue en todo momento diligente a la hora de llevar a cabo las consignaciones y la petición de suficiencia puesto que efectuó una primera consignación, dentro del plazo de tres meses —incluso antes de la interposición de la correspondiente denuncia— y la siguiente, que tuvo lugar en el mes de septiembre de 2005 por un importe de 154.191,23 euros —que fueron entregados y aceptados por el perjudicado— y que se corresponden con las lesiones objetivadas en aquel momento. Estas consignaciones, y la petición de suficiencia —sobre la que no se pronunció el juzgado— representan en su opinión una actuación diligente en el cumplimiento de sus obligaciones que excluye el pronunciamiento relativo al devengo de los intereses moratorios.

El artículo 9 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su redacción dada por el RDL 8/2004 sobre mora del asegurador, establece el plazo de consignación de tres meses así como la declaración judicial de suficiencia. En el presente caso la primera de las consignaciones tuvo lugar dentro del referido plazo y ello pese a que se procedió a su devolución debido a que la denuncia no fue interpuesta hasta el día 22 de junio de 2005 y la reapertura

de las actuaciones tuvo lugar mediante resolución de 11 de julio de aquel año. Esta circunstancia determinó que en el mes de septiembre se efectuara una nueva consignación por el importe antes expresado, lo que excluiría la apreciación de mora en la entidad aseguradora al tratarse de una causa justificada a que se refiere el apartado 8 del artículo 20 de la LCS que establece que “No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”. Ahora bien, lo anterior tan sólo sería aplicable respecto de aquella cantidad efectivamente consignada por cuanto que tuvo lugar dentro del plazo de tres meses —aunque no fue aceptada judicialmente— y la que se efectuó con posterioridad lo fue inmediatamente después de tener noticia de la denuncia interpuesta. Por el contrario, no es posible apreciar causa justificada respecto a la diferencia de la cantidad consignada con el importe total reconocido ya que aquel comportamiento diligente resultó inobservado con posterioridad ya que una vez existía constancia del alcance de las lesiones, lo que se acreditó a través de los informes forenses fechados el 20 de marzo de 2006 y 11 de enero de 2007, no hubo otra consignación hasta el 5 de marzo de 2007, (por un importe de 114.260,17 euros, con lo que el total consignado fue de 268.451,4 euros), esto es, tras la convocatoria al juicio de faltas inicialmente señalado para el día 12 de abril de 2007. En consecuencia, y pese a que la entidad aseguradora era ya cabal conocedora, cuando menos en el mes de marzo de 2006, de la extensión, importancia y gravedad de las lesiones sufridas por el perjudicado no efectuó ninguna consignación hasta un momento posterior, esto es, cuando se convocó por primera vez a las partes al acto de juicio.

Cierto es que la compañía aseguradora interesó, en su momento, la declaración de suficiencia de la cantidad que consignó, e igualmente es cierto que aquella petición hubiera permitido excluir la declaración de

mora, pero también lo es el que pese a que no existió ningún pronunciamiento judicial al respecto pudo la entidad aseguradora actuar diligentemente —tal y como lo había hecho con anterioridad— desde el momento en tuvo conocimiento de los informes forenses relativos al alcance y extensión de las lesiones. La petición de declaración judicial de suficiencia —que desaparecerá con la futura entrada en vigor de la Ley 21/2007, de 11 de julio— en sí mismo no puede excluir la situación de mora en aquellos casos en los que sea perfectamente posible conocer la cantidad a la que pueden ascender las indemnizaciones correspondientes a la entidad de las lesiones, como así ocurrió en el presente caso.

Consecuentemente a lo anterior, las sumas indemnizatorias reconocidas en favor del perjudicado devengarán el interés legal previsto en el artículo 20 de la LCS —en la interpretación que del precepto hace la STS de 1 de marzo de 2007— en cuanto a la diferencia entre la cantidad consignada el 20 de septiembre de 2005, por un importe de 154.191,23 euros, y la que se determinó por estos conceptos en la sentencia de instancia.

Séptimo.—Respecto del recurso interpuesto por la representación procesal del denunciante, y en lo tocante al primero de los motivos, esto es, la aplicación del factor de corrección respecto de las sumas reconocidas por los conceptos de incapacidad temporal y lesiones permanentes, ha de significarse que el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por las lesiones se produce a través del factor de corrección previsto en el baremo, puesto que la indemnización básica se corresponde en exclusiva con el daño moral mientras que el factor de corrección está encaminado a compensar las pérdidas económicas, y ello se lleva a cabo a través de una presunción *iuris et de iure* en el que se contemplan los ingresos netos anuales de la víctima, sin que la existencia de pérdidas económicas sea determinante de un complemento. Esta baremización del concepto y su cuasi objetivización, al con-

templar tan sólo los ingresos netos de la víctima derivado de su trabajo personal, facilita su cuantificación sin necesidad de llevar a cabo un especial esfuerzo probatorio, aunque realmente con ello tan sólo se beneficie a los lesionados que simplemente se encuentren en edad laboral, aunque no obtengan ingresos, o en favor de quien los mantenga sin pérdidas. Más concretamente, se facilita su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena mientras que para los trabajadores por cuenta propia el sistema puede resultar perjudicial, ya que es posible que sus perjuicios económicos sean superiores a los que resulten de la mera aplicación automática de los factores de corrección. Es en este marco en el que ha de tenerse en cuenta la doctrina contenida en la STC 181/2000, que como es sabido declaró inconstitucional y nulo el apartado b) de la tabla V del baremo contenido en la Ley 30/1995 aunque precisando que únicamente lo será “en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia” y así resulta que los porcentajes previstos en la norma como factores de corrección constituirán los mínimos que en su caso pueden percibirse pero sin que al mismo tiempo sean el máximo, de modo que podrán reclamarse unos perjuicios económicos o unas ganancias dejadas de obtener superiores que vendrán establecidas “de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso”.

Así las cosas, y como consecuencia de lo anterior, resulta que la reparación de los perjuicios económicos podrá llevarse a cabo o bien con arreglo a los porcentajes previstos en los factores de corrección o bien, si con ello se genere un perjuicio económico, conforme a los gastos que hubieren quedado acreditados, en cuyo caso no será de aplicación el límite porcentual previsto en el propio baremo. Sin embargo, no podrá aplicarse la suma cumulativa de ambas partidas pues ello supondría la indemnización duplicada del mismo concepto.

De este modo, lo que pretende ahora el recurrente es el reconocimiento de unos

eventuales perjuicios, que cifra en 180.263,77 euros, y que obtiene a partir de los ingresos que venía percibiendo y que llegaría a percibir a lo largo de su vida laboral y lo que percibirá por el concepto de pensión reconocida por incapacidad. La pretensión así planteada no puede prosperar ya que no sólo parte de unas variables inconcretas e imprecisas sino que además se contraponen con la situación actual. En efecto, según consta en las actuaciones, y así resultó acreditado en el acto de juicio, se ha apreciado la situación de incapacidad total para su ocupación habitual —mozo de almacén— del lesionado, por lo que percibe la correspondiente pensión, y además, cuenta actualmente con una ocupación en la organización ONCE de la que percibe otros ingresos complementarios. Esta situación fáctica, por sí sola, determinaría la inaplicación de los cálculos efectuados en orden a determinar un lucro cesante en los términos en los que aparece planteado. Pero es más, la propia situación de incapacidad total se halla referida a su ocupación habitual, lo que no le impide cualquier otra adecuada a su situación física, máxime cuando se trata de una persona joven y con capacidad de adaptación futura. Es decir, su pretensión indemnizatoria fundada en este concepto no acredita unos perjuicios económicos o unas ganancias dejadas de obtener superiores a las que resultaría de la aplicación del factor de corrección previsto en la norma, con lo que no puede acogerse aquel pedimento.

Cuestión distinta es la relativa a la aplicación, en el presente caso, del factor de corrección reclamado de modo subsidiario al anterior, petición que aun cuando no fuera reclamada de modo expreso debe entenderse comprendida en la reclamación más amplia a la que se ha hecho referencia con anterioridad. Y sobre este aspecto es indiscutible la aplicación de la norma en la medida en que se ha acreditado que el perjudicado contaba con edad laboral y además disfrutaba de una ocupación de la que obtenía ingresos. Estas dos circunstancias permiten aplicar, sin mayores razonamientos, los factores

de corrección previstos en las Tablas IV y V del baremo, que lo será en un 10% respecto de las sumas indemnizatorias reconocidas por los conceptos de lesiones permanentes e incapacidad temporal. Con arreglo a ello, la indemnización correspondiente al primer concepto, y que se cuantificó en la sentencia de instancia en 15.500,08 euros —pronunciamiento que no ha sido impugnado— la suma indemnizatoria total será de 17.050,8 euros, y en cuanto a la indemnización correspondiente a las secuelas, cuantificadas en esta instancia en 229.130,65 euros, la cantidad resultante, una vez aplicado el factor de corrección, será la de 252.043,71 euros.

Octavo.—En segundo término interesa el recurrente el incremento de las sumas indemnizatorias reconocidas por el concepto de incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, dado que en la resolución de instancia le fue reconocida, por este concepto, la cuantía mínima prevista en el baremo, valoración que en su opinión no se corresponde con la gravedad y extensión de las lesiones y sus secuelas. Esta Audiencia Provincial ha venido sosteniendo en diversas resoluciones (SAP Lleida de 11 de noviembre de 2004, citada por los recurrentes, entre otras muchas) que el concepto de incapacidad para la ocupación habitual no coincide necesariamente con el utilizado en otros ámbitos ya que la regulación en materia de responsabilidad civil derivada de la circulación atiende a la limitación que la lesión puede comportar en una actividad, sea o no remunerada, para lo cual es necesario determinar el grado de impedimento o de restricción de la actividad y que ésta sea consecuencia de las lesiones permanentes causadas en el siniestro. En el presente caso es obvia e indiscutible la incidencia de las lesiones en la actividad del lesionado, quien lamentablemente no sólo sufrió la amputación de antebrazo derecho sino que, además, y entre otras lesiones, perdió la visión del ojo izquierdo y presenta déficit en

la audición del oído izquierdo. Estas circunstancias valoradas con arreglo a la actividad laboral que desempeñaba en aquel momento (operario de fábrica) y su edad (19 años) conducen a la evidente constatación de su incapacidad total para su ocupación habitual. A la hora de su cuantificación, y teniendo en cuenta la escala contemplada en la norma (de 16.537,11 —reconocida en sentencia— a 82.685,52 —que es la pretendida por el recurrente—) resulta incuestionable que ha de situarse en el tercio superior, hasta alcanzar el límite máximo en la medida de su incidencia total en su actividad habitual. Es por ello por lo que en esta instancia, teniendo en cuenta los parámetros a los que anteriormente se ha hecho referencia, se estima adecuada y proporcional la cantidad máxima prevista en aquella disposición, 82.685,52 euros, máxime si se tiene en cuenta que con arreglo al informe médico forense su situación física actual no sólo incidirá en su actividad profesional sino en cualquier otra que requiera la integridad funcional de la muñeca y de la mano derecha así como en aquellas otras actividades que requieran una psicomotricidad fina con la extremidad superior contralateral, y ello sin perjuicio de la posibilidad de llevar a cabo cualquier otra actividad laboral remunerada —tal y como sostiene la entidad aseguradora— ya que si no fuera así la incapacidad sería absoluta y, en consecuencia, integraría una categoría superior a la que ahora es objeto de indemnización.

Noveno.—Petición igualmente el recurrente el reconocimiento de la cantidad reclamada por el concepto de adecuación de un vehículo, pretensión omitida en la resolución de instancia, y que cifra en la cantidad de 12.402 euros. Tal pretensión ha de ser acogida aunque no lo sea en los términos solicitados por cuanto que si bien se ha acreditado que la situación del perjudicado le hace acreedor a aquella reclamación, a los efectos de disponer de un vehículo adecuado a sus actuales características físicas, también lo es el que no se ha acreditado el im-

porte exacto al que asciende la adaptación, motivo por el que la definitiva fijación de aquel importe deberá llevarse a cabo en trámite de ejecución de sentencia con el límite económico que ha sido objeto de reclamación y sin que proceda devengo de intereses moratorios del 20% respecto de la indemnización que finalmente se le reconozca por este concepto.

Décimo.—Reclama, por último, las cantidades correspondientes a los gastos futuros que deberá atender el perjudicado en orden a la adaptación, sustitución y mantenimiento de la prótesis mioeléctrica de antebrazo. Al respecto consta en autos que la prótesis prescrita al lesionado es la adecuada para el tipo de minusvalía sufrida y que este tipo de prótesis, con un valor económico en el momento de emitirse el informe obrante en el folio 336 es de 11.968,44 euros —que han sido reconocidas en la resolución de instancia y no impugnadas— tiene una duración media de 4/6 años durante los cuales deben llevarse a cabo diversas revisiones que dependerán del grado de utilización. Con fundamento en tales datos interesa el recurrente un pronunciamiento judicial en cuya virtud se le reconozca una indemnización de 127.642 euros que se corresponde a las prótesis que previsiblemente necesitará a lo largo de su vida más 112.216 euros en que cifra las revisiones que deberán llevarse a cabo durante el mismo período. Tal pretensión ha de ser igualmente acogida aunque no sólo sea en los términos interesados por el recurrente. En efecto, ha

de acogerse la procedencia de indemnización para la efectiva adaptación y renovación de componentes protésicos con fundamento en los informes obrantes en los folios 333 a 336, correspondientes al Dr. Rubén y a la ortopedia “Grau Soler” de Barcelona. Ahora bien, en cuanto a la indemnización procedente en tal concepto, si bien es previsible que el perjudicado, dada la actual esperanza de vida, pueda utilizar hasta diez prótesis, como se argumenta en el recurso interpuesto, resulta procedente —como ya dijimos en la SAP de 2 de octubre de 2002— que ante la incertidumbre sobre las prótesis que efectivamente adquirirá y de las revisiones que efectivamente precisará, establecer ahora la condena al pago del importe del precio de las prótesis y de los gastos derivados de sus revisiones y adaptaciones, previa justificación de su adquisición o de su pago, lo que se llevará a cabo en trámite de ejecución de sentencia en el supuesto en que extrajudicialmente no fuera atendido el pago de aquel importe. En cualquier caso el importe máximo de la indemnización por este concepto, por razones de congruencia, no podrá exceder del importe reclamado y todo ello sin que proceda devengo de intereses moratorios del 20% respecto de las indemnizaciones que se vayan justificando en tal concepto.

Undécimo.—La estimación parcial de los respectivos recursos de apelación interpuestos comporta la declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS TRAS LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES DE 2006

INTRODUCCIÓN

Transcurridos mas de cinco años desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), se ha producido la primera reforma en profundidad del sistema de justicia juvenil en España, tras la aprobación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

El gran calado de la referida reforma, unido a la experiencia aplicativa acumulada a lo largo de estos años, exige el dictado de una nueva Circular, que manteniendo en lo no expresamente incompatible los criterios sentados en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 aborde la exégesis de la nueva regulación y, en lo necesario, se introduzcan pautas interpretativas adicionales. La necesidad de una nueva toma de posición de la Fiscalía General del Estado en relación con la responsabilidad penal de los menores deriva, no sólo de la reseñada reforma 8/2006, sino también de la anterior modificación operada por LO 15/2003 así como de la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley, regulado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Atendiendo las circunstancias expuestas, el Fiscal de Sala Delegado de Menores, tras oír las sugerencias de las Secciones de Menores de las Fiscalías territoriales, y de conformidad con las previsiones de la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre instrumentación efectiva del principio de unidad de actuación, propuso la elaboración de una Circular que sentase una interpretación uniforme sobre tales novedades.

Algunas cuestiones que la reforma introduce son de tal relevancia que quizás exigirían de un *spatium deliberandi* mas prolongado en el tiempo. No obstante, la necesidad de dotar de pautas unificadas de actuación a las Seccio-

nes de Menores de las Fiscalías obliga al sacrificio de tales períodos extendidos de reflexión, sin perjuicio de que las experiencias aplicativas que vayan acumulándose a partir del dictado de la presente Circular puedan justificar en el futuro un replanteamiento de los criterios en ella acuñados, y a salvo la siempre enriquecedora facultad de las Fiscalías de elevar consultas que hagan avanzar en el objetivo de lograr pautas exegéticas sólidas y unificadas.

La Fiscalía General del Estado ha considerado prioritario lograr una interpretación uniforme y adecuada de la legislación penal de menores, lo que se refleja en la profusa doctrina emanada de la misma. El protagonismo absoluto del Fiscal en el sistema de justicia juvenil y la índole de los intereses en juego exige más que en ninguna otra área un armónico y ordenado cumplimiento del principio de unidad de actuación. En efecto, además de la referida Circular, —y sin necesidad de retrotraernos a fechas anteriores a la publicación de la LORPM— debe reseñarse la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, la Instrucción 1/2000, de 26 de diciembre, sobre la necesaria acomodación a la LORPM de la situación personal de los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva, la Circular 2/2001, de 28 de junio, sobre incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, la Consulta 1/2002, de 24 de octubre, sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000, la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores, la Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía, la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, la Consulta 2/2005, de 12 de julio, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente, y la Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores.

Tras la publicación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, se dictó la Instrucción n.º 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la Ley Orgánica 8/2006, cuyos criterios han sido asumidos por la STS n.º 502/2007, de 4 de junio.

También dedican apartados específicos a aspectos relacionados con la posición del Fiscal ante el proceso penal de menores la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, la Instrucción 2/2006, 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, la Instrucción 3/2005, de 7 de

abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación y la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE.

A la hora de abordar los múltiples temas que se plantean, debe partirse de algunos ejes básicos.

Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el papel estelar que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada.

Por otro lado, se introducen importantes modificaciones en la regulación de las medidas, orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del Juez. Se concretan en este punto las pautas contenidas en la disposición adicional sexta introducida en la LORPM por la LO 15/2003.

Finalmente, —y ello va a exigir un esfuerzo interpretativo importante— se modifica radicalmente el tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones bien que combinado con el mantenimiento aunque funcionalmente restringido— de la pieza de responsabilidad civil.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006, según el sentir mayoritario de las Secciones de Menores de las Fiscalías, expresado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007, contiene ciertos logros como son la mayor información y protección a las víctimas y perjudicados (artículo 4), el nuevo catálogo de medidas imponibles por faltas (artículo 9.1), el nuevo sistema de designación de Letrado en la Fiscalía (artículo 22.2), una mejor regulación de las medidas, sus reglas de determinación y duración (en especial, el supuesto de pluralidad de infracciones —artículos 7, 9, 10, 11, 12 y 47—, el tratamiento de los mayores de edad (artículo 14), la ampliación del plazo máximo de duración de las medidas cautelares (artículo 28), el nuevo régimen de responsabilidad civil (artículo 64) o la nueva regulación del recurso de casación para unificación de doctrina (artículo 42).

[...]

III. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

[...]

1. Posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho

La reforma 8/2006 aborda una materia que por no estar expresamente regulada en la redacción original de la LORPM motivó dudas interpretativas. Se trata de la cuestión de si por un mismo hecho puede imponerse más de una

medida y si, a la inversa, en los expedientes en los que se conozcan de varios hechos imputados al menor ha de imponerse una medida por cada uno de ellos.

El nuevo apartado cuarto del artículo 7 dispone que “el Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos.”

Por tanto, se opta, coherentemente con la filosofía subyacente en el sistema, por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse una sola medida por varios hechos y más de una medida por un solo hecho. Esto último debe entenderse siempre lógicamente con respeto al principio de proporcionalidad en sentido positivo, conforme al que no pueden anudarse a hechos leves respuestas sancionadoras graves.

Esta nueva posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho es concorde con el principio 18 de las Reglas de Beijing, que permite imponer varias medidas siempre que sea en interés del menor y sean complementarias entre ellas. Estos dos parámetros —junto al respeto a la proporcionalidad— habrán de ser los criterios que inspiren a los Sres. Fiscales a la hora de optar por hacer uso de esta habilitación legal.

La aclaración del último inciso de este precepto es una derivación de la lógica del sistema de determinación de las medidas, en tanto presidido por la flexibilidad: “en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase”.

Por tanto, cabrá imponer varias medidas de distinta clase por un solo hecho y una sola medida por varios hechos, pero no podrán imponerse varias medidas de la misma clase ni cuando se condene por la comisión de un hecho ni cuando se condene por varios.

Consiguientemente los Sres. Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.-5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, que consideró —con sólidos asideros a la vista del Derecho entonces vigente— que no cabía imponer más de una medida por un solo hecho.

2. Medidas imponibles por la comisión de faltas

El apartado primero del artículo 9 de la LORPM incrementa las posibilidades de intervención frente a hechos constitutivos de falta: se amplían las medidas imponibles, incluyendo las de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

Se da respuesta a una denuncia reiteradamente formulada desde las Fiscalías, que hacían notar cómo el catálogo de medidas que inicialmente preveía la LORPM como reacción ante las faltas era notoriamente insuficiente.

[...]

7. Pluralidad de infracciones

7.1. Pluralidad de infracciones conexas

La regla básica se encuentra en el nuevo apartado primero del artículo 11, que dispone que “los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas”.

Por tanto, habiéndose condenado al menor por una pluralidad de delitos, siendo éstos conexas, (y consiguientemente —por tratarse de una conexidad máxima— también en supuestos de continuidad o de concurso ideal), los límites máximos de cumplimiento son los genéricos previstos en el artículo 9 y en el 10 de la LORPM. La comisión de una pluralidad de delitos —en tanto concurra la nota de conexidad— no va a generar ningún tratamiento imperativo basado en la exasperación. La única consecuencia será la de que a la hora de determinar dentro de los límites referidos la concreta respuesta sancionadora, habrán de ser ponderados los módulos de proporcionalidad, atendidas “la naturaleza y el número de las infracciones” pero siempre teniendo en cuenta “el interés del menor y tomando como referencia la más grave de todas ellas”.

El único supuesto en el que cabe propiamente exasperar la consecuencia sancionadora —pero siempre facultativamente— es el previsto en el apartado segundo del artículo 11: cuando alguno o algunos de los plurales delitos cometidos fuere de máxima gravedad (artículo 10.2 de la LORPM) la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de 10 años para los mayores de 16 años y de 6 años para los menores de esa edad.

Para que pueda imponerse el internamiento en régimen cerrado por encima de los ocho años (para menores de 16 y 17 años), y por encima de los cinco años (para menores de 14 y 15 años) será necesario que el delito que acompañe al de máxima gravedad sea de los que permiten imponer el internamiento cerrado conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LORPM. Otra interpretación supondría exasperar injustificadamente el tratamiento de esta modalidad concursal hasta el límite de superar la suma aritmética de las medidas impuestas.

Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de menores, por lo que

habrá de estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la que más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad “temporal”, es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS n.º 548/2000, de 30 de marzo, 722/2000, de 25 de abril, 1265/2000, de 6 de julio, 860/2004, de 30 de junio, 931/2005, de 14 de julio, 1005/2005, de 21 de julio, 1010/2005, de 12 de septiembre, 1167/2005, de 19 de octubre, y AATS 1110/2007, de 14 de junio y 1124/2007, de 7 de junio).

En definitiva, lo que no cabe es constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad para los delitos futuros (STS n.º 798/2000, de 9 de mayo) y por ello sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (STS n.º 364/2006, de 31 de marzo).

Por lo demás, conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2005, “no es necesaria la firmeza de las sentencias para el límite de la acumulación.”

Cuando la pluralidad de delitos conexos sea enjuiciada en un mismo expediente, la determinación de la medida o medidas aplicables no planteará cuestiones procedimentales, mientras que si el enjuiciamiento se dispersa, la fijación del tope máximo de cumplimiento habrá de realizarse conforme al iter procedimental que se abordará en el epígrafe III.-7.3. En estos supuestos de delitos conexos enjuiciados en distintos expedientes, al límite en la duración de las medidas previsto en los artículos 9 y 10 se superpone otro límite: la medida resultante tampoco podrá superar “el límite del doble de la más grave de las refundidas”. Este límite adicional deriva por un lado del hecho de que la previsión del artículo 47.2 de la LORPM no ciñe su aplicación a los delitos no conexos, y por otro lado a la vista de que otra interpretación podría llevar al absurdo de otorgar un régimen más severo a la acumulación de delitos conexos que a la de los no conexos. Así, si un menor de 17 años es condenado en tres procedimientos distintos por tres homicidios conexos a la medida de cuatro años de internamiento cerrado en cada uno de ellos, al límite máximo de diez años de internamiento (artículo 10.2 y 11.1 de la LORPM) habrá de añadirse el límite previsto en el artículo 47.2 de la LORPM, y en definitiva, la medida acumulada a imponer no podría superar los ocho años de internamiento.

7.2. Pluralidad de infracciones no conexas

El apartado 3 del artículo 11 dispone que cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.

Refiriéndose el apartado 1 del artículo 11 a los delitos conexos, claro es que esta disposición regirá para los delitos no conexos. En cuanto a su tratamiento, remitiéndose la disposición al artículo 47.2, habrá de estarse a la regla conforme a la que “si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas”.

Consiguientemente, para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos 9 y 10 de la LORPM, y así por ejemplo, en el supuesto de un menor condenado por homicidio a una medida de internamiento por ocho años que durante un permiso comete un asesinato, y al que por tales hechos se le impone una nueva medida de ocho años, podrá cumplir hasta dieciséis años de internamiento.

Las normas sobre acumulación jurídica tratan de corregir las penas excesivamente largas que derivarían la simple acumulación matemática. Si con carácter general las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (artículo 15 de la CE) y que fijan como fines de las penas la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 de la CE) y en general, atendiendo al principio de favorecimiento del reo, en Derecho Penal juvenil tales postulados han de intensificar aún más sus efectos, en tanto la respuesta es sancionadora-educativa, inspirada por el principio del superior interés del menor e ineludiblemente orientada hacia la resocialización.

Bajo estos postulados se estructura el tratamiento de la acumulación tras la reforma 8/2006. En efecto, a diferencia del Derecho Penal de adultos, en el que los límites a la acumulación material de penas derivada del concurso real de delitos (el triplo de la pena más grave y los topes de 20, 25, 30 y 40 años previstos en el artículo 76 del CP) sólo operan ante delitos conexos, en la LORPM el límite máximo representado por el doble de la medida más grave impuesta también despliega sus efectos cuando los delitos no son conexos.

La ampliación de los topes de cumplimiento en delitos no conexos es lógica desde la necesidad de evitar los efectos criminógenos que pudieran generarse en otro caso, en el siempre bien entendido de la operatividad —si procede y dentro de los límites legales— del principio de flexibilidad durante la ejecución de las medidas refundidas.

Ni que decir tiene que no procederá la aplicación del tope máximo del doble de la medida más grave impuesta si el resultado de sumar las medidas impuestas es inferior.

[...]

VI. MEDIDAS CAUTELARES

1. Cuestiones generales

El nuevo texto del artículo 28 de la LORPM supera las más graves deficiencias de que adolecía la redacción original de este precepto, en el que, entre otros extremos, ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional, se seguía permitiendo fundamentar las medidas en la “alarma social”.

La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil ya salió al paso de estas incorrecciones perturbadoras, declarando que la medida de internamiento “no podrá fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del artículo 28 de la LORPM”.

El artículo 28 dedica su apartado primero a unas disposiciones comunes para todas las medidas cautelares y un apartado segundo que recoge las especialidades aplicables a las medidas de internamiento.

El apartado primero del artículo 28 dispone ahora que el “Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.”

Habrán por tanto de fundamentarse con carácter general las medidas cautelares en el *fumus boni iuris*, representado por los indicios racionales de comisión de un delito y el *periculum in mora*, que a su vez puede manifestarse bien por el riesgo de fuga, bien por el riesgo de oscurecimiento u obstrucción, bien por el riesgo de reiteración en el ataque a la víctima.

Una primera observación debe hacerse: para que puedan adoptarse medidas cautelares, los hechos imputados al menor han de alcanzar el rango de delito, no siendo suficiente a tales efectos la imputación de una falta.

Sigue manteniéndose la referencia a la orientación de las medidas cautelares “para la custodia y defensa del menor expedientado”. Esta referencia es continuadora de la fórmula contenida en la LO 4/1992, de 5 de junio. No puede, no obstante, utilizarse esta mención para integrar fines autónomos de la decisión cautelar, pues son absolutamente ajenos a la esencia de este tipo de medidas. Si el menor imputado en el expediente precisa de medidas de protección, habrá de darse traslado a la entidad pública de protección de menores para que proceda conforme a sus atribuciones legales, pero tal situación no puede ser la base sobre la que se erija una medida cautelar conforme al artículo 28 de la LORPM. El inciso objeto de análisis, desechado su carácter de fin cautelar debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor.

[...]

3. Internamiento cautelar

El apartado segundo del artículo 28 acoge los parámetros específicos que deben valorarse para optar por la medida cautelar de internamiento. Habrán de tenerse en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

Dos observaciones se imponen *a limine*: la primera es la de que pese a la desordenada enumeración de los parámetros fundadores del internamiento cautelar, debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta. En segundo lugar, debe entenderse que a través del parámetro relativo a las circunstancias personales y sociales del menor podrá calibrarse en toda su dimensión operativa el principio del superior interés del menor.

Los señores Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en régimen cerrado. Con la admisibilidad de esta medida de internamiento cerrado para un mayor número de supuestos tras la reforma 8/2006, cabrá correlativamente aplicarla en su modalidad cautelar en su misma extensión. Así por ejemplo, el supuesto que generó mas problemas, el de delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud podrá motivar, como delito grave, en caso de que concurran los demás requisitos, la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, a diferencia de la situación anterior a la reforma (vid. SAP Las Palmas, sec. 1.^a, de 12 de septiembre de 2001).

Cuando el apartado segundo del artículo 28 de la LORPM se refiere a la valoración de si el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, pese a la defectuosa formulación, ha de entenderse que el Legislador tiene in mente el riesgo de reiteración delictiva. Deberá a este respecto tenerse en cuenta que al utilizar el criterio de la reiteración delictiva habrá de operarse con prudencia, pues es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque admite tal fundamento, lo hace con reservas (esto es, como reiteradamente declara, “se admite en un plano distinto, pero íntimamente relacionado con los otros fines”, vid. SSTC n.º 145/2001, 217/2001 y 23/2002, entre otras).

No está de más recordar aquí la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil cuando afirmaba que “en todo caso debe exigirse que concurra para la adopción de la medida cautelar de internamiento alguno de los fines legítimos aceptados por la

doctrina del Tribunal Constitucional (...) siempre subordinados al respeto al principio del superior interés del menor.”

En definitiva, interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo artículo 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad (SSTC n.º 41/1982, 40/1987, 13/1994, 71/1994 y 128/1995, entre otras).

Así, conforme al principio de excepcionalidad debe partirse de que el estado normal en el que menor imputado espera la celebración de la audiencia debe ser el de libertad. De esta nota de la excepcionalidad deriva la necesidad de aplicación del criterio hermenéutico del *favor libertatis*.

Conforme al principio de subsidiariedad los Sres. Fiscales habrán de analizar no solo si concurren los requisitos para adoptar la medida sino que deberán evaluar si los fines que se persiguen pueden ser alcanzados con otras medidas menos gravosas de entre las previstas en la LORPM.

De acuerdo con el principio de provisionalidad es necesario hacer una evaluación continua de los presupuestos y fines de la medida, y su consiguiente alzamiento en cuanto dejen de concurrir todos sus presupuestos. La adopción de la medida queda sometida siempre a una implícita cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo de oficio promover su cesación el Fiscal y acordar en tal sentido el órgano jurisdiccional en cuanto proceda.

El principio de proporcionalidad debe llevar a descartar la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad como regla general ante casos de hechos punibles respecto de los que en una valoración *prima facie* sea probable que culminen en suspensión de condena, en sustitución de la medida privativa de libertad o directamente en condena a medida no privativa de libertad. El principio también impone llevar a cabo antes de la adopción de la medida un juicio de ponderación en el que debe llegarse hasta la valoración de las consecuencias gravosas que la misma pueda eventualmente irradiar en el menor y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso en que se aplica.

[...]

VII. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

1. Competencia para el control de la ejecución de la medida de internamiento en centro penitenciario

Con anterioridad a la reforma de 2006 fue objeto de discusión la distribución de competencias entre el Juez de Menores y el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando una persona condenada en la jurisdicción especializada de menores a medida de internamiento era trasladada a un centro penitenciario.

El artículo 8.5 del RLORPM dispuso que “si (...) se ordena el cumplimiento de la medida de internamiento del menor en un centro penitenciario, la competencia para la ejecución de esta será de la Administración penitenciaria, sin perjuicio de las facultades propias del Juez de Menores competente.”

Tras la reforma, el nuevo apartado tercero del artículo 44 de la LORPM incorpora una regla de rango legal, estableciendo que “cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria.”

El principio básico ha de ser el de que el traslado del ejecutoriado a un centro penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 de la LORPM no exime a la Jurisdicción de Menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven.

El adecuado cumplimiento de las facultades conectadas con el principio de flexibilidad implicará pues la exigencia de la remisión periódica al Juzgado y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso modificar, sustituir o cancelar anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en centro penitenciario.

La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores. Partiendo del respeto a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía, debe en todo caso garantizarse que la actuación del Fiscal se realice desde la plenitud de conocimiento de las circunstancias concretas y evolución de quien cumple una condena impuesta conforme a la ley penal del menor.

2. Concurrencia de penas y medidas

El artículo 47 apartado séptimo de la LORPM aborda el tratamiento de los supuestos en los que se solape el cumplimiento de una medida impuesta confor-

me a la LORPM con una condena a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal

Conforme al artículo 47.7, párrafo primero, “cuando una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente aquéllas y éstas si fuere materialmente posible, atendida la naturaleza de ambas, su forma de cumplimiento o la eventual suspensión de la pena impuesta, cuando proceda”.

Por tanto, la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien habiendo delinquido como menor ha continuado haciéndolo como adulto, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 de la LORPM.

Conforme al artículo 47.7, párrafo segundo, “no siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse. En este último caso, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena”.

En este segundo escenario (incompatibilidad de la sanción educativa impuesta conforme a la LORPM y de la pena impuesta conforme al CP) el legislador se decanta por dar preferencia cuasi absoluta a la ejecución de la pena y correlativa extinción de la medida.

Por excepción, si la medida es de internamiento habrá de ejecutarse, pero en el centro penitenciario, para a continuación enlazar con la ejecución de la pena. La regla sigue el hilo conductor trazado por el apartado quinto del artículo 14 para regular los supuestos en los que el responsable conforme a la LORPM hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario.

En este punto deben clarificarse algunas cuestiones que en el texto del artículo 47 no reciben un tratamiento expreso.

En primer lugar, aunque el artículo 47 se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento, sin distinguir modalidad y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado, pues sólo este tipo de

medida privativa de libertad es susceptible de cumplirse en centro penitenciario, conforme a las previsiones del artículo 14 de la LORPM.

Por consiguiente, si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la legislación penal de adultos.

Si concurren la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente aplicable la solución del artículo 47.7 en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de las que conforme a los artículos 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad de necesario cumplimiento.

Cuando la medida de internamiento en centro cerrado no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá optar por la cancelación de la medida (artículos 13 y 51 de la LORPM) dejando expedito el cumplimiento de la pena.

En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el centro penitenciario solamente devendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 de la LORPM.

No se arbitra expresamente una solución para el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven, obviamente ya mayor de edad, que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM. Los Sres. Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 de la LORPM. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad, dentro de los límites legales, de optar por la cancelación anticipada a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes.

[...]

VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL NUEVO TRATAMIENTO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Cuestiones generales

La LO 8/2006 ha abordado la reforma del Título VIII de la Ley dedicado a la responsabilidad civil, pero incidiendo exclusivamente en sus aspectos procesales, no modificando ningún aspecto sustantivo, pese a que ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado de responsabilidad solidaria en cascada conforme al que responden solidariamente con el menor de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación. El informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005 advirtió, sin éxito que “el sistema de responsabilidad solidaria en cascada del artículo 61, cuya oscuridad ha dado lugar a una jurisprudencia menor absolutamente contradictoria...debería superarse con un criterio de imputación claro para seleccionar cual o cuales de los responsables solidarios (padres, tutores, acogedores, guardadores) debe responder junto con el menor”.

Nos centraremos por ello en los aspectos procesales, en los que ciertamente la modificación es de gran trascendencia.

La clave de bóveda de la reforma descansa en la sustitución de la pieza separada como proceso civil paralelo al penal por el sistema de acumulación de la acción civil a la penal, en términos similares al del proceso de adultos, aunque tampoco se llega a sus últimas consecuencias, pues se mantiene la pieza separada como soporte para la personación de los perjudicados.

Esta opción, que se ensaya tras el fracaso del sistema anterior, aporta sin duda un plus de complejidad a la tramitación del expediente principal, porque implica la participación necesaria en el mismo de nuevas partes, teniendo sobre todo en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos, en el que lo usual es que el responsable civil y el acusado coincidan, en el proceso de menores habrá normalmente, además del menor, como mínimo, otro responsable civil. Además, la adición de la pretensión civil a la tramitación de la pretensión sancionadora-educativa implica sin duda un riesgo de generar dilaciones procesales.

Ya el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, de fecha 28 de diciembre de 2005 advertía del riesgo de que se desplace “el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo mas sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, en favor del interés de la víctima, centrado en el reconocimiento de su derecho de indemnización en un procedimiento lo mas cómodo posible”.

La celeridad es vital en la Justicia de menores, hasta el punto de que ha sido especialmente incorporada a los principales instrumentos internacionales sobre la materia. Conforme al artículo 40.2 de la Convención de los Derechos del Niño, es obligación de los Estados parte el garantizar en el proceso de menores “que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente.” En el mismo sentido, el Consejo de Europa, en el punto cuarto de su recomendación N.º R (87) 20, postula el “asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz”. Por su parte, la regla 20 de las Reglas de Beijing dispone que “todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias”. La importancia de este principio es tal que se recoge por un texto general como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966 cuyo artículo 10.2.b) dispone que los menores procesados... deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

La cualificada importancia de este principio en la justicia de menores radica en la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta). Si la respuesta se dilata en el tiempo los objetivos perseguidos pueden quedar incumplidos o puede incluso incurrirse en intervenciones inútiles o contraproducentes. La psicología pone de manifiesto cómo el menor vive el transcurso del tiempo de forma radicalmente distinta al adulto. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos.

La reciente STC n.º 153/2005, de 6 de junio, resalta la especial relevancia que tiene la celeridad en el proceso penal de menores al declarar que “la tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir, además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir”.

El principio de celeridad ha sido santo y seña para las Secciones de Menores de las Fiscalías, que año tras año en sus Memorias plasmaban los esfuerzos realizados para reducir los tiempos de respuesta.

Por todo ello, la nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible. Habrán los Sres. Fiscales de evitar que la irrupción de la acción civil en el proceso principal de menores se transmute en un caballo de Troya que introduzca elementos distorsionantes en la filosofía que debe presidir la Justicia juvenil. Como pauta general los Sres. Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo mas sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, se vea perturbado por la acumulación de acciones.

[...]

X. EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La sentencia de la Audiencia Provincial o, en su caso, de la Audiencia Nacional que resuelva la apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores o Juzgado Central de Menores, será recurrible en casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en los términos establecidos en el artículo 42 de la LORPM. Este precepto ha sido modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006.

Debe en primer lugar partirse de que la casación para unificación de doctrina sólo se concibe frente a sentencias condenatorias, no siendo posible articularlo frente a sentencias absolutorias.

Las principales innovaciones de la reforma de 2006 pueden esquematizarse de la siguiente manera:

En cuanto a las resoluciones recurribles, se concreta el ámbito de la casación para sentencias, excluyendo autos, que impongan medidas en virtud de hechos recogidos en el nuevo apartado 2.º del artículo 9, al que se remite el apartado 1.º del artículo 10, o en virtud de hechos a los que se refiere el nuevo apartado 2.º del artículo 10 de la LORPM.

Así, el escenario de la casación para la unificación de doctrina sólo examinará delitos y nunca faltas. Entre los delitos se comprenderán los de máxima gravedad especificados en el artículo 10.2.º de la LORPM, y los que sin alcanzar tal calificación se refieran a delitos graves en todo caso o a delitos menos graves, siempre que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, o hayan sido cometidos en grupo o si el menor perteneciere a una banda o asociación dedicada a actividades delictivas.

En cuanto al objeto del recurso, el artículo 42.2 de la LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, dispone que “el

recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”.

En todo caso, hay que subrayar que el legislador se está refiriendo más que a supuestos de igualdad sustancial de las personas, que es imposible encontrarla en su literalidad, a similitud de valoraciones de las circunstancias del menor.

En lo relativo a la tramitación del recurso, como todo recurso de casación, hay que distinguir una fase de preparación ante la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional, una fase de interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, por último, la fase de sustanciación del recurso en la Sala.

En la fase de preparación, el artículo 42.3 de la LORPM, modificado por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, indica que “el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma. El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia”.

Con la reforma de 2006 se han paliado algunos de los defectos de regulación anteriores, ya que el nuevo apartado 3.º del artículo 42 además de mantener el plazo de presentación del escrito de preparación detalla con mayor precisión su contenido.

Previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuidarán los Sres. Fiscales que preparen el recurso de sujetarse estrictamente en su escrito al contenido establecido en el apartado 3.º del artículo 42 citado, ya que la interposición no puede apartarse del escrito de preparación, bajo apercibimiento de inadmisión (vid. artículo 884.4 de la LECrim y STS de 4 de marzo de 1988). Hay que tener en cuenta la dicción del artículo 879 de la LECrim. según la cual “el Ministerio Fiscal se ajustará, para la preparación e interposición del recurso, a los términos y formas prescritos en los artículos 855, 873 y 874, en cuanto les sean aplicables”, todo ello adaptado a la regulación específica de esta casación para unificación de doctrina que se cita.

Además, ante una eventual denegación del testimonio pedido para interponer el de casación, valorarán los Sres. Fiscales la posibilidad de interponer el recurso de queja, regulado en los artículos 862 y ss. de la LECrim., también previa consulta con la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Por otra parte, en el nuevo apartado 4.º del precepto, se indica la actividad de la Audiencia Nacional o Provincial en esta fase preparatoria, en los siguientes

tes términos “si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala”.

Una vez recibido el emplazamiento, comunicarán los Sres. Fiscales el mismo a la Fiscalía del Tribunal Supremo para su conocimiento con envío de todos los antecedentes del caso.

En la fase de interposición, el nuevo artículo 42.5 de la LORPM, según redacción dada por el artículo único, apartado treinta y cinco, de la LO 8/2006, señala que “el recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable”.

Tras la reforma de 2006, en la que se suprime el anterior apartado 6.º del artículo 42, relativo al trámite de inadmisión, se establece un nuevo apartado 5.º del artículo 42 que declara de aplicación la regulación ordinaria de la casación expresada *supra*, que por lo que respecta a la interposición se recoge en los artículos 873 a 879 de la LECrim. En consecuencia, será ya la Fiscalía del Tribunal Supremo la que decidirá sobre la interposición o no del recurso.

En cuanto a la sustanciación del recurso, tras la reforma se ha suprimido el apartado 7.º del artículo 42, que la regulaba, resultando de aplicación la normativa de la casación ordinaria de la LECrim. establecida en los artículos 880 a 893 de la LECrim., en lo que le resultare aplicable a esta modalidad específica de recurso de casación.

Por último, en cuanto al modo y efectos de la sentencia casacional, la LORPM se remite genéricamente a la LECrim., por lo que habrá de entenderse de aplicación lo dispuesto en los artículos 900 a 906 de dicha Ley, *mutatis mutandis*, con la especialidad consistente en que esa sentencia tendrá efectos normativos de unificación de doctrina, dada la naturaleza unificadora del recurso, sin que sea necesaria una segunda sentencia en el mismo sentido para apreciar la existencia de jurisprudencia, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil en cuanto a la necesidad de reiteración de la doctrina del Tribunal Supremo para considerar la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.

[...]

XII. CONCLUSIONES

1. Derechos de las víctimas y de los perjudicados

1.º En cuanto a las notificaciones a víctimas y perjudicados no personados, los Sres. Fiscales cuidarán de que las mismas efectivamente se practican, evitando en todo caso que una misma resolución pueda llegar a ser notificada por dos órganos distintos y ciñendo tales notificaciones a las resoluciones que afecten a los intereses jurídicos de los perjudicados.

2.º El ofendido, para personarse como acusación particular, debe actuar asistido por Letrado, no siéndole necesario apoderar a un Procurador.

3.º El ofendido puede personarse como acusación particular tanto cuando el expediente se siga por delito como cuando lo sea por una simple falta.

4.º La acusación particular tiene derecho a acceder al informe del Equipo Técnico, si bien a tales efectos habrá de solicitar que se le dé vista, pues la remisión de oficio del mismo por parte del Fiscal una vez elaborado sólo se prevé en relación con el Juzgado de Menores y el Letrado del Menor, conforme al artículo 27.5 de la LORPM. Además, la acusación particular estará sometida a un estricto deber de reserva, al igual que el resto de las partes.

5.º Una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal del apartado primero del artículo 28 y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares.

6.º No obstante, para interesar la prórroga de la medida cautelar de internamiento mas allá de los seis meses habrá de entenderse que solamente está legitimado el Ministerio Fiscal.

7.º En los supuestos en los que estando personada una acusación particular llegue a convocarse audiencia contrariando la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, los Sres. Fiscales interesarán del Juzgado que se les de traslado para formular escrito de alegaciones en sentido absolutorio, fundamentando con detalle su posición procesal.

2. Novedades en la regulación de las medidas

2.1. Internamiento en régimen semiabierto

Las suspensiones de actividades fuera del centro exigirán una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1.b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal y habrá igualmente de oírse al menor afectado. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse la suspensión si la evolución lo justifica, decisión que

exigirá en todo caso de nuevo la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión. El régimen de permisos y salidas habrá de seguir rigiéndose conforme a las previsiones del internamiento semiabierto.

2.2. Alejamiento

1.º Desde el punto de vista subjetivo, la medida puede adoptarse en protección de la víctima o de aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta gran amplitud debe entenderse delimitada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un *periculum* en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

2.º Podrá modularse el concreto contenido del alejamiento, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

3.º La medida de alejamiento no permite imponer alguno de los contenidos previstos para la pena homónima. Pese a esta falta de previsión, si por las concretas circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, mediante una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, conforme a las previsiones del artículo 7.1.h) 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª

4.º En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello deberán los señores Fiscales de dar debido cumplimiento a la obligación de comunicar la situación —sin demoras y de manera que se eviten tiempos muertos— a la Entidad Pública de Protección de Menores.

A este respecto, los señores Fiscales deben tener presente que sus obligaciones no se ciñen a la mera remisión del testimonio, sino que conforme al artículo 174 del CC incumbirá también al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda que como consecuencia de la remisión del testimonio pueda constituirse. Esta superior vigilancia se ejercerá, no desde las actuaciones penales, sino a través del expediente de protección que habrá de aperturarse. La remisión del testimonio habrá de realizarse lógicamente antes del inicio de la ejecución de la medida, o, en caso necesario, simultáneamente a su inicio, debiendo hacerse constar expresamente esta circunstancia.

Cuando las circunstancias del caso lo requieran, los Sres. Fiscales ordenarán a la Policía Judicial el traslado del menor respecto del que se ha acordado el

alejamiento (ya en su modalidad cautelar, ya en su variedad de medida imponible en sentencia) al Centro de Acogida inmediata que proceda, remitiendo simultáneamente el correspondiente testimonio a la Entidad Pública de Protección de Menores para que formalice la medida de protección procedente.

5.º Para proyectar la necesaria dimensión educativa de la respuesta al menor infractor desde el sistema de Justicia Juvenil podrá optarse bien por aplicar de manera conjunta con el alejamiento alguna otra medida de distinta naturaleza, conforme al nuevo artículo 7.4 de la LORPM, bien por integrar el alejamiento como regla de conducta de una medida de libertad vigilada.

2.3. Prestaciones en beneficio de la Comunidad

Los Sres. Fiscales, en la medida en que lo permitan los recursos disponibles, promoverán la conexión de las prestaciones con el bien jurídico lesionado, para de esa forma fomentar el proceso reflexivo del menor durante la ejecución.

3. Reglas para la determinación de las medidas

Como consecuencia de la enorme flexibilidad y discrecionalidad inherente al sistema de justicia juvenil, el artículo 7.3 subraya la necesidad cualificada de motivar “las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma”. Aunque la norma va dirigida específicamente al Juzgador, habrán los señores Fiscales de cuidar también que en sus alegaciones y en sus informes se explique y razone suficientemente el fundamento de sus peticiones.

3.1. Posibilidad de imponer más de una medida por un mismo hecho

Los Sres. Fiscales habrán de entender sin efecto las conclusiones que al respecto se contenían en el apartado V.-5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, pues tras la reforma se opta por unas reglas de máxima flexibilidad, pudiendo en principio imponerse más de una medida —de distinta clase— por un mismo hecho y una sola medida por varios hechos.

3.2. Medidas imponibles por la comisión de faltas

En ningún caso podrán los señores Fiscales interesar la imposición de una medida de internamiento terapéutico cuando los hechos no rebasen la mera falta. Por contra, cabra interesar la imposición de la medida de tratamiento terapéutico si el menor autor de una falta es declarado inimputable, cuando además su superior interés aconseje la imposición de esta medida.

3.3. Supuestos en los que cabe imponer la medida de internamiento en centro cerrado

1.º No deberán los señores Fiscales olvidar que el nuevo artículo 9.2 de la LORPM contempla la imposición del internamiento en centro cerrado única-

mente como una posibilidad, y que el denominado principio de desinstitucionalización, asumido por el artículo 37.b) de la Convención de los Derechos del Niño postula que las privaciones de libertad de menores se utilicen como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

2.º La extraordinaria amplitud de la letra 9.2.c) (actuaciones en grupo), en una interpretación literal permitiría incluir fenómenos delictivos no susceptibles de reconducirse a fórmulas estables o especialmente criminógenas, por lo que habrá de ser objeto de una exégesis restrictiva que deje fuera supuestos en los que la actuación grupal no revista especial lesividad.

3.º Para que conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2.c) de la LORPM pueda apreciarse que los hechos se han cometido en grupo, es necesario que en los mismos hayan participado al menos tres personas.

4.º No será necesario para poder aplicar esta circunstancia de actuación en grupo que todos los integrantes del mismo estén sometidos a la jurisdicción de menores. Así podrá apreciarse esta circunstancia a un menor de entre 14 y 18 años en una actuación grupal integrada además de por éste, por adultos y/o por menores de catorce años.

3.4. Reglas de determinación de la medida para los supuestos previstos en el artículo 9.2 de la LORPM

El artículo 10.1 de la LORPM se limita a ampliar los topes máximos imponibles. Tal excepción general a la regla de los dos años de duración máxima de las medidas, que se mantiene (artículo 9.3), únicamente supone una ampliación del margen de maniobra del Fiscal y el Juez, cuya decisión deberá siempre ajustarse al fin último del superior interés del menor.

3.5. Reglas para supuestos de extrema gravedad

La prohibición temporal de utilizar los artículos 13 y 51 de la LORPM no alcanza al instituto de la suspensión de la ejecución del fallo (artículo 40 de la LORPM). Si pese a apreciarse extrema gravedad el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseja la privación de libertad y aconseja acudir a la suspensión, y siempre que la extensión del internamiento impuesto no lo impida —este instituto no es aplicable cuando la medida exceda de dos años— podrán los Sres. Fiscales, motivándolo convenientemente, dictaminar en favor de esta opción, que generalmente deberá ser acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar que el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento.

3.6. Reglas para supuestos de máxima gravedad

La regla del artículo 10.2 de la LORPM integra como supuesto de máxima gravedad tanto la violación simple (artículo 179) como la agresión sexual cualificada (artículo 180 inciso primero) y la violación cualificada (artículo 180 inciso primero), no abarcando la agresión sexual sin penetración sin la concurrencia de las circunstancias del artículo 180 del CP.

3.7. Pluralidad de infracciones

3.7.1. *Pluralidad de infracciones conexas*

1.º Si se condena a un menor por una pluralidad de delitos conexos, sea en la misma o en distinta causa, los límites máximos de cumplimiento serán los genéricos previstos en los artículos 9 y 10 de la LORPM. Cuando los plurales delitos conexos hubieran sido seguidos en distintas causas, a los límites genéricos anteriores se añaden los límites del artículo 47.2 de la LORPM, esto es, los del doble de la medida mas grave.

2.º Respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de menores, por lo que habrá de estarse a la depurada y asentada Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 76 del CP.

3.7.2. *Pluralidad de infracciones no conexas*

Para infracciones no conexas podrán superarse los topes máximos previstos en los artículos 9 y 10 de la LORPM, con respeto siempre al límite del doble de la medida más grave.

3.7.3. *Procedimiento de refundición*

1.º Los señores Fiscales defenderán la competencia del Juzgado de Menores que dictó la primera sentencia condenatoria para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar. De esta forma, una vez dictada la primera sentencia, la competencia ejecutiva se fija definitivamente en favor de este Juzgado.

2.º Pese a que el artículo 47 de la LORPM no prevé expresamente el traslado al Fiscal para ser oído antes del dictado de la resolución de refundición, el informe previo de Ministerio Público debe entenderse de inexcusable cumplimiento.

3.º En cuanto a los límites a aplicar a los supuestos en los que tras la práctica de una refundición aparece un nuevo expediente en el que el menor ha sido condenado por hechos distintos a nuevas medidas, la respuesta dependerá

de si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido conjuntamente enjuiciados con los que fueron objeto de la anterior refundición y si por la fecha de los hechos que han motivado la nueva condena los mismos podrían o no haber sido refundidos conjuntamente con los anteriores.

4.º Para realizar el cómputo y refundir cuando concurren varios internamientos integrados por un tramo final de cumplimiento en libertad vigilada en delitos no conexos, para determinar la medida mas grave habrá de estarse a cuál de ellas tiene el tramo más extenso de internamiento strictu sensu.

5.º El internamiento en sus distintas modalidades y a efectos de refundición ha de entenderse de la misma naturaleza, por lo que todos los impuestos quedarán conjuntamente sometidos a las regla de fijación del tope máximo de cumplimiento.

6.º Para refundir medidas de libertad vigilada, el tope máximo de cumplimiento habrá de calcularse conforme a las reglas generales. Las reglas de conducta que integren la medida refundida habrán de concretarse en función del superior interés del menor, debiendo operarse con criterios de flexibilidad.

4. Mayoría de edad del condenado a medida de internamiento

1.º El cumplimiento en centro penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al centro penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana)

2.º Con carácter previo a la adopción de esta decisión es necesario dar audiencia a las partes (Ministerio Fiscal, letrado del menor) y a los órganos técnicos de asesoramiento (equipo técnico y entidad pública de protección o reforma de menores).

3.º La falta de ajuste entre la conducta del interno y los objetivos, como fundamento de la decisión de traslado, ha de estar basada en un comportamiento imputable al ejecutoriado. Por tanto, cuando el desajuste se produzca por otros óbices lo que procederá es que los señores Fiscales promuevan la adopción de las medidas oportunas para superarlos.

4.º Deberán en todo caso partir los señores Fiscales de que la habilitación para trasladar al mayor de 18 años al centro penitenciario es una excepción a la regla general, y desde esa excepcionalidad deberá ser entendida, interpretada y aplicada.

5.º Los señores Fiscales habrán de inclinarse por oponerse al traslado al centro penitenciario cuando los informes técnicos pongan de relieve que el joven está respondiendo a “los objetivos propuestos en la sentencia”.

6.º La continuación del cumplimiento en centro penitenciario habrá de generar como regla general la cancelación del resto de medidas impuestas conforme a la LORPM, que dejan de tener sentido en un contexto penitenciario. Entre estas medidas a cancelar habrán de incluirse las demás modalidades de internamiento que pudiera tener el joven pendientes

7.º Un ingreso anterior en concepto de preso preventivo no supondrá la aplicación del artículo 14.5 de la LORPM aunque lógicamente habrá de ser valorado a la hora de decidirse por la aplicación de los traslados a centros penitenciarios previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 14 de la LORPM.

8.º En los incidentes del artículo 14 de la LORPM debe darse intervención a la acusación particular, si bien sólo a los efectos de que ésta se pronuncie sobre la modificación o sustitución de las medidas impuestas, sin que pueda pronunciarse sobre el traslado al centro penitenciario.

9.º El hecho de que se acuerde el mantenimiento en el centro de menores del joven mayor de 18 o de 21 años no debe genera efectos de cosa juzgada. Se trata de una decisión *rebus sic stantibus*, por lo que si se produjera tras una primera resolución un radical cambio en la actitud del joven dentro del centro, de manera que *ex post* se pusiera de manifiesto una conducta incompatible con la permanencia en el centro de menores, podrá abrirse un nuevo incidente para evaluar el traslado al centro penitenciario a la vista de las circunstancias sobrevenidas.

5. Detención del menor y derecho a la entrevista reservada

El derecho a la entrevista reservada previo a la declaración debe entenderse aplicable tanto en sede policial como fiscal. En todo caso también ha de tenerse presente que sin perjuicio que se facilite su ejercicio, el derecho corresponde al menor, y es él el que en definitiva ha de decidir si lo utiliza o no.

6. Medidas cautelares

1.º Los señores Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en centro cerrado.

2.º Puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

3.º Debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben

regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad.

4.º El contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas.

5.º Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos no expresamente previstos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.

6.º La falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello.

7.º Como criterios generales que deben ser ponderados para la adopción de medidas cautelares —y a cuyo través el superior interés del menor recobra protagonismo— están las circunstancias personales y sociales del menor.

8.º En casos de concurrencia de eximente de los números 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP cabrá impetrar del Juez de Menores la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del artículo 28, conforme al que las medidas cautelares “podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado”. También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del CC. Entre ellas, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

9.º La prórroga del internamiento cautelar no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del letrado. También será preciso oír previamente al menor afectado, pero sin necesidad de trasladarlo al Juzgado. Deberán los Sres. Fiscales tener especialmente en cuenta que la solicitud de prórroga y la resolución habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario

7. La ejecución de las medidas

7.1. Competencia para el control de la medida de internamiento ejecutada en centro penitenciario

El traslado del ejecutoriado a un centro penitenciario por aplicación de las previsiones del artículo 14 de la LORPM no exime a la Jurisdicción de menores del riguroso seguimiento de la evolución del joven. El adecuado cumplimiento de las facultades conectadas con el principio de flexibilidad implicará la exigencia de la remisión periódica al Juzgado de Menores y a la Fiscalía de informes sobre la evolución del joven, para en su caso modificar, sustituir o cancelar

anticipadamente la medida impuesta conforme a la LORPM y ejecutada en centro penitenciario. La confluencia de competencias del Juzgado de Vigilancia y del Juzgado de Menores exigirá, desde el punto de vista de la Fiscalía, la actuación coordinada de las Secciones de Vigilancia Penitenciaria y de Menores.

7.2. Concurrencia de penas y medidas

1.º En caso de concurrencia de pena y de medidas la regla de aplicación prioritaria es la de la simultánea ejecución, siempre que sea posible. En todo caso, esta regla no impide que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en quien fue menor y fue condenado como tal y que ya ha dejado de serlo y ha continuado delinquiriendo, si se estima que la medida impuesta conforme a la LORPM va a carecer de virtualidad socializadora pueda optarse por hacer uso de las posibilidades de cancelación previstas en los artículos 13 y 51 de la LORPM.

2.º Aunque el artículo 47 de la LORPM se refiere a una situación de confluencia de medida de internamiento *in genere* y pena de prisión, debe entenderse que para que la solución que se prevé sea aplicable, el internamiento debe serlo en su modalidad de cerrado. Si la confluencia se produce entre medida de internamiento semiabierto, abierto o terapéutico y pena de prisión, la solución habrá de ser la de cancelar las medidas impuestas conforme a la LORPM y ejecutar la pena impuesta conforme a la Legislación penal de adultos.

3.º Si concurre la medida de internamiento en centro cerrado y la pena de prisión devendrá plenamente operativa la solución del artículo 47.7 (cumplimiento en centro penitenciario) en el bien entendido que la acumulación prevista sólo operará inexorablemente cuando la medida impuesta en la LORPM sea de internamiento en centro cerrado y que conforme a los arts 10.1 y 10.2 (extrema y máxima gravedad para mayores de 16 años) tenga un período de seguridad.

4.º En los casos de concurrencia de medida de internamiento en centro cerrado y pena de prisión, cuando el internamiento no lleve aparejado período de seguridad o cuando aún llevándolo, éste haya sido ya cumplido, cabrá atendiendo a las circunstancias del caso, optar por la cancelación de la medida, dejando expedito el cumplimiento de la pena.

5.º En todo caso, la continuación de la ejecución de la medida de internamiento en el centro penitenciario solamente devendrá inexorable cuando la pena privativa de libertad impuesta en el proceso de adultos vaya a ser efectivamente ejecutada. Si el órgano de la jurisdicción penal de adultos opta por conceder la suspensión de condena, la medida de internamiento podrá continuar siendo ejecutada en el centro de menores, conforme a las previsiones generales del artículo 14 de la LORPM.

6.º En el supuesto de que se acuerde la prisión provisional de un joven que está cumpliendo una medida impuesta con arreglo a la LORPM, los señores Fiscales habrán en este caso de interesar el archivo provisional del expediente de ejecución de la medida impuesta conforme a la LORPM, así como su reapertura cuando, no habiendo prescrito tal medida, el sometido a la medida cautelar sea puesto en libertad, resulte absuelto en el proceso penal o sea condenado a una pena que no sea incompatible con la ejecución de la medida. Si es condenado a pena privativa de libertad, el tratamiento a dar será el previsto en el artículo 47.7 de la LORPM.

7.3. Cese y sustitución de medidas

1.º Los señores Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento cerrado en semiabierto o abierto, interesarán expresamente que en la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, se haga referencia a que la conversión podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable.

2.º Aunque no se establecen expresamente los cauces procedimentales para operar la sustitución de internamiento en régimen semiabierto a cerrado, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se de audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (artículo 44.1 de la LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (artículo 41 de la LORPM).

7.4. Designación de centros

1.º Para aplicar la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 (imposibilidad de que menores pertenecientes a una banda, organización o asociación cumplan la medida impuesta en el mismo centro) no es necesario que la sentencia condenatoria haya apreciado la concurrencia de la circunstancia del artículo 9.2.c) de la LORPM.

2.º Del hecho de que dos o mas menores hayan sido condenados a una medida de internamiento apreciándoseles la circunstancia del artículo 9.2.c) de la LORPM no necesariamente debe extraerse la consecuencia de que no puedan coincidir en un mismo centro. Así, la regla del inciso final del apartado tercero del artículo 46.3 no abarca los supuestos de actuación en grupo, sin existencia de banda, organización o asociación, por lo que en estos casos no habrá de dispersarse ineludiblemente a los menores condenados.

3.º Los señores Fiscales se opondrán a cualquier decisión que suponga el ingreso de menores infractores en centros de protección de menores y a la vez, a decisiones que supongan el ingreso de menores en régimen de protección en centros de reforma.

8. Cuestiones relativas al nuevo tratamiento procesal de la responsabilidad civil

1.º La nueva regulación de la tramitación de la acción civil habrá de ser interpretada de forma que el principio de celeridad sufra lo menos posible. Como pauta general los señores Fiscales tratarán de evitar que el superior interés del menor infractor, concretado en un proceso lo mas sencillo posible para que la respuesta al hecho cometido sea inmediata, quede postergado por efecto de la acumulación de acciones.

2.º Quedan sin efecto las posibilidades de desistimiento del Fiscal respecto de la acción civil introducidas por la Circular 1/2000.

3.º Cuando se persone un ofendido como acusación particular expresando —explícita o implícitamente— al mismo tiempo su voluntad de personarse también para ejercitar las acciones civiles que le correspondan, habrá de tenerse por personado para ambas funciones, dejando testimonio de la resolución admitiéndolo como parte en la pieza separada de responsabilidad civil.

4.º Será necesario que actor y responsable civil se personen por medio de letrado. Teniendo en cuenta que en el proceso de menores ni el menor infractor ni la acusación particular necesitan actuar representados por medio de procurador, con más razón habrá de exonerarse de tal requisito a quien exclusivamente actúe como actor civil o como responsable civil.

5.º No procederá tramitar la acción civil en los supuestos de inadmisión de denuncias (artículo 16), archivo por desistimiento (artículo 18) y sobreseimiento, cualquiera que sea su fundamento

6.º Tanto el acusador particular (si ejercita simultáneamente la acción civil) como el actor civil pueden interesar durante la fase de instrucción la práctica de diligencias tendentes a posibilitar el ejercicio de la acción civil. También podrá el Fiscal instructor (en tanto no se haya producido renuncia, reserva o personación de todos los perjudicados) practicar de oficio diligencias de este tipo. Si la víctima se persona ejercitando exclusivamente la acción civil su actuación procesal se limitará a solicitar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su acción.

7.º Una eventual falta de contestación por parte de las personas contra las que se dirija la acción civil no tendrá mas trascendencia que la de motivar la continuación de la tramitación del procedimiento, sin necesidad de una expresa declaración de rebeldía.

8.º Los señores Fiscales, valorando el material acumulado en la instrucción y el auto del Juzgado de Menores determinando los perjudicados y responsables (si tal auto se ha dictado antes de formular alegaciones), decidirán en favor de quién, en qué cuantía y contra qué personas ejercerá las acciones civiles, en el bien entendido que lo resuelto en el auto provisional del Juzgado no puede vincularle, de manera que inexorablemente tenga que seguir sus deter-

minaciones, pues la decisión del Fiscal de ejercitar acciones (sean penales o civiles) tiene su propio ámbito autónomo. No obstante, si en el auto se han omitido perjudicados o potenciales responsables civiles, habrán de interponerse los correspondientes recursos para evitar eventuales nulidades.

9.º Cuando el recurso que se interponga afecte sólo a los pronunciamientos civiles de la sentencia, procederá declarar la firmeza de los pronunciamientos penales, con el fin de que la ejecución de las medidas no se demore más de lo estrictamente necesario.

10.º La ejecución habrá de llevarla a cabo de oficio el Juzgado, debiendo entenderse sin efecto las disposiciones de la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre, en cuanto consideraba que era necesario instar la ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil.

11.º Habrán de entenderse aplicables, conforme a la Disposición Final Primera LORPM las normas sobre fianzas y embargos contenidas en los artículos 589 a 614 y 764 de la LECrim. Las pretensiones cautelares deberán encauzarse a través de una pieza separada [artículo 590 y 785.8.ª b) de la LECrim.] a tramitar por el Juez de Menores.

12.º Si el procedimiento finaliza con sentencia penal absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse condena civil, salvo que la absolución se fundamente en la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en los n.º 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 del CP, supuesto en el que al igual que ocurre en el proceso penal de adultos cabrá condena civil (artículos 118 y 119 del CP).

13.º En tanto algunos de los datos obrantes en el informe del Equipo Técnico, especialmente los relativos a identidad de progenitores y posibles medidas de protección adoptadas por parte de la Entidad Pública son relevantes para el ejercicio de la acción civil, no podrá privarse a las partes de la consulta de tales extremos, con las cautelas que se estimen oportunas en cada caso.

9. Otras cuestiones procedimentales

1.º Los señores Fiscales deberán partir de que en orden a proteger el superior interés del menor, evitar dilaciones indebidas, neutralizar efectos revictimizantes y eludir daños a la Justicia es admisible la celebración del juicio en ausencia, respetando en todo caso las garantías que la LECrim. exige.

2.º Cabe atribuir efectos interruptivos de la prescripción a los actos instructorios del Fiscal, siempre que cumplan con los requisitos que la jurisprudencia exige a los actos del Juez.

3.º Será necesaria la personación de la acusación particular para que el proceso por delitos de injurias y calumnias pueda seguir su curso. En todo caso, el Fiscal continuará desplegando su actividad instructora con el fin de salva-

guardar los derechos del menor y garantizar que la respuesta al mismo se adecue al principio del superior interés del menor. El Fiscal no interesará medidas por estos hechos, y podrá hacer uso del artículo 18 de la LORPM y podrá proponer el sobreseimiento por conciliación o reparación extrajudicial y el sobreseimiento conforme al artículo 27.4 de la LORPM.

4.º Habrán los señores Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso las diligencias preliminares excedan de seis meses, debiendo, en caso de que excepcionalmente se prevea la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado.

5.º Habrá de entenderse admisible el recurso de apelación frente al auto que resuelva el recurso de reforma interpuesto a su vez contra un auto, por aplicación de las disposiciones sobre recursos contenidas en la regulación del procedimiento abreviado, conforme a la Disposición Final primera de la LORPM.

10. Cuestiones de derecho transitorio

1.º La regla relativa a la continuación del cumplimiento de la medida de internamiento en Centro Penitenciario a partir de los 18 o de los 21 años no es de aplicación cuando la misma se hubiera impuesto por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma.

2.º No podrá aplicarse el internamiento en centro cerrado basado en la actuación en bandas o basado en la comisión de delitos graves no violentos sino a hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2006.

3.º Tampoco cabrá aplicar la conversión de la medida de internamiento semiabierto en cerrado a medidas impuestas por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma 8/2006.

INSTRUCCIÓN 6/2007, DE 18 DE DICIEMBRE, SOBRE LA ENAJENACIÓN DE BIENES DECOMISADOS ANTES DE DICTARSE SENTENCIA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La naturaleza y el valor económico de numerosos bienes incautados y sujetos al resultado de los procesos penales, suelen generar problemas de gestión y de financiación de los gastos que su depósito, conservación y/o administración producen, pero, además, cuando se trata de bienes —barcos, automóviles, aeronaves— cuya intervención cautelar supone su inmovilización, a dicha dificultad se añade la circunstancia de que el transcurso del tiempo puede producir un grave deterioro en los mismos, con la consiguiente depreciación de su valor. Incluso en ocasiones los efectos incautados o embargados son fuente de riesgos para la salud o la seguridad de los ciudadanos.

Aunque tal problemática es común a la generalidad de los procesos penales, lo cierto es que el mayor número de bienes intervenidos procede de causas tramitadas por tráfico de drogas. Por ello y con el objeto de paliar los expresados efectos, mediante la reforma del anterior Código Penal operada por LO 8/1992, de 23 de diciembre, se dio nueva redacción al artículo 344.bis.e), estableciendo la posibilidad de que la “autoridad judicial pueda autorizar que mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos [aprehendidos] puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.”

No obstante, la expresada posibilidad de utilización provisional de los bienes y efectos que hubieran servido de instrumento para la comisión de delitos de tráfico de drogas se ha manifestado insuficiente. Por ello, para evitar el deterioro, pérdida de valor e incluso el peligro para la seguridad o la salud que a veces producen los bienes intervenidos, se ha seguido acudiendo a diversas soluciones no expresamente reguladas. La entrega del bien decomisado para su conservación a su titular —imputado o tercero—, ha sido una práctica utilizada, aunque en algún caso ha derivado en su posterior incautación en relación con una nueva implicación de éste en hechos de similares características a los que

determinaron su inicial decomiso. También se han arbitrado otras soluciones, como la autorización de la utilización de ciertos bienes por entidades dedicadas a fines sociales, que asumen la responsabilidad de su conservación.

La redacción del artículo 344.bis.e) del anterior Código Penal fue trasladada con similar redacción al artículo 374.2 del Código Penal de 1995 y, mediante LO 15/2003, al actual artículo 374.1.3.º, que establece que “la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.”

Con todo, la problemática relacionada con la conservación y custodia de los bienes y efectos incautados precisaba de una regulación que permitiera su realización o enajenación con la finalidad de conservar su valor económico, garantizando la satisfacción de su destino final a resultados del procedimiento o, en su caso, la devolución a sus titulares, sin merma del valor efectivo de lo incautado.

A ello responde la modificación del artículo 374 del CP mediante reforma operada en el texto punitivo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que además de ampliar su ámbito a los delitos previstos en los arts 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372 del CP, ha incorporando algunas disposiciones para resolver las expresadas cuestiones, particularmente, regulando la enajenación de los bienes decomisados, “sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia”. Igual finalidad tiene la reciente modificación efectuada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, que incorpora un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales en cualquier tipo de procedimientos criminales

[...]

V. CONCLUSIONES

Primera.—En los supuestos en que los señores Fiscales tengan conocimiento de que en un proceso penal, cualquiera que sea el delito por el que se tramite, se han intervenido bienes en los que concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim. —expresamente abandonados por sus propietarios, o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud, para la seguridad pública, u ocasionar su depreciación o deterioro— instarán de la autoridad judicial, mediante informe motivado, la realización de los mismos sin esperar a que se dicte sentencia.

Segunda.—El artículo 374 CP y demás disposiciones concordantes permiten la venta en cualquier fase del proceso penal de los bienes intervenidos en causas tramitadas por tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales, cuando concurren las circunstancias del artículo 367 quáter LECrim.

Tercera.—Los Sres. Fiscales, antes de solicitar la venta de bienes incautados en causas tramitadas por delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales procedentes de tales delitos, si hubiera petición policial respecto de su utilización, ponderarán la posibilidad prevista en el apartado 1 regla 3.ª del artículo 374 del CP para que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Cuarta.—Los Sres. Fiscales promoverán la apertura de pieza separada para tramitar la solicitud de venta de bienes decomisados provisionalmente, en la que se deberá oír al interesado, generalmente el titular del bien.

Quinta.—El dinero obtenido con la venta debe depositarse en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a resultas del correspondiente proceso, de modo que sólo procederá la adjudicación definitiva al Estado en caso de sentencia condenatoria firme.

CRÓNICA LEGISLATIVA

OCTUBRE

- ❑ Ley 24/2007, de 9 de octubre (BOE del 10), por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
 - ✓ Busca cumplir los siguientes objetivos: reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal y la mejora de su capacidad funcional (prestando especial atención a la Fiscalía General del Estado); actualizar su estructura, buscando una mayor eficacia conforme a un criterio de especialización y de reordenación de su modelo de implantación geográfica.
 - ✓ Busca reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal, para ello:
 - Modifica el régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado (artículos 29 y 31).
 - Introduce la intervención de la Junta de Fiscales de Sala ante la intervención del Fiscal General del Estado en asuntos relacionados con los miembros del Gobierno.
 - Modifica el régimen de abstención de los miembros del Ministerio Fiscal (artículo 28).
 - Impide a los miembros de la Secretaría Técnica, Unidad de Apoyo e Inspección presentarse a las elecciones al Consejo Fiscal (artículo 14).
 - ✓ Intenta modernizar y racionalizar la estructura del Ministerio Fiscal:
 - Redefine las funciones de dirección ordinaria y de sustitución del Fiscal General del Estado por parte del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (artículo 17).
 - Introduce la Unidad de apoyo a la Fiscalía General del Estado (integrada por Fiscales y otros funcionarios) en materias de tipo institucional y de comunicación (artículos 13 y 35).

- Incluye, como órgano del Ministerio Fiscal, a la Fiscalía Jurídico Militar (artículos 12 y 18).
 - Crea la figura del Fiscal de Sala Delegado, para descargar de tareas al Fiscal General del Estado (artículo 22).
- ✓ Redenomina y reorganiza las competencias de las Fiscalías Especiales: Fiscalía Antidroga y Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (artículo 19).
- ✓ Establece una nueva regulación de la organización territorial del Ministerio Fiscal.
- Crea la figura del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, de quien dependerán y donde se integrarán, respectivamente los Fiscales Jefes de las provincias integrantes de la Comunidad Autónoma.
 - Introduce las Fiscalías de Área y las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales a nivel infraprovincial.
- ✓ Esta norma entró en vigor el 11 de octubre de 2007.
- Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre (BOE del 23), del régimen disciplinario de la Guardia Civil.
- ✓ Introduce importantes novedades en el régimen disciplinario sustantivo y procesal; suprimiendo diversas figuras sancionadoras, modificando determinados tipos de infracciones, e incorporando mayores garantías procedimentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria.
- ✓ Entre otras normas, añade un artículo 7 bis a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, extrañendo a los miembros del a Guardia Civil de la aplicación del Código Penal a no ser que se trate de circunstancias extraordinarias: tiempo de guerra, vigencia del estado de sitio, integración en Unidades Militares o cumplimiento de misiones de tal carácter.
- ✓ Modifica la Ley 42/1999, de 25 de noviembre (BOE del 26), de Régimen de Personal de la Guardia Civil y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (BOE del 14), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para fijar expresamente y actualizar su marco jurídico regulador.

- ✓ Deroga la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (BOE del 18), de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.
- ✓ Esta norma entró en vigor el 23 de enero de 2008.

NOVIEMBRE

- ❑ Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre (BOE del 20; corrección de errores de 27 de diciembre), para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.
 - ✓ Modifica el primer apartado del artículo 313 y el primer apartado del artículo 318 bis del Código Penal, para castigar la inmigración clandestina y el tráfico ilegal de trabajadores también cuando tenga como destino cualquier Estado miembro de la Unión Europea.
 - ✓ Modifica el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para la persecución extraterritorial por los tribunales españoles del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.
 - ✓ Igualmente, modifica los artículos 86 ter.2.f); 447.5; 489.2, 509.2 y se añade un apartado 3 al artículo 86 ter, todos ellos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 21 de noviembre de 2007.

DICIEMBRE

- ❑ Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre (BOE de 1 de diciembre), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
 - ✓ Pretende incrementar el control sobre el exceso de velocidad y la ingesta de bebidas alcohólicas.
 - ✓ Incrementa notablemente las penas.

- ✓ Prevé la posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor.
 - ✓ Separa la negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica del delito de desobediencia para ser considerada una conducta autónomamente punible.
 - ✓ Reúne todas las conductas de conducción de vehículos sin permiso o licencia en un único precepto.
 - ✓ Crea el Centro de Tratamiento de Denuncias automatizadas y prevé la delegación en este órgano de la competencia para el conocimiento de las infracciones detectadas a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo.
 - ✓ Modifica la rúbrica del Capítulo IV, del Título XVII del Libro II, los artículos 379, 380, 381, 382, 383, 384, y 385 y añade un último párrafo al artículo 47 al Código Penal.
 - ✓ Modifica los artículos 68, 80 y 82 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 2 de diciembre de 2007, salvo el último párrafo del artículo 384 (conducción de vehículo sin permiso o licencia) que entrará en vigor el 1 de mayo de 2008.
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5), de medidas en materia de Seguridad Social.
- ✓ Modifica el primer apartado de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE del 29), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:
 - Elimina la distinción, como posible víctima de los delitos de homicidio doloso o lesiones, al cónyuge o excónyuge de otras situaciones análogas.
 - Prevé el incremento de la posible pensión de orfandad por la pensión de viudedad cuando este incremento sea posible en la legislación del régimen aplicable de la Seguridad Social.

- ❑ Acuerdo de 28 de noviembre de 2007 (BOE de 12 de diciembre), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.
 - Modifica el citado apartado en relación con las medidas provisionales del artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para favorecer la comparecencia ante la eventual ejecución en días y horas inhábiles de acuerdos gubernativos de expulsión, devolución o retorno en materia de extranjería.
 - Actualiza el Anexo que contiene el cuadro de las disposiciones reglamentarias vigentes del Consejo General del Poder Judicial.

- ❑ Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre (BOE del 14), complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural.
 - ✓ Modifica la disposición adicional 5.ª de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- ❑ Ley 53/2007, de 28 de diciembre (BOE del 29), sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.
 - ✓ Pretende regular el comercio exterior de material de defensa, su desvío al mercado ilícito y combatir su proliferación.
 - ✓ Somete a autorización administrativa la transferencia de material de defensa y de productos y tecnología de doble uso, que resolverá (generalmente) el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
 - ✓ Remite al Código Penal y la legislación de represión del contrabando la sanción de las infracciones cometidas a esta ley.
 - ✓ Deroga la Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril (BOE de 1 de mayo), por la que se establecen supuestos de contrabando en materia de explotación de material de defensa o material de doble uso.

ENERO

- ❑ Resolución de 17 de enero de 2008 (BOE del 24; corrección de erratas BOE de 5 de febrero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2008, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
 - ✓ Actualiza la cuantía de las indemnizaciones del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas víctimas de accidentes de circulación.
 - ✓ Sobre la base del incremento del Índice General de Precios al Consumo (4,2%), se revisan las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:
 - Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales.
 - Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).
 - Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
 - Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.
- ❑ Orden EHA/114/2008, de 29 de enero (BOE del 31), reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.
 - ✓ Desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de capitales.

- ✓ Obliga a los notarios a la identificación de los intervinientes en las operaciones descritas en el segundo párrafo del artículo 1 (constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, compraventa de acciones, etc.).
- ✓ Prevé la obligación de conservación de los documentos empleados en la identificación durante un plazo de seis años.
- ✓ Esta norma entrará en vigor el 31 de julio de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, parte general. Adendas de 2007 a los tomos I, II y III*, Tecnos, Madrid, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

GÓMEZ MARTÍN, V., (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Barcelona, 2007.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ARIAS EIBE, M.J., *El error en Derecho penal en el Código penal de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007.

CUESTA AGUADO, P., *Conocimiento de la ilicitud*, Dykinson, Madrid, 2007.

MENDES DE CARVALHO, E., *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007.

RAGUÉS VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

URBANO CASTRILLO, E./ROSA CORTINA, J.M., *La responsabilidad penal de los menores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AMBOS, K., *El derecho penal frente a amenazas externas*, Dykinson, Madrid, 2007.

BAUCCELLS Y LLADÓ, J., *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Atelier, Barcelona, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

TORRES PÉREZ, M., *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

V. DERECHO PENITENCIARIO

CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

VI. CRIMINOLOGÍA

BERISTAIN IPIÑA, A., *Víctimas del terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RIVAS VALLEJO, M.P., *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal penal*, 3.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2007.

GARCÍA BORREGO, J.A y FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., *Introducción al Derecho Procesal Penal. (Especialmente dirigido a Policía Judicial y Criminólogos)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal penal*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

OLIVA SANTOS, A. de la, *Derecho procesal penal*, 8.^a ed., Ramón Areces, Madrid, 2007.

II. MONOGRAFÍAS DE DERECHO PROCESAL PENAL

AAVV, *Aspectos procesales y sustantivos de la ley orgánica 1/2004*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

AAVV, *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *El atestado policial: pieza clave en los juicios rápidos y delitos contra la seguridad del tráfico, relativos a la propiedad intelectual e industrial y a la violencia doméstica y de género*, Tecnos, Madrid, 2007.

BOSCH FIOL, E., *La violencia de género. Algunas cuestiones básicas*, Formación Alcalá SL, Alcalá la Real, 2007.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007.

FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional. (Contiene formularios)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V., *Violencia doméstica y de género. 285 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007.

GRAU GRAU, I., *Valoración judicial de la prueba en los procesos por accidentes de tráfico*, J.M. Bosch, Barcelona, 2008.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Difusión Jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2007.

MARTÍN RÍOS, M.P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ GARCÍA E., *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2007.

PÉREZ CEBADERA, M.A., *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RUBIO DE LA TORRE, J.L., *La ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

URBANO CASTILLO, E./TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal*, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, E., *La motivación y racionalidad del veredicto en el derecho español y en el derecho norteamericano*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2008.

III. OTROS

AAVV, *Justicia: poder y servicio público*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

AMARAL MACHADO B., *Fiscalías: su papel social y jurídico-político. Una investigación etnográfico-institucional*, Anthropos, Barcelona, 2007.

AMBOS K., *Estudios de derecho penal y procesal penal. Aspectos del derecho alemán y comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

CÓRDOBA CAMPOS R., *Formularios a la Ley Orgánica 5/2004 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2007.

GONZÁLEZ BILBAO, E., *Guía práctica del Abogado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Manual práctico del letrado de la defensa*, Ediciones Experiencia S.L., Barcelona, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA J., (coord.), *Jurisprudencia procesal penal del Tribunal Supremo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, *Libro de Estilo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

JIMENO BULNES, M., (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2007.

NIETO MARTÍN, A. Y ARROYO ZAPATERO, L., *El principio ne bis in idem en el derecho penal europeo e internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2007.

ROCA JUNYENT, M., *¡Sí abogado!. Lo que no aprendí en la facultad*, Crítica, Barcelona, 2007.

**TÍTULO: CIBERCRIMEN: LOS DELITOS COMETIDOS
A TRAVÉS DE INTERNET**

Autor: Javier Gustavo Fernández Teruelo
Primera edición, octubre de 2007, encuadernación rústica, 181 páginas
Constitutio Criminalis Carolina (CCC)
ISBN: 978-84-611-8527-6
<http://www.cibercrimen.es>

La monografía *CIBERCRIMEN: los delitos cometidos a través de Internet* aborda por primera vez en nuestro país de modo integral el estudio del amplio abanico de conductas delictivas, de naturaleza muy diversa, que presentan en común el hecho de ser susceptibles de comisión a través del medio de comunicación de uso generalizado más moderno de los últimos tiempos, Internet. La utilización de este canal de comunicación y transmisión masiva de datos en la ejecución de los delitos de estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad, revelación de secretos de empresa y defraudación de telecomunicaciones (*phreaking* y *wardriving*, entre otros) ha potenciado la realización de estas conductas delictivas, objeto de detenido análisis en esta obra, sobre las que de forma casi constante han llamado la atención los medios de comunicación como consecuencia, en un primer momento, de la originalidad del medio ejecutivo, pero muy especialmente por el potencial que ofrece la Red para que el delito afecte a gran cantidad de personas o cause importantes perjuicios patrimoniales, o debido a la propia vulnerabilidad de muchas de las víctimas de estos delitos, particularmente los niños, pero no sólo ellos, o a raíz del “anonimato” que proporciona este medio. Es indudable, que la puesta de Internet al servicio de la actividad delictiva ha planteado nuevos e importante retos al legislador, en orden, principalmente, a adaptar unos tipos penales construidos sobre una dinámica delictiva basada en relaciones más o menos directas e interpersonales para dar cabida en los mismos a las extraordinarias peculiaridades que Internet, como vía de comisión del delito, presenta, al hacer posible la ejecución a distancia del mismo y dificultar sobremanera la identificación de sus responsables.

Pero también a la propia Administración de Justicia, que ha de esforzarse muy especialmente en mejorar el sistema de detección y persecución de unos delitos cuya impunidad la Red favorece con su anonimato.

Sobre éstas y otras cuestiones relacionadas, todas ellas de máxima actualidad y complejidad, reflexiona el Prof. Fernández Teruelo en este trabajo de investigación, en el que a través de un lenguaje claro y sencillo introduce al lector en una de las parcelas de más reciente e inconclusa creación de la dogmática penal, en la que un Derecho penal pensado para una criminalidad física, marginal e individual, que hunde sus raíces en la Ilustración, se conecta con el mal uso de uno de los grandes inventos de finales del siglo XX, Internet, provocando, según se observa en esta monografía, la necesidad de un replanteamiento de los principios garantistas del Derecho penal y procesal vigente y la búsqueda de una interpretación teleológica de los preceptos penales, adaptada a la realidad del tiempo en que son aplicados, en aras de evitar la impunidad del hecho delictivo en tanto y cuando la maquinaria legislativa se acomoda a la realidad delictiva que se sirve de Internet como modo de ejecución del delito. A este fin también contribuye este investigador mediante la formulación de interesantes sugerencias de *lege ferenda* para mejorar la configuración de los tipos penales. Nos encontramos, pues, ante un estudio jurídico y fenomenológico de gran valor por las aportaciones que el Prof. Fernández Teruelo realiza en un ámbito novedoso, de gran complejidad, para cuyo análisis ya no son suficientes los conocimientos jurídicos, resultando imprescindibles conocimientos informáticos y relativos al funcionamiento de Internet, de los que manifiesta igualmente el autor ser buen poseedor.

Desde un punto de vista formal, el libro *CIBERCRIMEN: los delitos cometidos a través de Internet* se estructura en diez epígrafes, estando el primero y el último de ellos dedicados al tratamiento de los aspectos comunes que abrazan a las distintas figuras delictivas y los ocho restantes destinados a analizar detenidamente las concretas conductas delictivas y los problemas jurídicos, penales y procesales, que encierran desde el enfoque de su comisión a través de Internet.

El primer epígrafe del trabajo versa, como acabamos de anunciar, sobre cuestiones de carácter general, y más concretamente incide en el problema que este medio global de interconexión, que es Internet, representa para la persecución penal del delito como consecuencia del potencial anonimato del autor del hecho delictivo y la ejecución a distancia del mismo. En este contexto, y en primer lugar, se analiza y se explica con claridad cómo es posible la localización del sujeto activo de la conducta delictiva cometida a través de Internet, especialmente a través de la determinación de la dirección IP (*Internet protocol*) del usuario, y la importante contribución que al respecto ha realizado la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 2002, (LSSI), al imponer a los proveedores de acceso a redes, la obligación

de retener los datos de conexión y tráfico que permita conocer desde dónde se ha producido la conexión y cuáles han sido los datos enviados o recibidos. Y seguidamente se enfrenta a diversos interrogantes suscitados por el hecho de que nos encontremos ante delitos a distancia, esto es, delitos en los que el ejercicio de la acción y la producción del resultado no tienen lugar en un mismo espacio geográfico, hasta el punto de condicionar la aplicación de la ley penal y la atribución de la competencia para su enjuiciamiento. En estos casos, como bien señala el autor, el principio general de la territorialidad de la ley penal, reconocido a nivel mundial como criterio básico de determinación de la competencia de los tribunales de los Estados para el conocimiento de los hechos delictivos, resulta difícilmente compatible con el mundo de Internet, al tiempo que hierde la sensibilidad jurídica el asistir a la impunidad de actividades delictivas altamente nocivas, al ser la legislación penal de los países competentes para juzgarlas insuficiente. Pero los problemas no sólo nacen de la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos, unos más permeables que otros a estas conductas. Dentro del sistema judicial español existe el desconcierto respecto del concreto órgano judicial competente para el conocimiento de los delitos cometidos a través de Internet, desconcierto judicial que el autor nos refleja mediante un elenco importante de autos, principalmente del Tribunal Supremo, dictados en los últimos años y contradictorios entre sí.

A las conductas fraudulentas susceptibles de comisión en la Red se refiere el epígrafe segundo de esta monografía, en la que el autor realiza una exégesis de la ley en aras de determinar si las mismas son o no subsumibles en los tipos penales de la estafa y la estafa informática. A este fin, se realiza primeramente una exposición descriptiva de los fenómenos fraudulentos más significativos, que se han visto favorecidos ante el desconcierto inicial, el desconocimiento del medio y la escasa conciencia de los usuarios de Internet de la necesidad de adoptar medidas de seguridad preventivas. Tal sería el caso de la obtención de los datos o claves de acceso (incluidos números y claves de tarjetas de crédito o débito) a determinados servicios y su uso indebido para conseguir ventajas económicas a favor del autor de la sustracción o terceros, mediante el acceso a través de la Red al sistema operativo de la víctima que se puede realizar bien sin el conocimiento de la víctima (fundamentalmente se sirven de los archivos espías o *spyware*), bien haciendo que la propia víctima facilite al defraudador los datos necesarios mediante la utilización de específicas formas de engaño (así, se analiza la técnica más utilizada actualmente, el llamado *phishing*, cuya fórmula más habitual consiste en el envío de correos electrónicos que suplantán la imagen corporativa de entidades bancarias con el fin de obtener los datos y claves de acceso de la víctima); o de otras fórmulas de fraude, cuyas características principales quedan igualmente expuestas: los llamados *Dialers* (utilizados para realizar conexiones telefónicas fraudulentas), los fraudes en operaciones

de comercio electrónico y el envío de *mails* fraudulentos. Tras esta introducción al aspecto fenomenológico de las conductas fraudulentas realizadas sirviéndose de Internet, se adentra en el estudio de los problemas jurídico-penales que se originan al tratar de subsumir las conductas descritas en los modelos típicos de estafa y estafa informática. Llegado a este punto, el autor pone de manifiesto las deficiencias del tipo de estafa informática para sancionar alguno de los supuestos, como los casos de obtención y posterior uso de claves a través de *spyware* u otro método que no implique la intervención de la víctima, y nos presenta su propuesta de *lege ferenda* sobre este particular. En relación a estas conductas fraudulentas, también se ocupa el autor de los llamados “precursores”, esto es, programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas. Asimismo y en aras de evitar que las propias víctimas faciliten la comisión de estas conductas fraudulentas, se examinan otras cuestiones de naturaleza extrapenal relativas a la adopción de medidas preventivas, formulándose recomendaciones de máximo interés sobre este particular e informándose sobre nuevas soluciones técnicas y de seguridad personal para evitar este tipo de fraudes. En cierto sentido, podríamos hablar de una llamada a la toma de conciencia sobre la importancia de una *cultura de la seguridad* en Internet.

El tercer epígrafe está dedicado a la sanción penal de la posesión y distribución de pornografía infantil a través de Internet. Al igual que hiciera con ocasión del examen de las conductas fraudulentas, este epígrafe se inicia con el análisis del fenómeno de la posesión y distribución de pornografía infantil a través de Internet, al hilo del cual se pone de manifiesto que la aparición de Internet ha aumentado exponencialmente un problema que hasta entonces era cuantitativamente pequeño y muy localizado. Hecha esta consideración se adentra de lleno en el estudio jurídico de estas conductas delictivas, sobre las que ha incidido el legislador en varias ocasiones desde la aprobación de la LO 10/1995, del Código penal (LO 11/1999, de 30 de abril, y LO 15/2003, de 25 de noviembre), tal y como se refleja y se comenta por el Prof. Fernández Teruelo (a modo de ejemplo, baste señalar como la redacción originaria del artículo 189 del CP no captaba determinadas formas de distribución de pornografía infantil). Tomando como punto de partida el análisis del “polémico” bien jurídico puesto en peligro o lesionado a través de las diferentes conductas típicas, del que parece desprenderse, a su juicio, una expansión del castigo penal a toda conducta relacionada con la pornografía infantil (así, la obtención de satisfacción sexual mediante la contemplación de imágenes de menores), procede a examinar las posibilidades reales de subsumir en el artículo 189 del CP los supuestos de distribución de pornografía a través de Internet. Guiado por este objetivo analiza previamente los elementos concretos de los tipos penales, poniendo de relieve las deficiencias que algunos de ellos presentan cuando son confrontados con la realidad del fenómeno delictivo (el problema del límite de edad o de los

incapaces como sujetos pasivos), o las dificultades para incluir la mera desnudez, pese a las presiones existentes para ello, en el concepto de “material pornográfico”, concepto que aborda desde la perspectiva internacional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se detiene asimismo en la conducta típica más novedosa, la “pseudopornografía” (pornografía infantil virtual o simulada), descrita en el texto del artículo 189, a raíz de la LO 15/2003, como “el uso de la voz o imagen alterada o modificada de los menores o incapaces”, sobre la que realiza consideraciones críticas de relevante interés, o en las polémicas modalidades de mera posesión, introducidas a través de las reformas de los últimos años, antes de hacer referencia a una serie de conductas atípicas, a saber, las llamadas “pornografía infantil técnica”, “artificial” y “literaria”. Una vez realizada esta exploración de las conductas típicas relacionadas con la pornografía infantil, examina la problemática de la distribución de la misma a través de Internet. Desde esta perspectiva es interesante resaltar cómo se explican los diferentes modos ideados para dificultar la persecución del hecho, desde una inicial distribución a través de webs personales hasta la distribución pasiva mediante las Redes P2P (*peer to peer*), pasando por comunidades, foros, programas de intercambio, correo electrónico, FTP, BBS, IRC o *news*, para finalmente argumentar la subsunción de estas conductas en el artículo 189, muy en especial gracias a la expresión utilizada en el tipo penal “facilitare la difusión”. Finalmente se presta especial atención a la dificultad existente en materia de prueba del conocimiento por parte del autor de la distribución de imágenes de la minoría de edad, debido a la ausencia de un contacto directo con los menores; a algunos problemas concursales y a las consecuencias accesorias previstas para aquellos casos en los que el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

De los atentados contra la propiedad intelectual cometidos a través de la Red, se encarga esta monografía en su epígrafe siguiente, un fenómeno que al igual que el anterior ha crecido considerablemente con la utilización de Internet, donde además se maximizan los beneficios en comparación con la piratería tradicional. La denominada “piratería en Internet” ha sido objeto de especial atención por los poderes públicos en los últimos años, lo que ha dado lugar a una abundante normativa no penal sobre la materia (entre la que destaca la Ley 23/2006, de 7 de julio, que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), a la que el autor se refiere antes de dar un enfoque penal al tratamiento de la vulneración deliberada de los derechos de autor o derechos afines con fines comerciales por medio de Internet, cuestión de la que se ocupa tras estudiar este fenómeno delictivo. Un estudio del que se arroja, entre otras conclusiones, que Internet se ha convertido en el medio con mayor potencialidad lesiva de los derechos de autor protegidos, especialmente a tra-

vés de las descargas efectuadas recurriendo a los citados programas P2P. Siguiendo con el hilo conductor de la obra, el autor examina el bien jurídico protegido y las conductas descritas en la Sección primera del Capítulo IX del Título XIII del CP (De los delitos relativos a la propiedad intelectual), muy en especial el artículo 270, para entrar de lleno en la determinación de si en las mismas aparecen captadas las peculiares fórmulas que se utilizan en la Red para atentar contra la propiedad intelectual. A estos efectos, distingue el autor varios supuestos: el envío de las obras protegidas, y ofertadas en la Red, bien por correo tradicional bien por correo electrónico; la puesta a disposición del usuario de las obras protegidas, facilitándole la posibilidad de que acceda y las descargue a su ordenador, mediante el ofrecimiento de archivos pirateados normalmente a través de páginas web o FTP o el recurso a *software* para compartir archivos (redes P2P); y el acceso a la obra sin descarga (*streaming*). Conductas, todas ellas, con sus peculiaridades, que considera pueden subsumirse en las modalidades típicas expresadas con los verbos “reproducir” o “comunicar públicamente”. Por otra parte, y teniendo en cuenta que en el marco de estos delitos contra la propiedad intelectual una de las cuestiones más relevantes que se plantean es la relativa a la existencia del “ánimo de lucro” del autor para que la conducta sea típica, el Prof. Fernández Teruelo, asumiendo una concepción estricta del mismo, conforme a la cual, este elemento subjetivo evoca estrictamente al lucro comercial, observa como carecen de relevancia penal la difusión altruista de materiales protegidos en la Red, una conducta muy característica en este espacio virtual, así las descarga a través de redes P2P, que son precisamente las que producen mayores daños a los derechos de autor, dado que el beneficio o utilidad obtenido, consiste en el mero disfrute de la obra y, consiguientemente, no encaja en ese concepto estricto de ánimo de lucro. Situación completamente distinta es la de los supuestos en las que sí existe el ánimo de lucro, aunque éste sea el denominado “lucro indirecto”, como ocurre, por ejemplo, en páginas de descargas que requieren un código al que se accede con mensajes *sms* a números de tarificación adicional o aquellas otras en las que aparecen *banners* publicitarios que remuneran al propietario en función del número de visitas. Se concluye este epígrafe con una referencia a las consecuencias que de este tipo de delitos se derivan y más exactamente a la responsabilidad civil, a la publicación de la sentencia y a las consecuencias accesorias.

El epígrafe quinto tiene como objeto de estudio el denominado “sabotaje informático”, expresión con la que se hace referencia a una serie de conductas consistentes en la destrucción o menoscabo de los sistemas informáticos, equipos, datos, programas o documentos electrónicos. En Internet se están produciendo dos conductas que reúnen las características del sabotaje informático muy propias de este medio, hacia las que dirige su mirada el autor, una consis-

tente en el bloqueo (inutilización) parcial o total, temporal o definitivo de páginas web u otros servicios de Internet y la otra relativa a la destrucción o alteración total o parcial de contenidos, información o datos ajenos. Unos resultados que se consiguen, según se explica en la monografía, mediante ataques o accesos no autorizados a espacios virtuales ajenos utilizando principalmente dos vías: aprovechando la falta de cuidado del titular o encargado del control del servicio o página web; o sirviéndose de fórmulas técnicas específicas (virus, troyanos, bombas lógicas o de tiempo, gusanos, *applets* hostiles, bacterias, denegación de servicio —dDOS—), canales ocultos, puertas traseras, *xploits*, prácticas de *sniffing* u otros de similar naturaleza. Estas conductas, propias de los *crackers* informáticos, presentan en común la violación de la seguridad de un sistema informático para hacer daño de manera intencionada y en buena parte pueden ser subsumidas en el artículo 264.2 CP, donde se tipifica el delito de daños informáticos, castigando a “el que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos”. En este ámbito el principal problema jurídico-penal respecto del que se pronuncia el autor es el concerniente a la dificultad para trasladar el concepto clásico de daño y su valoración al ámbito informático, punto sobre el que manifiesta la tesis de la necesidad de recurrir al criterio del “coste de recuperación o restablecimiento de la información o del sistema”.

El análisis de los atentados contra la intimidad personal cometidos a través de Internet dan contenido al epígrafe sexto, si bien alguna llamada de interés sobre los mismos ya se había realizado como consecuencia de su posible vinculación con los delitos de sabotaje informático o la pornografía infantil. En relación a la intimidad personal, presta su atención el Prof. Fernández Teruelo a conductas muy propias de los *hackers*, esto es, conductas de acceso a datos reservados realizadas con el objetivo de obtener información personal o profesional ajena, tratando de determinar su subsunción en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Concretamente, se analiza el apoderamiento documental del correo electrónico e interceptación de comunicaciones en la Red, conducta reconducible al artículo 197.1 CP, en base a una interpretación del inciso relativo al “apoderamiento de mensajes de correo electrónico”, según la cual éste viene referido a aquellos supuestos en los que el correo ya ha sido recibido por el destinatario, mientras que la expresión “interceptación de las comunicaciones” designa su aprehensión en el período que va desde que el mismo se envía hasta el instante anterior a su recepción. En este mismo contexto se reflexiona sobre la determinación del contenido exacto de la privacidad protegida en estos casos, analizando otras cuestiones de especial trascendencia como la relativa a la interceptación de correo de los empleados por parte de los responsables de control de la empresa. A continuación se estudia la

lesión de la libertad informática o “espionaje informático” (art. 197.2), referida a los “datos reservados de carácter personal y familiar (...) que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”, para concluir abordando una conducta que presenta especial virtualidad en Internet, ya que con frecuencia la información obtenida (especialmente videos e imágenes) es posteriormente ubicada en la Red (foros o redes P2P) o distribuida para el conocimiento de terceros (por correo electrónico u otros medios de eficacia semejante, la revelación o transmisión a terceros de los datos descubiertos (art. 197.3).

El epígrafe que le sucede se centra en la revelación de secretos de empresa a través de Internet, lo que lleva al autor a analizar el tipo penal del llamado espionaje industrial (art. 278 CP) y su capacidad para captar estas conductas cuando se cometen a través de la Red. En esta esfera debe destacarse que si bien la conducta descrita en este tipo penal presenta importantes similitudes con el delito examinado anteriormente, no se trata de una conducta referida a aspectos de la intimidad, sino encaminada hacia la protección de las ideas, productos o procedimientos de valor competitivo para la empresa, una información cargada de verdadero valor patrimonial y estratégico para las empresas. Como en el supuesto anterior, también se contemplan en este delito una modalidad delictiva basada en el descubrimiento del secreto y otra sustentada en la difusión del mismo, en cuyo análisis se detiene igualmente el autor.

De la defraudación de telecomunicaciones, en sus modalidades de *phreaking* (utilización fraudulenta de conexiones) y *wardriving* (conexión fraudulenta a través de un sistema inalámbrico) se ocupa en el epígrafe octavo, recogiendo en el epígrafe siguiente otros delitos susceptibles de ejecución en Internet (delitos contra la propiedad industrial, publicidad engañosa, delito fiscal, calumnias e injurias, amenazas y coacciones, falsedades y blanqueo de capitales), con los que concluye esa parte intensa del trabajo dedicada al análisis de la fenomenológica y tratamiento jurídico de los delitos cometidos a través de Internet.

La monografía finaliza como comenzó, con una reflexión sobre una nueva cuestión común a todos estos delitos, que encierra una gran complejidad: la relativa a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los prestadores o proveedores de servicios de Internet (*Internet Service Providers* —ISPs—) fundamentada en la no evitación de la actuación delictiva de aquellos a los que les prestan algún servicio de Red.

No quisiera terminar esta presentación del libro *CIBERCRIMEN: los delitos cometidos a través de Internet* sin destacar el rigor metodológico del que se ha servido su autor, introduciéndonos de forma atractiva en la materia al hilo de

casos reales, identificando los problemas, de gran trascendencia, que la comisión a través de Internet ha planteado en figuras delictivas tradicionales y no tan clásicas, analizando las posibles vías de solución ofrecidas a nivel tanto doctrina como jurisprudencial y adoptando una posición personal y fundamentada sobre cada una de las muy diversas cuestiones suscitadas. Igualmente considero que merece ser resaltada la capacidad del autor para abordar bajo una visión unitaria delitos cuya naturaleza tan diversa (delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, delitos contra la intimidad y delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) les había hecho hasta el momento objeto de estudios completamente aislados, los unos de los otros.

María Marta González Tascón
Profa. Titular Interina de Derecho Penal

**TÍTULO: GARANTÍAS PROCESALES EN LOS PROCESOS PENALES
EN LA UNIÓN EUROPEA**

*Autora: Coral Arangüena Fanego (Coord.)
Lex Nova, Valladolid, 2007, 408 páginas (español), 408
páginas (inglés).
ISBN: 978-84-8406-765-8*

El libro aborda un objeto del máximo interés para la protección de los derechos fundamentales: la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales en la Unión Europea. La dificultad de analizar una propuesta normativa, sujeta a negociación, ha sido afrontada por el equipo que coordina la Profesora Coral Arangüena mediante la actualización de las ponencias presentadas en el Congreso Internacional que se celebró en Valladolid los días 4, 5 y 6 de octubre de 2006. Debe destacarse que el libro hace ya referencia a la propuesta transaccional y a las conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 12 y 13 de junio de 2007.

Se mantiene en la obra una posición militante a favor de la necesidad de definir estándares comunes de garantía de los derechos básicos aplicables a los procesos penales que tengan lugar en la Unión Europea. Se defiende que se trata de un paso esencial para generar un entorno de confianza que facilite el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Una de las conclusiones principales es que el art. 31 TUE aporta una base jurídica suficiente para llevar a cabo la aproximación del régimen de estos derechos a través del instrumento legislativo “Decisión Marco”, para lo que se cita como precedente la Sentencia del TJCE en el caso *Pupino* (asunto C-105/03). En mayo de 2007, se han despejado definitivamente las dudas existentes al resolverse la cuestión prejudicial relativa a la euro-orden con la sentencia recaída en el asunto C-303/05 (“Advocaten loor de werled”).

Uno de los temas que el libro aborda con mayor detalle es la relación entre el nivel de garantía de los derechos procesales en la Propuesta de Directiva Marco y la protección que se confiere a estos mismos derechos en el Convenio

Europeo de Derechos Humanos y en las Constituciones nacionales. Se considera que la propuesta completa la protección que brinda el Convenio, arbitrando garantías concretas que incrementan la efectividad de los derechos de defensa. Por otra parte, se insiste en que las garantías incluidas en la Decisión Marco son subsidiarias y se ven desplazadas por una protección nacional más intensa, por lo que no se produce retroceso alguno respecto de la garantía constitucional de estos derechos por parte de los Estados Miembros.

El lector encontrará información y reflexión acerca de problemas centrales en materia de derechos fundamentales, como la difícil compatibilidad entre la aplicación general de las garantías procesales con la existencia en algunos Estados Miembros de legislaciones especiales sobre terrorismo. La obra analiza otros puntos críticos de la Propuesta, como la definición del momento en el que surge el derecho a la asistencia letrada (desde la declaración inicial del sospechoso o a partir del acto de acusación formal), las limitaciones a la gratuidad de la asistencia jurídica y de la interpretación en el contacto privado entre el abogado y el acusado o el alcance del derecho del detenido a comunicar su detención.

No quisiera cerrar esta reseña sin insistir en que la publicación tiene carácter internacional. La doble versión —en castellano y en inglés— realza esta dimensión y es coherente con el contenido. No nos parece redundante recordar que estamos ante una obra que aborda un tema de dimensión europea, recoge las ponencias de un congreso internacional celebrado en el marco del programa AGIS de la Comisión Europea y maneja una amplia bibliografía en inglés, francés, italiano y alemán. En conclusión, el libro contribuye de forma importante a la construcción del *ius commune* europeo.

Ignacio García Vitoria