

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: Análisis de la prueba indiciaria. *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 11
- Comisión por omisión y legalidad penal. *Francisco Javier Álvarez García* 43
- Habituales y reincidentes. *Ana Cristina Andrés Domínguez* 69

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 95
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 101
- **Sentencia 37/2007 (Sala 2.ª), de 12 de febrero:** Euro-orden 101
- **Sentencia 48/2007 (Sala 1.ª), de 12 de marzo:** “Non bis in idem” y delito continuado 104
- **Sentencia 70/2007 (Sala 1.ª), de 16 de abril:** Revisión penal 107
- **Sentencia 75/2007 (Sala 1.ª), de 16 de abril:** Motivación de las resoluciones relativas a suspensión condicional 113
- **Sentencia 95/2007 (Sala 2.ª), de 7 de mayo:** Prisión provisional en euro-orden 115

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	119
— Acuerdos de 24 de abril de 2007	119
— Acuerdos de 29 de mayo de 2007	120
— Sentencia 979/2006, de 9 de octubre: Anulación de sentencia de apelación en causa con Jurado	121
— Sentencia 38/2007, de 31 de enero: Maltrato psíquico	125
— Sentencia 80/2007, de 7 de febrero: Delito continuado de estafa	128
— Sentencia 136/2007, de 8 de febrero: Desórdenes públicos ..	130
— Sentencia 121/2007, de 14 de febrero: Atipicidad de la malversación imprudente	131
— Sentencia 119/2007, de 16 de febrero: Intervenciones telefónicas	134
— Sentencia 132/2007, de 16 de febrero: Estafa y negocio jurídico ilícito	140
— Sentencia 130/2007, de 19 de febrero: Intervenciones telefónicas	144
— Sentencia 159/2007, de 21 de febrero: Principio acusatorio ..	150
— Sentencia 152/2007, de 23 de febrero: Auto de aclaración ...	154
— Sentencia 171/2007, de 26 de febrero: Entrada y registro ...	157
— Sentencia 214/2007, de 26 de febrero: Relaciones concursales entre la estafa procesal y los correspondientes delitos contra la Administración de Justicia	158
— Sentencia 151/2007, de 28 de febrero: Declaración de menor ..	159
— Sentencia 197/2007, de 5 de marzo: Denegación de prueba ..	161
— Sentencia 252/2007, de 8 de marzo: Compatibilidad entre alevosía y aprovechamiento del lugar	163
— Sentencia 201/2007, de 16 de marzo: Violencia doméstica ...	165
— Sentencia 217/2007, de 16 de marzo: Agresión sexual conjunta	167
— Sentencia 239/2007, de 20 de marzo: Lesiones preterintencionales	168
— Sentencia 250/2007, de 20 de marzo: Prueba pericial caligráfica	170
— Sentencia 225/2007, de 21 de marzo: Uso del vehículo como instrumento doloso	172

	Página
— Sentencia 273/2007, de 23 de marzo: Confesión judicial. Conexión de antijuricidad	176
— Sentencia 256/2007, de 30 de marzo: Motivación de la sentencia	180
— Sentencia 388/2007, de 9 de abril: Concepto jurídico-penal de documento	182
— Sentencia 278/2007, de 10 de abril: Presunción de inocencia	184
— Sentencia 290/2007, de 10 de abril: Apropiación indebida ...	186
— Sentencia 345/2007, de 24 de abril: Límite temporal de las medidas	187
— Sentencia 381/2007, de 24 de abril: Malversación de caudales públicos	190
— Sentencia 357/2007, de 30 de abril: Confesión del acusado. Prueba ilícita	195
— Sentencia 353/2007, de 7 de mayo: Conspiración para el tráfico de drogas	198
— Sentencia 427/2007, de 8 de mayo: Uso del vehículo como instrumento doloso	201
— Sentencia 380/2007, de 10 de mayo: Prostitución e inmigración clandestina	205
— Sentencia 385/2007, de 10 de mayo: Deber de denunciar y testificar: exenciones	208
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 211
— Sentencia de 1 de diciembre de 2006 (AP Barcelona): Insolvencia punible: pasividad en el expediente concursal. Alzamiento en la sucesión de empresa	211
— Sentencia 418/2006, de 1 de diciembre (AP Guipúzcoa): Impago de pensiones. Prescripción e intereses	213
— Sentencia 97/2006, de 15 de diciembre (AP Vizcaya): Estafa. Necesidad de engaño idóneo	215
— Sentencia 1058/2006, de 18 de diciembre (AP Vizcaya): Violencia doméstica: agarrar por la cabeza; falta de vejación injusta	219

	Página
— Sentencia 1/2007, de 3 de enero (AP Murcia): Ley penal más favorable. Impago de pensiones. Delito permanente	224
— Sentencia 17/2007, de 12 de enero (AP Guipúzcoa): Impago de pensiones. Cosa juzgada	225
— Sentencia 24/2007, de 15 de enero (AP Cádiz): Equiparación de falta de colaboración con negativa a someterse a pruebas de alcoholemia	228
— Sentencia 27/2007, de 15 de enero (AP Guipúzcoa): Prevaricación de funcionario público. Aprobación de gasto municipal pese a reparos de la intervención sobre la competencia. Ordenador para preso de ETA	228
— Auto de 19 de enero de 2007 (AP Barcelona): Prisión provisional de quien dispara y mata a quien se dispone a robar en su casa	231
— Sentencia 27/2007, de 26 de enero (AP Valladolid): Menores: menor que quebranta la medida de internamiento cuando ya ha alcanzado la mayoría de edad	233
— Sentencia 35/2007, de 2 de febrero (AP Madrid): Bandas urbanas: ñetas y latin kings; asociación ilícita	236
— Sentencia 118/2007, de 5 de febrero (AP Gerona): Alegación de consumo de medicamentos para eludir la aplicación del artículo 379 del Código Penal	238
— Sentencia 126/2007, de 6 de febrero (AP Gerona): Absolución de conductor accidentado que no pudo realizar la prueba de alcoholemia	239
— Sentencia 18/2007, de 7 de febrero (AP Palma de Mallorca): “Ne bis in idem”. Posibilidad de duplicidad de sanciones penales y administrativas	240
— Sentencia 73/2007, de 7 de febrero (AP Sevilla): Absolución del artículo 379 del Código Penal con niveles de alcohol en aire espirado de 1,25 y 1,20	241
— Sentencia 112/2007, de 19 de febrero (AP Tarragona): Pena a reincidente en conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas	242
— Auto 79/2007, de 9 de marzo (AP Barcelona): Derecho penitenciario: necesidad de firmeza en la situación de tercer grado para la concesión de la libertad condicional; enfermedad incurable . . .	244

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	249
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	257
— Derecho Procesal Penal	261

ARTÍCULOS DOCTRINALES

APLICACIÓN DE LA LÓGICA COMO CIENCIA EN EL PROCESO PENAL: ANÁLISIS DE LA PRUEBA INDICIARIA

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. LA DINÁMICA CRIMINAL Y LA PAULATINA DECADENCIA DE LAS PRUEBAS DIRECTAS.
 - II. CONCEPTO.
 - III. ELEMENTOS.
 - IV. ¿SON LAS PRESUNCIONES UN MEDIO DE PRUEBA?
 - V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.
 - VI. JUICIO DE INFERENCIA.
 - VII. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS.
 - VIII. CONTRAINDICIOS.
 - IX. LA LÓGICA COMO CIENCIA.
 - X. LÓGICA, ÁLGEBRA DE BOOLE Y SISTEMAS EXPERTOS.
 - XI. CONCLUSIONES.
-

- I. LA DINÁMICA CRIMINAL Y LA PAULATINA DECADENCIA DE LAS PRUEBAS DIRECTAS

El anonimato es un dato esencial en toda actividad delictiva, pues el criminal en un Estado de Derecho trata siempre de eludir las consecuencias de su acción y rehuir la eventual respuesta estatal. Por ello, el delincuente necesita

espacios opacos, oscuros, ajenos a la mirada recriminante de la colectividad para poder actuar libre e irresponsablemente.

El factor principal de toda empresa criminal, en aras a su propia efectividad, radica en la búsqueda desesperada de la impunidad, el anonimato, continuar con su vida cotidiana como si nada hubiera ocurrido⁽¹⁾. Por ello, los infractores tienden a despersonalizarse, a disfrazarse, a camuflarse y a ocultar su verdadera identidad. Por lo tanto, la dinámica criminal es esencialmente opaca, pues ambiciona huir de la luz de testigos y demás pruebas en aras a lograr eludir un eventual castigo estatal. El Derecho prefiere los hechos materiales a las razones (*res non verba*) mas, sin embargo, este justo anhelo no es siempre posible y menos en la complicada dinámica criminal contemporánea.

Dentro de un mundo criminal basado en el secreto y en lo oculto opera una dinámica delictiva que, paralela al desarrollo de la sociedad, cada vez se hace más compleja. Las posibilidades de encontrar elementos directos de prueba que nos relaten como se escenificó el crimen cada vez son más escasos. Mas, como afirma ELLERO⁽²⁾, es bastante difícil que una actividad permanezca oculta, sobre todo cuando se trata de algo grave, todo acto tiene sus precedentes y sus consiguientes por los cuales o se presiente o bien se infiere.

En aras a averiguar la verdad material del delito, la natural tendencia criminal de no dejar pruebas directas tiende a ser contestada mediante la recolección de vestigios del crimen, recomponiendo la verdad material a través de los mismos, organizándolos y estructurándolos mediante una interpretación racional. Se trata de responder a la astucia del criminal utilizando la inteligencia, no utilizar la dinámica de los indicios significaría dejar al Estado inerme frente a los atentados más sibilinos, subrepticios y graves, restringiendo la persecución del delito a la criminalidad burda, rudimentaria carente de astucia y, por ende, resignarnos a permanecer pasivos frente al avance del crimen más grave: el premeditado, el deliberado y el organizado.

(1) Esto ya viene reflejado en la luminosa Exposición de Motivos de Manuel Alonso Martínez: “Desde que surge en el criminal la mente del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder Público en una posición análoga a la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para reestablecer, pues, la igualdad en la condiciones de la lucha [...], es menester que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor”.

(2) Cfr. ELLERO, P., *De la certidumbre de los juicios criminales o tratado sobre la prueba en materia penal*, (trad. Posada, Alfonso), 6.ª Ed., Reus, Madrid, 1968, p. 87.

Como refiere LÓPEZ-MORENO ⁽³⁾, en todo delito existe una especie de lucha oculta entre la inteligencia, también conceptualizada como astucia del criminal, y la sagacidad del Juez instructor. Mientras uno se esfuerza en borrar la prueba del crimen, haciendo desaparecer las más insignificantes huellas, el otro se afana por hallar los datos suficientes que le permitan demostrar tanto la existencia del delito como la responsabilidad de su autor.

En palabras de FASSONE ⁽⁴⁾: “si el reo siempre ha buscado el no dejar huellas de su delito, o hacerlas desaparecer, las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño, inscribiéndolo programáticamente en sus desig-nios complejos. Ello comporta que, no sólo la ciencia recíproca (la investigación) está obligada a seguir con modernidad la cultura de la supresión de la prueba, sino que también la ciencia jurídica viene forzada a hacer lo mismo con la evolución de sus propias categorías dogmáticas tradicionales”.

Por esta razón, pese a su complejidad y a los peligros que entraña la denominada prueba de indicios, su aplicación judicial se va haciendo cada vez más necesaria y frecuente ⁽⁵⁾. Poco a poco, la realidad social se transforma, evolucionando a un *modus operandi* cada vez más complejo. La sociedad demanda una serie de respuestas frente a determinados comportamientos complicados que, en aras de evitar su impunidad, exigen una metódica criminalística mucho más compleja, oculta e indirecta. Este auge de la prueba indiciaria busca evitar que nos hallemos ante una sociedad desguarnecida frente al delito; lo que provoca, a modo de compensación, una progresiva acentuación del valor de la prueba indiciaria.

Mas un moderno Estado de Derecho, comprometido con el respeto a los derechos fundamentales, se muestra reacio a erigir a la prueba indiciaria como la clave de bóveda de sus juicios criminales. Ello implica que ante la prueba de presunciones no cabe una actitud pasiva (contraria al Estado *in fieri* previsto en el artículo 9.2 de la CE) sino que hay que proporcionarle una arquitectura jurídica más garantista y sólida de la que actualmente posee.

De todas formas, incluso aún cuando existan testigos presenciales de los hechos o la declaración del propio imputado o cualesquiera otra prueba directa, todos los delitos tendenciales cuyo dolo incorpora un elemento subjetivo del injusto comportan, en mayor o menor manera, una presunción de cuál fue la voluntad del sujeto activo. Esta afirmación se hace palpable en un delito de

⁽³⁾ Vid. LÓPEZ-MORENO, S., *La prueba de indicios*, 3.ª Ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, p. 99.

⁽⁴⁾ Vid. FASSONE, E., “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, *Revista del Poder Judicial Núm*, 48, Cuarto trimestre de 1997, pp. 417-418.

⁽⁵⁾ Vid. PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, 1.ª Ed., Valencia, 2003, pp. 102 y ss.

hurto donde podemos atrapar al delincuente *in fraganti* apoderándose de un objeto, mas serán los indicios los que nos revelen si poseía un ánimo de lucro ilícito o la toma del objeto fue debido a un error o a cualquier otro título jurídico. Paradigma de la prueba de indicios son los delitos relacionados con el tráfico de drogas, donde el delincuente es detenido *in fraganti* en su posesión, son los indicios concomitantes los que nos revelan la intención de destinar esa droga al tráfico o al autoconsumo.

Así como dice el Auto del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1983 ⁽⁶⁾, el dolo y los elementos subjetivos del delito sólo puede fijarse a través de un proceso de inducción, que no implica necesariamente una presunción de culpabilidad, siendo perfectamente compatible con la presunción de inocencia pues se integra dentro de la valoración de los hechos probados, que es competencia de los Tribunales ordinarios. Estos juicios de valor o inferencia, como actualmente se pretende más correctamente denominarlos, permiten al Tribunal *a quo*, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia del dolo o de los elementos subjetivos del tipo.

Por ello, con acierto escribe PAGANO, en un texto muy citado, que “cualquier prueba es siempre indiciaria” ⁽⁷⁾, puesto que en el “análisis criminal” es preciso “valerse de los indicios para llegar a entender un hecho oscuro” ⁽⁸⁾.

En consecuencia, poco a poco, la complejidad de la sociedad (y congruentemente de los delitos que produce) va erigiendo paulatinamente a la denominada prueba de presunciones como el factor crítico principal de los juicios, especialmente de los criminales.

Así cabe decir que en muchas ocasiones la denominada “apreciación conjunta de la prueba” o la realización de un “juicio de valor” (por ejemplo, sobre la concurrencia del ánimo de lucro o del ánimo de matar o lesionar) no es otra cosa que la realización de una prueba de presunción ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ TC 640/1983 (Sala 1.ª, Secc. 1.ª), de 20 de diciembre, (FJ 2.º).

⁽⁷⁾ *Vid.* PAGANO, F. M., *Principi del codice penale e logica dei Probabili* (opera postuma), Nápoles, 1824, p. 80.

⁽⁸⁾ *Vid.* PAGANO, F. M., *Logica de'probabili applicata a'giudici criminali*, Presso Agnello Nobile, Milán, 1806, p. 82.

⁽⁹⁾ Así por ejemplo FENECH NAVARRO, M., *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, 2.ª ed, Labor, 1952, p. 605, que “la trascendencia de la prueba de indicios en el proceso penal, conocida en el Derecho anglosajón como prueba circunstancial, resulta evidente si se tiene en cuenta que, en multitud de casos, es la que determina el contenido de la sentencia condenatoria, ya que fuera de los casos de flagrante delito, o en otros en que directamente

Para comprender adecuadamente esta materia es preciso ser conscientes de que toda actividad probatoria busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Pero como el absoluto es imposible para el hombre, lo probado será siempre un mero acercamiento a la verdad sin llegar nunca al conocimiento total del hecho.

Como refiere SERRA DOMÍNGUEZ⁽¹⁰⁾, la utilización de la palabra presunción en el ámbito probatorio suscita irracionalmente en muchas personas la idea de que se está empleando, en contra de una de las partes procesales, alguna suerte de sospecha, conjetura o suposición no fundamentada en una actividad probatoria practicada con la debida seriedad procesal, por lo que se considera que el uso de una presunción en su contra puede lesionar sus derechos procesa-

pueda probarse el hecho que se reputa punible, los actos de prueba tienen como objeto circunstancias facticias que no son más que indicios por los que puede llegar a tenerse como probado aquel hecho y la persona de su autor”. Análogamente, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. / GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ HEREDIA, E., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 252, afirman que “el indicio ofrece gran importancia en el proceso penal, ya que no siempre se tienen a la disposición pruebas directas que autoricen a considerar existente la conducta perseguida, y entonces, ante la realidad del hecho que revista caracteres delictivos, es necesario hacer uso de los indicios, con el esfuerzo lógico-jurídico intelectual necesario, antes de que se produzca la impunidad”. Paralelamente, ASECIO MELLADO, J.M., “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, *Los principios del proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial Núm. 5*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 167, donde explica que “quien comete un delito busca de propósito el secreto de su actuación por lo que, evidentemente, es frecuente la ausencia de pruebas directas. Pretender en todo caso la presencia de este tipo de pruebas comportaría el fracaso del proceso penal o, para evitar tal situación, habría de forzarse la confesión del imputado, lo cual, como es sabido, constituyó la característica más acusada del sistema de prueba tasada y su máximo exponente: el tormento”.

(10) Afirma, con razón, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir Manuel Albadalejo), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 711, que “la desconfianza jurisprudencial hacia la presunción determina que los jueces, aunque funden su juicio de hecho sobre presunciones, raras veces reconocen expresamente haber acudido a la presunción”, por lo que no es de extrañar —agrega en p. 712— “que los Jueces exterioricen las presunciones únicamente en aquellos supuestos en que los medios de prueba difícilmente dan resultado positivo: simulación, arrendamientos urbanos, etc.”. Con todo, resalta —en p. 714— que “las mentalidades más progresistas y radicales (y posiblemente menos rígidas y estereotipadas) se hallan más predispuestas que sus oponentes a la estimación de las pruebas presuncionales.” En todo caso, señala MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 2.^a Ed. Praxis S.A., Barcelona, 1983, p. 101, que “la hipovaluación de las presunciones es más bien un fenómeno de la práctica judicial que no del ordenamiento positivo”. Y, en este mismo sentido, subraya SERRA DOMÍNGUEZ, M., *op. cit.*, p. 705, que aunque “los proyectos anteriores al Código Civil contemplaban las presunciones judiciales con gran desconfianza, considerándolas como meras conjeturas... en el artículo 1253 del Código Civil se regulan las presunciones judiciales... sin fijar límites a la admisibilidad de las presunciones”.

les básicos. Estas reticencias frente a la prueba conjetural, ya las encontramos en el Digesto (1,5, de poena) y en Las Partidas (3.^a, ley 8.^a, Tít. XIV), donde, sin embargo, se permite excepcionalmente.

Sin embargo, aunque su utilización sea necesaria e ineludible, instaurar un nuevo sistema penal basado en las pruebas periciales y las presunciones que el Juzgador realiza en torno a ellas comporta una serie de problemas en orden a las garantías. Con razón ha dicho ROXIN que “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”. No cabe duda, que un Derecho procesal liberal, a diferencia del que corresponde a una sociedad autoritaria, ha de reconocer un mayor margen a la mínima duda razonable favoreciendo la presunción de no culpabilidad, e incluso tolerando el riesgo de absolución de un culpable, pues se entiende que esta posibilidad siempre es menos perniciosa que la que supone el riesgo contrario, esto es, el riesgo de condenar a un inocente. Por ello, tal como afirma CLIMENT DURÁN⁽¹¹⁾, la prueba indiciaria posee un marcado carácter secundario.

II. CONCEPTO

Bajo el *nomen iuris* de esta prueba indiciaria, se acogen otras acepciones supuestamente equivalentes tales como “presunciones”, “prueba circunstancial”, “prueba por indicios”, “prueba indirecta” o “prueba de inferencias”, mas como refiere BELLOCH JULBE⁽¹²⁾ demasiados nombres para una sola institución. Aunque la metodología técnica de ambas instituciones es idéntica, desde un plano civil suele utilizarse la acepción de prueba de presunciones y desde un plano penal la terminología de prueba de indicios⁽¹³⁾.

Como ya vimos, en el Derecho antiguo, existió un abierto recelo contra las presunciones convenientemente reflejado en los aforismos latinos: *Plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*. Lo que implica que se consideraba más válida como prueba la que resulta de los hechos mismos que la que resulta de una conjetura; y también el brocardo *Probatio vincit praesumptionem*: la

(11) Vid. CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 1.^a Ed., Valencia, 1999, pp. 52 y ss.

(12) Vid. BELLOCH JULBE, J.A., “La prueba indiciaria”, *Cuadernos de Derecho judicial Núm. 13*, Madrid, 1993, p. 27.

(13) Así CARNELUTTI entendía que: “*Los indicios pertenecen a la dogmática del derecho penal y las presunciones a la del derecho civil*”. [CARNELUTTI, F., *La prueba en el proceso civil*, (trad. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto), 2.^a Ed., Desalma, Buenos Aires, 1982, pp. 161 y ss.].

verdadera prueba, la demostración de los hechos, vence a la mera presunción entendida como conjetura⁽¹⁴⁾.

Técnicamente, en la prueba indiciaria no nos encontramos ante una deducción (que en la práctica es siempre ilusoria en la mayor parte de los casos, cuando se aplica a la complejidad de la vida real y no a simples abstracciones). La deducción es la operación por la cual se concluye rigurosamente, a partir de una o de varias proposiciones aceptadas como premisas, una conclusión que es la consecuencia necesaria en virtud de las reglas lógicas⁽¹⁵⁾. En la deducción, siguiendo la forma del silogismo, la premisa mayor es universal y tiene el carácter de teoría: todos los hombres son mortales. Por consiguiente, si Pedro es hombre, concluimos que Pedro es mortal. En la prueba indiciaria no tenemos al inicio teorías sino simplemente hechos individuales; y es a partir de ellos que tendremos que construir la teoría o explicación de la situación bajo estudio⁽¹⁶⁾.

La prueba indiciaria supone un pensamiento complejo en el que se persigue la reconstrucción de un hecho concreto, remontando de ciertos indicios a hechos que se hacen más o menos probables a medida que avanza el proceso de recolección de indicios y de formulación de presunciones o conjeturas basados racionalmente en tales indicios.

Por su sistemática las presunciones entran en claro conflicto con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.). Así LALANDE⁽¹⁷⁾ reclamaba la máxima cautela con este tipo de hilazones lógicas “cuando uno se aventura

(14) Otros aforismos latinos que nos previenen contra el uso abusivo de las presunciones son *fictio ultra casum fictum progredi non debet*, máxima que cobija el criterio interpretativo que las conjeturas no deben entenderse extensivamente sino restrictivamente, y, también, *fictio non extenditur de re ad ream, de persona ad personam, de casu ad casum*, es decir, las conjeturas no pueden saltar de una situación a otra diferente.

(15) Para comprender mejor de este asunto *vid.* PERELMAN, C./ OBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2.^a Ed. Editions de L'Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 1970, pp. 155 y ss.

(16) No podemos decir: (a) todos los que compran acciones con proximidad cronológica están concertados; (b) una cierta sociedad comercial adquirió acciones de otra sociedad después de que una tercera empresa adquirió un paquete accionario; (c) por tanto, hay concertación entre la primera y la tercera. La proposición que habría sido adoptada como premisa mayor no puede postularse porque, si bien algunos de los que compran acciones de una sociedad en fecha próxima pueden estar concertados, otros no. Por tanto, de lo que se trata aquí es de saber si en este caso hubo realmente concertación o no; y pretender aplicarle un silogismo como el antes reseñado implica incurrir en el error lógico denominado petición de principio.

(17) *Vid.* LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Alcan, Paris, 1932, pp. 506-507.

a reconstruir una cadena lógica en base a unos hechos predeterminados, uno se encuentra que se ha lanzado en un camino peligroso cargado de incertidumbre”.

III. ELEMENTOS

Tanto la jurisprudencia del TS⁽¹⁸⁾ como la del TC⁽¹⁹⁾ han declarado reiteradamente que el Derecho a la presunción de inocencia pueda enervarse mediante la denominada “prueba” indiciaria, pero para que ésta alcance validez, la convicción judicial debe formarse, al menos, cubriendo los siguientes requisitos:

A) Los hechos básicos o indicios, que necesariamente han de ser múltiples, (pues uno sólo podría fácilmente inducir a error), han de estar plenamente acreditados, como exigía el derogado artículo 1249 del C.C., (o el vigente artículo 386.1 de la L.E.C.), esto es, justificados por medio de prueba directa. Este elemento meramente fáctico, cuya fijación han de hacer los Tribunales de instancia, con la libertad de criterio que la L.E.Cr. (artículo 741) les concede como respuesta a las exigencias del principio de inmediación, y con constancia en el apartado relativo a la narración de hechos probados. Por lo tanto, el silogismo inicial sólo puede ser recurrido en casación por la vía del n.º 2.º del artículo 849 o a través de la denuncia por violación de la presunción de inocencia (artículo 5.4 de la L.O.P.J.).

B) La deducción lógica que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo 386.1 de la L.E.C.), la cual debe exteriorizarse en el propio texto de la sentencia para mostrar así públicamente que la libertad del juzgador no ha sido utilizada de modo arbitrario (interdicta en el artículo 9.3 de la Constitución). Este elemento deductivo sobrepasa lo puramente fáctico y, como tal, puede ser sometido a revisión del Tribunal Supremo por medio de un recurso extraordinario de casación. Decía MARCO AURELIO⁽²⁰⁾ que el mejor juicio es aquella reflexión que es armónica con su naturaleza, que es congruente y precisa con la consecuencia de la que se deriva a modo de secuela natural.

(18) STS (2.ª), de 14 de diciembre de 1990 (Delgado García), [RJ Ar. 1990/9513], (FJ 2.º).

(19) STC 111/1990 (Sala 2.ª), de 18 de junio, (De los Mozos y de los Mozos) y STC 117/2000, (Sala 1.ª), de 5 de mayo de 2000 (Jiménez de Parga y Cabrera) (FJ 3.º).

(20) Vid. MARCO AURELIO, A.A., *Meditaciones*, Ed. Planeta Agostini, Madrid, 1995, p. 51.

Intentando sintetizar la jurisprudencia del TC y del TS existente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN⁽²¹⁾ exige una serie de requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o a la inferencia:

- a) Que los indicios base estén plenamente acreditados.
- b) Que sean plurales o excepcionalmente únicos pero de una singular potencia acreditativa.
- c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.
- d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

IV. ¿SON LAS PRESUNCIONES UN MEDIO DE PRUEBA?

En principio, la naturaleza de esta institución es polémica y conflictiva. En nuestro ordenamiento jurídico positivo se encuentran reguladas como algo heterogéneo pero vinculado a la prueba⁽²²⁾ en la sección VIII, del capítulo VI del título I, del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽²³⁾ que habla de “Los medios de prueba y las presunciones”.

Por ello, en la doctrina⁽²⁴⁾, y no sin cierta razón, se entiende que más que una prueba es un sistema o mecanismo para fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba. Así CARRERAS LLANSANA⁽²⁵⁾ afirma que si no queremos dar al concepto de prueba una amplitud desmesurada es obvio que no podemos asociar presunción y prueba, ya que la operación de fijar el Juez el

(21) Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La acusación, la defensa y la sentencia”, *Los procesos penales. Comentarios a la LECR con formularios y jurisprudencia*, (Dir. el autor/ Gimeno Sendra, Vicente/ Conde-Pumpido Tourón, Cándido), Vol. 5, Bosch, Barcelona, 2000, p. 687.

(22) Así lo entiende MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M.^ª L., *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, 1.^ª Ed., Madrid, 2007, pp. 132 y ss.

(23) Concretamente, el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define la presunción judicial como aquella que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

(24) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 4.^ª Ed, Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 36.

(25) Vid. CARRERAS, J., “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, *Estudios de Derecho Procesal*, (Dir. FENECH NAVARRO, M. /CARRERAS LLANSANA, J.), Librería Bosch, Barcelona 1962, pp. 335 y ss.

hecho presunto no se hace en base a los objetos introducidos en el proceso, con la finalidad de la reconstrucción de una pequeña historia, sino con base a fragmentos de la pequeña historia ya reconstruida.

Por el contrario, MITTERMAIER⁽²⁶⁾ entiende que sí es una prueba que lo que hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos otros distintos, los cuales sí tienen una significación inmediata para la causa.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La prueba es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad. El Derecho sin pruebas no sería sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción. En verdad, la prueba hace terrenal al Derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres. Para PLANIOL/RIPERT⁽²⁷⁾, probar, consiste en “*establecer la exactitud de una proposición cualquiera*”; mas probar en el sentido judicial, consiste “*en someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra*”.

Como refiere GIMENO SENDRA⁽²⁸⁾, el Tribunal de Instancia es soberano a la hora de valorar la prueba sin que pueda ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional sustituirlo en esta competencia usurpando esta función.

Sin embargo, en la prueba indiciaria sí es necesario que el Juzgador explicitamente el *iter mental*⁽²⁹⁾ que le ha llevado a inclinarse por una determinada conclusión. Como señala la jurisprudencia del TS⁽³⁰⁾:

“La relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y

(26) Vid. MITTERMAIER, K.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, (trad. González del Alba), Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 441.

(27) Vid. PLANIOL M. / RIPERT, G., *Traité Pratique de Droit Civil français*, T. VII, § 1407, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1931, p. 743.

(28) Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2005, p. 650.

(29) STC 229/1988, (Sala 2.ª), de 1 de diciembre (Begué Cantón) (FJ 2.º).

(30) STS 913/1996 (2.ª), de 25 de noviembre, (Soto Nieto), [RJ 1996/8000] y STS 179/1997 (2.ª), de 29 de mayo, (Conde-Pumpido Tourón), [RJ 1997/3637].

verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si sólo se asentase éste sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales: nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictuoso y al descubrimiento de sus autores”.

A diferencia de la prueba directa que es inmune a la revisión casacional, pues depende de la inmediación, el *iter* racional del discurso valorativo de la prueba sí puede ser objeto de casación⁽³¹⁾. No obstante, el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal *a quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia⁽³²⁾.

La prueba indiciaria depende tanto cuantitativa como cualitativamente de la conexión lógica entre las circunstancias concomitantes y el hecho a probar. Mas la influencia de la prueba indiciaria no se circunscribe al aspecto de reforzar la argumentación jurídica de los fundamentos jurídicos de la sentencia sino que se extrapola a la esfera del relato fáctico. En efecto, tal como mantiene CALVO GONZÁLEZ⁽³³⁾, la prueba indiciaria exige una descripción fáctica narrativa, capaz de reflejar la hilazón lógica en los indicios que le sirven de soporte condenatorio. Por ende el plus argumentativo paralelamente ejerce una importante función en el modo en que se nos relatan los hechos, que debe guardar notorias concomitancias y paralelismos con el modo de desarrollar el *iter* discursivo de la parte jurídica de la resolución.

(31) STS 1029/1997, de 29 de diciembre, (Conde-Pumpido Tourón), [RJ 1997/9218].

(32) STS 1199/2006, (2.ª, Secc. 1.ª), de 11 de diciembre, (Berdugo y Gómez de la Torre, [RJ 2007/745].

(33) Vid. CALVO GONZÁLEZ, J., “Razonabilidad como relato (Narrativismo en la observancia y divergencia de precedentes)”, *Revista del Poder Judicial*, Núm. 33, 1994, pp. 33 y ss.

Un error muy frecuente, tal como apunta ANDRÉS IBÁÑEZ⁽³⁴⁾, entre nuestros analistas es confundir la libre convicción por la *intime conviction* anglosajona, en la que el juez se considera legitimado para actuar como lo haría un jurado popular. Esto no es así, un juez profesional no debe limitarse a declarar el sentido de su fallo, sino, que llegando aún más lejos, debe justificar el contenido del mismo procurando convencer de la veracidad de sus asertos.

El nuevo reto con el que se enfrenta el derecho, tal como señala PECES MORATE⁽³⁵⁾, está en lograr el uso más preciso y exacto de la técnica a emplear con el fin de mejorar la calidad de las decisiones que, teniendo por objeto la realización de la justicia, permita aproximarse al resultado justo acudiendo a una adecuada metodología, la cual, en todo caso, facilitará su impugnación y revisión por la vía de los recursos.

Para TARUFFO⁽³⁶⁾ existen al menos dos grandes modelos de valoración racional de la prueba: a) El primero está basado en métodos o instrumentos matemáticos inherentes al proceso de valoración.

Bajo el sistema de la probabilidad matemática se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática. Sin perjuicio de los avances alcanzados por el álgebra booleana que se han hecho palpables en el mundo de la telemática y que, dada su importancia, examinaremos posteriormente. Otra acepción se encuentra en los juristas que han tratado de aplicar el teorema de Bayes a la Ciencia Jurídica. El teorema de Bayes⁽³⁷⁾ es una aplicación matemática de la teoría de las probabilidades que relaciona las distribuciones condicionales y marginales a las variables del azar. Es un teorema formal que permite indagar el grado de frecuencia con la que ocurre un hecho al azar.

b) El segundo está basado en esquemas de confirmación. Ambos sistemas corren paralelos a los dos grandes conceptos de probabilidad: la probabilidad matemática y la probabilidad inductiva.

Bajo el sistema de probabilidad lógica o inductiva se acoge un uso común de vocablo tales como “presumiblemente”, “posiblemente” o “probablemente”,

(34) Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “«Carpintería» de la sentencia penal (en materia de «hechos»”, *Revista del Poder Judicial Núm. 49*, Primer trimestre 1998, pp. 397 y ss.

(35) Vid. PECES MORATE, J.E., “La sentencia. Técnica de redacción”, *Revista del Poder Judicial Núm. 36*, diciembre de 1994, pp. 153 y ss.

(36) Vid. TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992.

(37) Para conocer más sobre este asunto vid. GHOSH, J.K., *An introduction to Bayesian Analysis theory and Methods*, Ed. Springer GmbH & Co., Berlín, 2006.

algo es verdad, y se predica de proposiciones y no de sucesos. Actualmente este sistema es el más aplicado por la actual ciencia jurídica.

VI. JUICIO DE INFERENCIA

Como vimos, la prueba indiciaria se construye sobre la base de un juicio de inferencia lógico, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal en ciernes.

Presumir es una irradiación de la capacidad mental del hombre, como lo es presentir, creer, presuponer o saber. Todas estas expresiones tienen en el sentir de HENDEMANN una doble significación: designan el resultado, pero también la función o actividad encaminada a ese resultado. Como refiere SILVA MELERO⁽³⁸⁾, en la vida jurídica se observará siempre a contar con seguridades pues una certeza absoluta no existe, y ello es así por virtud de los límites que el intelecto humano tiene trazados.

Como refiere GIMENO SENDRA⁽³⁹⁾, el Juzgador debe describir el *iter* formativo de su convicción, o como dice la STS de 15 de abril de 1991⁽⁴⁰⁾ “debe exponer los hitos principales de su discurso lógico”. Para que la prueba indiciaria sea prueba de cargo debe plasmar un proceso lógico. Cuando el Tribunal acude al juicio de inferencia se exige un “plus” a su *iter* discursivo, una mayor racionalidad pues ya no se limita a razonar las impresiones de las pruebas directas que percibe sino además añade un tinte nomotético a los hechos bases.

La motivación puede ser entendida como un derecho de justiciable (y de las partes en general) para conocer el motivo del fallo y está relacionada con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la C.E.). En general, como destaca la STS de 7 de julio de 1989⁽⁴¹⁾, el artículo 120.3 de la C.E. exige una motivación para evitar que bajo una falsa valoración de la conciencia se cobijase la realidad de una carencia de prueba.

Otra función de la motivación de la sentencia y en especial de la prueba indiciaria viene relacionada con la prohibición de la arbitrariedad interdicta en

(38) Vid. SILVA MELERO, V., “Presunciones e indicios en el proceso penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto Ed. Reus, Madrid, noviembre de 1944, p. 4.

(39) Vid. GIMENO SENDRA, V., *op.cit.*, p. 576.

(40) STS (2.ª) de 15 de abril 1991, (García Pérez), [RJ 1991/2730].

(41) STS (2.ª), de 7 de julio de 1989 [RJ 1989/6135].

el artículo 9.3 de la C.E. Recíprocamente, la STS de 15 de junio de 1992⁽⁴²⁾ entiende que tras el enunciado “motivación” se esconde una referencia a una estructura lógica demostrativa de un razonamiento que nos diferencia entre la libre convicción y la arbitrariedad.

Otra función importante, de la explicitación del discurso lógico, tal como refieren CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO⁽⁴³⁾, es que posibilita el control impugnatorio de la racionalidad de la inferencia. Como predica FERNÁNDEZ ENTRALGO⁽⁴⁴⁾ motivar significa justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los fundamentos de las operaciones que el Juez efectúa. Al explicitar las razones del fallo está en condiciones de convencer a los intervinientes (y a cualquier otro auditorio) de que la sentencia no es una toma arbitraria de posición.

Finalmente, una función muy importante y nada desdeñable de la motivación es que permite describirse al Juez como profesional y como persona. La calidad de los razonamientos convenientemente reflejados en la sentencia servirán para retratarse no sólo como jurista (pues deja entrever las horas de estudio y la dedicación al trabajo) sino también su honestidad particular. Una sentencia poco razonada basada en intuiciones e impresiones nos delata a un profesional dejado mientras que una sentencia lógica y trabajada nos describe a un profesional con el mismo perfil.

Una vez más el papel nuclear del Juez en un Estado de Derecho (*cedant arma togae*) viene reflejado en proceso penal, el éxito o no del mismo depende de la madurez y rectitud de su raciocinio.

Por ello escribe GASCÓN ABELLÁN⁽⁴⁵⁾: “La racionalidad jurídica se expresa o desenvuelve a través de una labor de justificación o motivación de las decisiones que hoy tiende a verse no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces”.

(42) STS (2.ª) de 15 de julio de 1992, [RJ 1992/5496].

(43) Vid. CALDERÓN CEREZO, Á. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 385.

(44) Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Poder Judicial. Número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, CGPJ, Madrid, 1989, p. 57.

(45) Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 33.

Como resalta la jurisprudencia⁽⁴⁶⁾, es la consistencia del juicio de inferencia la que nos permite distinguir entre lo que es distinguir lo que es una verdadera prueba indiciaria o circunstancial y lo que constituyen meras sospechas insuficientes de enervar el principio de la presunción de inocencia.

Tal como reseña DE LA OLIVA⁽⁴⁷⁾, el juicio de inferencia posee un elemento volitivo pues no se produce sin la voluntad del Juzgador que tiene que tener fijado formalmente el hecho presunto y para ello emprende una acción intelectual.

Como sostiene TOMÉ GARCÍA⁽⁴⁸⁾, el juicio de inferencia se constituye como una operación de integración en un mismo raciocinio entre un indicio y su presunción. Esta actividad intelectual es el puente y nexo de conexión entre un hecho indiscutible e incuestionable y otro que opera como su consecuencia lógica. Por ello, MUÑOZ SABATÉ⁽⁴⁹⁾ entiende que en este juicio

“el indicio y su consideración aneja dejan de ser un juicio lógico, un razonamiento discursivo, para convertirse en un hecho que sirve para probar otro hecho”.

Como sostiene RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁽⁵⁰⁾, la apreciación de las pruebas en conciencia no puede equivaler en ningún caso a una mera intuición, ni puede tolerar llegar a conclusiones sin fundamento, absurdas o meramente arbitrarias. Así el FJ 2.º de la STC 256/1988⁽⁵¹⁾:

“La prueba indiciaria, se caracteriza por un mayor subjetivismo que la prueba directa en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, puede residenciarse ante este Tribunal la concurrencia de los requisitos que diferencian a dicha prueba de las meras sospechas y conjeturas; esto es, la presencia de unos indicios suficientemente probados y la condición de racionalidad y coherencia en el proceso mental que ha de exteriorizarse en la resolución judicial”.

(46) STS (2.ª), de 31 de enero de 1990, (Delgado García), [RJ 1990/1016].

(47) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *op. cit.*, p. 399.

(48) Vid. TOMÉ GARCÍA, J.A., “Prueba por indicios”, *Derecho procesal penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 512-513.

(49) Vid. MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Ed. Praxis, Barcelona, 1983, pp. 21 y ss.

(50) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.ª Ed., Comares, Granada, 1999, p. 778.

(51) STC 256/1988 (Sala 2.ª), de 21 de diciembre, (Latorre Segura).

El problema es que el subjetivismo es enemigo del Derecho que demanda la objetividad y recelo de lo subjetivo, (pues el Derecho es justo o injusto más nunca es arbitrario o como decía TERCENIO ⁽⁵²⁾ “*Tot homines, tot sententiae*”).

VII. CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS

Tal como sintetiza DELLEPIANE ⁽⁵³⁾, indicio es un concepto que amalgama todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el indicio, si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba.

No es fácil realizar una catalogación de esta heterogénea materia, por ello, a los únicos efectos de servir de mera orientación, aportamos estas someras bases que nos servirán a modo de breve catálogo. Todos los indicios deben ser periféricos con el hecho fáctico a probar. En efecto como apunta PAZ RUBIO ⁽⁵⁴⁾: “no todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente llamada circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica “estar alrededor” y esto supone ópticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella”.

El indicio es un *hecho desvanecido* (desperdigado, esparcido, suelto): un *hecho disipado*. Para la tentativa de comprensión de los indicios se ha de practicar un *escrutinio* ⁽⁵⁵⁾ (examen y averiguación exacta y diligente que se hace de una cosa para formar juicio sobre ella) *de la disipación*. Es el balance dialéctico entre lo inmediato y lo distante, entre lo plano y lo profundo, entre lo distinto y lo analógico, lo separado e igual, lo tenue y lo intenso, lo manifiesto y lo oculto. Con acierto, CALVO GONZÁLEZ ⁽⁵⁶⁾ mantiene que los indicios presentan vaguedad de contornos, como la que mecida por la transparencia y turbiedad de los colores diluidos en agua ofrecen las imágenes en la textura brumosa y *sfumatta* de una acuarela.

⁽⁵²⁾ Vid. TERCENIO AFRICANO, P., *Phormio*, 454.

⁽⁵³⁾ Cfr. DELLEPIANE, A.; *La nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá 1994, p. 57.

⁽⁵⁴⁾ Vid. PAZ RUBIO, J.M., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 286.

⁽⁵⁵⁾ Escutar, en este contexto, significa indagar, examinar cuidadosamente, explorar, averiguar

⁽⁵⁶⁾ Vid. CALVO GONZÁLEZ, J., *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 74.

Realizamos la siguiente clasificación de los indicios que toma por base la clásica distribución efectuada por el maestro ELLERO⁽⁵⁷⁾:

1) Indicios y contraindicios de capacidad física.

Lo único que pueden acreditar es la aptitud del acusado para delinquir, en cuanto reúna las condiciones necesarias para realizar el concreto comportamiento del que se le acusa; indicios que sólo pueden tener importancia cuando tal comportamiento exija determinados requisitos de inteligencia, conocimientos, compleción o fuerza física en su autor (piénsese en el robo efectuado introduciéndose en el inmueble a través de una pequeña canalización o abertura sólo apta para personas muy delgadas y menudas). Si se demuestra pericialmente que el autor es diestro y el imputado es zurdo dicho contraindicio posee tanto peso que debe conducir a su exculpación.

2) Indicios de capacidad psiquiátrica y moral.

Nunca operan aisladamente, son aquellos hechos que pueden revelar una inclinación al delito por parte del acusado. Aunque de escasa importancia y con valor secundario en orden a determinar la autoría de los hechos, pueden considerarse como tales los antecedentes penales no cancelados (condenas anteriores contra el mismo sujeto por hechos delictivos semejantes o que violen un mismo bien jurídico). Si el imputado adolece una patología relacionada con el delito es un dato a valorar en la mente del juzgador (por ejemplo el imputado padece una parafilia en un delito contra la libertad sexual).

3) Indicios y contraindicios relativos al móvil.

Como decía Aristóteles todas las acciones humanas, en cuanto actuamos como seres racionales, van predeterminadas a un fin, y el delito no diverge en nada de este planteamiento. Revelar que el imputado posea una motivación concreta para ejecutar el crimen es, sin duda, un indicio apto para —junto con otros— llegar al convencimiento de su participación en el delito. Ello no implica, al contrario, que la falta de aparente móvil haya de llevarnos ineludiblemente a negar la autoría del acusado. Como bien indica DELGADO GARCÍA⁽⁵⁸⁾: “la experiencia nos muestra con relativa frecuencia que hay delitos con autoría comprobada en los que, normalmente por deficiencia probatoria, no llega a conocerse el móvil del comportamiento punible”. A parte de esto son numerosos los crímenes en los que en virtud de anomalías psíquicas es imposible encontrar un móvil racional a una actuación.

(57) *Vid.* ELLERO, P., *op. cit.*, pp. 69 y ss.

(58) *Vid.* DELGADO GARCÍA, J., “Prueba de indicios. La prueba en el proceso penal II”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. IX, CGPJ, Madrid, 1996, p. 394

4) Indicios de oportunidad.

Se refieren a la presencia del acusado en el lugar del hecho y a la hora de su comisión. Según fueran muchos o pocos (o tan sólo el imputado) quienes tuvieran ocasión u oportunidad de cometer el delito, estos indicios tendrán, a su vez, menor o mayor fuerza probatoria. Alcanzan un significativo valor procesal los contraindicios de oportunidad, pues si no podemos ubicar al imputado en la escena del crimen o es altamente dificultoso situarle en la fecha y el lugar dicha duda debe implicar su absolución.

5) Indicios y contraindicios de manifestación.

Las acciones preliminares a la comisión del delito (preparatorias del mismo) y las ulteriores a su realización (tales como actos destinados a la ocultación del delito o a impedir su investigación), pueden proporcionar datos fácticos relevantes para inferir el hecho consecuencia. Entre los actos posteriores, estima DELGADO GARCÍA⁽⁵⁹⁾ que “pueden tener alguna importancia los relativos a la actitud del acusado en relación al proceso, por ejemplo, haciendo declaraciones contradictorias o que se acreditan falsas o no creíbles, o tratando de eliminar pruebas o de impedir que se practiquen mediante amenazas o engaños, etc. También el estado de ánimo (nerviosismo o tranquilidad) del imputado puede tener alguna pequeña significación en algún caso concreto.”

Aunque en puridad procesal el derecho al silencio no tiene ninguna significación en el campo penal pues no opera la máxima *si qui tacet consentire videtur*. El silencio del acusado ante ciertas preguntas puede, según los casos, ser otro indicio que refuerce las pruebas de cargo. En este sentido encontramos la STEDH de 8 de febrero de 1996 (caso *Murray versus Reino Unido*).

En este sentido, en la STC 220/1998⁽⁶⁰⁾ se sustenta que “so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes” y, asimismo, en la STC 202/2000⁽⁶¹⁾, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, se sostiene que “según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria”.

(59) Vid. DELGADO GARCÍA, J., *op. cit.*, p. 394.

(60) STC 220/1988, (Sala 2.^a), de 16 de noviembre, (Viver Pi-Sunyer), (FJ 6.^o).

(61) STC 202/2000, (Sala 2.^a), de 24 de julio, (Conde Martín de Hijas), (FJ 5.^o).

6) Indicios y contraindicios de huellas materiales.

Son los que suelen tener mayor significación como medio para inferir las circunstancias del delito y la identificación del delincuente. Se trata de indicios vinculados con el hecho mismo de la ejecución criminal, y consisten en el hallazgo de objetos o de huellas que ponen en relación inmediata a una persona con la dinámica o circunstancias delictivas concretas.

En ocasiones, los instrumentos con que se perpetró el delito (armas, vehículos, máscaras, ganzúas, etc.) acontece que se hallan en poder del acusado o alguno de los efectos sustraídos en un robo o hurto. Algunos de ellos, como este último, por sí sólo no tendría significación suficiente para acreditar el robo, pero unidos a otros pueden tener una relevante significación para el hecho concreto.

En otros supuestos, los indicios de esta índole se encuentran en el lugar del crimen y revelan la presencia del acusado en dicho lugar. Desde las huellas corporales: (huellas dactilares, semen, cabellos, saliva, sangre, rastros de piel, etc., hasta las relativas a objetos de uso más o menos personal: huellas de zapatos, de neumáticos de coche, trozos de ropa, pañuelo, cigarrillos, encendedor, colgante, mechero, etc.).

La vertiginosa evolución de las pruebas científicas homologadas (ADN, dactiloscópica, balística, grafística) hace que estos indicios se vayan erigiendo paulatinamente como un instrumento irremplazable para conocer la verdad material del hecho investigado.

Los indicios materiales son más proclives al análisis racional. Así, MARTÍNEZ ARRIETA⁽⁶²⁾ sostiene que *“deberá además tomarse en consideración cuál es la naturaleza del elemento probatorio que hace surgir el indicio, no es igualmente consistente cuando el indicio resulta acreditado no por hechos objetivos asociados a reglas científicas, sino cuando, como es normal, en la acreditación del indicio interviene una prueba testifical, en cuyo caso el problema apuntado, la valoración del testigo surge, y al que hay que añadir el examen de la racionalidad de la inferencia”*.

7) El *modus operandi*.

Las circunstancias similares, y a veces idénticas, en cuanto a la zona o lugar y a la dinámica en la comisión de varios delitos pueden servir de indicio para averiguar la autoría de los mismos si, probada la actuación en alguno o algunos de tales hechos, se ignora respecto de los demás. No es inusual, por ejemplo, que un psicópata o un demente desarrolle el *iter criminis* desarrollando un haz de comportamientos uniformes que nos revelen su psicología. La identificación

(62) Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, A., “La prueba indiciaria”, *La prueba en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 385.

de este nexo de unión ante tales hechos puede poseer una relevancia indiciaria respecto del resto.

VIII. CONTRAINDICIOS

Ya en 1749, Joseph BERNI⁽⁶³⁾ instaba a los Tribunales a comunicar al reo la relación de las presunciones que se tenían contra él para que por éste se pudieran refutar dichos indicios con una justificación adecuada que diera una explicación a las circunstancias que le incriminaban en relación a un hecho concreto. Todo indicio admite un contraindicio, otra suposición. Por ello, el peso de la justificación dada por el imputado servirá o no para crear en el Juez una duda razonable, o, por el contrario, caso de ser absurdo, reafirmar su convicción condenatoria.

Ello es así pues, tal como afirma ELLERO⁽⁶⁴⁾, nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente, debiendo afirmarse que quien declara una cosa manifiestamente falsa es que tiene un motivo que a ello le impulsa. La tolerancia del ser humano (y el juez no es una excepción) con los mentirosos es normalmente muy pequeña, y a menudo sólo se necesita ser cogido contando una falsedad para ser catalogado bajo etiqueta de mentiroso y digno de poca de confianza. Como sostiene FRANKFURT⁽⁶⁵⁾, un mentiroso se diferencia de una persona que dice la verdad en el hecho de que el mentiroso quiere esconder la verdad mientras que el otro la quiere revelar.

Al estructurarse el juicio de inferencia en torno a una hipótesis, la conjetura que comporta es susceptible de refutación. Así, como afirma la STC 175/1985⁽⁶⁶⁾:

“La prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este

(63) Vid. BERNI, J., *Práctica Criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que lo agravan, y disminuyen*, Librero Simon Faure, Valencia, 1749, p. 121. [Reed. Civitas, Madrid, 1995].

(64) Vid. ELLERO, P., *op. cit.*, p. 93.

(65) Vid. FRANKFURT, H.G., *On Bullshit*, Princeton University Press, 2005, pp. 31 y ss.

(66) STC 174/1985 (Sala 1.ª), de 17 de diciembre, (Latorre Segura).

caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea conveniente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”.

Por lo tanto, cabe oponer a los indicios unas contraargumentaciones que desacrediten la consistencia de lógica del razonamiento, propugnando otra hipótesis que aunque no sea tan probable como el indicio criminógeno, lo haga inhábil para ser el soporte de una sentencia condenatoria pues el juzgador carece de la certeza indubitada que le permite imponer una sanción penal.

Como refiere DE LA OLIVA SANTOS⁽⁶⁷⁾, la existencia de indicios tiene un significado muy importante, pues no invierte la normal carga de la prueba, sino que avala la carga de la contraprueba que, de ordinario, no existe. Frente a estos hechos bases no cabe alegar el viejo aforismo latino de *excusatio non petita, accusatio manifesta* pues el hecho base comporta de forma manifiesta un contenido incriminatorio.

Para que la prueba indiciaria sea tenida por tal, debe poseer un peso valorativo que no sólo haga preferible una hipótesis explicativa frente a la otra, sino que anule completamente el raciocinio basado en el contraindicio, desechándolo por absurdo e irrazonado. La falta de certeza nos sitúa en el ámbito del razonamiento probabilístico pero el estándar que se exige al indicio incriminatorio debe ser en tan grado superior al basado en el contraindicio que haga aparecer la balanza como completamente desnivelada. Por ejemplo, si me encuentran a la salida de un banco con un saco de dinero proveniente del mismo, la alegación de que me lo encontré por casualidad en el suelo carece de fuerza probabilística para eludir una sentencia condenatoria.

En conclusión, tal como refiere la STS de 13 de diciembre de 2006⁽⁶⁸⁾, la prueba de indicios exige que sean sopesados con los eventuales contraindicios existentes en una valoración conjunta de la prueba, porque para que ésta opere, todos ellos, en su globalidad examinados, nos deben conducir al hecho consecuencia donde halla un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

(67) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *op. cit.*, p. 403.

(68) STS 1272/2006 (2.ª, Secc. 1), de 13 de diciembre, (Delgado García), [RJ 2007/381].

La jurisprudencia del TC⁽⁶⁹⁾ a la hora de examinar la prueba indiciaria exige que el Tribunal realice un examen casuístico y contextual de los eventuales contraindicios que pudieran existir, de modo que no sea imposible, hallar una alternativa razonable a la autoría para ese supuesto en concreto.

El peligro de prescindir del análisis de los contraindicios, estriba en que, en algunas ocasiones, la irracionalidad se puede construir bajo una forma aparentemente racional y hasta matemática a partir de un hecho que se examina fuera de contexto y sin tener en cuenta el conjunto de otros hechos que pueden influir en el resultado.

Para valorar la entidad de los contraindicios, se hace necesario tener presente que para que la prueba indiciaria tenga un significado jurídico-penal, tal como apunta JAUCHEN⁽⁷⁰⁾, debe poseer un significado netamente unívoco, en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que cosas hayan acontecido de diferente manera.

Por eso, un arma de incalculable importancia en manos de la defensa es desdibujar esta prueba indiciaria dando al juicio de inferencia un tinte ambiguo que viabilice una interpretación diversa y plausible.

IX. LA LÓGICA COMO CIENCIA

Es frecuente oír tanto a la doctrina como a la jurisprudencia apelar a la lógica para solucionar el problema del juicio de inferencia en la prueba indiciaria. Mas ¿qué es la lógica? Define el Diccionario de la RAE a la lógica como la “*Disposición natural para discurrir con acierto sin el auxilio de la ciencia*”. Sin embargo, dicha definición no es afortunada pues parece apuntar que existe un divorcio entre la lógica y la ciencia.

Jurídicamente, el concepto es más humano que científico así JIMÉNEZ ASENJO⁽⁷¹⁾ afirma que las presunciones lógicas “se utilizan ordinariamente para razonar y se hallan impresas en la conciencia de todos. Aunque genéricamente la conciencia sea igual en todos los hombres, prácticamente ésta difiere según el grado de educación moral y política, la experiencia profesional, la agudeza intelectual de cada uno, de aquí el fundamento del valor de la formación profesional, que afina el sentido crítico para discernir los problemas específicos de su cargo”.

(69) STC 155/2002, (Pleno) de 22 de julio (Vives Antón).

(70) Vid. JAUCHEN, E.M., *Derechos del imputado*, Rubinzan-Culzoni, Bueno Aires, 2005, p. 108.

(71) Vid. JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 580.

Lógica, *strictu sensu*, es la ciencia que estudia las leyes y la validez de los razonamientos. Y al ser toda ciencia “un conjunto de conocimientos obtenidos por la observación y el razonamiento”, la Lógica aporta uno de los dos instrumentos por los cuales toda ciencia puede ser tal. Así, si no existieran los razonamientos, entonces no existiría ciencia alguna; mas la lógica como ciencia estudia los principios formales del conocimiento, es decir, aquellas condiciones que deben cumplirse para que un conocimiento, cualquiera que sea su contenido, pueda considerarse como verdadero y bien fundado, y no como una mera ocurrencia o como una hipótesis sin base ninguna.

Así, STUART MILL, en su obra titulada *Sistema de Lógica Deductiva e Inductiva* define la lógica como “la ciencia de las operaciones intelectuales que sirven para la estimación de la prueba”. Esto quiere decir que es el procedimiento general, que va de lo conocedor a lo desconocedor, y de las operaciones auxiliares de esta operación fundamental.

Siguiendo este iter discursivo, Benedetto CROCE entiende que la lógica es “la ciencia del concepto puro”. El concepto es lo universal; por consiguiente, no es representación ni condensación de representaciones, puesto que toda representación es individual.

Para que un juicio condenatorio basado en una prueba de indicios prospere debe lograr la certeza en la mente del juzgador. Siguiendo las reglas de la lógica, para construir el umbral de certeza, debemos partir de tres principios elementales el de razón suficiente, el de identidad y el de no contradicción. El principio de razón suficiente nos dice que nada existe sin una razón. El principio de identidad nos dice que las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo y, finalmente, el principio de no contradicción implica que no se puede predicar algo de una cosa y también lo contrario.

En el área nítidamente científica, POPPER⁽⁷²⁾ exigía un determinado canon para sostener la veracidad de un aserto. El autor, al construir su teoría del conocimiento científico, desarrolló de manera muy interesante este criterio de control del pensamiento correcto al plantear lo que llamó la “falsicabilidad” como condición para tener la certeza de que un razonamiento es verdadero. Decía POPPER que si partimos de proposiciones tales como “mañana lloverá o no lloverá”, no estamos conociendo nada ni podemos de ello inferir nada, porque no hay manera de que nuestra proposición pueda ser aceptada o negada al ser confrontada con la realidad. Decir, en cambio, que “mañana lloverá” nos permite apreciar la realidad del día siguiente y considerar que nuestra proposición era correcta o incorrecta; porque esa proposición en sí misma admitía la posibilidad de su falsedad que, al ser descartada por los hechos, nos proporcio-

(72) Vid. POPPER, K.R., *The logic of scientific discovery*, Harper Torchbooks, Nueva York, 1968, pp. 40-42.

na una verdad. De esta forma, sigue POPPER, la “falsicabilidad” es un criterio de demarcación de lo que puede ser racionalmente considerado como un conocimiento científico.

A la hora de condenar penalmente a un ser humano a través de meros indicios, se debe exigir de la autoridad judicial el mismo o análogo rigor que a un científico sosteniendo la veracidad de sus teorías. No basta pues una mera impresión o una intuición del que juzga, sino que es exigible que sus impresiones sean respaldadas por la ciencia de la lógica, no por una mera reflexión especulativa más o menos razonada. Es en este campo donde debe avanzar la ciencia procesal criminal sometiendo a las construcciones teóricas basadas en hechos indiciarios a la crítica de la lógica, que las haga más sólidas y científicas, menos intuitivas.

Dicho de otro modo, la lógica más que en el aspecto creativo de la construcción está llamada a ejercer una función de censura, expulsando del ordenamiento todos los fallos condenatorios basados en construcciones indiciarias que no toleren una crítica de esta ciencia, pudiendo, por ende, ser reputados absurdos, arbitrarios o inconsistentes.

Esta crítica es absolutamente necesaria, pues la prueba de indicios es un terreno resbaladizo que esconde en múltiples ocasiones hechos ambiguos o ambivalentes que no son indicadores de nada y que, por consiguiente, no pueden considerarse como prueba por sí solos, y que si, son convenientemente sometidos al tribunal de la lógica, puede arrojar como resultado que una hipótesis pueda ser perfectamente sustituible por otra hipótesis totalmente diferente y hasta opuesta, y con ello se nos genere una duda razonable que destruya el edificio lógico originario. Sometidos a una crítica estándar basada en la lógica nos puede permitir erradicar ciertos fallos condenatorios apoyados en construcciones mentales endebles o contaminadas por la superficialidad de las impresiones, destruyendo aquellos “castillos mentales” que se muestran indelebles frente al rigor de la razón.

X. LÓGICA, ÁLGEBRA DE BOOLE Y SISTEMAS EXPERTOS

Fue Zitelman, en polémica con Thon, el primero en manifestar la idea de que toda proposición jurídica se puede convertir en un juicio hipotético; y un juicio es “una aserción sobre una realidad ya existente” y no un imperativo.

Ello implica que mientras en una ley física establece que si A se combina con B la consecuencia es C, la ley jurídica dice si A se combina con B *debe ser* C. Ello implica que las leyes físicas reflejan el “ser” de las cosas, las jurídicas indican el “deber ser”. Aunque obviamente existe una naturaleza distinta, también es cierto que concurren grandes analogías que no se pueden obviar. Las ciencias formales que no requieren de experimentación (la matemática y la lógica) deben ejercer un profundo efecto sobre el mundo del Derecho. No se

puede empobrecer el mundo jurídico tratando ambos planos como mundos paralelos y diversos, cuando entre las técnicas de ambos modelos de razonamiento existen profundas concomitancias.

A mediados del siglo XIX, George Boole (1815-1864), en sus libros *The Mathematical Analysis of Logia* (1847) y *An Investigation of the Laws of Thought* (1854), desarrolló la idea de que las proposiciones lógicas podían ser tratadas mediante herramientas matemáticas⁽⁷³⁾. El Álgebra de Boole (también llamada Retículas booleanas en informática y matemática) se fundamenta sobre estructuras algebraicas que “capturan la esencia” de las operaciones lógicas. Específicamente, el álgebra de Boole fue un intento de utilizar las técnicas algebraicas para tratar expresiones de la lógica proposicional. Lo cual quiere significar que mediante este instrumento se pueden concretar las proposiciones gramaticales con la reglas de la lógica. Es un instrumento para razonar asépticamente, sin incurrir en errores en la lógica del juicio, supone un tratamiento sistemático de lógica para un sistema algebraico; una estructura algebraica definida para un conjunto de elementos junto con dos operadores que satisfacen ciertas propiedades.

Por lo tanto, la aritmética de Boole se convierte en un puente entre el mundo de las matemáticas y el de la las palabras. A través de este filtro, todas las deducciones lógicas incluidas en su sistema razonado pasan a la categoría de irrefutables, exactas, matemáticamente perfectas.

En la actualidad, el álgebra de Boole se aplica de forma generalizada en diseño electrónico. Se aplicó por primera vez en circuitos de conmutación eléctrica biestables por Claude Shannon en 1938 y, como examinaremos posteriormente, a través del ordenador ha invadido nuestras vidas.

Boole demostró cómo las proposiciones lógicas pueden ser representadas mediante símbolos y la teoría que permite trabajar con estos símbolos, sus entradas (variables) y sus salidas (respuestas). Su lógica simbólica se sustenta en operaciones deductivas que siguen el comportamiento de reglas algebraicas.

⁽⁷³⁾ Al aplicar Boole, el cálculo matemático a la lógica, consiguió realizar el sueño de Leibniz de una *characteristica universalis* o cálculo del raciocinio. El empleo de símbolos y reglas operatorias adecuados permitió representar conceptos, ideas y razonamientos mediante variables y relaciones (ecuaciones) entre ellas. Boole dio un método general para formalizar la inferencia deductiva, representando complicados raciocinios mediante sencillos sistemas de ecuaciones. Así, la conclusión de un silogismo se encuentra eliminando el término medio de un sistema de tres ecuaciones, conforme a las reglas del álgebra común. La formalización de la lógica, iniciada por Boole, ha contribuido poderosamente a aclarar la estructura de los objetos lógicos, en contraposición a los materiales y aun en contraposición a los matemáticos, pese a las analogías formales entre la matemática y la lógica.

Es un terreno bastante inexplorado la aplicación del álgebra de Boole a la epistemología jurídica. Parece obvio que se puede avanzar mucho en estructurar un sistema de principales paradigmas lógicos apropiados al discurso jurídico.

Otros matemáticos como Ernest SCHRODER (1841-1902) continuaron los trabajos de Boole, al igual que Gottlieb FREGE (1848-1925) quien estableció las bases de la lógica cuantificacional, enriqueciéndose más la lógica simbólica con las aportaciones de George CANTOR, con la teoría de los conjuntos, y de John VENN (1884-1923), quien empleó la utilización de diagramas de su autoría para el entendimiento gráfico de los mismos. Asimismo, Giuseppe PEANO (1858-1932), que enunció algunos axiomas, y Bertrand RUSSELL (1872-1970) que sistematizó la lógica moderna.

Esta lógica simbólica, logra enriquecerse aún más, con las aportaciones matemáticas de John VON NEWMANN⁽⁷⁴⁾ respecto a la teorías del juego y los lenguajes artificiales, que dieron origen a la informática. Sin olvidar, desde luego, la teoría del punto de equilibrio de John N. NASH⁽⁷⁵⁾, que logra encontrar puntos de equilibrio utilizando tablas de certeza y cuya aplicación es posible en negociaciones económicas contractuales, y también en problemas hipotéticos en el Derecho.

Como un desarrollo de la lógica en el mundo de la telemática surgen los sistemas expertos penales. GUIBOURG⁽⁷⁶⁾, los define como un programa informático capaz de actuar, al menos en cierta medida, como un experto humano para la solución de determinados problemas.

(74) Nacido en Budapest Hungría en 1903 y murió en Estados Unidos en 1957. Se doctoró en Matemáticas por la Universidad de Budapest y en químicas por la Universidad de Zurich. En 1927 empezó a trabajar en la Universidad de Berlín y en 1932 se traslada a los Estados Unidos donde trabaja en el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Princeton. Creador de la Teoría de los Juegos, cuya aplicación se da en la materia económica, participó activamente en el Proyecto Manhattan en la creación de la primera bomba atómica, además de ser científico asesor del Consejo de Seguridad de los Estados Unidos.

(75) John Forbes Nash nació en Bluefield, Virginia Occidental, en 1928, estudió Matemáticas en la Princeton University de New Jersey. Premió Nobel en 1994. A los 21 años escribió una tesina de menos de treinta páginas donde expone su "teoría del equilibrio". A los 29 años se le diagnosticó esquizofrenia paranoide que lo dejó marginado de la sociedad e inútil del trabajo científico durante dos décadas. Pasando ese lapsus, en los años setenta recuperó su salud mental, volviendo a la docencia y a la investigación. Aspectos parciales de su vida son reflejados en la película de Ron Howard *A beautiful mind* (2001).

(76) Vid. GUILBOURG, R.A./ALLENDE, J./CAMPANELA, E., *Manual de informática jurídica decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 160.

La aparición de los “sistemas expertos” cuya característica esencial radica en el escrupuloso respeto a las formas de razonamiento y al contenido de la rama específica del saber que se pretende emular, ha supuesto, sin embargo, un paso esencial para lograr una cierta tolerancia del mundo del Derecho hacia el área computacional. Dentro de ellos, se llaman sistema expertos penales al conjunto de ellos delimitado por el objeto de estudio penal.

Para MARTINO ⁽⁷⁷⁾, un sistema experto legal debería ser capaz de simular aquella parte del razonamiento jurídico (de un experto jurídico) que de las normas extrae conclusiones (excluida la interpretación) o de los precedentes realizando síntesis superadoras sobre patrones, estándares o reglas generales. Para LOSANO ⁽⁷⁸⁾ los sistemas generales se organizan en un sistema de conocimientos de forma que se puede imitar el comportamiento humano experto.

Nos hallamos, tal como refiere PALOMINO MARTÍN ⁽⁷⁹⁾ ante un nuevo escenario metodológico, que nos proporciona la sociedad de la información, y su alma, la cibernética nos proporciona una herramienta analítica de singular calado. En este sentido, BIAGIOLI/FAMELI ⁽⁸⁰⁾ nos muestran un completo panorama internacional de informática jurídica decisoria con diversas modalidades de sistemas expertos: en Gran Bretaña (PROLOG y LEGOL); en Italia (Automa Infortunístico, Esplex y Labeo); Países Bajos (Sentencia por computadora); Alemania (Judith y Lex de la Universidad de Tubinga) y Estados Unidos (CClips. FLE, Counselor, Judge de la Universidad de Yale y Taxman). Para DAVARA RODRÍGUEZ ⁽⁸¹⁾ el ordenador en todos estos sistemas consigue, con acierto, imitar el iter discursivo de un experto.

XI. CONCLUSIONES

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el indicio como “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no

⁽⁷⁷⁾ Vid. MARTINO, A., “Sistemas expertos penales”, *Theoria* núm. 7-8-9, 1987-1988, pp. 215 a 291.

⁽⁷⁸⁾ Vid. LOSANO, M.G., “Curso de Informática Jurídica”, Tecnos, Madrid, 1987, p. 17.

⁽⁷⁹⁾ Vid. PALOMINO MARTÍN, J.M., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Hacia un sistema informático para paliación del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 196.

⁽⁸⁰⁾ Vid. BIAGIOLI, C./FAMELI, E., “Experts systems in law: an international survey and selected bibliography”, *CCAI The Journal for the Integrated Study of Artificial Intelligence, Cognitive Scienza and Aplied Epistemology*, Vol. 4, Núm. 4, 1987, p. 323.

⁽⁸¹⁾ Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “Introducción a los sistemas expertos”, *Informática y Derecho*, núm. 5, 1994, p. 911.

percibido”. La prueba indiciaria comporta una espiritualización del derecho, pues nos lleva de unos concretos y probados a una hipótesis fehaciente pero abstracta o inmaterial. Todo lo abstracto es contingente y fútil, por lo que deben compensarse estas deficiencias cubriendo de un manto de racionalidad y reflexión que impida que haya cobijo en nuestro ordenamiento a sentencias basadas en un razonamientos discutibles, debiendo sólo admitirse resoluciones basadas en racionios irrefutables e incontestables.

Como sostiene SILVA MELERO⁽⁸²⁾, el contenido del proceso penal no es una controversia teórica de tipo académico para declarar abstractamente una controversia de naturaleza jurídica, y tampoco un ensayo ético tendente a la censura o aprobación de una conducta moral. Su finalidad principal es eminentemente práctica y tiende a la declaración de la verdad en relación a un hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas.

La prueba de presunciones guarda grandes analogías con las teorías científicas pasando por ser una especie de hipótesis irrefutable a pequeña escala, donde para demostrar una verdad discutible abstracta nos basamos en una verdad indiscutible concreta. El convencimiento indiciario se basa sobre un silogismo cuya premisa mayor problemática tiene su fundamento en una presunción relativa.

Poco a poco, a la par que la sociedad se va haciendo más técnica y compleja se “exige” a los delincuentes que quieren triunfar en sus empresas criminales una actuación de un modo más elaborado, más audaz y menos abrupto so pena que el peso de la ley caiga fácilmente sobre ellos. Ello exige unos delincuentes más preparados y sofisticados. Como consecuencia, las pruebas cuan espejo reflejo del contexto social que les da vida, tienden a ser más técnicas, más asépticas y más indirectas.

Mas la prueba indiciaria, tal como resalta el TC⁽⁸³⁾, se caracteriza por su subjetivismo. Para evitar la tentación de incurrir en la arbitrariedad o incoherencia se postula *lege ferenda* un mayor objetivización del racionio. Se exige del Juez que exteriorice un edificio lógico basado en una sólida construcción racional que conduzca inequívocamente a justificar la convicción alcanzada.

Aparentemente, la prueba indiciaria es la menos rigurosa, aquella que tiene menor grado de inmediatez y mayor grado de especulación, por lo que sólo en condiciones muy especiales pasa el umbral de convencimiento necesario para que sea considerada una prueba jurídica. Ya Alfonso X el Sabio decía: “*E aun hay otra manera de prouar, a que llaman presumpción: que quiere tanto dezir*

(82) *Vid.* SILVA MELERO, V., *op. cit.*, p. 1.

(83) STC 256/1988 (Sala 2.ª), de 21 de diciembre, (Latorre Segura).

como grand sospecha". Pero agrega sabiamente una advertencia: "*las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad*"⁽⁸⁴⁾.

Día a día, aparece como más imperiosa la necesidad de reflexionar con la mayor hondura posible para buscar una fórmula, que respetuosa, por supuesto, con los principios que gobiernan el Derecho penal, perfeccione la arquitectura de la prueba de preindicios, permitiendo obtener una interpretación garantista de la prueba de presunciones. Y que, a la par, proporcione al Juzgador una mayor seguridad y confianza en la idoneidad de sus cavilaciones.

Podemos constar que la ciencia empírica va avanzando, más bien dando pasos agigantados, en relación al Derecho. Dichos avances se pueden sintetizar en dos grandes líneas de actuación en los hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia, aunque la influencia en ambos campos es heterogénea.

Las pruebas aportadas por la ciencia son más rigurosas, menos manipulables y más fidedignas que las pruebas tradicionales (testifical, confesión o inspección ocular). La ciencia experimental se ocupa exclusivamente del estudio del universo natural, ya que por definición todo lo que puede ser detectado o medido forma parte de él. Los científicos se ajustan, en su investigación, a un cierto método, el método científico, un proceso para la adquisición de conocimiento empírico.

Existen ciertos perjuicios y actitudes obstruccionistas por parte de ciertos sectores del mundo jurídico, reacios a abrir las puertas a las nuevas pruebas científicas. Se alega que incorporar la ciencia al Derecho supondría decaer en un frío mecanicismo huérfano de valores, asumiendo el riesgo de que los hombres pudieran ser Juzgados por máquinas. También se escudan en el hecho de que las nuevas pruebas son potencialmente manipulables, olvidando que las antiguas (testifical y documental) lo eran en cotas infinitamente superiores. El abrir las puertas a la ciencia no supone suplantar el mundo jurídico, cargado de valores, por el mundo científico, esencialmente aséptico, simplemente supone tomar el camino del progreso enriqueciendo el mundo jurídico con los avances científicos para estar seguros que aquello que juzgamos se corresponde con la verdad material de los hechos e, igualmente, que nuestro juicio cubre unos mínimos de lógica formal que hagan más difícil que contenga razonamientos arbitrarios.

De otro lado, el Juez, que paulatinamente se halla envuelto en un marasmo cada vez más complejo de pruebas periciales, precisa hilar los cabos sueltos acudiendo a las reglas de la lógica.

Una resolución judicial que se basa en unos hechos probados que son falsos no sólo es una decisión equivocada, sino que es intrínsecamente injusta. Por eso

(84) Vid. *Las Partidas*, Alfonso X el Sabio, Tercera Partida, Título XIV, ley VIII.

los Jueces y Fiscales deben buscar constantemente una mayor autenticidad de las pruebas en las que se basan sus relatos fácticos, para ello deben hacer un esfuerzo permanente en adaptarse a los avances científicos y tecnológicos.

La lucha contra la arbitrariedad (el derecho puede ser justo o injusto mas nunca es arbitrario) comporta un amor a la reglas de la lógica. Se desprecia demasiado la lógica mecanicista en el mundo jurídico. Para que el debate jurídico sea fecundo debe reforzarse la utilización de la lógica como instrumento auxiliar. El desconocimiento generalizado del álgebra de Boole para realizar planteamientos es un dato a considerar. La estructuración de una demanda o de una sentencia reclama un mayor esfuerzo de la inteligencia que el mero planteamiento de hechos, fundamentos de derecho o consecuencia jurídica.

Sin embargo, la inabarcable variedad de indicios se presta mal a las reglas generales, pero ello no implica que el Juez deba paulatinamente adquirir un mayor grado de conocimiento en las reglas de la ciencia de la lógica. Es tan grande la dificultad de generalizar en esta compleja materia que ha derivado en una casi ausencia total de tratados metodológicos en esta importante materia.

No obstante, una de las formas de huir del alto grado subjetivísimo que comporta la pujante prueba de presunciones es atemperarla con los razonamientos objetivos efectuados mediante la cibernética. La jurimetría o iuscibernética, basada en la lógica de Boole, permite conferir una mayor objetividad al proceso deductivo de formación de la decisión judicial repudiando *prima facie* aquellas conclusiones que carezcan de un imprescindible contenido mínimo lógico ⁽⁸⁵⁾. Pasado ese filtro de mínima lógica, las conclusiones judiciales podrán ser consideradas como injustas pero no “palmariamente absurdas”.

Ello no supone trasladar la responsabilidad de decisión judicial a la máquina, pero tampoco desconocer el poder de auxilio en materia de decisoria de la lógica y de la informática. El hecho de que se considere casi intrínsecamente inmoral la posibilidad de confiar a una computadora la tarea de impartir justicia hace perder de vista fácilmente aquellas áreas en las que la informática sí podría constituir una herramienta poderosa para el mejoramiento de la actividad judicial y la del operador jurídico en general. El empleo de los sistemas expertos aplicados al derecho confiere una mayor calidad al razonamiento jurídico y no deshumaniza, de por sí, la decisión pues simplemente le aporta una mayor base metódica ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁵⁾ Desarrollan este punto de vista PÉREZ LUNO, A.E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 2 y ss. y también FROSINI, V., *Cibernética, derecho y sociedad*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 30-43.

⁽⁸⁶⁾ Vid. HESS ARAYA, C., *La dimensión jurídica del software, Naturaleza, tutela jurídica, contratos y responsabilidad*, IJSA, San José, Costa Rica, pp. 35 y ss.

Después de los trabajos de BENTHAM, MITTERMAIER, JOUS, ELLE-RO o WIGMORE se ha derivado un convencimiento en los tratadistas de la inutilidad de elaborar un tratado de nuda lógica que desplace por completo al criterio humano.

Hay mucho que avanzar, en este campo. Es cierto que nunca se podrán solucionar todos los problemas derivados del juego de las normas jurídicas de una forma mecanicista y abstracta, pues, aun prescindiendo del terreno de los valores, son demasiadas las variables que aporta la realidad para encapsularla en frías fórmulas matemáticas. Disociar y dejar al burdo arbitrio del Juzgador el resultado de un conflicto es una solución demasiado banal y superficial impropia del avance de la ciencia. Una solución justa se acomoda a múltiples variables que deben ser convenientemente reflejadas en la solución dada en una sentencia. Cuanto mayor sea el grado de explicación lógica que se halle incorporado a una sentencia, habrá un menor grado de arbitrariedad en los resultados por ella ofrecidos.

Una vez que ha sido constatada la necesidad de estos medios probatorios tan sutiles como discutibles, la ciencia jurídica deberá elevar su discurso teórico apoyándose en los instrumentos que nos proporciona la lógica, entendida ésta como ciencia concreta y no una burda especulación. Paralelamente, en aras a ese avance técnico y teórico, los abogados de la defensa deberán empezar a refutar las pruebas indiciarias introduciendo en sus alegatos argumentos de lógica, fundamentalmente tesis paralelas de índole absolutoria o argumentos contradictorios basados en contraindicios. Ello no implica que la ciencia lógica desplace al criterio humano (al juzgar según su propia conciencia del artículo 741 de la LECr.), pero sí en que se constituya como un poderoso auxilio para erradicar la arbitrariedad. Delegar la facultad de juzgar a la nuda hermenéutica puede ser enormemente peligroso pues como ya refería CICERÓN⁽⁸⁷⁾: “*summum ius, summa iniuria*”.

(87) Cfr. CICERÓN, M.T., *De officiis*, 1, 33. “*Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud ‘summum ius summa iniuria’ factum est iam tritum sermone proverbium*”.

COMISIÓN POR OMISIÓN Y LEGALIDAD PENAL⁽¹⁾

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid*

En el ámbito de la omisión impropia⁽²⁾ se plantean, como es suficientemente conocido, gran cantidad de problemas, pero en este escrito pretendo referirme exclusiva y brevemente a dos: a la cuestión de la determinación de las fuentes de las obligaciones de garante y su relación con el principio de legalidad penal, y a la denominada causalidad omisiva y su sustitución por criterios de incremento de riesgo o desestabilización de los focos de peligro⁽³⁾.

Por lo que importa a la primera cuestión ha de tenerse en cuenta que la introducción de la cláusula general recogida en el artículo 11 del CP —asimilando así nuestro sistema al consagrado en otros códigos penales europeos, como el italiano o el alemán⁽⁴⁾—, se debió a la consideración, realizada por

(1) Contribución al Libro Homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba Martínez.

(2) Sobre los orígenes históricos de la bipartición entre omisión propia e impropia véase CADOPPI, A., *Il reato omisivo proprio. I: Profili introduttive e politico-criminali*, Padua, 1988, pp. 81 y ss., y bibliografía allí citada.

(3) Sobre esta cuestión véase, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Artículo 11”, en *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Artículo 1 a 18* (dir. Cobo del Rosal), Madrid, 1999, pp. 409 y ss.

(4) Aunque esto debe matizarse en el sentido de que las referidas cláusulas de los códigos penales italiano —artículo 40.II— y alemán no satisfarían, dada su redacción, las exigencias de legalidad. En este sentido dice GÓMEZ BENÍTEZ —*Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 590— que: “Lo fundamental al respecto sería la concreción, dentro de lo posible, de las distintas situaciones que pueden hacer surgir un deber específico de evitar el resultado, cuya infracción produzca la equiparación de desvalor señalada. En este sentido la cláusula del Código Penal alemán, tantas veces esgrimida como modelo, carece de la concreción mínima imprescindible exigida por el principio de legalidad. Razón por la cual la praxis en aquel país es insatisfactoria por extensiva”. Desde luego que este juicio, y por idéntico razonamiento, se debe extender al Código Penal italiano.

buena parte de los penalistas españoles, de que la ausencia de una norma de reconversión de los delitos activos en omisivos conculcaba el Principio de Legalidad⁽⁵⁾; especialmente en lo referido a la fijación de las situaciones de garantía.

Bien es verdad que algunos penalistas entendíamos que lo más adecuado hubiera sido acudir a un sistema como el establecido en el artículo 12 del CP para la imprudencia, lo que hubiese permitido un mayor respeto a los principios de intervención mínima y proporcionalidad de la pena, y facilitaría reflejar en la cuantía de la sanción la esencial diferencia existente entre los injustos de acción y de omisión. Este último extremo quedó atendido, al menos parcialmente, en el texto, de clara influencia alemana, de cláusula general incluido en el Proyecto Alternativo redactado por el Grupo Parlamentario Comunista —Enmienda núm. 859 al párrafo segundo del artículo 18—, según el cual:

“Los delitos consistentes en la producción de un resultado podrán considerarse realizados tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación. El juez podrá en este caso atenuar la pena en la medida prevista en el artículo 55”.

En la Motivación de la Enmienda se afirmaba:

“Se trata de una cláusula por la que —como exigencia del principio de legalidad— se resuelve la tipicidad de la comisión por omisión. Lo más importante de su inclusión radica en que obliga al juez a fundamentar más cuidadosamente la imputación de responsabilidad en estos supuestos de comisión por omisión”.

(5) Por todos, HUERTA TOCILDO, S., “Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión”, en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 19 y ss. Naturalmente no han faltado autores que sostuvieran que la punición de la comisión por omisión en el Código Penal de 1973 no planteaba problemas en relación al Principio de Legalidad; véase en este sentido, y por todos, a un autor tan relevante en el ámbito de los delitos de omisión como SILVA SÁNCHEZ, J., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, passim. Estas últimas posiciones se fundamentaban, esencialmente, en la progresiva pérdida de protagonismo de la causalidad —lo que se había ya evidenciado, por ejemplo, con la existencia, a través de la introducción de criterios de imputación objetiva, de causaciones de resultados no antinormativos. Todo esto permite, según algunos autores, una “lectura” distinta de los tipos penales que autoriza, sin cláusula de reconversión alguna o de previsión específica, a efectuar una equiparación axiológica entre acción y omisión sin sobrepasar el ámbito de las concretas tipicidades. Sobre las distintas tendencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto véase CUADRADO RUIZ, M.A., “La comisión por omisión como problema dogmático”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pp. 414 y ss.

En este último sentido ya indicó RADBRUCH en 1904, en una conocida cita, que “La omisión no sólo no posee en común con la acción los elementos de voluntad, hecho y causalidad, sino que, precisamente, se agota en negarlos”⁽⁶⁾. La existencia de tipificaciones expresas de delitos de comisión por omisión —que en nuestro Código Penal coexisten con la cláusula general del vigente artículo 11 del CP— es criticada, sin embargo, por algunos autores por entender, sólo con carácter general, que impiden una adecuada protección del bien jurídico, por lo que instan a la supresión de esos tipos específicos y a la contemplación de la conducta desde la perspectiva de cláusulas genéricas⁽⁷⁾.

Merece en todo caso un análisis bastante más detenido la posición defendida por DOPICO GÓMEZ-ALLER en su excelente monografía sobre la omisión⁽⁸⁾. Parte este autor, en su exposición del problema que ahora nos importa, preguntándose cuál sea el valor de referencia de la equivalencia legal entre la no evitación de un resultado y su causación. Para el autor cuya obra comento no cabe lugar a dudas: “han de ser equivalentes según ‘el sentido del texto de la Ley’. Esa ‘Ley’ debe ser necesariamente aquélla de cuya aplicación esté hablando el artículo 11 del CP, es decir: el Código Penal y, en concreto, el concreto tipo penal de que se trate. Para hablar de comisión por omisión, el artículo 11 del CP exige en primer lugar que la omisión sea igualmente típica, es decir, formal y materialmente típica del mismo modo que la acción”. A esta conclusión llega DOPICO GÓMEZ-ALLER tras entender que el “causare” legal debe interpretarse como “irrogar, infligir”, que el artículo 11 del CP no incluye una “cláusula extensiva del tipo” sino que es una cláusula interpretativa tautológica y que, por tanto, las omisiones se hallan incluidas en los correspondientes tipos de la Parte Especial. Para avalar esta opinión invoca alguna Sentencia del Tribunal Supremo —1538/2000, de 9 de octubre—, aunque de la transcripción de la tal resolución excluye, entiendo, algún pasaje extremadamente significativo, e incluye una cierta reescritura de la misma que, en mi modesta opinión, no se corresponde ni con la letra ni con el espíritu de la resolución. En efecto, lo que dice, literalmente, la Sentencia invocada en el pasaje que nos interesa es lo siguiente:

(6) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967 (reimpresión), p. 140; véase el análisis que lleva a cabo E. BACIGALUPO de los planteamientos de RADBRUCH en *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970, pp. 53 y ss.; véase también TORÍO LÓPEZ, A., “Límites político criminales del delito de comisión por omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 694 y ss.

(7) En este sentido CADOPPI, A., *Il reato omisivo proprio. I: Profili introduttive e politico-criminali*, op. cit., p. 127, nota 82.

(8) *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, Valencia, 2006, pp. 691 y ss.

“Lo primero que conviene despejar —aunque ello no haya sido objeto de debate en este recurso— es la duda que pudiese plantear, en hipótesis, la aplicabilidad retroactiva del artículo 11 del CP de 1995 a unos hechos acaecidos antes de que el nuevo texto entrase en vigor. No existe problema alguno al respecto aunque en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito, puesto que, pese al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad al menos desde la sentencia de 10 de abril de 1981. Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto —aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación— sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren”.

De esta cita jurisprudencial quiero destacar los siguientes aspectos:

1) La Sentencia no afirma, como parece desprenderse del texto de DOPI-CO GÓMEZ-ALLER, que el artículo 11 del CP no haya operado ninguna nueva incriminación, lo que dice es que “pese al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad”. ¿Cómo debe entenderse la expresión “pese al silencio legal” utilizada en la Sentencia? La más obvia es que “pese a que el Código no dice nada, la Jurisprudencia viene diciendo”⁽⁹⁾. Es decir, a pesar de que no existe previsión legal expresa al respecto, la Jurisprudencia viene admitiendo esa forma de la conducta. Esta interpretación no debe extrañar, pues no es la primera vez que nos encontramos, y supongo que no será la última, con que el Tribunal Supremo “pasa por encima” del Principio de Legalidad y se entrega a la creación jurisprudencial del Derecho; sólo recordar a este respecto lo ocurrido con el delito continuado y la posposi-

⁽⁹⁾ Tan plausible es esta interpretación que MIR PUIG —*Lecciones de Derecho Penal*, Barcelona, 1983, pp. 112 y 113— se refería a estos tipos como “supraleales”. Este autor, incluso, llegaba a afirmar: “Por lo demás, sobre todo en un Derecho como el nuestro en que no se halla regulada expresamente esta materia, la seguridad jurídica aconseja limitar la admisión de verdadera posición de garante a los casos más inequívocos (*in dubio pro reo*)” (p. 114). Es decir, hasta tal punto se admite que estamos ante una creación jurisprudencial que se propone, para la delimitación de los elementos del delito, la utilización de un recurso procesal como es el Principio *in dubio pro reo*.

ción de todas las normas concursales en el viejo Código de 1973 —y la lamentable Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto—⁽¹⁰⁾.

Ciertamente que algún “astuto” intérprete podría decir que la expresión jurisprudencial “pese al silencio legal”, pudiera también significar que “pese a que no está expresamente recogida en el Código Penal, implícitamente sí se encontraba, y la Jurisprudencia no ha hecho más que sacar a la luz ese escondido tipo” (esta es la opinión que se mantiene en, por ejemplo, la STS 127/1995, de 27 de enero). Pero ¿acaso sería admisible, a la luz del Principio de Legalidad, semejante interpretación? Es decir, la existencia de “tipos escondidos”, “tipos implícitos”⁽¹¹⁾ en el Código Penal, cuyos requisitos —las posiciones de garantía, la existencia o no, además, de una equiparación valorativa entre acción y omisión— son absolutamente volátiles, es decir variables, de un supuesto a otro, puesto que no se recogen expresamente en la ley, y cada resolución judicial al respecto se dedica a “aportar” su granito de arena. No, ni el sentido más laxo de la legalidad penal puede llegar a admitir este planteamiento. Debe decirse, además, que existen recientes resoluciones del Tribunal Supremo en las que, expresamente, se manifiesta que el artículo 11 del CP ha introducido una nueva tipicidad; véase, en este sentido, la STS 1697/2002, de 19 de octubre, para la cual:

“El artículo 11 del actual Código Penal ha introducido una regulación legal de la comisión delictiva por omisión. El propósito del legislador parece haber sido garantizar la aplicación del principio de legalidad contemplando normativamente esa forma de comisión”.

El contenido de esta resolución pone, pues, “en el alero” la argumentación de DOPICO GÓMEZ-ALLER sobre la retroactividad de la ley penal. Hay otras resoluciones del Tribunal Supremo que avalan este último punto de vista, pero semejantes declaraciones no aportan un argumento definitivo por lo que se refiere a cuál haya sido la posición del Tribunal Supremo al respecto, y ello por una potísima razón: la Jurisprudencia es absolutamente contradictoria y podemos encontrar puntos de vista para todos los gustos y tendencias, por lo que apoyarse en ella equivale a construir en suelo de cristal. En todo caso está claro que el Principio de Legalidad impide la afirmación de la existencia de “tipos implícitos”, que por propia definición están ausentes de una concreta regulación legal, de una disciplina que esté “a la vista” de los destinatarios de la norma, sin la que difícilmente va a poder cumplir el tipo las funciones político-

(10) Véase STC 89/1983, de 2 de noviembre.

(11) RODRÍGUEZ MOURULLO —*Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 309— también se refiere a características “implícitas” en los tipos susceptibles de ser cometidos en comisión por omisión u omisión impropia.

criminales que le están asignadas. Más aún: a DOPICO GÓMEZ-ALLER le parece de gran agudeza, y así lo expresa, el siguiente fragmento de la STS 1538/2000, de 9 de octubre:

“Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos..., ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto —aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación— sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren”.

¿A qué puede referirse la Sentencia cuando dice eso de que “aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad”? ¿Es que acaso existía una tipicidad predeterminada de los delitos de comisión por omisión y el artículo 11 del CP a lo único que ha contribuido es a “limarla”? En tal caso ¿dónde figuraban los elementos estructurales del referido tipo de omisión impropia? Si la respuesta es que en los concretos tipos de la Parte Especial, y que son la Doctrina y la Jurisprudencia las que tienen encomendado el componerla —ese parece ser el entendimiento de la citada Sentencia, como se pone de manifiesto cuando la citada resolución se refiere a que la “relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto”—, hay que decir que “eso” no es un “tipo” con las características exigidas por el Principio de Legalidad en nuestro Estado de Derecho, pues un “tipo penal” omisivo no está constituido, meramente, por la prohibición de causar omisivamente, sino que lo integran, como sabemos, otros componentes que necesitan ser concretamente, taxativamente, especificados por la norma (por cierto que la afirmación de que la “relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto”, viene a poner de manifiesto que se reconoce por el Tribunal Supremo que es la Doctrina quien ha construido el tipo penal; es decir, la Doctrina como fuente de creación de delitos y penas. Además se trataba de una Doctrina “imprecisa”, con lo que el Juez tenía su propia parte en “la tarta” de la configuración típica de la comisión por omisión).

En todo caso no deja de resultar curiosa la argumentación que se emplea, en alguna resolución del Tribunal Supremo, para apoyar la idea de que los tipos de comisión por omisión —olvidándonos de los expresamente recogidos en la Parte Especial— estaban recogidos en la Ley Penal anterior al Código de 1995; véase en este sentido la STS 127/1995, de 27 de enero, según la cual:

“Es incuestionable que el Código Penal contiene una norma general que, al definir el delito y la falta, es decir, las infracciones penales, incluye las acciones y las omisiones —‘Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley’ (artículo 1.1, redactado confor-

me a la LO 8/1983 ya citada)—. Por tanto, es conforme a la legalidad penal vigente sancionar las acciones y las omisiones consistentes en impedir un resultado cuando el omitente se encuentra en posición de garante”.

¡Maravilloso! Es decir, según esta Sentencia basta con la afirmación del viejo artículo 1.1 del Código Penal de que “Son delitos o faltas...”, para entender que la comisión por omisión es punible en relación a todos los delitos de acción y resultado recogidos en el Código Penal, cuyos elementos estructurales, supongo, no impidan la imputación a título de esta responsabilidad específica; y ello con independencia de la delimitación de la tipicidad de la figura de la comisión por omisión⁽¹²⁾. Desde luego que semejante argumento no es aceptable, y no lo es porque respecto de los delitos de acción no basta con la genérica aseveración del artículo 1 de que “Son delitos o faltas...”, y ello por la elemen-

(12) Este argumento ha sido, también, utilizado por algún autor; es el caso de BUSTOS RAMÍREZ —*Manual de Derecho Penal Español. Parte general*, 1.ª ed., Barcelona, 1984, p. 282—, para el cual “De acuerdo al Código Penal español no habría razón para estimarlos [a los delitos de omisión impropia] vulnerantes del principio de legalidad, en cuanto la propia Constitución en el artículo 25.1 y el CP en el artículo 1 párrafo 1 se refiere a la omisión en forma general...”. Aunque, ciertamente, el propio BUSTOS RAMÍREZ más adelante —opus y loc. cit.—, y tras afirmar que por no estar concretadas las fuentes de las obligaciones de garantía nos hallamos ante tipos abiertos, dice que tal situación “en cierto modo vulnera el principio de legalidad”. Ciertamente no soy muy capaz de entender qué quiere decir el Prof. BUSTOS RAMÍREZ, de cuya excelencia como penalista nadie sensato duda, cuando dice “en cierto modo...”. Porque con esta cuestión sucede lo mismo que con el matar. O se mata o no se mata, no es posible “matar un poquito”. ¿O es que hay “algún modo” de vulnerar el Principio de Legalidad que no supone vulnerarlo? De todos modos la “solución final” que ofrece este autor para los problemas de la legalidad de los delitos omisivos impropios me termina dejando seriamente perplejo; en efecto BUSTOS RAMÍREZ critica el intento de solucionar los problemas de Principio de Legalidad mediante el recurso de acudir a una cláusula general, ya que fórmulas de equiparación valorativa entre acción y omisión —como la de “que la lesión del mandato de evitación del resultado se corresponda con la lesión de la prohibición de la provocación del resultado”— le parece que “no solucionan el problema ya que son de todos modos demasiado generales (y en cierto modo una presunción)”. Por lo tanto “Pareciera que la única vía es ir a su resolución en la Parte Especial con el sistema de *numerus clausus*, tal como sucede con la culpa; ahora bien, como esto *de lege ferenda* puede ser muy complejo o dificultar la técnica legislativa, pareciera lo más adecuado no legislar sobre esta materia y dejarla a la labor interpretativa, que tendrá que trabajar con criterios restrictivos en su elaboración, conforme a los principios generales del derecho penal”. Es decir, como la fórmula empleada en la cláusula general no es, y ello es cierto, suficientemente aclaratoria, hay que optar por la absoluta indeterminación. Pues bien, obviamente no puedo compartir semejante planteamiento, pues siempre será preferible, a efectos de seguridad jurídica y de cumplimiento del mandato de taxatividad —y, por supuesto, de legitimidad democrática, de respeto a la separación de poderes—, la inclusión de algunos referentes que nombrar Legislador al intérprete, sea éste Juez o Catedrático de Universidad.

tal razón de que el Código Penal, el Derecho Penal, no prohíbe la mera causación de resultados (por ejemplo, la muerte de las personas) sino determinadas conductas productoras de esos resultados, de ahí que se exija la configuración detallada —taxatividad— de los respectivos tipos penales. Lo que ocurre en los delitos de acción es que como ésta constituye una realidad ontológica que la hace preexistente a la norma, no existiría, en principio y con las matizaciones que a continuación se harán, problema ninguno en construir tipos exclusivamente prohibitivos de causar, con lo que bastaría con incluir en el Código, a continuación de una declaración como la del artículo 1.1 del CP, un listado de posibles resultados.

El problema vendría a continuación a la hora de delimitar el alcance de la conducta típica, de qué es lo que, en concreto, se quiere castigar —qué formas de llegar al resultado se quieren prohibir penalmente; es decir, de hacer compatibles las distintas ramas del Ordenamiento Jurídico, de evitar una pan-penalización, de hacer realidad el Principio de Fragmentariedad y *ultima ratio*, de concretar en qué consisten los resultados (por ejemplo el “lesionar” en el artículo 147 del CP, etc.). Pero en relación a los delitos de omisión esto no sería suficiente, ya que la omisión no constituye una realidad ontológica —por más que algunos se hayan empeñado en explorar este camino— sino normativa, por lo que, previamente, hay que “construir” los tipos de omisión, decir cuáles son los elementos estructurales de ésta (a no ser que se pretenda castigar —una vez que se entiendan establecidos los deberes genéricos con el establecimiento de los tipos prohibitivos de causar— cualquier omisión de actuar con independencia de la posición de cada cual, sin mayores requerimientos previos, yendo, incluso, más allá de lo que permiten los delitos de omisión propia, y, así y todo, imputar los resultados, prescindiendo, por supuesto, de las exigencias de la culpabilidad —lo que, como sabemos, no es posible, constitucionalmente, en el moderno Derecho Penal; sin embargo, en cuanto quieran vincularse omisión y resultado y diferenciar estas estructuras de las de la omisión propia, resultará preciso delimitar los elementos de los tipos de omisión impropia), no bastando con la mera prohibición de causar resultados.

2) Esa falta de descripción de la tipicidad de los delitos de comisión por omisión en el viejo Código Penal de 1973, es lo que ha determinado una absoluta inseguridad a la hora de explicar qué sean los delitos de omisión impropia. A este respecto resulta significativo que la misma Jurisprudencia del Tribunal Supremo no tenga claro si esos tipos de comisión por omisión exigen siempre, o no, un resultado. En este sentido, la STS 61/1995, de 2 de febrero de 1996, manifiesta: “sí es posible hablar de comisión por omisión en los delitos de simple actividad”. Pero orillando estas “declaraciones” conviene expresar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a estos delitos, no deja de presentar gravísimos problemas; por ello quizás sea el camino más razonable exponer cuál haya sido la elaboración de la comisión por omisión —al menos, y especialmente, en lo que importa a las posiciones de garantía— por la Jurispru-

dencia hasta el Código Penal de 1995, y deducir, a partir de ahí, la “verdadera” posición de la Jurisprudencia. Pues bien, a este respecto: a) No sabemos si se exige, en los delitos de comisión por omisión, relación causal, en sentido real, entre la conducta omitida y el resultado, o no⁽¹³⁾. Así, para la STS 858/1992, de 6 de abril, la comisión por omisión requiere que la omisión debe ser causal “o *conditio sine qua non* del resultado típico”; sin embargo, para la STS de 12 de junio de 1992 “en los delitos de omisión sólo cabe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad” (en el mismo sentido, entre otras, STS 37/2006, de 25 de enero; por cierto, que esta fórmula de la “seguridad rayana en la probabilidad”, que es de común utilización por la Jurisprudencia —véase, también, la última Sentencia citada—, no resulta ser muy acertada, pues ¿qué significa “seguridad rayana en la probabilidad”? ¿cabe mayor indeterminación? Sin embargo, y no sé por qué, se considera que la fórmula constituyó una gran hallazgo). b) Desde luego que tampoco había unanimidad a la hora de fijar las fuentes de la obligación de garante; según algunas resoluciones estas se integraban exclusivamente por la asunción voluntaria de la situación de garante y el pensamiento de la injerencia (STS 858/1992, de 6 de abril); otras añadían “el normal desenvolvimiento de las relaciones familiares” (STS 2269/1993, de 18 de octubre), la dependencia existencial precedentemente creada por el omitente (STS 117/1994, de 28 de enero), el ser dueño de la situación o poder influir mínimamente en ella (STS 847/1996, de 27 de noviembre) o la ley (STS 127/1995, de 27 de enero), e incluso en alguna resolución se fundamentan los deberes de protección —de la madre con su hija— en la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, como “deber moral” (STS 998/1995, de 6 de octubre)⁽¹⁴⁾. c) En cuanto a

(13) Resulta sumamente interesante a este respecto la lectura de los párrafos primeros de los artículos 40 y 42 del Código Penal italiano. Véase a ese respecto GRASSO, G., *Il reato omisivo improprio*, Milán, 1983, pp. 112 y ss. y 385 y ss.

(14) Más adelante se volverá sobre esta residencia de los deberes de garante en la moral o en la ética. En todo caso la posición de la doctrina tampoco resultaba nada clara en lo que se refiere a las fuentes de las obligaciones de garante. Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.³ y SERRANO GÓMEZ, A., —*Derecho Penal español. Parte General*, 18.³ ed., Madrid, 1995, pp. 387 y ss.— estimaban que las únicas fuentes del deber de garante estaban constituidas por la ley, el contrato y la injerencia —en el mismo sentido, CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Volumen Primero*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, 17.³ ed., Barcelona, 1975, pp. 236 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, en cambio, entendía que los deberes morales basados en la convivencia se constituían, también, en fuente de obligaciones —*Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito (Primera Parte)*, Buenos Aires, 1951, p. 364—, lo que BUSTOS RAMÍREZ —op. cit., p. 285— critica por la dificultad de marcar los límites y por la tendencia a su

los criterios para equiparar valorativamente omisión y acción, según alguna resolución la equivalencia “es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir la producción del resultado” (STS 24 de julio de 1992); para otras resoluciones “los criterios de equivalencia entre la acción y la omisión no se agotan en la posición de garante del omitente” (SSTS 127/1995, de 27 de enero, y 272/1996, de 25 de marzo); para unas terceras la identidad estructural y material en el plano normativo entre la realización típica activa y la comisiva “radica en que la omisión misma es la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante” (STS 37/2006, de 25 de enero); para otras decisiones, en fin, “Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 del CP exigiendo que la no evitación del resultado ‘equivalga’ a su causación” (STS 320/2005, de 10 de marzo).

En conclusión: cuando el Abogado comparecía en juicio a defender a su cliente, ignoraba “por dónde le podía salir la Sala”, pues ninguno de los posibles argumentos de su defensa (relación de causalidad, posiciones de garante, equivalencia entre acción y omisión, exclusión de la comisión por omisión en los delitos de simple actividad) tenían una respuesta, más o menos, predecible. Es decir, absoluta inseguridad jurídica, consecuencia lógica de la ausencia de una tipicidad precedentemente establecida de los delitos de omisión impropia. Ante este panorama la Jurisprudencia del Tribunal Supremo puede contener los juicios que le parezcan acerca de los “tipos implícitos”, “escondidos”, “dados a

ampliación; DEL ROSAL incluye la amistad que “forma un lazo de mutua fidelidad” —*Tratado de Derecho Penal Español (Parte General)*. vol. I, Madrid, 1968, p. 618—, y crítica la extensión de los deberes a los meramente éticos —*Derecho Penal Español (Lecciones)*, 3.^a ed., corregida y aumentada, Madrid, 1960, p. 258; RODRÍGUEZ MOURULLO —*Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 312— incluía “Situaciones de garantía procedentes de ciertas comunidades de riesgo o de vida. Por ejemplo las surgidas entre participantes de una expedición de montañismo, o entre los que habitan en común la misma casa”; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO —*Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 579 y ss.— entienden, en relación a los familiares, que lo determinante no es la existencia misma de la vinculación por razón de familia y los posibles deberes jurídicos que de ello pudieran derivarse, sino la proximidad al bien jurídico que suponga una dependencia de éste respecto del garante —en este mismo sentido ya se había pronunciado anteriormente MIR PUIG, S., *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., pp. 114 y ss.; MUÑOZ CONDE —*Teoría general del delito*, Valencia, 1989, pp. 44 y ss.— se refería a dos grandes grupos: función protectora de un bien jurídico —vinculación natural, comunidad de peligros y aceptación voluntaria— y deber de vigilancia de una fuente de peligro —actuar precedente. En fin, como se ve una larga cadena de opiniones no siempre, ni mucho menos, coincidente, lo que no deja de plantear problemas de cara a la seguridad jurídica.

la luz por la Jurisprudencia”, o lo que le apetezca; la conclusión, más allá de disquisiciones inútiles, está clara: no hay seguridad jurídica y el Principio de Legalidad ha sido sustituido por el de “máxima arbitrariedad”, y con esos referentes parece difícil hablar de motivación de la norma⁽¹⁵⁾.

(15) Por cierto, que el mecanismo y el alcance de la “motivación” no es algo que todos los penalistas tengan claro. Lo dicho viene a propósito de una reciente obra de FEIJOO SÁNCHEZ —*Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría y las funciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007, p. 843, nota 199—, en la que tras manifestar que el sistema penal “no puede procesar adecuadamente fenómenos de masa”, tiene la amabilidad de citar una obra mía —*Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, p. 131— comentando, dice él, que, en mi opinión, “en casos como estos [el delito de aborto] la pena cumple una función motivadora. Cualquiera que vea sin prejuicios la realidad con respecto al aborto, tanto antes de 1985 como después, se dará cuenta de que ello es incierto”. Obviamente la crítica a las opiniones de otros penalistas, y todo ello con el objeto de hacer avanzar la dogmática del Derecho Penal, constituye uno de los instrumentos utilizados por los teóricos, pero es evidente, también, que la tal crítica debe ser rigurosa, y en ese sentido debe evitarse manipular las opiniones del “criticado”. Lo dicho viene a cuenta de lo siguiente: efectivamente yo he mantenido en el lugar más arriba referido que incluso en relación a “aquellos valores no asumidos ni siquiera idealmente por los sujetos... [y pongo como ejemplo el delito de aborto] [el destinatario de la norma] sí pasa a ser motivado por la prohibición penal, hasta tal punto que, generalmente, modificará su conducta en los siguientes extremos: o desarrolla estrategias de elusión de la justicia penal —que pueden llegar a ser estrategias de elusión plena, como en el caso del aborto ya que la mujer embarazada se puede someter a la intervención en el extranjero, en un país en el que la concreta modalidad abortiva no esté penalizada, y, por lo tanto, no cometerá delito— o adecuará su conducta a Derecho por miedo a la sanción”.

Pues bien, verdaderamente no sé a qué se refiere FEIJOO SÁNCHEZ cuando me imputa el ver “con prejuicios” la realidad con respecto al aborto: si se refiere a mi posición ideológica respecto al problema o a qué otro extremo; desde luego, y ahí puede residir la razón de la crítica y en ese caso la asumo, yo me he inclinado —legítimamente, aunque respeto, naturalmente y por más que no las comparto, las tendencias conservadoras, reaccionarias o tecnócratas al respecto— por posiciones claramente de izquierdas en el tratamiento del problema, por ello me opuse —lo que también hicieron otros compañeros—, hace ya mucho tiempo, a cierta doctrina del Tribunal Supremo que llevaba consigo la condena de las españolas que abortaban en el extranjero —ÁLVAREZ, Fco. J., y ZAMORA CABOT, Fco. J., “La ley penal en el espacio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1980”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1983, núm. 2, pp. 569 y ss.—, y también más recientemente he optado por atribuir a las causas recogidas en el viejo artículo 417 bis del CP la naturaleza de “causas de atipicidad” (*Consideraciones...*, op. cit., nota 284, anteriormente en *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, nota 201; asimismo, recientemente: “La retribución y la prevención general negativa como fines de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 72, 2000, p. 563, y en “La construcción del sistema al margen de los principios y las personales convicciones de los jueces en materia de justicia penal”, en *Libro Homenaje a Miguel Prats y Canuts*, en prensa).

En todo caso cuando sostengo que incluso en delitos como el aborto la “motivación” cumple su papel, no me refiero exclusivamente, y así lo he dicho, a que por el hecho de la

3) Le asiste la razón a DOPICO GÓMEZ-ALLER cuando dice que “el artículo 11 del CP exige en primer lugar que la omisión sea igualmente típica, es decir, formal y materialmente típica del mismo modo que la acción”, aunque entiendo que esto no significa, como él parece dejar ver, una consagración de la idea de que la comisión por omisión sea ya típica —lo que estaría expresado en el correspondiente precepto de la Parte Especial— antes de la entrada en aplicación del artículo 11 del CP, de forma tal que éste se limitaría a enumerar las referencias valorativas que necesariamente hay que tener en cuenta para “equiparar la omisión a la acción”. No, ni mucho menos. La cuestión es que la equiparación valorativa entre omisión y acción, de la misma forma que el deber de garante, es elemento estructural de la omisión impropia. Es decir, no hay tipicidad sin equiparación valorativa, por lo que, a mi entender, difícilmente

amenaza penal se vayan a dejar de cometer tales ilícitos, sino a que se van a desarrollar estrategias de elusión de la justicia penal española; y, efectivamente, cualquiera que conozca la realidad sabe que: a) Hasta el momento de la entrada en vigor de la modificación de 1985 en materia de aborto, miles, muchos miles, de mujeres españolas, de compatriotas, de ciudadanas, de, en muchos casos, compañeras y amigas nuestras marcadas por un intenso sufrimiento y sintiéndose tremendamente desprotegidas, se marchaban al extranjero a abortar; y ello no lo hacían porque les divertiera interrumpir su gestación en el extranjero y, de paso, asistir a un musical en el Covent Garden, sino para eludir a la justicia española; es decir, que a la prohibición de abortar en España no se enfrentaban, sin más, con la realización de lo ilícito, sino modificando su conducta y eligiendo otro lugar para llevar a cabo la interrupción del embarazo. Esta fue la reacción más sobresaliente frente a la prohibición, aunque obviamente no fue la única, pues otras mujeres acudieron a medios clandestinos —donde se podían encontrar desde ginecólogos que interrumpían los embarazos no por interés económico sino ideológico hasta curanderas que por su desconocimiento de la medicina provocaban, en no pocos casos, verdaderos destrozos a las mujeres que intervenían, y recuérdense en este último sentido los muy abundantes casos de perforación del fondo de saco del útero provocadas por la utilización de agujas de punto para provocar la expulsión del feto, o los abundantes casos de septicemia, etc.— o, abrumadas por el miedo a la sanción, afrontaban solas, en condiciones sociales, familiares y personales difícilísimas, el llevar a término el embarazo y tener un hijo en una situación de rechazo social estigmatizante. Ciertamente siempre ha habido penalistas que han despreciado, o no suficientemente valorado, este sufrimiento, limitándose a analizar la teoría penal desde su despacho; pero otros, afortunadamente creo, pensamos de forma diferente. b) La limitación —creemos algunos, obviamente otros penalistas estiman lo contrario— de las causas contenidas en el artículo 417 bis del CP de 1973, ha —supongo que sorprendente e inexplicablemente para algún jurista— “disparado” las afectaciones psicológicas entre las embarazadas, lo que les impele por este motivo a decidir interrumpir su gestación “legalmente”.

Desde luego que el referido no es el único pasaje en el que FEIJOO SÁNCHEZ, en la obra más arriba referida, “me hace decir lo que yo no digo”, para, a continuación, criticarme, por “decir lo que él dice que digo pero que yo no digo”, y “esto” no es legítimo; me parece bien que me critiquen —yo hago lo propio, y en este artículo hay varios ejemplos, con aquellas doctrinas que no comparto—, pero, obviamente, el rigor intelectual exige ser respetuoso con las opiniones del criticado. Lo que no ha ocurrido en este caso.

puede afirmarse “que el artículo 11 del CP exige en primer lugar que la omisión sea igualmente típica”.

4) Tampoco puedo estar de acuerdo con este gran penalista, que ya es DOPICO GÓMEZ-ALLER, cuando interpreta el término “causar” como referido tanto a la acción como a la omisión, al entender el verbo “causar” como “irrogar” o “infligir”⁽¹⁶⁾; y ello por los siguientes motivos:

1.º Desde el punto de vista metodológico, porque encajar el propio planteamiento a base de buscar significados posibles de una acepción en un listado que figure en un Diccionario, no es necesariamente un buen camino. En efecto, “posible significado” no es equivalente a “concreto o correcto significado”, es decir el intérprete no tiene, sin limitación, a su disposición todos los posibles significados de una expresión, sino que aquéllos habrán de encontrarse en referencias, fundamentalmente, contextuales.

2.º En este sentido “causar”, tal y como figura en el artículo 147.1 del CP⁽¹⁷⁾, se refiere a una conducta capaz de originar, directamente, el efecto de menoscabo de la integridad o la salud. El problema, pues, no es si “causar”, desde un punto de vista puramente neutral y descontextualizado, es capaz de englobar acción y omisión, sino si “causar” tal y como está contextualizado es idóneo para asumir esas dos formas de aparición de la conducta. En este sentido, y más allá, repito, de la potencialidad del “causar” para integrar conductas omisivas, el verbo al que me refiero, tal y como aparece en el tipo, sólo acoge conductas de acción, pues solamente éstas son capaces de provocar un menoscabo mediante mecanismos causales suficientemente conocidos y aludidos en el precepto; sin embargo, los mecanismos a través de los cuales mediante una omisión se “causa” el resultado no aparecen reflejados en el tipo, por lo que no hay más remedio que concluir que desde el punto de vista de la tipicidad “omitir” no es “causar”. Es decir, el término “causar” tiene potencialidad para terminar acogiendo en su seno tanto las acciones como las omisiones; la cuestión, sin

(16) Op. cit., pp. 686 y ss. Hay que decir, en todo caso, que este argumento no es el único que utiliza el autor al que ahora me estoy refiriendo para sustentar su construcción; en efecto, él hace uso de otros muchos razonamientos, con los que tampoco estoy de acuerdo, bien estructurados, y de los que “daré cuenta” en otra publicación más amplia que se encuentra ahora en preparación, pues por razones de espacio no lo puedo hacerlo en esta. Quede, pues, con estas líneas, constancia de que no es el expuesto el único argumento usado por DOPICO GÓMEZ-ALLER en sustento de su tesis, aunque es el que más me interesa por el enfoque que he dado a esta contribución.

(17) “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado..., siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”.

embargo, no es esta, el problema no es si “causar” se puede interpretar tanto desde la acción en sentido estricto como desde la omisión —si “causar” debe entenderse, o no, como “infligir”—, sino el de las concretas tipicidades, que por lo que se refiere a los delitos de acción están suficientemente delimitadas, y por lo que importa, en cambio, a la omisión no se encuentran, en absoluto, presentes. De lo que se deduce, necesariamente, que la comisión por omisión típica no puede extraerse, directamente, de los distintos preceptos penales, sino que debe ser construida con ayuda, en nuestro caso, de la cláusula general recogida en el artículo 11 del Código Penal.

En conclusión: no es aceptable que la doctrina o la Jurisprudencia usurpen el papel del Parlamento y se invistan, a sí mismas, de la potestad de dictar normas penales. En este último sentido no debe olvidarse que la posición de garante, como elemento del tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión, se ha hecho nacer, históricamente, de las más diversas causas. En realidad cada autor aportaba sus propias concepciones al respecto⁽¹⁸⁾ —llevados de la idea de la infracción de un deber como núcleo de los delitos de omisión impropia, por lo que existía la tendencia de ampliar las posiciones de garantía a todos aquellos supuestos en los que se detectara cualesquiera infracción de deberes específicos, incluso deberes morales o éticos⁽¹⁹⁾— y lo mismo ocurría con la

(18) Véase una más que correcta exposición y crítica de las diferentes fundamentaciones de los deberes de garante en LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, pp. 25 y ss.

(19) A este respecto véase GIMBERNAT ORDEIG, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pp. 13 y ss. y 29 y ss. Este autor señala —op. cit., p. 16— cómo en los años 30 toda una serie de escritores alemanes, “envolviéndose” en el Derecho Penal autoritario, reivindicaron los deberes éticos y sociales como fuentes de obligación de garante; siendo esto cierto debe añadirse que este planteamiento no fue absolutamente olvidado, aunque sí matizado, por los citados escritores —SAUER, por ejemplo— en trabajos publicados con posterioridad a la II Guerra. En este sentido el citado SAUER en la 3.^a edición de su *Parte General* —*Derecho Penal (Parte General)*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, 1956, pp. 152 y ss.— continúa reivindicando “circunstancias sociales, económicas o higiénicas difíciles” como fuentes de obligaciones de actuar (ciertamente que la referencia a posiciones sociales ostentadas y expectativas de comportamiento, constituye una dirección que, con otro enfoque, tomó más tarde relevancia —véanse en este sentido, entre otros, MAURACH, R., GÖSSEL, K.H. y ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, 2, trad. de la 7.^a ed. alemana por Jorge Bofia Genzsch, Buenos Aires, 1995, pp. 249 y ss., o la aludida por STRATENWERTH (*Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Madrid, 2005, p. 394)—, “asunción de una relación social estrecha”, o las “estrechas comunidades vitales” a las que se refiere JAKOBS —*Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Joaquín

Jurisprudencia⁽²⁰⁾, lo que conducía a que el tipo objetivo de todos esos delitos especiales se hiciera depender de la opinión de cada cual y, a veces, de la moral de cada uno, lo que, obviamente, y por razones de legalidad y seguridad jurídica elementales, no era de recibo; y en todo caso, residenciar las posiciones de garante en deberes morales o éticos significa dar un salto atrás de siglos, al menos por lo que se refiere al Derecho continental.

En efecto, digo que significaría un salto atrás en lo referido al Derecho continental porque no debe olvidarse algo importante: cuando se afirma que en la época de la Ilustración pecado y delito pasaron a constituir entidades separadas, se dice algo cierto y algo falso. Cierto, en cuanto esa aseveración pasa a ser la tónica general en la Europa continental; falso dado que en el área inglesa la confusión entre los dos ámbitos constituye un efecto buscado por las corrientes utilitaristas anglosajonas, y falso también porque en el mismo Continente la moral, en pequeños reductos, ha continuado “dictando Derecho Penal”. Así, afirma TARELLO⁽²¹⁾ que “Debe señalarse incidentalmente que en este discurso emerge la tendencia, propia de Fielding y de mucha doctrina criminalista inglesa del siglo XVIII, a temer las concepciones según las que, de forma general, los vicios morales son pecados religiosos y no civiles; esta concepción, que derivaba de las teorías del absolutismo del siglo XVIII, y que se convirtió en una de las banderas de la Ilustración jurídica en el continente europeo, sugería la despenalización de los pecados y de los vicios cuando no lesionaban directamente a la autoridad civil; ahora bien, en la Ilustración inglesa prevaleció la idea de que unos comportamientos moralmente deplorables y considerados desde el punto de vista religioso como pecado, no tenían que ser despenalizados, por ser nocivos (no tanto a la organización estatal, cuánto) al ordenado mantenimiento del orden económico e, indirectamente, a la tranquilidad de los bienes.

Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 968, y una abundante Jurisprudencia tanto del RG como del BGH —véase JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenote, 5.^a ed. corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 669; en todo caso no debe olvidarse que la discusión sobre el ámbito de lo que integra “lo estrictamente jurídico” y lo que se halla al margen de él, no puede caminar, conceptualmente, por idénticas vías antes y después de la última conflagración mundial; por ello, aun siendo cierto lo que apunta GIMBERNAT en la obra acabada de citar —p. 17, nota 36— en el sentido de que el sector mayoritario de la doctrina alemana —y él aporta ejemplos más que sobrados que me eximen de mayores demostraciones— “ha vuelto a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico”, debe decirse que antes y después de la 2.^a Guerra ya no se entiende lo mismo por “deber jurídico”).

(20) Recuérdese la, más atrás citada, STS 998/1995, de 6 de octubre.

(21) *Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificaciones del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 411, nota 58, y 413 y ss.

La tendencia de la Ilustración inglesa fue la de penalizar no sólo las perturbaciones de la paz pública sino también aquellos comportamientos que, según las teorías sociales de la época, constituían las causas, incluso lejanas, de la acción directamente lesiva de la paz pública. Debe resaltarse que prevaleció en todas las partes una concepción político-social de la política criminal en vez de una concepción formalista (como la de las teorías del absolutismo), la legislación penal puso de manifiesto la tendencia a hacerse más pronunciadamente represiva, y, a través de fórmulas más concretas, también más selectivamente represiva (en relación con estratos de la población)". Ello se corresponde perfectamente con que "antes de la difusión de la obra de Beccaria, la postura frente a la problemática penal era ya, en el área inglesa, de carácter utilitarista; pero los centros de atención sobre los que se manifestó esa vena utilitarista no eran los del *hombre en general*, propios de Beccaria, sino los de una sociedad donde las estructuras económicas habían diferenciado ya a los hombres (no en *status* jurídicos, sino) en clases económicas. Si la postura de Beccaria tenderá a generalizar en el hombre las figuras penales del destinatario de la ley, del imputado y del condenado, la postura de los primeros ilustrados ingleses tendió a superar las diferencias de *status* jurídico (presentes aun en la legislación y en el *common law*), pero resaltando en el delincuente en general, privado de calificación de *status*, una figura de hombre bastante menos general y, más bien, particular, caracterizada por una pertenencia a un grupo económico, el pobre".

Pero, incluso en el área continental, decía más atrás, la tantas veces aludida separación entre pecado y delito, moral y Derecho, no lo ha sido tanto, ni siquiera en épocas recientes; y no me quiero referir únicamente a momentos históricos —como la Dictadura franquista— en los que, directamente, el Código Penal incluía entre sus tipificaciones la comisión de algunos "pecados" graves, como, por ejemplo, la blasfemia; sino a la tipificación de otros "crímenes morales" (pecados), lo que ha sido común a no pocos códigos penales continentales; por ejemplo el caso del incesto, cuya criminalización se ha perpetuado en nuestro Derecho, a pesar de su formal derogación, a través de la Jurisprudencia sobre los abusos sexuales de prevalimiento, dado que nuestro Tribunal Supremo viene considerando que la posición de "pariente" constituye, de por sí, un supuesto de "superioridad" y de abuso de la misma. Parecidos problemas se plantean, también, en el ámbito del tratamiento del error sobre la prohibición, como se aludirá más abajo de la mano de MUÑOZ CONDE y NIETO MARTÍN.

Pues bien, ciertamente no ignoro que la separación entre Derecho y Moral continúa siendo el problema central acerca del concepto del Derecho, "el Cabo de Hornos de la Filosofía del Derecho" en afortunada expresión de IHERING; y tampoco que "a pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen exis-

tiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”⁽²²⁾; y desde luego que en estas páginas se sostiene la tesis de la separación entre Derecho y moral, en el sentido de que el Derecho penal no es ni debe ser un instrumento de la moral⁽²³⁾. Pero al Derecho tampoco se le puede considerar, y a pesar de lo extendido de esta opinión entre los penalistas⁽²⁴⁾, expresión de un “*minimum ético*”, pues, como enseña RADBRUCH⁽²⁵⁾, tal designación implica “...ora... explicar la esencia del Derecho como un pequeño sector de la amplia esfera de los principios morales equipado con la posibilidad de la coacción, bien estimando como misión de la Moral el dotar de una mayor fuerza al precepto jurídico (que exige sólo un cumplimiento externo, legal), mediante el requerimiento de una obediencia asimismo íntima. Esta opinión, al reducir la distinción entre ambos extremos a un punto de vista cuantitativo, viéndolos en una relación de mayor a menor parte, desconoce la diversidad fundamental (...) entre el punto de vista moral y el jurídico, y sacrifica la multiplicidad, y aun la oposición de las conciencias morales individuales, a un código de deberes sociales igual para todos; y en fin, niega, mediante una armonización precipitada, la posibilidad de conflictos trágicos entre la Moral personal y el orden jurídico general, esto es, entre las exigencias del alma y las exigencias del Estado, o sea, la trágica posibilidad del ‘delito por convicción’”⁽²⁶⁾. Todo lo dicho, sin embargo, no

(22) ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, 1994, p. 13.

(23) Muy ilustrativa de esta idea es la referencia que hace P. DEVLIN de un consejo de ancianos africano: “Tenemos la potestad de hacer que dividáis los cultivos, porque así lo ordena nuestra ley; pero no tenemos potestad de hacer que os comportéis como hombres rectos” (“La moral y el Derecho penal”, en *RM —DWORKIN, compilador—, Filosofía del Derecho*, trad. Javier Sainz de los Terreros, México, 1980, p. 158).

(24) Véanse, entre otros, MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal. II*, trad. y notas de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, p. 283; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 300; COBO DEL ROSAL, M., “Presentación” a *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. XIX, y GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 90.

(25) *Introducción a la ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 14 y ss.

(26) Véanse también, HENKEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, op. cit., pp. 161 y ss., 171 y ss. y 240, donde manifiesta, a propósito de la fórmula de JELLINEK, que “ha de ser calificada, por lo menos, de desorientadora, pues puede despertar la apariencia de que el Derecho contiene una ética de pequeño formato”; KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, op. cit., pp. 47 y ss.; STRATEN-WERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, op. cit., p. 54, y BARAT-

implica desvincular completamente el Derecho penal de la moral, en la medida en que aquella rama del Ordenamiento Jurídico se halla íntimamente conectada a los principios morales a la hora de seleccionar las conductas que se quieren tipificar⁽²⁷⁾, aunque, obviamente, no puede ser condición de validez de la norma jurídica.

Pero la relación del Derecho penal con la moral tiene también relevancia en otros muchos ámbitos que no se corresponden con la estricta tipificación de conductas. A MUÑOZ CONDE⁽²⁸⁾ le corresponde, por lo que yo sé, el mérito de haber llamado la atención sobre el peligro que puede representar para el sistema democrático el que se utilice el Derecho penal “para imponer por la fuerza sistemas de valores e intereses a veces cuestionables”⁽²⁹⁾. Pues bien, no obstante estar de acuerdo, en líneas generales, con las afirmaciones de MUÑOZ CONDE y NIETO MARTÍN, no puede olvidarse que también en el ámbito del error de prohibición (de la misma forma que en la tipificación de conductas) se realizan valores, por lo que es preciso, a mi entender, relativizar la afirmación de esos autores. En todo caso las citadas conexiones entre Derecho y moral, tal

TA, A., “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, en MIR PUIG, S. (ed.), *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1981, pp. 57 y ss. De otra opinión, apoyando la fórmula de JELLINEK, MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. I, Turín, 1908, p. 17, para quien el Derecho recoge de la moral “todo aquello que en la evolución progresiva de ésta se considera en la opinión general como *el mínimo ético necesario y suficiente para la ordenada y segura convivencia social en un determinado momento histórico y en un determinado pueblo o grupo de pueblos*”; véanse también DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho* (trad. Luis Recasens Siches, corregida por Luis Legaz y Lacambra), 9.^a ed., Barcelona, 1980, pp. 337 y ss., y KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, 1999, p. 390.

(27) Véanse en este último sentido, HENKEL, H., op. últ. cit., pp. 233 y ss.; NINO, C.S., “Derecho, moral y política”, en VV.AA., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, passim, y CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico-criminali*, op. cit., pp. 677 y ss.; véase también HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Barcelona, 1991, pp. 131 y ss., y *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad., sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo), Madrid, 1998, pp. 555 y ss.

(28) *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 69 y ss. y 138 y ss.

(29) En el mismo sentido se pronuncia NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999, pp. 73 y ss. y 187 y ss.

y como indica HART⁽³⁰⁾, “son contingentes, no necesarias lógica ni conceptualmente”.

Por cierto que de las consecuencias a las que tiene que llevar la desconexión entre Derecho y moral en caso de confrontación entre la conciencia individual y el Derecho, proporciona todo un ejemplo LEGAZ Y LACAMBRA⁽³¹⁾ quien, y a pesar de sostener que existe una cierta subordinación del Derecho a la moral, afirma, coherentemente con su formación kelseniana, que “...la subordinación jerárquica del Derecho a la ley moral no puede servir para introducir un elemento perturbador de inseguridad jurídica en las decisiones judiciales o, en general, en la función de interpretación y aplicación del Derecho. El juez, en cuanto juez, ha de aplicar el Derecho, interpretado en función de su sentido propio; pero si humanamente, moralmente, le repugna la aplicación de una norma inmoral, entonces la solución no es aplicar una norma distinta, abstenerse de juzgar, inventar una norma más de acuerdo con la moral, etc., sino la renuncia al cargo, como ya sostuvo SANTO TOMÁS; sólo el ‘hombre’ íntegramente considerado conserva esta suprema libertad frente al Derecho”⁽³²⁾.

Pues bien, a través de las posiciones de garantía los principios meramente éticos o morales se han estado introduciendo en la tipicidad penal de los delitos de omisión impropia, lo que ha sido posibilitado, precisamente, por la inobservancia de la taxatividad penal en el caso de los delitos de comisión por omisión. Una razón más que abona en la dirección que en estas páginas se sostiene: la de la oportunidad de incorporar, al menos, a nuestro Derecho Penal una cláusula general de reconversión de los delitos de acción en tipos de comisión por omisión.

(30) “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*, núm. 36, 1980, p. 4; del mismo autor véase también “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1962, *passim*. Véase también el análisis que LÓPEZ CALERA efectúa sobre la conexión realizada por HART entre Derecho y Moral, en *Filosofía del Derecho*, Granada, 1992, p. 110.

(31) *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1975, *op. cit.*, pp. 456 y ss.

(32) Véase también, para la crítica del positivismo y de los planteamientos kelsenianos sobre la tesis de la separación, WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 520 y ss., y RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, Madrid, 1979, pp. 501 y ss.

Con esa situación ha venido a terminar, al menos teóricamente, el citado artículo 11 del CP⁽³³⁾; y digo “teóricamente” porque tanto en la Jurisprudencia⁽³⁴⁾ como en la Doctrina hay importantes núcleos de resistencia a aceptar que

(33) Desde luego que a nadie se le oculta que con artículo 11 del CP y todo quedan muchos problemas pendientes, entre otros los de delimitación de las fuentes de las obligaciones de garante. Quiero hacer especial referencia, en este sentido, a los problemas que se derivan de la referencia a “la ley” como fuente de obligaciones, pues se corre el riesgo, dependiendo de la interpretación que a este respecto se lleve a cabo, de dar entrada en la construcción de los tipos a toda clase de instancias y de instrumentos normativos, lo que contradiría la reserva de ley —véase en este sentido TORÍO LÓPEZ, A., “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 703 y ss.—; todo ello sin olvidar, por otra parte, que la admisión de la constitución de determinados deberes como elemento típico exigiría ciertas conexiones en materia de bien jurídico, de legitimación, en suma, de la intervención penal, de la limitación de derechos y libertades de aquellos sobre los que se hace recaer la obligación de actuar en una determinada dirección, pues, desde luego, es evidente que el Legislador no puede constituir libremente, sin consideración a límites de legitimidad, obligaciones a cargo de los ciudadanos; es decir, que el “todo (también la libertad ajena) por la salvación de los bienes jurídicos” no es admisible en una sociedad como la nuestra, en la que el respeto por lo individual, por la autonomía de los sujetos, se manifiesta como esencial a la constitución misma del Estado (precisamente ahora una de las referencias fundamentales de Política Criminal se encuentra en la necesaria lucha contra las tendencias, autoritarias, que en el ámbito de la dogmática penal están prescindiendo del individuo como tal). Parecidos problemas de fundamentación y legitimación se plantean en relación a las obligaciones derivadas del contrato; en este sentido no cualquier obligación derivada del contrato puede servir de base para la afirmación de una posición de garante, por ello debe exigirse, como hace STRATENWERH, por ejemplo —*Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*, op. cit., pp. 387 y ss.—, “un vínculo especialmente intenso entre las partes contratantes”, o, en opinión de ROMEO CASABONA —“Límites de los delitos de comisión por omisión”, en E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (editores), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, p. 39— “que se haya producido la asunción fáctica del contrato, que el sujeto haya iniciado efectivamente sus prestaciones contractuales”.

(34) Un ejemplo de lo que digo se recoge en el caso “Ardystil” (STS 537/2005, de 25 de abril) en el que se condena, entre otros, al Inspector de Trabajo que había acudido, en un cierto momento, a la factoría donde se desarrollaban labores con conculcación de la normativa referida a seguridad e higiene en el trabajo —a pesar de que la presencia inspectora estaba motivada, exclusivamente, por comprobaciones relativas a la Seguridad Social—; se apoya la resolución en la infracción de los deberes genéricos que competen a la Inspección en orden a velar por que los trabajos se desarrollen de forma que no supongan peligro para los operarios —y en su capacidad para detener la producción—; pues bien, en tanto en cuanto el Inspector de Trabajo no ordenó —en su esporádica y única visita— la paralización de los trabajos, se entiende en la Sentencia que dado que se hallaba en posición de garante —al conculcar específicos deberes— su conducta omisiva es equivalente a una acción. A la vista de esta resolución (y de otras: véase, por ejemplo, la STS 1136/2005, de 4 de octubre, en la que tras concluir que el delito de violación es de resultado y suscepti-

las únicas fuentes de la posición de garante sean las que se recogen en los apartados a) y b) del citado artículo 11 del CP. Así, por ejemplo, MUÑOZ

ble, por tanto, del tratamiento al que se refiere el artículo 11 del Código Penal, condena por complicidad —artículo 29 del CP— en comisión por omisión al estimar que el sujeto que lleva en su coche a la víctima hasta un lugar solitario donde un tercero yace violentamente con ella, le constituye en posición de garante —por el pensamiento de la injerencia— y asume un deber específico de evitación del resultado, lo que basta para imputar el delito a título de omisión impropia —pues aunque en la Sentencia se afirma que además del deber de garante la omisión debe equivaler a la acción, no se incorpora ningún criterio de equivalencia ni argumenta por qué es equivalente, en definitiva, aplica, sin más, los criterios de los años 30 en esta materia—, queda claro que se ha fracasado en el intento de eliminar, mediante la introducción de una cláusula general, “la fundamentación de comisión con arreglo a criterios morales o con base en un deber general, no específico, de actuar establecido por el Derecho. Particularmente tal norma contribuye a mostrar ante la judicatura que los delitos de simple omisión —por ej. la omisión del deber de socorrer, o sea, la inejecución de una acción de socorro— son insuficientes para fundamentar la responsabilidad por un resultado típico posterior” (TORÍO LÓPEZ, A., “Límites político criminales del delito de comisión por omisión”, op. cit., p. 698). La situación es especialmente preocupante en referencia a las tareas de inspección de aquellos funcionarios a quienes competen deberes genéricos de vigilancia de focos de peligro que se encuentran bajo el control, generalmente, de particulares; de lo que se trata, con tales inspecciones, es de que, a través de criterios de prevención general fundamentalmente, esos particulares se decidan por mantener su actividad dentro del riesgo permitido. Este problema ya fue contemplado hace años por GIMBERNAT ORDEIG (“Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Ensayos Penales*, Madrid, 1999, pp. 244 y ss.), quien concluyó que “Los controles facultativos... no fundamentan una comisión por omisión: estos controles tienen un carácter meramente preventivo-general para conseguir, en lo posible, que, mediante la amenaza de una eventual (pero no preceptiva) inspección, los responsables directos del foco (por lo general, personas particulares) apliquen las medidas de precaución necesarias para que no traspase los límites del riesgo tolerado. Pero a los inspectores (por lo general, funcionarios de la Administración) encargados de los controles facultativos no les corresponde la (imposible) misión de adivinar, de entre la multitud de focos sometidos a su competencia, cuál va a ser aquel que precisamente se va a desestabilizar y que, por consiguiente, habría que revisar: como ese dato sólo se pone de manifiesto *a posteriori*, por ello tampoco puede convertir lo que es una mera facultad en una obligación de control de ese foco específico” (op. cit., pp. 247 y ss.). En el caso de los inspectores de trabajo, industrias, tributos, etc., la pretensión de convertirlos a todos ellos en garantes de cualquier situación —y por más que la imputación lo sea a título de imprudencia— que afecte a sus capacidades genéricas y facultativas de inspección, no sólo implica vulneración de las posiciones de garante a las que se refiere el artículo 11 del CP —que no abarca deberes meramente genéricos, para los que ya se han previsto, en algunos casos, delitos omisivos propios, a no ser que se mantenga un concepto amplísimo de injerencia; véanse a este respecto BACIGALUPO, E., *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 1983, pp. 35 y ss., y HUERTA TOCILDO, S., “Las posiciones de garantía...”, op. cit., pp. 60 y ss.—, sino también el juicio de equivalencia entre acción y omisión. Además el razonamiento según el cual la responsabilidad del Inspector de Traba-

CONDE⁽³⁵⁾ entiende que los citados apartados aportan, exclusivamente, una redacción *ad exemplum*, por lo que cabe ampliarla a otros supuestos; o, con una

jo se derivaría de la injerencia desemboca en una petición de principios; en efecto, ¿por qué se afirma que está en posición de garante el Inspector? No, desde luego, porque él haya generado causalmente el riesgo y luego no actuado, ya que aquél ha sido provocado por la persona que, en “el caso Ardystil”, ha hecho trabajar a los operarios a su cargo sin adoptar las necesarias medidas de seguridad e higiene; la posición de garante, así, del Inspector sólo puede derivarse de que no haya intervenido para evitar que la situación de peligro para la salud o/y la vida se perpetuara. Pero esa obligación de intervenir no puede derivarse de una situación de garante que hasta ese momento todavía no ostentaría el Inspector —a no ser que se argumente, lo que sería fantástico y es lo que “parece” hace el Tribunal Supremo, que los inspectores de trabajo ostentan, *ab initio*, posición de garante respecto de todos los riesgos de todos los lugares de trabajo que caen bajo su teórico poder de inspección, es decir, no se trataría de constituir en garante al que estuviera en relación íntima con el foco de peligro, sino a todos aquellos sobre los que recayera cualquier deber genérico, lo que es lo mismo que decir que a los inspectores de trabajo les está encomendado, personalmente, la protección de los concretos bienes jurídicos, vida y salud, de los cuales son titulares los concretos trabajadores—, porque, ya se ha dicho, la situación de riesgo proviene de una actuación del empresario; así, pues, no hay posición de garante del Inspector antes de que este empiece a no actuar cuando debería haberlo hecho, tras haber sometido a su control la fuente de peligro —hasta ese momento, la omisión del Inspector no habrá creado una situación de riesgo diferente a la preexistente; véase en este sentido SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona, 2005, pp. 125 y ss.— En todo caso, desde hace tiempo se ha puesto suficientemente de manifiesto la necesidad de limitar, de restringir, el alcance del pensamiento de la injerencia; véase, ya, en este sentido WELZEL, H., *Derecho Penal alemán. Parte General* (trad. de la 11.^a ed. alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, 1976, p. 298; también GIMBERNAT ORDEIG, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., pp. 20 y ss., y la bibliografía allí citada.

(35) *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Valencia, 2004, p. 245: “la mención que realiza el artículo 11 de la ley, el contrato y el actuar precedente sólo debe tomarse en un sentido puramente indicativo, pues ya hace tiempo que la doctrina ha criticado esta reducción de las fuentes de la posición de garante a criterios puramente formales, que no agotan otras posibilidades de fundamentación de la misma dentro del respeto que merece el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos” (en el mismo sentido LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 48). Lo más criticable, a mi modo de ver, de la posición acabada de reflejar es que MUÑOZ CONDE a partir de la estimación de que los planteamientos de MEZGER están superados —juicio éste en el que podríamos llegar a un acuerdo—, entiende que el artículo 11 del CP debe ser sustituido por las elaboraciones doctrinales, lo que, obviamente, no es de recibo. En sentido crítico respecto de las posiciones de MUÑOZ CONDE véase, también, HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 34 y ss.

metodología, a mi entender, más criticable, SILVA SÁNCHEZ⁽³⁶⁾ —quien es referencia obligada, también, en materia de omisión— partiendo del convencimiento de que los casos de “asunción fáctica del compromiso de protección” deben integrarse en las citadas obligaciones, concluye que, o bien por idéntica vía que MUÑOZ CONDE o asumiendo las tesis al respecto de BINDING⁽³⁷⁾, “En todo caso, es evidente que los supuestos de efectiva asunción fáctica de la contención de un determinado foco de riesgo, en la medida en que constituyen supuestos especiales de comisión por omisión, han de ser subsumibles en el artículo 11”. Es decir, SILVA SÁNCHEZ llega primero a la conclusión y propone, después, adaptar la tipicidad a lo previamente decidido⁽³⁸⁾, lo que, a mi entender, no es lo más correcto, aunque la propuesta provenga de quien es, indiscutiblemente, uno de los más importantes especialistas en omisión. En todo caso estimo que su propuesta no es satisfactoria, pues, como ya he expresado, el artículo 11 del CP vincula la responsabilidad por omisión a la existencia de obligaciones legales o contractuales de actuar y al pensamiento de la injerencia, por lo que todo planteamiento “material” como fuente de obligaciones de garante es, directamente, contrario a la ley.⁽³⁹⁾

En segundo lugar, y en lo que respecta a los tipos de comisión por omisión, no puede por menos que entenderse ilegítima la sustitución de la causalidad

(36) “Artículo 11”, en *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Artículo 1 a 18* (dir. Cobo del Rosal), op. cit., p. 463.

(37) Para quien “toda asunción de funciones de protección o control mejora la situación del bien jurídico, pero también la empeora (al provocar la confianza del titular y de terceros con el consiguiente abandono): tiene, pues, una doble faz” (SILVA SÁNCHEZ, J., “Artículo 11”, op. cit., p. 463).

(38) Critico, en estas líneas, el método, no la posibilidad de interpretaciones alternativas del apartado segundo del artículo 11 del CP, que permita incluir el supuesto aludido por SILVA SÁNCHEZ.

(39) En este mismo sentido se manifiestan de forma terminante, y para el Ordenamiento italiano, MARINUCCI y DOLCINI (*Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milán, 2004, p. 134) al decir: “Es *contra legem* la pretensión de configurar una responsabilidad por omisión de impedir un resultado desvinculada de la existencia de normas jurídicas que impongan la obligación de impedir un resultado: el tenor del artículo 40, párrafo segundo, del CP no consiente sustituir el ‘criterio formal’ de la presencia de una norma jurídica con criterios llamados de ‘contenido-funcionales’ que dan relevancia, por ejemplo, a meras relaciones de hecho por las cuales una persona se encuentre en la imposibilidad de proteger autónomamente la propia vida o la propia integridad física (es el caso del niño) y otra persona, que convive con él, tenga la posibilidad de neutralizar los peligros que le amenazan. A este respecto, la obligación de impedir la muerte del niño incumbiría no sólo a la madre y el padre, sino también, eventualmente, a una tía conviviente. Muy

omisiva por criterios como los de mera desestabilización del foco de peligro⁽⁴⁰⁾ o por el incremento del riesgo⁽⁴¹⁾, puesto que con la utilización de estos últimos no estamos en condiciones de asegurar que el resultado sea producto de la omisión realizada por el sujeto; o dicho de otra manera: acudiendo a los criterios —que son de imputación— de incremento o desestabilización del riesgo, acabaremos atribuyendo un resultado a una omisión que no necesariamente ha sido su “causante”⁽⁴²⁾ —convirtiendo delitos de resultado en delitos de peligro—, lo que no deja de ser especialmente llamativo si tenemos en cuenta que nuestro Ordenamiento penal ha equiparado la pena de la omisión a la de la acción, en donde sí se exige esa relación causal. De la posición criticada es claro exponente GIMBERNAT ORDEIG; en efecto este autor en su, una vez más, magnífico trabajo sobre la omisión, nos plantea el siguiente problema⁽⁴³⁾:

“La jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Príncipes de España, de Bellvitge, fue condenada por dos delitos de lesiones imprudentes porque a finales de 1986 entregó para sendas intervenciones quirúrgicas sangre no sometida al test anti SIDA, resultando infectados dos pacientes con el virus (así el supuesto de hecho en TS de 18 de noviembre

distinta, sin embargo, es la solución impuesta por el criterio formal adoptado en el artículo 40, párrafo segundo, del CP: la ley impone únicamente a los padres la obligación de proteger la vida y la integridad física del menor (artículo 147 del CC), haciéndoles responsables del homicidio en el cual omitan impedir la muerte del hijo; la tía conviviente que realizase la misma conducta omisiva, no siendo destinataria de ninguna obligación jurídica de impedir el resultado muerte o de lesiones, responderá, solamente, de omisión de socorro agravada por uno u otro resultado (artículo 593, párrafo tercero, CP)”.

⁽⁴⁰⁾ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2001, p. 14.

⁽⁴¹⁾ Véase, por lo que se refiere al tratamiento de la cuestión de las omisiones médicas en la Jurisprudencia italiana, ALEO, S., *Causalità, complexità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problema della responsabilità penale*, Milán, 2003, pp. 93 y ss.

⁽⁴²⁾ Con lo que estaremos, de paso, quebrantando el Principio de “responsabilidad por el hecho propio”, vinculado al Principio de Culpabilidad, con afectación de los artículos 10.1 y 25.2 CE. Véase DONINI, M., “La causalità omissiva e l'imputazione ‘per l'aumento del rischio’. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 1, pp. 32 y ss.

⁽⁴³⁾ “Artículo 11”, op. cit., pp. 421 y ss. Véase una completa exposición, y crítica, de la posición de Gimbernat, en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho Penal*, op. cit., pp. 531 y ss. y 544 y ss., quien acude a un enfoque probatorio bien expuesto y especialmente atractivo (véanse especialmente pp. 548 y ss.).

de 1991). La acusada alegó en su defensa que no se había podido comprobar si la sangre suministrada se encontraba o no en el ‘período ventana’ —un período transitorio de tiempo que tiene que transcurrir antes de que puedan ser detectados en el test los anticuerpos de la sangre ya infectada— por lo que no podía excluirse que, aunque hubiera llevado a cabo el test exigido por la *lex artis*, los pacientes hubieran sufrido las mismas infecciones, pues si la sangre transfundida se hubiera encontrado todavía en dicho período, el test anti SIDA habría dado como resultado la no contaminación de la sangre”.

El autor acabado de citar imputa a la Jefe del Servicio el resultado producido con la argumentación de que el foco de peligro —la transfusión— que con seguridad ha sido el causante del resultado de contagio, ha sido desestabilizado como consecuencia de la omisión (imprudente) médica.

Pues bien, a mi modo de ver la base del problema radica en que buena parte de los tratadistas intentan parificar, a todos los niveles —incluidos los resultados procesales—, la acción a la comisión por omisión; lo que no es posible ni deseable. En efecto, la prueba de la causalidad en los delitos omisivos es significativamente más complicada que en los delitos de acción, y ello por una potísima razón: en los delitos de acción se trata de causalidad real, y en los de omisión hipotética. Pero ello no impide que en ambos casos se trate de imputar resultados, por lo que, necesariamente, ha de exigirse, en los omisivos, la misma seguridad que en los de acción⁽⁴⁴⁾. “Es patente que de esta forma —tal y como indica TORÍO LÓPEZ⁽⁴⁵⁾— la cifra de condenas por delito consumado se reduciría de forma considerable”, pero ello no solamente no impedirá condenas, tal y como, también, indica el autor acabado de citar, por delito consumado, sino que se abrirán las puertas a una consideración más atinada en muchos casos de la comisión por omisión: el castigo por tentativa o la remisión a la Jurisdicción Civil/Administrativa en ciertos casos en los que la dinámica delictiva se enmarca en la imprudencia. En este último sentido no (me) resulta comprensible el por qué GIMBERNAT ORDEIG se plantea la necesidad de sancionar penalmente conductas como la protagonizada por la Jefe del Servicio de Hematología del Hospital de Bellvitge, siendo así que podría tener un trata-

(44) En este sentido está, una vez más, atinado GIMBERNAT ORDEIG cuando afirma “...que la muletilla de la ‘probabilidad rayana en la certeza’ no pasa de ser un recurso retórico”, en “Artículo 11”, op. cit., p. 424; menor aceptación, todavía, merecen fórmulas como las de mera “alta probabilidad”, tal y como propone MANTOVANI —“La causalidad omisiva en el Código Penal español”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, p. 596.

(45) “Límites político-criminales del delito de comisión por omisión”, op. cit., p. 700.

miento jurídicamente adecuado como infracción civil; y, desde luego, ello no significaría, como indica GIMBERNAT ORDEIG ⁽⁴⁶⁾ que "...dentro del campo de la medicina, no sólo se podrían hacer transfusiones de sangre sin someterlas al test anti-SIDA, sino que también podrían llevarse a cabo intervenciones quirúrgicas con un índice alto de mortalidad (peritonitis aguda o complicados trasplantes de órganos, por ejemplo) sin observar la *lex artis*, pues si el enfermo resulta infectado con el SIDA o el paciente fallece en la mesa de operaciones, entonces el autor siempre podría acudir al argumento de que, aunque hubiera actuado cuidadosamente, no obstante se podrían haber producido las mismas consecuencias dañosas"; y es que, en este caso, GIMBERNAT ORDEIG prescinde, a mi entender, de dos datos: 1) Que para imputar un resultado necesariamente este tiene que haber sido causado (acción) o no haber sido evitado (omisión), con absoluta seguridad, por un determinado comportamiento; 2) Que el Derecho Penal no es el único arma con que cuenta el Ordenamiento Jurídico para la regulación de las conductas (intervención mínima y fragmentariedad).

(46) "Artículo 11", op. cit., p. 422.

HABITUALES Y REINCIDENTES ⁽¹⁾

ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Cantabria*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL DELINCUENTE HABITUAL PELIGROSO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL.
 - III. LA DELINCUENCIA HABITUAL EN EL DERECHO COMPARADO.
 - IV. TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA HABITUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. CRÍTICA.
 - V. EL DELINCUENTE HABITUAL Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. TOMA DE POSICIÓN.
 - VI. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones político criminales que ha sido, y sigue siendo, objeto de amplio debate es la relativa a la habitualidad criminal; y, en concreto, la

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D “Las penas privativas de libertad en el momento de su ejecución: El problema de los incorregibles”, coordinado por el Prof. Dr. D. Francisco Javier Álvarez García.

determinación del tratamiento que se considera más adecuado para los delincuentes habituales⁽²⁾ peligrosos.

Delincuente habitual es aquél en el que, por la comisión reiterada de hechos delictivos, se ha creado un hábito de delinquir⁽³⁾. La habitualidad no se caracteriza, únicamente, por la presencia de una multiplicidad de acciones delictivas; el dato esencial lo constituye la especial tendencia a delinquir que presenta el sujeto, y que se manifiesta y desprende, precisamente, de la repetición de hechos; la reiteración de conductas punibles refleja, por un lado, una inclinación al delito y permite, por otro, realizar el pronóstico de que el sujeto volverá a delinquir⁽⁴⁾.

La figura del delincuente habitual surge por influencia de la Escuela Positiva italiana y de la Escuela Sociológica o Político Criminal de Von Liszt, así como por los progresos de la Criminología⁽⁵⁾. Su aparición se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculada a la emergencia, en el Derecho penal, de las medidas de corrección y seguridad, del derecho de medidas. Como indica SANZ MORÁN, “ya desde el momento en el que aparecen en el Derecho penal las medidas de corrección y seguridad, constituirá éste uno de los objetos centrales del debate”⁽⁶⁾.

Las medidas de seguridad⁽⁷⁾ nacen con la finalidad de sustituir a la pena, pero, también, como complemento de la misma allí donde aquélla resulta insuficiente, produciéndose, en esta última hipótesis, el contraste entre posiciones monistas y dualistas. Legislativamente acaba consolidándose el sistema dual rígido, caracterizado por la acumulación de penas y medidas, con cumplimiento

(2) También denominados de tendencia, cfr. JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, p. 582, nota a pie de página núm. 76.

(3) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español III. Teoría Jurídica del Delito* /2, Madrid, 2004, p. 172.

(4) ALONSO ALAMO, M: “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 68.

(5) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 172.

(6) SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, p. 1085.

(7) Sobre las medidas de seguridad, JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, 1976, *passim*; SIERRA LÓPEZ, M.^ªV., *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997, *passim* y SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Valladolid, 2003, *passim*.

previo de la pena, pero coexistiendo con propuestas a favor del modelo vicarial o sustitutivo, que es el que ha terminado por imponerse⁽⁸⁾.

Desde el momento en el que se impone el sistema dualista, el tema central de discusión fue el relativo al tratamiento adecuado del delincuente habitual peligroso, colocando, de nuevo, en primer plano el contraste entre posiciones monistas y dualistas. En efecto, la imposición de una medida en sustitución de la pena, en el supuesto de los inimputables, nunca planteó problemas; distinto era el caso de las dos hipótesis en las que cabía imponer la pena junto a una medida: los semiimputables y los plenamente responsables, siempre que en ambos casos fuera posible efectuar un pronóstico de peligrosidad criminal⁽⁹⁾.

En la actualidad, y no obstante diversos planteamientos de signo monista⁽¹⁰⁾, la doctrina mayoritaria se inclina por la necesidad de conservar la separación entre penas y medidas, defendiendo, al mismo tiempo, el carácter penal de éstas, tanto las que sustituyen a la pena como las que la complementan. Como indica SANZ MORÁN, “mientras subsistan a disposición del juez penal aquellos dos mecanismos de reacción es preferible seguir hablando de doble vía de respuestas penales. [...] el debate se centra no tanto en la necesidad de abandonar el derecho de medidas —cosa que, hoy por hoy, casi nadie defiende—, cuanto en su concreta plasmación. En definitiva, más que posiciones monistas y dualistas *strictu sensu*, se defienden distintos planteamientos en orden a la adecuada articulación de las relaciones entre penas y medidas”⁽¹¹⁾. Pues bien, y

(8) JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., p. 583: “...el denominado *dualismo flexible*”; SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 34: “...el sistema vicarial ha tenido la virtualidad de ofrecer una vía que, sin renunciar a la separación entre penas y medidas, evita los inconvenientes derivados de su eventual acumulación, proponiendo, frente al rígido dualismo originariamente acogido en las legislaciones, un dualismo “flexible” o “mitigado” que, en la práctica, convierte en alternativas a aquellas dos consecuencias jurídicas del delito”. Cfr. art. 99 CP.

(9) SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., pp. 1086-1087 y *Las medidas de corrección y seguridad...*, cit., p. 215.

(10) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2005, pp. 379-380; SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 37-39.

(11) SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 45.

siguiendo de nuevo a este autor, es en este contexto en el que ha de ubicarse la solución al problema de los delincuentes habituales peligrosos⁽¹²⁾.

II. EL DELINCUENTE HABITUAL PELIGROSO EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

A diferencia de otros sistemas legales de nuestro entorno, el Código Penal de 1995 no da una respuesta particular al problema del delincuente habitual peligroso, desconociendo, incluso, el concepto criminológico de habitualidad criminal⁽¹³⁾. Sin embargo, no siempre ha sido así en nuestra legislación penal.

El Código Penal de 1928, primero que incorpora las medidas de corrección y seguridad, prevé, en los artículos 90.7.º, 103 y 157, la medida de retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles⁽¹⁴⁾; la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, introduce, en el artículo 3, la figura del delincuente habitual como categoría de estado peligroso; figura que, igualmente, aparece en el artículo 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, que sustituye a la anterior⁽¹⁵⁾, la cual prevé, así mismo, la medida de internamiento en un establecimiento de custodia (artículo 6.13.º)⁽¹⁶⁾. Sin embargo, serán los distintos Proyectos de Código Penal posteriores a la CE de 1978 los que proporcionen una respuesta específica al problema del delincuente habitual peligroso.

El Proyecto de Código Penal de 1980 distingue los conceptos de delincuente habitual, delincuente profesional y delincuente habitual de delitos culposos o de riesgo cometidos con vehículo de motor. Se considera habitual, al delincuente que, habiendo sido condenado por tres o más delitos, no cancelados registralmente, estime el Tribunal, en declaración expresa, que la comisión de tales delitos hagan presumible su inclinación a delinquir; en este supuesto se impone, como complemento de la pena impuesta por razón del delito cometido, la medida de internamiento en un centro de terapia educativa o de rehabilitación social de los previstos para estos sujetos por el plazo que señale el Tribunal, sin que

(12) SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1088.

(13) ALONSO ALAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales...*, cit., p. 57.

(14) JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español...*, cit., pp. 49-50.

(15) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 172.

(16) Cfr., JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español...*, cit., pp. 244-246.

pueda exceder de diez años. Cumplido el tratamiento el Tribunal puede aplicar todas o algunas de las medidas previstas en el artículo 135 del Proyecto, apartados 8.º, 9.º, 12.º, 13.º y 14.º (prohibición de residencia, prohibición de concurrir a determinados lugares o encontrarse fuera de su domicilio a determinadas horas, privación del derecho de conducir, privación del derecho a portar armas y asistencia por delegados del Juez de vigilancia)⁽¹⁷⁾.

Delincuente profesional es el habitual que vive en todo o en parte de las ganancias del delito; la medida a imponer, como complemento de la pena, es la de internamiento en un centro de rehabilitación social por un tiempo no superior a quince años; cumplido el período de internamiento, el Tribunal puede acordar todas o algunas de las medidas previstas en el artículo 135, apartados 7.º, 8.º, 9.º, 12.º, 13.º y 14.º⁽¹⁸⁾ del Proyecto.

Por último, delincuente habitual en delitos culposos o de riesgo cometidos con vehículos de motor, es aquel que ha sido condenado, en un plazo no superior a cinco años, por tres o más delitos de aquella clase no cancelados registralmente⁽¹⁹⁾; además de la pena correspondiente, se impone la medida de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años, medida que adquiere carácter definitivo en los supuestos en los que el Tribunal declare la gravedad de la peligrosidad del sujeto para el tráfico⁽²⁰⁾.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, por su parte, establece dos supuestos de habitualidad: el delincuente habitual y el habitual de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor. La definición de ambas figuras coincide con las previstas en el Proyecto de Código Penal de 1980. Varía, no obstante, la medida a imponer en el supuesto de delincuentes

(17) Artículo 150 del Proyecto de Código Penal de 1980.

(18) Artículo 152 del Proyecto de Código Penal de 1980. OLESA MUÑIDO, F.F., “Las medidas de seguridad”, en *Proyecto de Código Penal* (Ciclo de conferencias sobre el Proyecto de Código Penal patrocinadas por el Ilustre Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho de Barcelona celebradas del 27 de febrero al 24 de abril de 1980), Barcelona, 1980, p. 233: “El Proyecto no exige aquí, *formalmente*, declaración expresa de tal situación, pero resulta evidente que valorar el origen de unos medios de vida implica también la necesidad de una declaración expresa. El Tribunal, en uno y otro supuesto, atiende sin embargo a dos cuestiones diversas. En el habitual, a un juicio de futuro —la *inclinación* a delinquir—; en el profesional a una situación presente —el hecho de que el sujeto viva, en todo o en parte, de las ganancias del delito—. El pronóstico en este último caso surge de un *hecho* que se adopta como determinante”.

(19) OLESA MUÑIDO, F.F., “Las medidas de seguridad”, en *El Proyecto de Código Penal...*, cit., p. 233: «No se exige declaración expresa —salvo los casos de “grave peligrosidad del sujeto para el tráfico”— ni juicio de pronóstico individualizado. El hecho de la condena por tres o más delitos, basta».

(20) Artículo 151 del Proyecto de Código Penal de 1980.

habituales: internamiento en un centro de terapia social que no puede exceder de cinco años, internamiento que puede ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena. Cumplido el período de internamiento y el de la pena, el Tribunal puede imponer las reglas de conducta que prevé el artículo 101 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (sumisión a tratamiento externo, obligación de residencia, prohibición de residencia, prohibición de concurrir a determinados lugares, custodia familiar, prohibición de portar armas, asistencia por delegados del Juez de Vigilancia y caución de conducta)⁽²¹⁾. Respecto de los delincuentes habituales de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículo de motor, desaparece el carácter definitivo de la privación del permiso de conducir⁽²²⁾.

El Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990 omite, por el contrario, toda referencia al concepto y tratamiento del delincuente habitual⁽²³⁾. Dicha situación se mantiene hasta el momento actual, y no parece que, por el momento, vaya a ser alterada. En efecto, el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2006 afronta el problema de la habitualidad en la misma línea que el Código Penal actual; la única novedad que incorpora es la posibilidad de someter al penado a programas de tratamiento terapéutico o educativo y, cumplida la condena, decretar la libertad vigilada por un máximo de dos años.

Como se ha indicado, el Código Penal de 1995 obvia por completo el problema del tratamiento de los delincuentes habituales peligrosos. La única respuesta a este problema tiene lugar en el ámbito de la determinación de la pena, a través de la agravante de reincidencia, y de la ejecución de la misma. Las medidas de seguridad quedan reservadas para los inimputables y semiimputables. Pero antes de analizar el Derecho positivo español, vamos a efectuar un somero repaso a las distintas respuestas que a esta cuestión ofrece el Derecho comparado.

(21) Artículo 100 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

(22) Artículo 104. 2 y 3 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

(23) CEREZO MIR, J., "El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General", en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, p. 249: "El más grave defecto del Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990, desde el punto de vista político criminal es, sin duda, el tratamiento previsto para los delincuentes habituales".

III. LA DELINCUENCIA HABITUAL EN EL DERECHO COMPARADO

El Código Penal alemán prevé para los delincuentes habituales peligrosos la custodia de seguridad ⁽²⁴⁾ (parágrafo 66 StGB); medida que se aplica después del cumplimiento de la pena, lo que supone una excepción ya que el resto de las medidas de internamiento se ejecutan antes que la pena. La finalidad de la ejecución de la custodia de seguridad es doble, pues además de la defensa de la sociedad busca proporcionar al reo una ayuda que le permita reintegrarse a la vida en libertad ⁽²⁵⁾. Esta medida, no obstante las críticas de las que sigue siendo objeto fundamentalmente por su finalidad puramente asegurativa y su régimen de ejecución posterior a la pena, ha experimentado una progresiva ampliación; mientras que, en un principio, el primer internamiento estaba sujeto a un límite máximo de 10 años, tras la reforma penal de 1998 su duración es indefinida; igualmente se han reducido los requisitos legales para su imposición ⁽²⁶⁾.

La custodia de seguridad se combina, así mismo, con el internamiento en un centro de terapia social; estos centros, previstos en un principio en el parágrafo 65 StGB, fueron creados para la resocialización de delincuentes con profundas alteraciones en la personalidad, y para delincuentes con una reiterada reincidencia. Su finalidad era, por lo tanto, proporcionar un tratamiento capaz de detectar las causas psíquicas de la criminalidad de esta clase de autores ⁽²⁷⁾. Sin embargo, estos centros no llegaron a cumplir su misión; por Ley de 30 de

(24) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999, p. 54: "...la medida más gravosa del Derecho Penal alemán vigente".

(25) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 61.

(26) SANZ MORÁN, A.J., "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso", en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., pp. 1095-1096: "...especialmente, se desvincula del concepto de "habitualidad", pudiendo imponerse en la primera condena. En el año 2002 se introduce la custodia preventiva o provisional (*vorbehaltene*), a la vez que se permite la imposición de la custodia de seguridad junto a la prisión perpetua (y no sólo junto a la temporal, como sucedía hasta entonces). Y en el año 2004, tras dos resoluciones del Tribunal Constitucional [...], se incorpora una custodia de seguridad (*nachtrliche*) para el delincuente primario".

(27) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 44: "Los Establecimientos de Terapia Social estaban orientados exclusivamente a la resocialización del reo. Los autores del Proyecto Alternativo lo adoptaron del modelo de establecimiento dirigido por el famoso doctor Stürup, de Herstedvester, en Copenhague, lugar donde surgieron por primera vez. Con ellos, se pretendía que los delincuentes no susceptibles de ser corregidos, ni siquiera por una ejecución moderna resocializadora de la pena, se sometieran a una terapia individual o de grupo"; CERESO MIR, J., "El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General", en *Política Criminal y Reforma Penal...*, cit., p. 252.

julio de 1973 se aplazó la entrada en vigor del parágrafo 65 del StGB, primero hasta el 1 de enero de 1978 y, posteriormente, hasta el 1 de enero de 1985, hasta que la Ley de Reforma de Ejecución Penal de 20 de diciembre de 1984 derogó definitivamente este parágrafo⁽²⁸⁾. En la actualidad esta medida pervive, únicamente, como modalidad específica de ejecución de la pena privativa de libertad⁽²⁹⁾.

El Código Penal austriaco también prevé la custodia de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos⁽³⁰⁾, y, al igual que sucede en el Derecho penal alemán, esta medida se acumula a la pena y se ejecuta después de ésta⁽³¹⁾.

El Código Penal suizo, tras la reforma operada por la Ley de 24 de marzo de 2006 que entró en vigor el 1 de enero de 2007, establece, junto a las medidas para enfermos mentales (artículo 59), drogodependientes (artículo 60) y delincuentes menores de 25 años con trastornos de la personalidad (artículo 61), la custodia de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos; medida, que se acumula a la pena, cumpliéndose a continuación de ésta; es de duración indeterminada e, incluso, es de aplicación al delincuente primario (artículo 64)⁽³²⁾.

El Código Penal portugués establece para los delincuentes habituales peligrosos una pena relativamente indeterminada (artículos 83 a 90). Se trata de una sanción criminal de naturaleza mixta, pues, como indica JORGE BARREIRO, “comprende las finalidades y la naturaleza de la pena, justificadas porque fue cometido un hecho por un imputable y ajustada a la culpabilidad del autor, en cuanto es cumplido un mínimo de prisión, y las exigencias de resocialización y seguridad de las medidas, al requerirse que persista la peligrosidad criminal del

(28) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 46: “Sin embargo, antes de llevarse a cabo la derogación definitiva de este tratamiento se pusieron en marcha algunos establecimientos experimentales, tomados de modelos extranjeros”.

(29) SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 54-55.

(30) Parágrafos 23 y 25.

(31) Parágrafo 24.

(32) Con anterioridad a esta reforma, la custodia de seguridad era una medida alternativa a la pena, cfr. SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 60-61.

autor [...] en el momento de la condena”⁽³³⁾. Este sistema consiste en fijar un marco legal de pena con un mínimo y un máximo que no puede ser superado; la cantidad exacta de pena no queda decidida totalmente en la sentencia, ya que la misma depende de la reacción correccional favorable del reo, es decir, el *quantum* de la pena se resuelve en fase de ejecución⁽³⁴⁾.

El Código Penal italiano, en el Libro I, Título IV, Capítulo II, bajo la rúbrica “De la reincidencia, de la habitualidad, de la profesionalidad en el delito y de la tendencia a delinquir”, recoge, junto a la reincidencia, las categorías criminológicas de la habitualidad⁽³⁵⁾, la profesionalidad⁽³⁶⁾ y la tendencia a delinquir⁽³⁷⁾. Entre los efectos que conlleva la declaración de alguna de estas categorías (artículo 109), destaca la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad: el aseguramiento en una colonia agrícola o casa de trabajo⁽³⁸⁾, cuya duración mínima es de dos años para los delincuentes habituales, tres para los profesionales y cuatro para los delincuentes por tendencia (artículo 217). No obstante, esta situación puede modificarse, en la medida que los distintos Proyectos de reforma del Código Penal se sitúan en la línea de suprimir las categorías criminológicas de habitualidad, profesionalidad y tendencia, limitando el campo de las medidas de seguridad a los inimputables y exaperando

(33) JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., p. 584; SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pág. 63: “Este modelo de la “pena relativamente indeterminada” [...] obedece a la tendencia “neo-monista” del sistema portugués: penas para imputables y medidas para inimputables, separando claramente los presupuestos y criterios de aplicación de una y otra respuesta al delito”.

(34) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 75: “Este sistema tendrá la ventaja de encontrar en la propia prisión un sentido pedagógico y reeducador, una medida con la que se estimula el sentido de autorresponsabilidad del delincuente”.

(35) Artículos 102 (presunción legal de habitualidad), 103 (habitualidad declarada por el juez) y 104 (habitualidad en las faltas) del Código Penal italiano.

(36) Artículo 105 del Código Penal italiano.

(37) Artículo 108 del Código Penal italiano.

(38) Artículo 216 del Código Penal italiano.

la pena (a través de la agravante de reincidencia) en el supuesto de los delincuentes habituales peligrosos⁽³⁹⁾.

IV. TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA HABITUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. CRÍTICA

Nuestro Código Penal, como reiteradamente se ha señalado, no aborda la cuestión de la delincuencia habitual peligrosa desde la perspectiva del derecho de medidas⁽⁴⁰⁾; la única posibilidad de someter al régimen de medidas de corrección o seguridad al delincuente habitual peligroso, es que el mismo se encuentre incurso en alguna de las causas de inimputabilidad previstas en el artículo 20.1.^ª, 2.^ª o 3.^ª del CP, o de semiimputabilidad del artículo 21.1.^ª en relación con el artículo 20, 1.^ª, 2.^ª ó 3.^ª del CP⁽⁴¹⁾, por cuanto el Código Penal limita la aplicación de las medidas a estos supuestos (artículos 95 y ss. del CP). El Derecho penal español, por el contrario, responde a este problema a través de mecanismos que inciden sobre la determinación de la pena y su ejecución.

Entre los mecanismos que inciden sobre la determinación de la pena destaca, principalmente, la agravante de reincidencia; agravante muy discutida, tanto en lo relativo a su constitucionalidad, finalmente declarada por la STC 150/1991, de 4 de julio, como a su fundamentación⁽⁴²⁾, lo que ha llevado a un amplio sector de la doctrina a propugnar su supresión o, al menos, su apreciación

(39) SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 50-52.

(40) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español...*, cit., p. 174: “Este es uno de sus mayores defectos desde el punto de vista político criminal”.

(41) SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1090: “...máxime si tenemos presente que —como también es notorio— el Tribunal Supremo viene extendiendo su aplicabilidad a aquellos sujetos en cuya conducta delictiva se aprecie la circunstancia atenuante de drogadicción (del art. 21, núm. 2.^º CP), o la analógica (art. 21, núm. 6.^º) en relación con la eximente incompleta; ampliación significativa si pensamos que es esta última la que normalmente viene en consideración para los trastornos de la personalidad”.

(42) Un amplio resumen de las distintas posiciones doctrinales en MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., pp. 171 y ss.

facultativa⁽⁴³⁾. Prevista en el art. 22.8.^a CP⁽⁴⁴⁾ ha sido, no obstante, objeto de una profunda reinterpretación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fundamentalmente a raíz de la Sentencia de 6 de abril de 1990, en relación con los requisitos que han de darse, además de los formales expresamente previstos en el artículo 22.8.^a, para su apreciación⁽⁴⁵⁾, lo que permite afirmar, como indica PRATS CANUT, que “la historia de la reincidencia es la historia de su limitación”⁽⁴⁶⁾.

(43) Entre otros, CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Barcelona, 1972, p. 744; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, con la colaboración de Fermín Morales Prats, Pamplona, 2005, pp. 728-729; MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974, p. 546; “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (III), septiembre-diciembre, 1993, págs 712-713; *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 2005, p. 624; COBO DEL ROSAL, J./VIVES ANTÓN, S., *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1999, p. 901; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal Parte General*, Valencia, 2002. p. 512; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “La reincidencia”, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, Tomo V, Madrid, p. 283; GARZÓN REAL, B./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Reincidencia y Constitución”, en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1991, p. 1; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reincidencia en el Código penal de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, p. 178; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Comentario al artículo 22.8 CP”, en *Comentarios al Código penal (Tomo II)*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1999, p. 1077; ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, 1982, pp. 457 y ss; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Las circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 411; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 169.

(44) “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”.

(45) ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Comentario al artículo 22.8 CP”, en *Comentarios al Código penal...*, cit., pp. 1080 y ss..

(46) PRATS CANUT, J.M., “Comentario al artículo 22.8.^a CP”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* dir. por Gonzalo Quintero Olivares y coord. por Fermín Morales Prats, Navarra, 2004, p. 266: “Parece como si hubiese una mala conciencia en relación con la misma que, por criterios difíciles de sostener desde la óptica preventiva del Derecho penal, pero que encuentran su ubicación en el terreno de los sentimientos de inseguridad u otros más o menos atávicos, hace que no se de el paso de renunciar a dicha institución, pero sí que al menos se intente su limitación a un círculo reducido de supuestos”.

Para la apreciación de la reincidencia es preciso, en primer lugar, que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado; es decir, que, al tiempo de cometer el delito, el culpable haya sido previamente condenado por sentencia firme, sentencia contra la que no cabe recurso alguno⁽⁴⁷⁾; firmeza que no implica la necesidad de que la condena esté cumplida⁽⁴⁸⁾.

En segundo lugar, es preciso que dicha condena sea por un delito de los comprendidos en el mismo Título que aquél por el que se juzga, y que ambos delitos tengan la misma naturaleza. El Código parte, pues, del criterio formal de que los delitos estén comprendidos en el mismo Título y lo completa con el criterio material de que sean de la misma naturaleza⁽⁴⁹⁾, de manera que el juez, para apreciar la agravante de reincidencia, debe efectuar un juicio de equiparación material entre los dos delitos⁽⁵⁰⁾. Esta exigencia de que los delitos sean de la misma naturaleza supone, por un lado, la identidad de bien jurídico afectado y, por otro, la gravedad de la conducta, es decir, que quepa hacer una equiparación de las penas a imponer⁽⁵¹⁾.

La combinación de ambos criterios permite extraer las siguientes conclusiones: sólo cabe apreciar la reincidencia en relación con los delitos, no con las faltas⁽⁵²⁾; no es posible apreciar la reincidencia si los delitos, aunque sean de la misma naturaleza, se encuentran en títulos distintos, o uno regulado en el Códigi-

(47) MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General...*, cit., p. 625; entre otras, TS 103/2005, de 3 de febrero.

(48) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 218.

(49) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 165.

(50) PRATS CANUTS, J.M., “La reincidencia”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, cit., p. 267: “Así la condena anterior por un delito comprendido en el mismo título opera como presupuesto, pero la base material de la aplicación de la agravante se encuentra en que pueda establecerse una equiparación material entre el delito anterior y el posterior...”.

(51) PRATS CANUTS, J.M., “La reincidencia”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, cit., p. 268; en el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Comentario al artículo 22.8 CP”, en *Comentarios al Código penal...*, cit., p. 1079; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reincidencia en el Código Penal de 1995”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales...*, cit., p. 182 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y perspectivas político criminales...*, cit., pp. 233-234, estas dos últimas autoras añaden un tercer criterio: misma forma o modo de ataque al bien jurídico. En contra, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 165: “No hay base en la ley para exigir que las penas sean de la misma naturaleza o gravedad...”.

(52) MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General...*, cit., p. 626.

go Penal y otro en una Ley especial⁽⁵³⁾ y, tampoco, entre un delito doloso y otro imprudente⁽⁵⁴⁾.

En tercer, y último, lugar es necesario que los antecedentes penales no hayan sido, o hubieran podido ser, cancelados⁽⁵⁵⁾.

La concurrencia de los requisitos señalados anteriormente conlleva una agravación de la pena, por aplicación de la regla 3.ª del artículo 66 CP (pena en su mitad superior); agravación que se exaspera, en virtud de la regla 5.ª del artículo 66⁽⁵⁶⁾, si al delinquir el sujeto hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos de los comprendidos en el mismo Título del Código Penal y de la misma naturaleza, en la medida que se permite imponer la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito de que se trate, “teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito”.

Junto a la reincidencia, como mecanismo que incide en la determinación de la pena, el Código Penal reacciona a través de instrumentos que inciden en la fase de ejecución de la misma: el reincidente tiene vetado o restringido el acceso a determinados beneficios penitenciarios.

En efecto, la existencia de anteriores condenas afecta, principalmente, a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80-87). En virtud del artículo 81.1, para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años es requisito imprescindible que el condenado haya delinquirido por primera vez; en consecuencia, el reincidente de delitos dolosos (ya que el propio precepto establece que “a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes”) tiene imposibilitado el acceso a este sustitutivo penal⁽⁵⁷⁾. Por otro lado, el artículo 87.2, relativo a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cinco

(53) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 166; MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General...*, cit., p. 626.

(54) En sentido contrario, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, S., *Derecho penal. Parte General...*, cit., p. 903.

(55) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 238: “Con esta expresión, el Código Penal de 1995 vuelve a formular los efectos de la rehabilitación, es decir, la extinción definitiva de todos los efectos de la pena”.

(56) Introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana; violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

(57) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 313: “...el legislador parte de la presunción de que estos delincuentes son peligrosos. Se trata de una presunción *iuris et de iure*, ya que basta con la presencia de una anterior condena firme por un delito doloso para no poder gozar de él”.

años impuestas a aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol o sustancias tóxicas, establece que, en el supuesto de que el condenado sea, además, reincidente, el Juez o Tribunal habrá de valorar por resolución motivada la oportunidad de conceder o no este beneficio; es decir, al reincidente, como indica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “el legislador le exige más formalidades que al resto de los delincuentes”⁽⁵⁸⁾.

Otros efectos, por último, de la agravante de reincidencia tienen que ver con la concesión del indulto, la libertad condicional y la interrupción del plazo de prescripción de la pena⁽⁵⁹⁾.

Esta forma de responder frente a la recaída en el delito, exasperando la pena y limitando el posible acceso a los beneficios penitenciarios, no es ni la más adecuada ni, por supuesto, la más afortunada, por diversas razones. En primer lugar, lo que demuestra la reincidencia no es otra cosa que el fracaso de la eficacia preventivo general de la pena; fracaso ante el que se reacciona, con el propósito de lograr el aseguramiento y la prevención, a través de la misma sanción que ya había fracasado⁽⁶⁰⁾. No se trata, en definitiva, de un problema de cantidad, sino de cualidad⁽⁶¹⁾.

En segundo lugar, reincidencia y habitualidad son conceptos totalmente distintos; el concepto de reincidencia es un concepto jurídico, legal; mientras que el concepto de habitualidad es criminológico⁽⁶²⁾. En la reincidencia, la agravación depende de un dato formal, la existencia de anteriores condenas, resultando indiferente el modo de ser del sujeto. Por el contrario, lo que caracteriza a la habitualidad no es la mera repetición de delitos, sino que dicha reiteración se haya incorporado al carácter del sujeto surtiendo el efecto de todo hábito: hábito criminal significa facilidad de cometer delitos, adquirida por

(58) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 315.

(59) Véase, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., pp. 316-319.

(60) CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 744; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, S., *Derecho penal. Parte General...*, cit., p. 901.

(61) En este sentido, PRATS CANUT, J.M., “La reincidencia”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, cit., p. 266.

(62) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 172; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “La reincidencia”, en *Comentarios a la legislación penal...*, cit., p. 297: “La habitualidad tiene existencia y no es creación artificial del legislador”.

haberlos cometido con anterioridad⁽⁶³⁾. El reincidente puede ser o no habitual; la habitualidad, por otro lado, no implica reincidencia.

El delincuente habitual presenta, pues, una inclinación a delinquir, que se refleja en la repetición de conductas punibles, lo que permite realizar un pronóstico de que volverá a delinquir; es decir, un pronóstico de peligrosidad; y, frente al sujeto peligroso, sólo precede reaccionar con medidas de seguridad. Como indican COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, “la reincidencia, pues, nos debe situar en el seno de otro Derecho penal. De un Derecho penal distinto al de la mera y única represión a través de la pena; de un Derecho penal preventivo y de medidas de seguridad, que conoce y concede mayor relevancia no tanto al delito, sino al estado peligroso, entendido como presupuesto de la aplicación de aquéllas”⁽⁶⁴⁾.

V. EL DELINCUENTE HABITUAL Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. TOMA DE POSICIÓN

La necesidad de responder frente a la delincuencia habitual peligrosa a través de medidas de seguridad es una opinión general en la doctrina española⁽⁶⁵⁾; destacan, al respecto, las propuestas que efectúan, por un lado, CERZO MIR y, por otro, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS.

CERZO MIR, propone la aplicación de la medida de internamiento en un centro de terapia social para los delincuentes habituales de criminalidad grave menores de 25 años y que presentan una grave anomalía en su personalidad, la cual, ha debido influir en la comisión del delito; medida, que se ha de aplicar,

(63) CÓRDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal...*, cit., p. 728-729.; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “La reincidencia”, en *Comentarios a la legislación penal...*, cit., p. 297: “Delincuente habitual es aquél que en virtud de la frecuente repetición de infracciones criminales de análoga naturaleza, siente una superior llamada a la comisión de estos delitos y un menor escrúpulo ante su reproche”.

(64) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, S., *Derecho penal. Parte General...*, cit., p. 901.

(65) Entre otros, JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., pp. 585-586; SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1100; *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 218; ALONSO ALAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales...*, cit., pp. 68-70; CERZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 174; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 383.

siempre, con el consentimiento del condenado y antes de la pena privativa de libertad que corresponda imponer. Junto a ella, este autor propugna la medida de internamiento en un centro de custodia, la cual sería de aplicación a los delincuentes habituales de criminalidad grave a los que no puede aplicarse la medida de internamiento en un centro de terapia social, bien porque no presentan graves trastornos en su personalidad que guarden relación con la comisión del delito, porque no aceptan la aplicación de dicha medida o porque la misma no ofrece perspectivas serias de contribuir a favorecer la reinserción social; esta última medida, al estar orientada al aseguramiento, sería de aplicación después de la pena ⁽⁶⁶⁾.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, por su parte, propone, para el reincidente peligroso de edad comprendida entre los dieciocho y veinticinco años, la medida de internamiento en un centro de terapia social ⁽⁶⁷⁾; para los mayores de esta edad, la sentencia relativamente indeterminada, medida trasladada del derecho portugués, cuya ventaja, en opinión de esta autora, radica en “la posibilidad de ser ejecutable en una prisión normal, puesto que lo único que requiere es personal cualificado” ⁽⁶⁸⁾.

Comparto la idea generalizada del tratamiento del delincuente habitual peligroso a través del Derecho de medidas, pero considero oportuno efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, estamos ante un supuesto de sujeto imputable y especialmente peligroso, por lo que es necesario el recurso tanto a la pena como a la medida de seguridad, pero en el marco del sistema vicarial previsto en el artículo 99 del Código Penal: prioridad de la ejecución de la medida respecto de la pena; la duración de la medida se descuenta de la de la pena impuesta y posibilidad de remisión condicional del tiempo que reste de pena. La medida de seguridad privativa de libertad se ha de cumplir, siempre, con carácter previo a la pena.

⁽⁶⁶⁾ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., pp. 174-176 y “El tratamiento de los delincuentes habituales en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General”, en *Política Criminal y Reforma Penal...*, cit., pp. 254-256.

⁽⁶⁷⁾ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 387.

⁽⁶⁸⁾ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 388.

En segundo lugar, ha de tratarse de una medida de seguridad orientada prioritariamente a la corrección, no al aseguramiento⁽⁶⁹⁾. El delincuente habitual es un sujeto que ha adquirido unos hábitos o costumbres que es necesario corregir; en este sentido, no me parece oportuno la medida de custodia de seguridad, pues como indica CEREZO MIR, “es una medida desesperanzada pues en ella el énfasis está puesto en el simple aseguramiento de la sociedad frente al delincuente, apartándole de la misma”⁽⁷⁰⁾; en el mismo sentido se pronuncia MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, si bien, para esta autora, frente a la opinión de CEREZO MIR, la razón de rechazar la medida de custodia radica, además de su finalidad asegurativa, en el hecho de que la misma “está concebida para hacer frente a la peligrosidad de delincuentes habituales incorregibles con profundas alteraciones en su personalidad [...]. El problema del reincidente peligroso no es de un trastorno de la personalidad, [...]. Si el sujeto presenta una personalidad anómala que imposibilite su reinserción se tratará de un trastorno psíquico, primando la imposición de otra medida de seguridad”⁽⁷¹⁾.

En tercer lugar, en relación con la clase de medida a imponer y su duración, el CP actual establece, por un lado, que las medidas de seguridad “no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido” (artículo 6 del CP), y, por otro, limita la imposición de medidas privativas de libertad a aquellos casos en los que la pena correspondiente al delito cometido también fuera privativa de libertad (artículo 95.2), cuya duración no podrá exceder de la pena prevista (artículos 101 a 104). Se trata de una curiosa plasmación del principio de proporcionalidad que

⁽⁶⁹⁾ En este sentido, SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 218; “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1100; por el contrario, JORGE BARREIRO entiende que la aplicación de la medida ha de estar orientada al aseguramiento, “aunque compatible con las posibilidades de resocialización del autor y con el respeto de la dignidad personal del sujeto afectado”, “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., p. 585.

⁽⁷⁰⁾ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 174; no obstante, este autor admite la custodia para delincuentes habituales a los que no se puede aplicar la medida de internamiento en un centro de terapia social, cfr. ob. ult. cit., pp. 175-176.

⁽⁷¹⁾ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales...*, cit., p. 386; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., pp. 174-175, en especial nota a pie de página núm. 68.

plantea importantes inconvenientes, como demuestran las críticas de las que es objeto ⁽⁷²⁾.

En efecto, en primer lugar, el hecho de que la determinación de la medida a imponer y su duración quede limitada al concreto delito cometido, obviando por completo el fundamento de la medida de seguridad, que no es otro que la peligrosidad del sujeto, produce, como consecuencia, una completa asimilación entre penas y medidas de seguridad, obstaculizando la aplicación de programas terapéuticos, lo que, a su vez, reduce, como señala SANZ MORÁN, “el contenido de la medida privativa de libertad a mera custodia, intensificando su carácter “asegurativo” frente al “corrector”, que debería ser, sin embargo, preferente” ⁽⁷³⁾; además, podría darse el supuesto, como indica SILVA SÁNCHEZ, de que “el hecho cometido, por su gravedad, no fuera merecedor de la pena privativa de libertad (castigo) y, sin embargo, el tratamiento de la peligrosidad manifestada, por su naturaleza, sí requiera como condición de puesta en práctica y eficacia del mismo la privación de libertad” ⁽⁷⁴⁾.

En segundo lugar, y en relación al límite que implica la duración de la pena que hubiera correspondido al delito cometido, se plantea el problema, en el caso de los inimputables, de que,alzada la medida, persista la peligrosidad del sujeto. Al respecto, se propugna acudir subsidiariamente al internamiento civil de

⁽⁷²⁾ Al respecto, SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 175-196; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^º, “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables (con especial referencia al Proyecto CP 1994)”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz (Segundo Volumen)*, Valencia, 1997, pp. 805 y ss; JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., pp. 577 a 579.

⁽⁷³⁾ En este sentido, SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 190, JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., p. 577: “El CP de 1995, al hacer recaer ese principio en el hecho y olvidarse de la peligrosidad del sujeto, desnaturaliza las medidas de seguridad y lleva consigo una comprensión errada del modo en que deben incorporarse las garantías del Estado de Derecho a las medidas de seguridad”.

⁽⁷⁴⁾ SILVA SÁNCHEZ, J.M.^º: “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables”, en *Estudios Jurídicos...*, cit., p. 806.

enfermos mentales⁽⁷⁵⁾, previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁽⁷⁶⁾.

En mi opinión, a la hora de determinar la concreta medida a imponer, así como su duración, es preciso partir de las diferencias existentes entre penas y medidas de seguridad, tanto en lo relativo al fundamento como a la finalidad perseguida. La pena se fundamenta en la culpabilidad del autor y persiguen finalidades preventivo generales y especiales; por el contrario, las medidas encuentran su fundamento en la peligrosidad del autor y se dirigen a evitar nuevos delitos, su finalidad es, por tanto, exclusivamente preventivo especial. La peligrosidad del autor no viene determinada única y exclusivamente por el delito cometido; el hecho delictivo cometido es, simplemente, un indicio, un síntoma, de la peligrosidad del sujeto; lo que verdaderamente determina dicha peligrosidad son los delitos futuros de probable comisión, así como el grado de probabilidad de su realización⁽⁷⁷⁾.

En consecuencia, si las medidas de seguridad, a diferencia de la pena, se fundamentan, y encuentran su límite de aplicación, en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponen, de la cual el injusto cometido es un mero indicio, y se dirigen a la evitación de los futuros delitos que éste pudiera cometer, la determinación de la medida a imponer al delincuente habitual peligroso, así como su duración, exige una valoración global, tanto de la “peligrosidad de pasado”, reflejada en el injusto cometido, como la “peligrosidad de futuro”, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer⁽⁷⁸⁾. Al respecto, deberá tomarse en consideración la clase, gravedad, volumen y frecuencia de los hechos realizados; datos que se volverán a valorar en relación a los hechos

(75) Disposición Adicional Primera de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal: “Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

(76) Véase los reparos que a esta institución opone SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., pp. 198 y ss; igualmente, SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a: “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables”, en *Estudios Jurídicos...*, cit., p. 805. A favor del mismo, MUÑOZ CONDE, F., “Principios inspiradores del nuevo Código Penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz (Segundo Volumen)*, Valencia, 1997, pp. 540-541.

(77) SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 128.

(78) SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, “Consideraciones sobre las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables”, en *Estudios Jurídicos...*, cit., p. 809.

futuros que quepa esperar, atendiendo especialmente al peso de los bienes jurídicos amenazados; valoración global o conjunta que deberá contrastarse con la incidencia de la medida sobre los intereses del sometido a ella, de modo que sea patente la prevalencia del interés general⁽⁷⁹⁾.

La sentencia, pues, ha de concretar la medida, determinada con arreglo a los criterios anteriormente señalados, así como el límite máximo de su cumplimiento. Esta última afirmación me permite rechazar la propuesta de MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, de sentencia relativamente indeterminada para los reincidentes peligrosos mayores de veinticinco años⁽⁸⁰⁾; en primer lugar, porque en esta sentencia, aunque se fija un máximo y un mínimo, la cantidad exacta de pena no queda decidida, sino que depende de la favorable reacción del reo; en segundo lugar, porque al aplicar como medida una pena, esta propuesta relativiza y confunde, de nuevo, el fundamento y los fines de penas y medidas⁽⁸¹⁾.

Cumplida la medida, desaparecida, pues, la peligrosidad del sujeto, procederá la aplicación de la pena impuesta por el injusto culpable cometido, descontado el tiempo de duración de la medida, si la misma sigue siendo precisa desde la perspectiva de prevención general⁽⁸²⁾.

VI. CONCLUSIONES

Los conceptos de reincidentes y habituales no son conceptos sinónimos. El reincidente es un concepto jurídico, legal, que precisa de la concurrencia de los requisitos formales establecidos en el artículo 22. 8.ª del CP: condena ejecutoria por delito comprendido en el mismo título y de la misma naturaleza; requisitos, cuya concurrencia conlleva la elevación automática de la pena a imponer y la supresión de beneficios penitenciarios. Por el contrario, el concepto de delincuente habitual es criminológico; habitual es el sujeto que presenta una tendencia a delinquir, reflejada en la repetición de delitos y del que cabe hacer un pronóstico de peligrosidad. No todo reincidente es peligroso, y por lo tanto

(79) SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal...*, cit., p. 130.

(80) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y perspectivas político criminales...*, cit., pp. 387 y ss.

(81) En este sentido, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español...*, cit., p. 175, nota pie de página núm. 67 y SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1095.

(82) SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª: “Consideraciones sobre las medidas de seguridad aplicables a inimputables y semiimputables”, en *Estudios Jurídicos...*, cit., pp. 806-807.

habitual, ni todo habitual es reincidente, al no concurrir los requisitos propios de la reincidencia.

El delincuente habitual es, en consecuencia, un sujeto imputable, plenamente responsable, del que cabe hacer un pronóstico de peligrosidad; si frente al sujeto culpable hay que reaccionar con la pena y frente al peligroso sólo es posible reaccionar a través de medidas de seguridad, ambas consecuencias jurídicas han de concurrir en este supuesto. Concurrencia que, en modo alguno, supone acumulación. Por el contrario, frente al delincuente habitual peligroso procede la imposición de una medida de seguridad, fundada en su peligrosidad criminal, y una pena, que encuentra su fundamento y límite en el injusto culpable cometido, dentro del modelo dualista flexible o vicarial: previo cumplimiento de la medida, cuya duración se ha de descontar de la que corresponda a la pena por el injusto cometido, y posterior cumplimiento de ésta última, si el mismo es necesario por razones de prevención general.

Una medida de seguridad, dirigida a la corrección del hábito delictivo adquirido, no al mero aseguramiento; cuya naturaleza y duración máxima han de concretarse en función, no sólo del delito cometido, el cual es un mero síntoma de la peligrosidad del sujeto, sino en función, fundamentalmente, del grado de peligro del autor que, a su vez, depende de la probabilidad de hechos delictivos futuros.

De *lege ferenda*, por lo tanto, sería aconsejable la introducción en nuestro Código Penal de un concepto de delincuente habitual⁽⁸³⁾, semejante al previsto en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983⁽⁸⁴⁾; así como la previsión de medidas de seguridad tanto privativas de libertad, orientadas principalmente a la corrección, como no privativas de libertad, sujetas a un mínimo y un máximo, para el tratamiento de los mismos y, en cuya determinación se tenga en cuenta tanto el hecho cometido como los esperados por el autor, así como el grado de peligro que del mismo surge, todo ello en el marco del modelo vicarial que rige en nuestro Derecho penal.

Entre las medidas de seguridad privativas de libertad más apropiadas para el tratamiento del delincuente habitual peligroso (imputable), destaca, en mi opinión el internamiento en un centro de Terapia Social, sujeto a un máximo fijado en la sentencia; igualmente, sería aconsejable que, durante el tiempo de internamiento, se procediera a una revisión periódica judicial respecto de la

(83) Totalmente diferenciado del concepto de reincidente. Respecto de la reincidencia, comparto la opinión doctrinal de que sería aconsejable su desaparición del catálogo de agravantes, así como la consideración de las distintas condenas únicamente a efectos de determinación de la pena.

(84) Artículos 150 PCP 1980 y 100 PANCP 1983, ambos citados.

evolución de la peligrosidad del sujeto, así como, la previsión de medidas complementarias de vigilancia de conducta aplicables, si fuera necesario, después del cumplimiento de la medida privativa de libertad y, en su caso, de la pena⁽⁸⁵⁾.

Sin embargo, no es este el camino que va a seguir el legislador español como lo demuestra el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006; no obstante declarar en la Exposición de Motivos que la habitualidad criminal es una “realidad que demanda una política criminal propia y de amplio espectro que vaya más allá de un impacto en la medición de la pena imponible por el último delito cometido”, el Proyecto sigue respondiendo, frente a la recaída en el delito, en el ámbito de la determinación y ejecución de la pena.

Subsiste la agravante de reincidencia, que no sufre variación alguna, así como la exasperación de la pena a través de la regla 5.º del artículo 66; igualmente, se mantiene, en estos supuestos, la restricción del acceso a los beneficios penitenciarios (suspensión, sustitución de la pena, régimen abierto y libertad condicional) previstos en el Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 94, dentro de la Sección 4.ª del Capítulo III del Título I del Libro I del Código Penal, que pasa a tener la rúbrica “De la reincidencia y la habitualidad” (artículo 94. 1 y 2: “1. A los reos reincidentes y habituales no se les podrá dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, salvo en los supuestos a que se refieren el apartado 4 del artículo 81 y los apartados 1 y 2 del artículo 87.

2. A los reos habituales no les podrán ser sustituidas las penas privativas de libertad en los casos previstos en el artículo 88 de este Código.”).

Se da una nueva definición de reo habitual, pero limitada a los efectos de suspensión y sustitución de la pena (artículo 94. 5: “A los efectos previstos en este Capítulo se consideran reos habituales los que al delinquir hayan sido anteriormente condenados por tres o más delitos dolosos o el mismo número de delitos de homicidio o lesiones cometidos por imprudencia en un plazo no superior a cinco años, no debiendo ser tenidos en cuenta los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

No obstante lo anterior, la habitualidad también podrá ser apreciada aunque los delitos que la integren sean todos ellos objeto de enjuiciamiento en la misma sentencia.”), de manera que el concepto de reo habitual sigue sin referirse al sujeto peligroso.

La única novedad es la posibilidad de someter al reo habitual o al reincidente a programas de tratamiento terapéutico o educativo, sin que en ningún

(85) En este sentido, JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo...*, cit., p. 585.

momento se indique si dicho sometimiento tiene lugar antes o después de la condena, y decretar, después de la condena, la libertad vigilada (artículo 94.3: “Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal y las demás partes, les impondrán, en sentencia, alguna de las siguientes medidas:

1.^a Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

2.^a Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta.

3.^a El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años.

4.^a Cumplida la condena, decretar libertad vigilada por tiempo de hasta dos años.

5.^a Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código.”)

En definitiva, pues, el Proyecto de Reforma del Código Penal sigue optando por la vía de incidir sobre la pena y su ejecución, sin modificar el régimen de medidas ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ En este sentido, SANZ MORÁN, A.J., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en *Derecho Penal y Criminología...*, cit., p. 1092.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Aclaración de sentencia:

— STS 152/2007, de 23 de febrero 154

Agresión sexual:

— STS 217/2007, de 16 de marzo 167

Allanamiento de morada:

— STS 159/2007, de 21 de febrero 150

Apropiación indebida:

— STS 290/2007, de 10 de abril 186

Asesinato:

• *Alevosía:*

— STS 252/2007, de 8 de marzo 163

Asociación ilícita:

— SAP Madrid 35/2007, de 2 de febrero 236

C

Circunstancia agravante:

• *Aprovechamiento del lugar:*

— STS 252/2007, de 8 de marzo 163

Circunstancia mixta de parentesco:

— STS 345/2007, de 24 de abril 187

Cohecho:

— STS 132/2007, de 16 de febrero 140

Concurso de delitos:

— STS 214/2007, de 26 de febrero 158

• *Concurso ideal de delitos:*

— STS 239/2007, de 20 de marzo 168

Conducción bajo los efectos del alcohol o drogas:

— SAP Gerona 118/2007, de 5 de febrero 238

— SAP Gerona 126/2007, de 6 de febrero 239

— SAP Sevilla 73/2007, de 7 de febrero 241

— SAP Tarragona 112/2007, de 19 de febrero 242

Confesión del acusado:

— STS 273/2007, de 23 de marzo 176

— STS 357/2007, de 30 de abril 195

Conspiración:

— STS 132/2007, de 16 de febrero 140

— STS 353/2007, de 7 de mayo 198

D

Declaración de la víctima:

— STS 151/2007, de 28 de febrero 159

	Página
Delito continuado:	
— STC 48/2007, de 12 de marzo	104
— STS 80/2007, de 7 de febrero	128
Delitos contra la Administración de Justicia:	
— STS 214/2007, de 26 de febrero	158
Denuncia:	
— STS 385/2007, de 10 de mayo	208
Desobediencia:	
— SAP Cádiz 24/2007, de 15 de enero	228
Desórdenes públicos:	
— STS 136/2007, de 8 de febrero	130
E	
Entrada y registro:	
— STS 171/2007, de 26 de febrero	157
Estafa:	
— STS 80/2007, de 7 de febrero	128
— STS 132/2007, de 16 de febrero	140
— SAP Vizcaya 97/2006, de 15 de diciembre	215
Estafa procesal:	
— STS 214/2007, de 26 de febrero	158
F	
Falsedad documental:	
— STS 388/2007, de 9 de abril	182
I	
Impago de pensiones:	
— SAP Guipúzcoa 418/2006, de 1 de diciembre	213
— SAP Murcia 1/2007, de 3 de enero	224
— SAP Guipúzcoa 17/2007, de 12 de enero	225

Inmigración clandestina:

— STS 380/2007, de 10 de mayo 205

Insolvencia punible:

— SAP Barcelona de 1 de diciembre de 2006 211

Intervención de las comunicaciones:

— STS 119/2007, de 16 de febrero 134

— STS 130/2007, de 19 de febrero 144

L

Lesiones:

— STS 239/2007, de 20 de marzo 168

M

Malversación de caudales públicos:

— STS 121/2007, de 14 de febrero 131

— STS 381/2007, de 24 de abril 190

Medidas de seguridad y corrección:

— STS 345/2007, de 24 de abril 187

Motivación:

— STC 75/2007, de 16 de abril 113

— STS 256/2007, de 30 de marzo 180

O

Orden europea de detención y entrega:

— STC 37/2007, de 12 de febrero 101

— STC 95/2007, de 7 de mayo 115

P

Presunción de inocencia:

— STS 278/2007, de 10 de abril 184

	Página
Preterintencionalidad:	
— STS 239/2007, de 20 de marzo	168
Prevaricación:	
— SAP Guipúzcoa 27/2007, de 15 de enero	228
Principio acusatorio:	
— STS 159/2007, de 21 de febrero	150
Principio “non bis in idem”:	
— STC 48/2007, de 12 de marzo	104
— SAP Palma de Mallorca 18/2007, de 7 de febrero	240
Prisión provisional:	
— STC 95/2007, de 7 de mayo	115
— AAP Barcelona de 19 de enero de 2007	231
Prostitución:	
— STS 380/2007, de 10 de mayo	205
Protección de menores:	
— STS 151/2007, de 28 de febrero	159
Prueba:	
• <i>Alcoholimétrica:</i>	
— SAP Cádiz 24/2007, de 15 de enero	228
• <i>Denegación:</i>	
— STS 197/2007, de 5 de marzo	161
• <i>Prueba ilícita:</i>	
— STS 273/2007, de 23 de marzo	176
— STS 357/2007, de 30 de abril	195
• <i>Prueba pericial:</i>	
— STS 250/2007, de 20 de marzo	170

R

Recurso de revisión:

— STC 70/2007, de 16 de abril 107

Régimen penitenciario:

— AAP Barcelona 79/2007, de 9 de marzo 244

Responsabilidad civil derivada del delito:

• *Vehículos a motor:*

— STS 225/2007, de 21 de marzo 172

— STS 427/2007, de 8 de mayo 201

Responsabilidad penal del menor:

— SAP Valladolid 27/2007, de 26 de enero 233

Retroactividad de la ley más favorable:

— SAP Murcia 1/2007, de 3 de enero 224

S

Suspensión condicional de la pena:

— STC 75/2007, de 16 de abril 113

T

Tráfico de drogas:

— STS 353/2007, de 7 de mayo 198

Tribunal del Jurado:

— STS 979/2006, de 9 de octubre 121

V

Violencia doméstica:

— STS 38/2007, de 31 de enero 125

— STS 201/2007, de 16 de marzo 165

— SAP Vizcaya 1058/2006, de 18 de diciembre 219

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 37/2007 de la Sala 2.^a del TC de 12 de febrero de 2007
(BOE 14 de marzo de 2007) (Recurso de amparo 8181/2006)**

EURO-ORDEN

Arts. 24.1 CE; 12.2.f) Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega

Ponente: **Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias firmes al apartarse el auto de la Audiencia Nacional, dictado en ejecución de lo dispuesto por la STC 177/2006, de 5 de junio (recogida en el núm. 19 de la Revista de Derecho Penal), introduciendo ex novo el dato de la nacionalidad francesa del recurrente, lo que le lleva a considerar innecesaria la audiencia sobre la posibilidad de cumplir la pena en España.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo se dirige contra el Auto núm. 62/2006, de 11 de julio, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, dictado en eje-

cución de lo dispuesto por la Sentencia de este Tribunal 177/2006, de 5 de junio, acordó la entrega a Francia del recurrente en procedimiento de orden europea de detención para cumplimiento de una condena dictada en ausencia, condicionando tal entrega

a la posibilidad de celebración de un nuevo juicio y considerando que no era aplicable la facultad prevista en el art. 12 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE) por no ser el recurrente de nacionalidad española.

(...)

2. La cuestión nuclear sobre la que giran las diferentes alegaciones plasmadas en la demanda de amparo estriba en si el Auto ahora recurrido ha ejecutado en sus propios términos lo dispuesto por la citada Sentencia de este Tribunal que, anulando un Auto anterior del mismo órgano judicial por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, ordenó la retroacción de actuaciones y el dictado de una nueva resolución acorde con tales derechos fundamentales; o si, por el contrario, la modificación de los presupuestos fácticos de los que ésta partió, introduciendo *ex novo* el dato de la nacionalidad francesa del demandante de amparo, impide dar efectividad al fallo de nuestra Sentencia, infringiendo lo dispuesto en el art. 87.1 LOTC y, por ende, vulnerando nuevamente el derecho fundamental que en aquélla se declaró lesionado.

(...)

Por lo demás es también de importancia para el caso que nos ocupa resaltar que la especial vinculación que todos los poderes públicos tienen a las Sentencias de este Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la fundamentación jurídica que lo sustenta, en especial a la que contiene los criterios que configuran su *ratio decidendi* (SSTC 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6; 300/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

Con dichos presupuestos debemos pasar a analizar cuáles fueron los términos en los que en la STC 177/2006 se introdujo la cuestión de la nacionalidad del recurrente, sobre la que ahora se proyecta la controversia. En la demanda de amparo que dio lugar a dicha Sentencia aducía el actor, entre otras quejas, que se habían vulnerado sus dere-

chos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías al no haber tomado en consideración la Audiencia Nacional su nacionalidad española, al no ser mencionada la misma en el Auto de la Audiencia Nacional entonces impugnado como causa posible de denegación de la entrega y al no haber sido oído en ningún momento acerca de la posibilidad de cumplir la pena en España, según dispone el art. 12.2.f) LOEDE. Dicho motivo de amparo fue estimado por la STC 177/2006, en la cual se afirmó que «ha de darse, pues, la razón al recurrente cuando reprocha al órgano judicial la falta de consideración de tales extremos que, en definitiva, revierte en una falta de tutela a un nacional español al haberse decidido su entrega a Francia sin tener en cuenta que, siendo la finalidad de la misma la de cumplir condena, era obligado oírle al efecto de que prestase para ello el debido consentimiento» (FJ 8). Con claridad se infiere del texto transcrito que en dicha Sentencia asumimos como un hecho indubitado la nacionalidad española del actor y (lo que es más relevante) que a partir de tal elemento fáctico se fundó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, el otorgamiento del amparo.

En este orden de cosas procede además poner de manifiesto que, como no puede ser de otro modo, la asunción de dicha base fáctica por parte de la STC 177/2006 se debe a que tales eran los hechos sobre los cuales se habían basado las resoluciones de la Audiencia Nacional que habían jalonado el itinerario procesal hasta llegar al Tribunal Constitucional, pues, según dispone el art. 44.1.b) LOTC, en ningún caso puede entrar este Tribunal a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso judicial de referencia. Así, ya desde la primera solicitud de extradición efectuada por Francia en el año 1989, se tuvo al recurrente por nacional español, siendo ésa la razón por la que tal solicitud fue denegada por la Audiencia Nacional en el Auto de 23 de febrero de 1990, al aplicar el principio de reciprocidad con Francia, dada la reserva que este Estado ha-

bía opuesto al Convenio europeo de extradición de 1957, según la cual no entregaba a sus nacionales. Y, del mismo modo, también en el posterior Auto de 14 de julio de 2005, en el que, ya bajo el procedimiento de euroorden, se acordó la entrega que luego sería anulada por este Tribunal, se partió de la nacionalidad española del actor, sin que en ningún momento hubiera sido objeto de duda o debate procesal.

A este respecto importa también destacar ese extremo, pues no es irrelevante desde la alegación de indefensión invocada por el demandante el hecho de que el cambio de criterio operado en la resolución de la Audiencia Nacional ahora impugnada acerca de la nacionalidad del recurrente se llevó a cabo sin haber dado la opción a éste de efectuar alegaciones, por cuanto el órgano judicial no le dio audiencia sobre los términos en que debía ejecutarse la Sentencia del Tribunal Constitucional, ni abrió trámite alguno para permitir un pronunciamiento sobre su nacionalidad; sin que, por lo demás, y como acaba de afirmarse, dicha cuestión hubiera sido objeto de debate contradictorio a lo largo del procedimiento.

3. En cualquier caso tales circunstancias, en sí mismas causantes de indefensión, resultan subsidiarias de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se produce al no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia de este Tribunal, pues lo cierto es que tampoco con audiencia a las partes podía ser reabierto por la Audiencia Nacional la cuestión de la nacionalidad del actor. Ello es así porque el presupuesto de la nacionalidad española de éste, como hecho indiscutido, formaba parte del contenido de la Sentencia que la Audiencia Nacional debía ejecutar, al estar di-

rectamente conectado con la vulneración del derecho fundamental para cuya salvaguarda se otorgó el amparo.

Así, la parte dispositiva de la Sentencia 177/2006, remitiéndose a su fundamento jurídico octavo, apartado segundo, establecía para la Audiencia Nacional la obligatoriedad de dictar una nueva resolución en la que, antes de pronunciarse, se oyera al actor a los efectos de prestación de consentimiento sobre el lugar de cumplimiento de la condena, según lo previsto en el art. 12.2 LOEDE, para después acordar lo que de ello se derivara, partiendo, en consecuencia, del dato de la nacionalidad española del recurrente. *A sensu contrario*, en la ejecución de dicha Sentencia la Audiencia Nacional no estaba facultada para pronunciarse nuevamente sobre tal circunstancia, porque la nacionalidad española era el presupuesto de hecho desde el que adquiere sentido el otorgamiento del amparo, al constituir el presupuesto para la aplicación de la facultad prevista en el citado precepto de la Ley reguladora de la orden europea de detención.

4. Por lo dicho, y como ya ha sido anticipado, debemos otorgar el amparo solicitado, pues la Audiencia Nacional no ha cumplido lo establecido por la citada Sentencia de este Tribunal, lo que conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes. (...)

Procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo, con retroacción de actuaciones al momento anterior al de dictarse el Auto recurrido para que por la Audiencia Nacional se dicte nueva resolución que acoja el presupuesto fáctico de la nacionalidad española del recurrente.

**Sentencia 48/2007 de la Sala 1.^a del TC de 12 de marzo de 2007
(BOE 17 de abril de 2007) (Recurso de amparo 312/2003)**

“NON BIS IN IDEM” Y DELITO CONTINUADO

Arts. 25.1 CE; 74 Código Penal; 237.2 RP

Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio**

SÍNTESIS

En caso de infracción (disciplinaria) continuada, lesiona el principio “non bis in idem” la apreciación, junto a aquélla, de alguna de las particulares infracciones disciplinarias que forman la continuidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Hechas las anteriores precisiones, procede recordar a continuación algunos de los aspectos más relevantes de nuestra doctrina en relación con el principio *non bis in idem*, en lo que resulte de aplicación al caso:

a) Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único pro-

cedimiento (por todas, 154/ 1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 1; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

b) Junto a esa dimensión material, ciertamente este principio tiene una dimensión procesal constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, «sino tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características

del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal», de modo que cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2). Ello permite excluir ya la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal, al no ser posible equiparar los procedimientos disciplinarios sufridos por el recurrente con un proceso penal, a la vista de la poca complejidad de los hechos objeto de sanción, de la sencillez en la tramitación de los expedientes disciplinarios y de la naturaleza y entidad de las sanciones finalmente impuestas en el presente caso.

c) Por último, y en relación con nuestro canon de enjuiciamiento, hemos de recordar que a raíz de la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, el Pleno de este Tribunal —apartándose de la doctrina anterior— ha afirmado su competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales pese a haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, siempre dentro del respeto a los límites de nues-

tra jurisdicción. «Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1.b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable».

(...)

4. (...) Como se expuso con detalle en los antecedentes de esta resolución, ante cada una de las cuatro negativas del interno a cumplir la orden de traslado de módulo se incoó un expediente disciplinario, sancionándose cada una de las conductas como constitutivas de una infracción muy grave del Reglamento penitenciario. Contra los tres primeros acuerdos sancionadores (expedientes 418, 419 y 420-2002) se interpuso un único recurso de alzada, estimado parcialmente por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla-León, mediante tres Autos de 30 de julio de 2002, que calificaron las conductas como falta grave y rebajaron la sanción inicialmente impuesta a cinco días de privación de paseos y actos recreativos comunes por cada una, pero sin atender a la pretensión del recurrente en cuanto a la existencia de una única infracción continuada.

El Auto de 30 de julio de 2002 relativo al expediente disciplinario 419-2002 fue confirmado por Auto de 29 de agosto de 2002, al desestimar el Juzgado de Vigilancia el recurso de reforma interpuesto contra él, sin que el órgano judicial se pronunciara en ese

momento respecto de la reforma solicitada de los Autos relativos a los expedientes 418 y 420-2002 (recurridos simultáneamente), ni tuviera en cuenta que el día anterior y en la tramitación del recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo sancionador recaído en el expediente 486-2002 (en el que el recurrente señalaba que los hechos eran los mismos que los de los tres expedientes disciplinarios anteriores) había acordado solicitar información al Centro Penitenciario acerca de si por los mismos hechos se habían incoado los expedientes 418-2002, 419-2002 y 420-2002. Y, posteriormente, cuando el Juzgado recibe la información del Centro Penitenciario, acuerda —en el Auto de 25 de octubre de 2002— la acumulación de los recursos relativos a los expedientes 418-2002, 420-2002 y 486-2002, por considerar que en los tres casos se trata de los mismos hechos («negarse reiteradamente a cumplir las órdenes de los funcionarios de traslado de módulo en tres días diferentes»), que califica como infracción continuada grave del art. 109.b) del Reglamento penitenciario, imponiendo la sanción correspondiente (privación de paseos y actos recreativos comunes) en su límite máximo previsto en el art. 111.e) del Reglamento penitenciario (un mes), todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 237 del Reglamento penitenciario.

Ciertamente, en tal acumulación no se incluye el presupuesto fáctico de la sanción correspondiente a la negativa a cumplir la orden de traslado de módulo del día 8 de junio de 2002. Pero tal exclusión carece de justificación en las resoluciones judiciales, sin que su razón de ser material pueda inferirse ni de las mismas, ni del examen de las actuaciones, que no contienen dato alguno que permita singularizar o diferenciar la negativa de ese día frente a las otras.

Por el contrario, de la documentación remitida al Juzgado por el centro penitenciario —tras haberle solicitado aquél información acerca de si los cuatro expedientes respondían a los mismos hechos— lo que se

desprende es que los cuatro expedientes fueron incoados por la misma conducta (la negativa a cumplir la orden de traslado al módulo 4), reiterada en idénticas circunstancias los días 7, 8, 9 de junio y 3 de julio de 2002. Así, el director de dicho Centro indicó que «en relación con lo interesado en el recurso de alzada núm. 4912-2002 relativo al interno Juan Carlos Martín Martín y al expediente recurrido 486-2002, participo a V.I. que los expedientes 418, 419 y 420 fueron incoados por su negativa a cumplir la orden de dirección dada tras su ingreso en este centro el 7 de junio de 2002 a pasar al módulo 4. Lo mismo hizo los días siguientes 8 y 9 de junio. El expediente 486-2002 se incoó por su reiterada negativa a ir al módulo 4 en fecha 3 de julio de 2002».

Y precisamente sobre la base de tal informe el órgano judicial, refiriéndose a los expedientes 418, 420 y 486-2002, concluía que «en los tres casos se trata de los mismos hechos, al negarse reiteradamente a cumplir las órdenes de los funcionarios de traslado de módulo en tres días diferentes. De conformidad con lo dispuesto en el art. 237 RP de 1996, los hechos pueden ser calificados como de infracción continuada por cuanto la actitud del recurrente ha infringido el mismo precepto reglamentario —que *infra* se examinará—, en ejecución de un plan preconcebido —no acatar la misma orden de los funcionarios».

Así pues, sin razonamiento alguno, se excluyó del ámbito fáctico de la infracción continuada la negativa de 8 de junio de 2002, silencio este que habilita a este Tribunal, como ya hemos dicho (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5), para el examen de los hechos partiendo de los presupuestos fácticos y jurídicos y del razonamiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en las resoluciones impugnadas, y sobre esta base, a partir de la argumentación del órgano judicial, ha de concluirse que el conjunto de las negativas del interno a cumplir la orden de traslado de módulo —pluralidad de conductas del mismo sujeto, vulnerando el mismo precepto y

en ejecución de un plan preconcebido— constituye una única infracción continuada y que al haber excluido el órgano judicial una de ellas —la del día 8 de junio— de esa consideración y haberla sancionado autónomamente, se ha producido la reiteración punitiva constitucionalmente proscrita: por una única infracción continuada se han impuesto dos sanciones sobrepuestas.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 237.2 del Reglamento penitenciario, en los casos de infracción continuada «se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su límite máximo», siendo para la calificación realizada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la sanción máxima prevista legalmente la de un mes de privación de paseos y actos recreativos comunes [art. 111.e) del Reglamento penitenciario], pero al recurrente se le ha

aplicado, por una parte, la sanción de tal privación por cinco días en el expediente 419-2002 —negativa del 8 de junio de 2002— y, por otra, la de la misma privación por un mes para la infracción continuada de las negativas de 7 y 9 de junio y 3 de julio de 2002 —expedientes 418, 420 y 486-2002—, de suerte que, aunque la primera de las mencionadas sanciones había adquirido firmeza antes de la imposición de la segunda, es lo cierto que la suma de ambas produce como resultado una sanción que constituye un exceso punitivo, ajeno al juicio de proporcionalidad realizado por la norma, es decir no previsto legalmente y, por tanto, imprevisible para el ciudadano. Nuestra conclusión no puede, pues, ser otra que la de declarar vulnerado el derecho a la legalidad penal, en su vertiente de derecho a no ser sometido a *bis in idem* (art. 25.1 CE).

**Sentencia 70/2007 de la Sala 1.^a del TC de 16 de abril de 2007
(BOE 23 de mayo de 2007) (Recursos de amparo 1404/2003 y 7314/2004)**

REVISIÓN PENAL

Arts. 954 y ss. LECrim.

Ponente: **Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

Desestima la Sala la demanda de amparo que trae causa de una previa de revisión penal (inadmitida por el Supremo) planteada con base en una STEDH declarando la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. (...) A partir de la resolución del Tribunal Europeo, parcialmente favorable para

sus intereses, el Sr. Prado Bugallo interpuso en paralelo un recurso ante el Tribunal Supremo que fue calificado por éste como recurso de revisión y, sin advertir de esta interposición simultánea, un recurso de ampa-

ro ante este Tribunal. Ante la inadmisión del recurso de revisión reaccionó con un incidente de nulidad de actuaciones y con un nuevo recurso de amparo. En el primer recurso de amparo solicitaba la anulación de la Sentencia condenatoria porque así lo exigiría la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 CE) constatada por el Tribunal Europeo y la correspondiente anulación de la prueba de intervención telefónica y de las derivadas de ella, por exigencia de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE). El planteamiento relativo al derecho a la presunción de inocencia se reitera en el segundo de los recursos de amparo, en el que no se invocan los derechos al secreto de las comunicaciones y a la libertad, pero se añaden dos quejas nuevas relativas a la tramitación del recurso de revisión: se habrían vulnerado los derechos al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y a las garantías de inmediación y de contradicción (art. 24.2 CE) por el hecho de que haya sido el Tribunal Supremo el órgano que haya valorado las pruebas en su día practicadas y de que lo haya hecho sin haber asistido a su práctica.

2. A pesar de nuestra decisión inicial al respecto (antecedente 5), debemos inadmitir ahora el recurso de amparo 1404-2003 por su falta de agotamiento de la vía judicial, pues constatamos a partir del contenido de la demanda de amparo núm. 7314-2004 y de las actuaciones recibidas en ese proceso que el demandante de amparo instó simultáneamente el amparo de sus derechos fundamentales ante el Tribunal Supremo, en lo que este órgano consideró como un recurso de revisión, y ante el Tribunal Constitucional. Debe recordarse que «no puede acudir ante este Tribunal por la vía de amparo quien ha considerado procedente la utilización de un recurso o remedio procesal en la vía ordinaria en tanto ésta no haya concluido, ya que de lo contrario se estaría afectando a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, re-

sultando imposible la coexistencia temporal de un recurso de amparo con la vía judicial» (...)

Cierto es que en el presente supuesto a la demanda prematura siguió finalmente otra plenamente tempestiva, interpuesta tras la resolución del recurso de revisión, y que ambas se insertan en un mismo *iter* procesal y contienen una petición idéntica en lo sustancial, que es la anulación de las Sentencias condenatorias. Pero también lo es, como se ha expuesto ya en el primer fundamento, que las pretensiones de cada una no son las mismas, añadiendo el segundo amparo fundamentos propios referidos al modo en el que se realizó la revisión y, en lo que ahora importa más, no recogiendo alguna de las invocaciones de derechos fundamentales que figuraban en el primer amparo (las atinentes al derecho al secreto de las comunicaciones y a la libertad personal) y que por lo tanto no podrán ser analizadas en esta Sentencia.

3. Hemos afirmado ya en diversas ocasiones que el procedimiento al que la ley denomina «recurso de revisión» no es un recurso en su sentido más habitual de mecanismo procesal dirigido a la reforma o a la anulación de una resolución judicial que por esta posibilidad aún no deviene firme, sino «más bien una vía de impugnación autónoma» (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2). En el ámbito penal esta vía tiene dos marcadas peculiaridades: se dirige a la rescisión de una sentencia penal condenatoria firme, constituyendo por ello una excepción a su intangibilidad, y lo hace a través de la reivindicación de la inocencia de quien resultó firmemente condenado. Se trata así «del acceso a la jurisdicción por parte de una persona condenada que pretende dejar de estarlo, por lo que pueden estar también en juego —porque es lo que se pretende discutir en forma de revisión—, según los casos, sus derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad pe-

nal (tal era el supuesto que dio lugar a la STC 150/1997, FJ 3) y la libertad» (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5). Tanto en su conformación legislativa como en su aplicación judicial están implicados el valor constitucional de la seguridad jurídica y el derecho a la presunción de inocencia entendido como derecho a no ser condenado por hechos que no queden constatados más allá de toda duda razonable a través de pruebas practicadas con suficientes garantías.

Mientras que la consideración constitucional de este proceso hace que el acceso al mismo forme parte del derecho de acceso a la jurisdicción, de contenido constitucional más riguroso que el derecho de acceso al proceso (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5), su finalidad de impugnación de una Sentencia firme y con ello su afectación a la seguridad jurídica lo configura como un mecanismo excepcional que admite la tasación de sus causas y su sometimiento «a condiciones de interposición estrictas» (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6, y 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2). Además, al tratarse de un proceso que en la mayor parte de los supuestos encuentra su razón de ser en la reconsideración de la culpabilidad de una persona a partir de la aparición de nuevos hechos o pruebas de descargo o de la desaparición de hechos o pruebas de cargo, la constitucionalidad de la decisión judicial al respecto ex art. 24.2 CE, en fase de admisión o de estimación de la revisión, deberá tomar en consideración los cánones propios del derecho a la presunción de inocencia. No debe olvidarse que, como tempranamente afirmó la STC 124/1984, de 18 de diciembre, la existencia del recurso de revisión penal «se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los ‘valores superiores’ que propugna el Estado social y democrático de De-

recho en el que España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad» (FJ 6; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 2).

4. La primera queja de la demanda de amparo, en la que se invoca como vulnerado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, contiene una argumentación ciertamente débil desde parámetros constitucionales. Se impugna la competencia revisora de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la medida en que ha procedido a valorar las pruebas reputadas legítimas, en lugar de limitarse a eliminar las ilegítimas y remitir la causa al órgano judicial que en su día las practicó y valoró, tal como indicaría el art. 958, párrafo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).

Esta norma, y la del art. 902 LECrím, atinente al dictado de sentencia tras la casación de la resolución recurrida y mencionada como supuesto en el que el Tribunal Supremo puede juzgar a la personas no aforadas, son las únicas que se citan, sin alusión a las que sustentaron la competencia para la autorización o denegación de la interposición del recurso, que son las de los arts. 957 LECrím y 57.1.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El sentido evidente de estas normas, de otorgamiento al Tribunal Supremo de la competencia impugnada, y la falta de toda argumentación en la demanda para otorgarle otro significado a tales normas bastan para desestimar la queja. Debe advertirse en cualquier caso que la actividad de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no consistió en rigor en valorar las pruebas en su día practicadas, sino en valorar si había sobrevenido «el conocimiento de nue-

vos hechos o de nuevos elemento de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado», que es la función que le atribuye el art. 954.4 LECrim. También debe destacarse que cuando el invocado art. 958, párrafo 3, LECrim señala que la Sala «mandará al Tribunal a quien corresponda el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa» no sólo no se refiere al supuesto de revisión aquí planteado (el del art. 954.4 LECrim), sino al del art. 954.3 LECrim y con mención a «la falsedad del documento», sino que ni siquiera lo hace a un supuesto de autorización de la revisión o de estimación de la misma (*iudicium rescidens*), sino al juicio posterior (*iudicium rescissorium*) necesario en tal caso para que no quede imprejuzgada la cuestión procesal.

(...)

5. También la segunda queja de la demanda se sustenta en una comprensión particular de lo que debería ser a juicio del recurrente el proceso penal de revisión; comprensión que no es la adoptada por nuestra legislación procesal ni resulta constitucionalmente necesaria. Se impugna el Auto de denegación de autorización de la revisión porque vulnera el derecho a un proceso con las garantías de inmediación y de contradicción, ya que el demandante entiende que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha procedido en su labor revisora a una valoración de las pruebas en su día practicadas sin haber presenciado su práctica y por ello sin que tal valoración reúna las imprescindibles garantías mencionadas.

El recurso de revisión penal, que en este caso ha desautorizado, el Tribunal Supremo no consiste necesariamente desde un punto de vista constitucional ni aparece conformado en nuestro ordenamiento procesal como un procedimiento enteramente nuevo en el que, en lo que ahora importa, a partir de la constatación de la disminución del acervo probatorio, deba el órgano revisor practicar de nuevo las pruebas remanentes para valorarlas desde el punto de partida de la inocencia del acusado. De una manera bien diferente y constitucionalmente posible, nuestra

legislación procesal ha optado, como es lo común en otros ordenamientos, no por un nuevo enjuiciamiento global de la causa, que en su día ya se produjo sin tacha y terminó con una sentencia condenatoria firme, sino por una revisión de lo ya enjuiciado para comprobar, en lo que aquí atañe, si a la luz de la disminución de las pruebas de cargo, a partir de las pruebas restantes en su día practicadas y valoradas con todas las garantías por el órgano de enjuiciamiento, y a partir del modo en el que dicho órgano infirió el relato de hechos probados de signo inculpatario, debe seguirse entendiendo desvirtuada la presunción de inocencia, esto es, debe seguirse entendiendo la culpabilidad del condenado más allá de toda duda razonable.

Lo que en el presente supuesto hizo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no fue una nueva valoración de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, sino una valoración del juicio de desvirtuación realizado en su día con plenas garantías por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a partir de la supresión de una prueba de cargo, operación de la que no es ocioso señalar su relevante analogía con la que se practica en casación o en amparo en respuesta a la invocación del derecho a la presunción de inocencia. Al no concurrir una nueva valoración de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia no eran exigibles las garantías de inmediación y contradicción que ahora reclama el recurrente y debe por ello desestimarse esta queja de la demanda.

6. La tercera y última queja de la demanda no afecta al modo en que se procedió para denegar la solicitud de revisión sino al contenido denegatorio de la misma desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Considera el recurrente que vulnera este derecho tanto la selección del material probatorio (la falta de eliminación de los seguimientos policiales por su desconexión con la intervención telefónica anulada), como el mantenimiento del relato de hechos probados a partir las pruebas consideradas finalmente válidas.

Como ya hemos señalado anteriormente, el planteamiento de la queja desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia es pertinente, pues de lo que trataba el proceso de revisión instado era precisamente de la reclamación de inocencia del recurrente ante la alteración de los elementos de prueba que comportaba la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en respuesta a su demanda condenaba a España por la vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia (art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH). Esta infracción del Convenio tenía su origen en la intervención de las comunicaciones del Sr. Prado practicada sin una habilitación legal suficientemente precisa durante la instrucción de la causa que determinó su condena. La conformidad constitucional de un proceso de revisión de este tipo, en el que está en juego el derecho a no ser condenado sino por hechos constatados más allá de toda duda razonable a partir de pruebas practicadas con las garantías debidas, pero en el que se parte de una Sentencia firme condenatoria que desvirtuó la presunción de inocencia del acusado, no pasa necesariamente por la reiteración del juicio penal, pero tampoco puede detenerse en la constatación de que no resulta evidente la inocencia del reclamante. La trascendencia del derecho exige que el órgano de revisión analice si ante las nuevas circunstancias puede seguir afirmándose la desvirtuación de la presunción de inocencia del condenado, de modo que siga sin haber duda razonable sobre su culpabilidad. Aunque parta de una decisión previa firme de culpabilidad, el juicio de revisión es un juicio sobre la inocencia o la culpabilidad del condenado en el que han de entrar en juego las reglas que forman el contenido del derecho a la presunción de inocencia «y que suponen, en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, que cuando el juez llegó a la conclusión fáctica que expresa lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable y, en segundo lugar, desde una perspectiva objetiva, que su convicción no resulta repro-

chable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables» [STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5 b)].

7. La primera alegación en la que se pretende sostener la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se refiere a la selección de las pruebas válidas tras la declaración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que había quedado conculcado el derecho del recurrente al respeto a su vida privada y a sus comunicaciones, pues entiende el recurrente que la interdicción de valoración no debe detenerse en las conversaciones interceptadas, sino que debe extenderse a los seguimientos policiales y al conocimiento de la nave en la que se afirma que se guardó la droga, de la participación del acusado en su alquiler y de la posesión por parte del mismo de una llave que la abría.

(...)

Este razonamiento del Tribunal Supremo, realizado a partir del exteriorizado en su día por el órgano de enjuiciamiento y de la supresión de los datos suministrados por las intervenciones telefónicas declaradas ilegítimas, es evidentemente respetuoso con el contenido del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto comprensivo del derecho a que sólo sean valoradas las pruebas que reúnan las garantías debidas. El Auto impugnado afirma que la prohibición de valoración abarca las conversaciones telefónicas pero no alcanza a los seguimientos policiales, previos e independientes de las mismas. A tal efecto procede recordar que las pruebas referidas por el Tribunal Supremo y puestas ahora en tela de juicio, «no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4) ni, con ello, al derecho a la presunción de inocencia. Sólo lo serían si además de guardar con las mismas «una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida)» mantienen con ellas

«lo que hemos denominado ‘conexión de antijuricidad’, esto es, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas» (STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7). El Auto impugnado niega ya el primer tipo de conexión, lo hace a partir de una apreciación suficientemente detenida de los razonamientos del órgano que valoró las pruebas, y lo hace de un modo que «no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 5), que es el tipo de análisis al que se limita nuestro control respecto a lo que no es en sí mismo un hecho, sino un juicio de experiencia (SSTC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7; 26/2006, de 24 de abril, FJ 11).

Ninguna otra consideración resulta ya necesaria al respecto para contradecir la alegación analizada, aunque no sobra recordar que la vulneración proclamada por el Tribunal Europeo no se refería a la actuación judicial —a las razones por las que se intervinieron los teléfonos, a su exteriorización o al control de la intervención—, sino a la insuficiente precisión de la ley que la habilitaba. Tampoco es ocioso destacar que, frente al razonamiento del Auto impugnado, nada arguye el recurrente acerca de la conexión de la conversaciones interceptadas con las pruebas consideradas por el Tribunal Supremo, «ni se ofrece dato alguno que permita

vislumbrar al menos esa posible relación de dependencia, ni, en fin, se enuncia qué elemento o elementos probatorios en los que se sustenta la condena pudieran estar afectados por la misma», tipo éste de argumentación en positivo evidentemente más sencillo que el de la desconexión probatoria, que es el que según la demanda resulta insuficiente en la resolución recurrida. Quiere expresarse con ello que ya la alegación carecía «del más mínimo e imprescindible desarrollo argumental» y que ello hubiera bastado para impedir «su consideración por este Tribunal, al no cumplir el requisito mínimo exigible para que pueda ser tenido en cuenta como base de una posible pretensión de amparo, pues es reiterada doctrina constitucional que no nos corresponde reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes, sobre las que recae la carga de la argumentación, cuando aquéllas no se aportan al recurso, ya que cuando se acusa una violación constitucional es carga de los recurrentes, no sólo abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de proporcionar la fundamentación que razonablemente es de esperar en cada caso y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional (SSTC 119/1999, de 28 de junio, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 24; 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; 42/2006, de 13 de febrero, FJ 2)» (STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 3).

**Sentencia 75/2007 de la Sala 1.^a del TC de 16 de abril de 2007
(BOE 23 de mayo de 2007) (Recurso de amparo 4774/2004)**

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A SUSPENSIÓN
CONDICIONAL

Arts. 24.1 CE; 80 y ss. Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio**

SÍNTESIS

Tanto ésta, como la STC 76/2007 (de la misma fecha), se ocupan de la necesaria motivación de la resolución relativa a la suspensión condicional de la pena impuesta, entendiéndose que no es razón para denegar la suspensión el dato de que el culpable no se haya confesado culpable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Por otro lado, por lo que se refiere a la motivación de la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, como sintetiza la reciente STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, respecto «al canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad existe ya una doctrina consolidada, que sustancialmente puede sintetizarse en dos consideraciones de signo contrario. Por un lado, en sentido negativo, se ha rechazado reiteradamente que la simple referencia al carácter discrecional de la decisión del órgano judicial constituya motivación suficiente del ejercicio de dicha facultad, en el entendimiento de que “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el

ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma” (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3, entre otras). Por otro lado, ya en sentido positivo, se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; y 202/2004, de 15 de diciembre, FJ 3)».

En el presente caso la Sentencia de primera instancia justificó su decisión en tres razones: que su concesión era facultativa; la peligrosidad de los acusados si se les otorgara la suspensión, pues se llevarían la impresión de que estos hechos se pueden cometer sin problemas, y ello quizá les llevaría a repetirlos; y que para ser merecedor de este beneficio hay que demostrar algún grado de arrepentimiento, alguna forma de colaborar con la Administración de Justicia, que está gastando mucho tiempo y dinero. Dicha motivación no puede entenderse expresiva de una interpretación razonable de la legalidad aplicable en materia de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En primer lugar, con arreglo a la doctrina expresada, se colige fácilmente que no lo es la simple referencia a su carácter facultativo, lo que pugnaría con «los resultados de una interpretación teleológica de la *ratio* del beneficio, a cuyo tenor éste vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo» (STC 8/2001, de 15 de enero, FJ 3).

En segundo lugar, aunque sí sea un criterio relevante para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena la peligrosidad del acusado (art. 80 CP), resulta manifiestamente irrazonable inferirla del mero hecho de la suspensión y del ejercicio de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). No es razonable justificar la denegación de la suspensión en el argumento de que el acusado se podría llevar la impresión de que los hechos se pueden cometer sin consecuencia penal alguna, lo que les podría

llevar a repetirlos, porque como manifiestan el recurrente y el Ministerio Fiscal, además de que la suspensión puede revocarse, dichos efectos serían inherentes a toda suspensión de condena, no siendo por tanto sino una explicación de carácter general, absolutamente desvinculada de las concretas circunstancias del caso, que no responde a las exigencias del canon reforzado de motivación imperante en materia de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). Con mayor razón, fundamentar la denegación de la suspensión de la ejecución en el ejercicio por el acusado de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), con la consiguiente falta de colaboración con la Administración de Justicia, es a todas luces constitucionalmente inadmisibles, y lesivo del contenido de dichos derechos fundamentales.

En efecto, existe una consolidada doctrina de este Tribunal que considera que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable guardan una estrecha conexión con la presunción de inocencia y con el derecho de defensa (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). En virtud del derecho a la presunción de inocencia la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5, y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Vertiente que, como se puso de manifiesto en los fundamentos precedentes, ha sido plenamente respetada en el proceso penal del que dimana el presente amparo, pues, pese a la negativa de los hechos por los acusados, existió válida prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Pero, asimismo, estos derechos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa del acusado, «quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable» (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, entre otras). Por otra parte, la legislación española no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Ad-

ministración de Justicia (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4, y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7) y no lo somete a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 198/2006, de 3 de julio, FJ 4; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 18/2005, de 2 de febrero, FJ 3; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), sin que puedan por tanto extraerse consecuencias negativas para el acusado exclusivamente del ejercicio del derecho a guardar silencio (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7), o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

**Sentencia 95/2007 de la Sala 2.^a del TC de 7 de mayo de 2007
(BOE 8 de junio de 2007) (Recurso de amparo 2555/2006)**

PRISIÓN PROVISIONAL EN EURO-ORDEN

Arts. 17.1 CE; 20 Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega; 503 y 204 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la libertad personal a consecuencia del mantenimiento de la situación de prisión provisional incumpliendo el plazo para el procedimiento de euro-orden, no justificado por la pendencia de otra causa penal ante la jurisdicción española.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal viene declarando que la prisión provisional, por el contenido de privación de libertad que comporta, ha de ser

concebida, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan (así más recientemente, SSTC 147/2000, de 29 de

mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 3; y 98/2002, de 29 de abril, FJ 3). Y, como consecuencia de la excepcionalidad de la medida, hemos afirmado que rige el principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3; 81/2004, de 5 de mayo, FJ 5).

5. Respecto del sometimiento a plazo máximo de la prisión provisional, exigencia constitucional (art. 17.4 CE) cuya concreta determinación se reserva a la ley, hemos declarado que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (...).

6. Por otra parte en la STC 99/2006, de 27 de marzo, FFJJ 3 y 4, analizamos un supuesto en el cual se denunciaba la superación de los plazos máximos de prisión provisional acordada en el seno de un procedimiento de orden europea de detención y entrega (euroorden), estableciendo que los plazos a tener en cuenta en tal caso son los previstos en los arts. 19 y 20 de la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega.

En concreto, afirmamos en el fundamento jurídico tercero que: «[E]l examen de la queja debe partir del hecho de que el artículo 19 de la citada Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, dispone determinados plazos para adoptar la decisión judicial en relación con la entrega del reclamado, una vez decidida por el Juez Central de Instrucción la situación de éste, que puede ser de prisión o de libertad provisional (art. 17.1 de la referida Ley). Ahora bien, adoptada ya judicialmente la decisión de en-

trega, es el artículo 20 el que establece los plazos en que ha de ejecutarse la misma».

Y, tras reproducir en su literalidad este precepto («1. La entrega de la persona reclamada se hará efectiva por agente de la autoridad española, previa notificación a la autoridad designada al efecto por la autoridad judicial de emisión del lugar y fechas fijados, siempre dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega. 2. Si por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse en este plazo, las autoridades judiciales implicadas se pondrán en contacto inmediatamente para fijar una nueva fecha, dentro de un nuevo plazo de diez días desde la fecha inicialmente fijada. 3. Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves, pero ésta deberá realizarse en cuanto dichos motivos dejen de existir. La entrega se verificará en los diez días siguientes a la nueva fecha que se acuerde cuando dichos motivos dejen de existir. 4. Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada, sin que ello sea fundamento para la denegación de la ejecución de un posterior orden europea basada en los mismos hechos») declaramos la existencia en aquel caso de vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) por incumplimiento del plazo máximo legal previsto para la prisión provisional, afirmando también que el hecho de que la entrega no hubiera podido llevarse a cabo en tiempo oportuno no puede entenderse que salve la inconstitucionalidad de la actuación de los órganos judiciales, puesto que el art. 17.1 CE prevé que nadie puede ser privado de su libertad «sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley», por lo que los plazos establecidos por ésta han de observarse y, en caso de su incumplimiento, resulta afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el art. 17 CE.

7. La doctrina anteriormente expuesta conduce al otorgamiento del amparo en el presente caso puesto que el incumplimiento en él de los plazos máximos fijados por el art. 20 de la Ley 3/2003 y la permanencia en prisión provisional del recurrente más allá de los mismos resulta evidente, habiendo acordado los órganos judiciales, pese a todo, el mantenimiento de la medida sobre la base de genéricas consideraciones relativas al riesgo de fuga latente en quien se ha fugado del Estado reclamante, sin entrar a considerar las peculiaridades que el régimen de prisión provisional presenta en los supuestos de orden europea de detención y entrega y en el supuesto concreto.

Según se desprende del examen de las actuaciones el demandante de amparo ha permanecido en prisión provisional, a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de Madrid en virtud de la orden europea de detención y entrega 50-2005, ininterrumpidamente desde el día 15 de julio de 2005, habiéndose acordado con su consentimiento su entrega el día 16 de julio de 2005, sin que ésta se haya hecho efectiva por existir responsabilidades penales pendientes en España en una causa en la cual no se ha decretado prisión y sin que, pese a ello, se haya procedido a su puesta en libertad. La duración de la prisión provisional del recurrente, por tanto, excede con creces el límite legalmente establecido y supera todo plazo razonable en un procedimiento de orden europea de detención y entrega.

Ciertamente, el art. 21 de Ley 3/2003 prevé la suspensión de la entrega, cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto al que motive la orden europea, hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena, pero ni en el citado precepto ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión. Por tanto, el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal, sin que resulte constitucionalmente admi-

ble inferirla de la previsión de la suspensión de la entrega o de los plazos generales sobre prisión provisional establecidos en la Ley de enjuiciamiento criminal (como podría desprenderse de las resoluciones judiciales, aunque no se efectúe en estas un razonamiento explícito al respecto) pues ello supondría desconocer el carácter excepcional de la prisión provisional, que (en palabras de la STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 6) impone un criterio hermenéutico restrictivo, en el sentido más favorable a la libertad (*favor libertatis*), de las normas que la regulan.

Por otra parte, ha de advertirse que, con la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, se introduce como factor decisivo para adoptar la resolución acordada un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española. El carácter indeterminado del plazo máximo de duración de la prisión provisional que de ello deriva es incompatible con las exigencias de certeza y de sometimiento a plazo razonable de esta situación. Y, por tanto, la medida adoptada resulta desproporcionada.

De todo lo anteriormente expuesto cabe concluir que es constitucionalmente inaceptable, en atención al significado prevalente del derecho a la libertad y al carácter excepcional de la prisión provisional, el mantenimiento de esta medida una vez agotados los plazos previstos en el art. 20 de la Ley 3/2003. Por ello, como sostienen tanto el demandante de amparo como el Ministerio público, resulta obligado concluir que se ha vulnerado en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento el derecho a la libertad personal del recurrente, consagrado en el art. 17.1 CE, sin que (como ya anunciamos) resulte necesario extender nuestro análisis a la alegada falta de motivación de los Autos recurridos en amparo, pues cualquiera que fuese dicha motivación no podría suplir la falta de cobertura legal de la medida derivada del agotamiento del plazo máximo legalmente previsto para el mantenimiento de la situación de prisión provisional en el caso.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2007

Asunto: Determinar si la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del artículo 188.1 y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal debe estimarse un concurso de normas o un concurso de delitos.

Acuerdo:

“La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del artículo 188.1 y del previsto en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos.”

Asunto: Se trata de determinar si debe condenarse a la aseguradora, con la que el responsable civil tiene concertado el seguro obligatorio, cuando el origen de esa responsabilidad civil derive de una responsabilidad penal dolosa por el hecho que origina el daño a indemnizar.

Acuerdo:

“No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”.

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 29 de mayo de 2007

Primer asunto: 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, tan sólo complementa 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, habiendo resultado derogado por la nueva ley de represión del contrabando de 1995, que no incorporó el expresado supuesto especial del texto.

Acuerdo:

“El supuesto 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”.

Segundo asunto: Incidencias del tratado de adhesión de Rumanía a la Unión Europea en la tipicidad establecida en el artículo 318 bis del Código Penal.

Acuerdo:

“Las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del artículo 318 bis del Código Penal”.

Sentencia 979/2006, Sala de lo Penal del TS, de 9 de octubre de 2006

**ANULACIÓN DE SENTENCIA DE APELACIÓN EN CAUSA CON JURADO
Arts. 846 bis a), 846 bis c), 846 bis f), 847 LECrim.; 14.5 Pacto
Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

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

SÍNTESIS

Anulada en apelación por defectos formales (y sin entrar en las cuestiones de fondo) la sentencia de la Audiencia en causa con Jurado, revocada a su vez la sentencia de apelación del TSJ al prosperar contra ella un recurso de casación por quebrantamiento de forma y, finalmente, anulada también la sentencia de casación al estimarse recurso de amparo, la Sala, apartándose de pronunciamientos anteriores, considera que el correcto cumplimiento de lo ordenado por el TC pasa por anular la sentencia dictada en apelación por el TSJ para que éste se pronuncie como tribunal de segunda instancia sobre las cuestiones de fondo impugnadas. Incluye voto particular favorable a que sea la propia Sala 2.ª del TS quien resuelva directamente las cuestiones de fondo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—La sentencia del Tribunal del Jurado condena al acusado a la pena de diecisiete años de prisión, como autor de un delito de asesinato, después de valorar de forma minuciosa en el Fundamento de Derecho Tercero cuáles han sido las pruebas tomadas en cuenta para llegar a dicha conclusión.

Contra esta resolución, el condenado formaliza recurso de casación suscitando como cuestión previa la relativa a la designación de Abogado y a la concesión de la venia y, a continuación, un segundo motivo por no haberse apreciado un trastorno esquizotípico de la personalidad y un trastorno límite de la misma, según la pericia de los psicólogos

del Departamento de Justicia de la Generalitat. Este motivo se canaliza por la vía del error de derecho y no del error de hecho. El motivo tercero cuestiona la totalidad de la prueba manejada por el Tribunal del Jurado y solicita la aplicación del principio constitucionalidad de presunción de inocencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 26 de junio de 2001, de oficio, ya que la cuestión había sido suscitada, analiza las consecuencias que pudieran derivarse de la modificación de las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y de la defensa, cuando, según Diligencia de constancia de la Sra. Secretaria del Tribunal Superior, se dice “la extiendo yo, la Secretaria Judicial para hacer constar que no han sido aportados los escritos

modificando las conclusiones provisionales por las partes. Doy fe”.

A continuación, da lugar al recurso de apelación que revoca la sentencia recurrida y devuelve la causa a la Audiencia para la celebración del nuevo juicio.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra esta decisión del Tribunal Superior de Justicia y solicita que se case y anule la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia remitiéndole las actuaciones para que dicte nueva sentencia ajustada a derecho o, en su defecto, que esta Sala Segunda dicte nueva sentencia resolviendo la apelación alegada por la defensa ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo conoció de dicho recurso y, con fecha 6 de noviembre de 2002, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y anula la resolución dictada en apelación, añadiendo que la Sentencia del Tribunal del Jurado recupera su efectividad, ejecutividad y firmeza.

Contra dicha resolución se interpone nulidad de actuaciones que apoya el Ministerio Fiscal, si bien se insiste por esta Sala en que la sentencia del Tribunal del Jurado resulta impecable en su sistemática y motivación en todo lo relacionado con la valoración de la prueba y con la denegación de la presunción de inocencia y de la concurrencia de una circunstancia modificativa de la imputabilidad de la responsabilidad criminal.

El Tribunal Constitucional en Sentencia, de fecha 5 de junio de 2006, concede el amparo y ordena retrotraer las actuaciones a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que se dicte nueva resolución conforme con el contenido declarado del derecho fundamental reconocido en los términos recogidos en el Fundamento Jurídico número 4 que, a pesar de los antecedentes jurídicos que venimos exponiendo, considera que sólo debemos pronunciarnos sobre la valoración de la prueba, a tenor de lo estipulado en el art. 846 bis c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no de la Ley Orgánica del Tri-

bunal del Jurado, que abre la posibilidad de recurrir por carecer el veredicto de condena de toda base razonable atendida la prueba practicada en el juicio.

Si queremos cumplir con las resoluciones del Tribunal Constitucional, es necesario ordenarlas de forma congruente con la invocación que dicho Tribunal hace del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La legalidad vigente en la regulación del Tribunal del Jurado exige que el veredicto pueda ser corregido a través de un recurso de Apelación, previo al de casación.

En consecuencia, para garantizar el derecho a la doble instancia es necesario primero, anular la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para que, dando por solventadas las cuestiones sobre la nulidad de actuaciones se pronuncie como Tribunal de segunda instancia sobre la presunción de inocencia relacionada con la autoría y la posible incidencia sobre la imputabilidad de las patologías mentales que se desprenden del informe de los peritos.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA,
RESPECTO DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL
RECURSO DE CASACIÓN N.º 869/2001

A través del presente voto particular expreso mi disensión a la Sentencia, reiterando los argumentos que expuse en la deliberación.

La Sentencia de la disenso se dicta al haber sido anulada por el Tribunal Constitucional la recaída en este mismo recurso. En síntesis, el *iter* procesal del recurso es el siguiente: el enjuiciamiento se celebró ante el Tribunal de Jurado que condenó al acusado como autor de un delito de asesinato. El condenado opuso un recurso de apelación, por error de derecho y por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. El Tribunal Superior de Justicia, apartándose de la impugnación formalizada, declara nulo el juicio ante el Tribunal de Jurado y ordena su repetición. Contra dicha

Sentencia, estimatoria de un quebrantamiento de forma no alegado, recurre el Ministerio fiscal, interesando la casación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En su resolución esta Sala estima la impugnación y revoca la Sentencia impugnada, otorgando firmeza a la del Tribunal de Jurado. El condenado formaliza ante esta misma Sala recurso de nulidad aduciendo que ha quedado sin resolver las cuestiones que dedujo en el recurso de apelación, siendo denegada su pretensión al entender que sí se había dado respuesta a la pretensión deducida en la apelación. Por último, el condenado formaliza un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que le fue otorgado y, consecuentemente, se anuló la Sentencia de casación y el Auto que resolvió la nulidad. En la Sentencia de amparo el Tribunal Constitucional lo otorga porque “si bien es cierto que resulta suficiente con la revisión que el Tribunal Supremo efectúa cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, también lo es que, como se acaba de razonar, esta revisión no se ha producido en el caso...”.

De cuanto llevamos reseñado interesa, a los efectos de articular mi disensión, dos aspectos. El primero, hasta esta resolución de la que disiento, la sentencia dictada por el Tribunal de Jurado ha sido objeto de cuatro revisiones, una apelación, una casación, una nulidad y un recurso de amparo. Esta es la quinta revisión sobre aquella condena, y potencialmente, se producirán otras dos. El segundo, la revisión de la sentencia condenatoria, que, como derecho del condenado se proclama en nuestro derecho, se satisface cuando la revisión es efectiva y puede ser realizada tanto por el Tribunal Superior de Justicia como por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. En este sentido es reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de nuestra Sala, que nos recuerda que el Tribunal Supremo realiza, a través de la casación, una función unificadora en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y una función revisora del fallo condenatorio en los términos

exigidos por el art. 14.5 del PIDCP de Nueva York.

La cuestión central del presente recurso se centra en este aspecto: satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva respecto al condenado y su derecho a la revisión.

En los supuestos, como ha ocurrido en este supuesto, en los que el tribunal encargado de la revisión, el Tribunal Superior de Justicia, anula por vicios formales una sentencia del Tribunal de Jurado, dejando sin revisar las cuestiones de fondo que le fueron planteadas, y esa sentencia es objeto de revisión a través del recurso de casación, cuyo conocimiento se contrae a la nulidad declarada, la cuestión de fondo, la revisión de la condena pueda no llegar a realizarse.

Ante esa situación se plantea una doble posibilidad: la primera, reenviar la causa el Tribunal Superior de Justicia para que, declarada la validez del enjuiciamiento ante el Tribunal de Jurado, resuelva las impugnaciones de fondo. La segunda, resolver en esta Sala, la totalidad de la impugnación, declarando la firmeza de la sentencia dictada. Recordamos, como dijimos en el Auto de 28-3-2001, que la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado irrumpió en nuestro ordenamiento sin prever las especificaciones de un sistema de doble instancia y un recurso de casación.

Estas dos alternativas presentan, indudablemente, ventajas e inconvenientes y en la opción que se realice ha de tenerse en cuenta, además del derecho a la revisión, el de una resolución en plazo debido y el de resolución definitiva sobre el conflicto generado por el hecho delictivo.

Esta Sala, en resoluciones de recursos con un objeto parecido, realizó la opción por la segunda alternativa, esto es, la definitiva resolución del objeto del proceso por esta Sala. Así en la STS 1618/2000, de 19 de octubre, dijimos: “Esta segunda alternativa es la que acogemos. En primer lugar, porque cualquiera de las soluciones que adoptemos ha de procurar la resolución del conflicto

que comporta todo enjuiciamiento en un plazo razonable, lo que no se alcanzaría si propiciáramos un reenvío de la decisión al tribunal de la apelación con posterior impugnación casacional. Sobre todo, porque la técnica del reenvío solo se dispone en nuestro ordenamiento procesal para los supuestos en los que declaramos la existencia de un vicio *in procedendo*, un quebrantamiento de forma, y no a los supuestos de los errores “*in iudicando*” que son resueltos por esta Sala cuando le han sido efectivamente planteados, poniendo fin definitivamente a la cuestión deducida ante el Poder Judicial al que esta Sala pertenece como órgano jurisdiccional superior en el orden penal (art. 123 CE).

Esta Sentencia fue objeto de recurso de nulidad, resuelto por Auto de 28-3-2001. La promulgación de la Ley del Tribunal de Jurado introdujo la recurribilidad de las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores al conocer de la apelación contra las Sentencias del Tribunal de Jurado. Esta novedad legislativa irrumpe en un sistema preexistente sin regular las especificaciones propias de un sistema de doble instancia. Entre ellas, la consideración de que un vicio procesal *in iudicando* cuya consecuencia es la nulidad del enjuiciamiento y su repetición, se transforma en una infracción de ley cuando es recurrida en casación el que se comprueba si la norma en cuya virtud se acuerda la nulidad ha sido, o no, correctamente aplicada.

Dijimos en la Sentencia a la que se contrae la nulidad que la estimación del recurso declarando que no concurrió la causa de nulidad abría dos alternativas, el reenvío al Tribunal Superior de Justicia para conocer de los motivos no resueltos o la resolución por esta Sala, dando respuesta a lo que es objeto de la impugnación. Esta alternativa es la que elegimos por las razones expuestas en la fundamentación de la Sentencia, que damos por expresamente reproducidas, referidas al enjuiciamiento sin dilaciones indebidas, a la técnica de reenvío prevista pa-

ra el juicio oral de única instancia y al principio de congruencia.

El ejercicio de la función jurisdiccional supone la resolución de un conflicto, público o privado, en un plazo razonable, lo que no se produciría si acordáramos el reenvío para que el Tribunal Superior de Justicia resolviera, en primer lugar, el otro quebrantamiento de forma y, a continuación, las impugnaciones por infracción de Ley. De seguir este criterio podríamos encontrarnos en este supuesto con siete pronunciamientos jurisdiccionales para la resolución del conflicto, lo que repugna a una mínima organización jurisdiccional”.

En otras Sentencias hemos reproducido este criterio (STS. 22-3-2001, 20-10-2001) para evitar lo que nuestra jurisprudencia hemos denominado “efecto ascensor”, esto es un continuo deambular por distintos órganos jurisdiccionales, hasta siete, para declarar firme un pronunciamiento penal. Para evitarlo, es preciso recordar que la Sala II como órgano jurisdiccional superior del orden jurisdiccional penal, puede y debe atender las demandas de revisión con jurisdicción plena.

En el caso concreto de esta resolución estimo que en el recurso de nulidad, donde se planteó con toda intensidad la pretensión del recurrente de revisión de su fallo condenatorio, debió resolverse, la cuestión deducida, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y en ello en base a tres consideraciones:

- a) porque esa pretensión revisión le fue planteada por el condenado en el recurso de nulidad y ahora, se vuelve a plantear.
- b) porque el Tribunal Constitucional cuando anula nuestra Sentencia, declara que el Tribunal Supremo a través del recurso de casación puede satisfacer el derecho del condenado a la revisión del fallo condenatorio que, en este caso no ha realizado.
- c) porque no considero lógico que en la Sentencia de la que discrepo se diga, de una parte, que “se insiste por esta Sala en que la sentencia del Tribunal de Jurado resulta im-

pecable en su sistemática y motivación en todo lo relacionado con la valoración de la prueba y con la denegación de la presunción de inocencia...” y, de otra se afirma, “si queremos cumplir con las resoluciones del Tribunal Constitucional, es necesario ordenarlos de forma congruente con la invocación que dicho Tribunal hace del art. 14.5 del PIDCP. La legalidad vigente en la regulación del Tribunal de Jurado exige que el veredicto pueda ser corregido a través de un recurso de apelación, previo al de casación”. Entiendo que se produce una grave contradicción en afirmar, al tiempo, la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia, y de otro, la necesidad de que esa revisión del derecho lo realice el Tribunal Superior de Justicia, entre otras razones porque el margen de la decisión del tribunal al que reenviamos la causa es prácticamente

inexistente. Ese reenvío al Tribunal Superior de Justicia es un mero formalismo, carente de contenido material sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y retardatario respecto a la definitiva resolución del caso.

Una última aportación a mi disensión. Si como he expuesto nuestros antecedentes jurisprudenciales ha resuelto cuestión planteada en un determinado sentido, su cambio debió ser objeto de un debate en un Pleno no jurisdiccional de la Sala, máxime cuando, como se dijo en la deliberación existe otros antecedentes contradictorios.

Nuestra función jurisdiccional esencial es la de unificar la interpretación de la ley y esa función no la realizamos cuando, como en la sentencia de la mayoría, nos apartamos de nuestros antecedentes sin una argumentación que lo justifique.

Sentencia 38/2007, Sala de lo Penal del TS, de 31 de enero de 2007

MALTRATO PSÍQUICO

Art. 173 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se ocupa del concepto de “violencia psíquica” en el delito de violencia doméstica habitual, previsto en el artículo 173 del Código Penal y su conexión con la idea de lesión de la integridad moral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo segundo, con carácter subsidiario al motivo anterior, por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 173 CP, dado que de los hechos declarados

probados no se desprende la existencia de una verdadera situación de desasosiego, angustia y temor en la denunciante, pues no está probado ni la existencia de una verdadera actitud degradante, ni que la acción desarrollada el día 16-4-2004, fuera con la intención de causar un daño moral grave en

la denunciante, cuando no existen ni denuncias anteriores por malos tratos psicológicos, ni ningún tipo de informe médico que ampare la situación de angustia, temor o desasosiego que pudiera sufrir Sofía.

El delito contra la integridad del art. 173 CP representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del CP como delitos contra la integridad moral de las personas, artículo que desde la reforma de la LO 11/2003, de 29-9, contiene también, en sus párrafos 2.º y 3.º el delito de violencia doméstica, por entender que este concepto normativo no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecta al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los hechos inherentes, lo que justifica —la simple consideración del bien jurídico protegido— que este delito de violencia habitual en el ámbito familiar, haya sido ubicado dentro del Título VII y en el campo de los delitos contra la integridad moral, concretamente en el art. 173.

La sentencia de instancia descarta la aplicación de estos párrafos 2.º y 3.º del citado precepto por no considerar acreditada la habitualidad y subsume los hechos acaecidos el día 16-4, en el párrafo 1.º como maltrato psicológico no habitual.

Esta posibilidad debe ser compartida.

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes

jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma.

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral pero si puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de “sensación de envilecimiento” o de “humillación, vejación e indignidad”. La STC 120/1990, de 27-6 nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular”, así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este es-

pacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene vinculando —como ya hemos señalado— la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC 120/1990; 137/1990 y 57/1994) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de “incolumidad e integridad o inviolabilidad personal”.

Esta Sala, en Sentencia 3-10-2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: “El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la “integridad moral” y proscribire con carácter general los “tratos degradantes”. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Igualmente la STS 213/2005, de 22-2 nos precisa que: De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un

límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad “...menoscabando gravemente su integridad moral...”, nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes —STS 294/2003, de 16 de abril—:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

Como se recoge en la STS 824/2003, de 5 de julio, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620.2.º —vejación injusta—.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad está la cuestión de si se exige una continuidad en la acción, es decir, si bastará una sola y aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, esto es una actitud.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha puesto el acento —de acuerdo con el tipo— en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En este sentido, la STS 489/2003, de 2 de abril y las en ella citadas se refieren a que

“... Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada..... si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico...”.

En efecto por trato degradante habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión «trato degradante», que —en cierta opinión doctrinal— parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se apre-

cie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

En el caso de autos el factum recoge que “el acusado Ángel Daniel... mantenía una relación efectivamente inestable con su esposa Sofía, con la que tenía dos hijas menores, por lo que ella le comunicó el 16-4-2004 que quería la separación amistosa, ante lo que él le dijo “estás gorda, no vales para nada, un día quemaré la casa”, al tiempo que rompía muebles a patadas y arrojándolos al suelo, añadiendo que esta discusión “había provocado en Sofía estado de desasosiego, angustia y temor”.

Estas expresiones, puestas en relación con la rotura de muebles en la vivienda e incluso con su conducta posterior, tres días después, cumpliendo su amenaza y quemando la vivienda, conducta que si bien desde el punto de vista subjetivo no le es imputable por esa previa ingestión de pastillas Valium 5, objetivamente si tienen entidad suficiente para constituir violentado el bien protegido por el art. 173 CP al menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima, interpretada que ha sido la acción típica en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho.

Sentencia 80/2007, Sala de lo Penal del TS, de 7 de febrero de 2007

DELITO CONTINUADO DE ESTAFA

Arts. 74 y 250.1.6.º Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se admite la construcción de un delito continuado con un hecho consumado y otro intentado, pero no cabe sumar la cantidad efectivamente defrau-

dada (en el primer caso) con la que se pretendió defraudar (en el segundo) a los efectos de apreciar la agravación prevista en el número 6 del artículo 250.1 del Código Penal (“especial gravedad de la defraudación”).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el correlativo se alega corriente infracción de ley (art. 849.1 LECr.) por indebida aplicación de diversos preceptos sustantivos, cada uno de los cuales debió integrar un motivo diferente, aunque el recurrente los agrupe.

1. Para su análisis diferenciando las impugnaciones a que se contrae el motivo son las tres siguientes:

a) Aplicación indebida de la cualificación del art. 250.1.6 CP de especial gravedad por razón de la cuantía. El límite jurisprudencialmente establecido, como arranque para estimar la agravación es de 36.060,73 euros, equivalente a 6 millones de pesetas. El tribunal de origen suma las cuantías de los tres actos apropiativos, las cuales suponen 55.000 euros, como perjuicio total causado, pero debió tomar en consideración el valor real de lo defraudado y no de lo que se intentó defraudar, en cuyo caso la cifra total realmente estafada estaría integrada por 9.528,51 euros por un lado (hecho primero del *factum*) y 22.237,45 euros por otro, a que se refiere el hecho tercero, cuya adición no supera el límite cuántico a partir del cual opera la agravación.

(...)

2. La primera de las quejas debe prosperar por asistirle razón al recurrente.

Efectivamente, el tribunal de instancia para alcanzar la cuantía de 36.000 euros, tomó en consideración cantidades referidas a un delito intentado, que acumuló a dos delitos consumados que, por sí solos, sus cuantías adicionadas no alcanzaban a tal cifra.

No es posible considerar conjuntamente el importe de lo que se pretendió defraudar (tentativa), con lo que realmente se defraudó (consumación), ya que ambas infracciones punitivas operan sobre marcos penales heterogéneos y estaríamos disgregando o desnaturalizando un concepto, que tiene una determinada respuesta punitiva absolutamente distinta en uno y otro caso.

El intento (tentativa) de estafar, pongamos por caso un millón de euros, aunque concurrieran otras circunstancias cualificativas del art. 250 CP, además de la 1.6.ª, determinaría la imposición de una pena dentro del recorrido que va de 6 meses a 1 año (pena inferior en grado del art. 250), mientras que la concurrencia de una defraudación consumada de más de 36.000 euros, o por menos cantidad, si a su vez, concurre otra cualificativa del art. 250, daría lugar a la imposición de una pena privativa de libertad que oscilaría entre 1 y 6 años, marco penológico diferente que no tolera la conjunta estimación con las estafas intentadas.

En caso de no alcanzar los 36.000 euros, rebasada la cifra de 400 y no concurrir otra cualificativa del art. 250, la pena a imponer sería de 6 meses a 3 años, también distinta al delito intentado del art. 249, que se movería entre los 3 y 6 meses de prisión.

Sí sería posible acumular dentro de la continuidad delictiva, infracciones, todas ellas intentadas, para determinar la aplicación del art. 250 CP (de 6 meses a 1 año), actuando del mismo modo que las infracciones continuadas en grado de consumación, a efectos de determinar el alumbamiento o no del subtipo del art. 250 y en general para la fijación de la pena a imponer.

Todo lo hasta ahora afirmado no significa que la estafa intentada no se agrupe en la

continuidad delictiva, con las infracciones consumadas, ya que es plenamente procedente, conforme al art. 74 CP, lo que no cabe —insistimos— es sumar el importe de las

tentativas de estafa con el de las estafas consumadas a efectos de alcanzar la cifra jurisprudencialmente señalada en el subtipo del n.º 6 del art. 250.

Sentencia 136/2007, Sala de lo Penal del TS, de 8 de febrero de 2007

DESÓRDENES PÚBLICOS

Art. 557.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones analizadas en esta sentencia, recogemos sólo la doctrina general, en ella expuesta, en torno al delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 557 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primer motivo de Juan María y el cuarto de Juan Alberto, cuestionan un mismo tema, ambos por la vía autorizada en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente, con pleno respeto y acatamiento de los hechos probados de la sentencia recurrida, y que lo es la subsunción jurídica de los hechos que se narran en el apartado A) de la misma como delito de desórdenes públicos, a tenor de las previsiones legales que se contienen en el art. 557.1.º del Código penal vigente.

Concretamente reprochan los autores de ambas censuras casacionales, que no existe una propia actuación en grupo, sino conjunta simplemente, y desde el plano subjetivo del injusto, no concurre tampoco ese ánimo de alterar la paz pública que exige el precepto cuestionado. La situación de pánico, también se dice, es consustancial a cualquier tipo de reyerta de “fin de semana”.

En la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos, el art. 557 del Código penal, tenía la siguiente redacción: “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

Como se deduce de su propio texto, esta figura delictiva exige los siguientes elementos típicos:

- 1.º Un sujeto activo plural recogido con la expresión «actuando en grupo».
- 2.º Un modo de comisión específico consistente en alterar el orden de alguna de las cuatro formas que con «numerus clau-

sus», así se concretan: a) causando lesiones a las personas, b) produciendo desperfectos en las propiedades, c) obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, d) o invadiendo instalaciones o edificios.

3.º Un especial elemento subjetivo del injusto, cuando se requiere que tal comportamiento de dicho sujeto plural ha de realizarse con el fin de atentar contra la paz pública.

La LO 15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acen tuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca median-

te comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes.

Quiere con ello decirse que el precepto no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración “política” de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino sencillamente como alteración de la paz pública, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. Por eso decimos, que no cabe duda que, cada vez con mayor convicción, se reclama el concepto de paz pública, que es precisamente lo contrario de los aludidos desórdenes públicos, y precisamente el bien jurídico que tutela la norma penal.

Sentencia 121/2007, Sala de lo Penal del TS, de 14 de febrero de 2007

ATIPICIDAD DE LA MALVERSACIÓN IMPRUDENTE

Arts. 432 y 435.3.º Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Gimenez García

SÍNTESIS

El quebrantamiento del deber de cuidado y custodia en los bienes depositados por parte del depositario no puede calificarse como malversación impropia por ser éste un delito de exclusiva comisión dolosa, resultando atípica la modalidad imprudente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, el delito de malversación impropia exige la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) La existencia de un proceso judicial o administrativo.
- b) Que en él, y por la autoridad competente se haya acordado el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica.
- c) Que haya sido designada depositaria una persona concreta a la que se le hace entrega de los bienes concernidos en concepto de depositario, documentándose en legal forma la constitución del depósito.
- d) Que el depositario haya aceptado el cargo, también en legal forma y de manera documentada, y asimismo que haya sido instruido de las obligaciones inherentes al cargo y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento.
- e) Que con posterioridad, el depositario efectúe un acto de disposición sobre los bienes embargados de los que es depositario. Este acto de disposición puede ser directo, es decir en forma comisiva o también puede ser por omisión, pero en connivencia con el autor material.

Así como en la acción por comisión se está en presencia de un dolo directo, en la forma omisiva, el dolo queda definido por el conocimiento de la de sustracción, por un tercero unido al concierto con esa tercera persona. Resulta relevante recordar que ha desaparecido la figura culposa de la malversación propia o impropia contenida en el antiguo artículo 395 CPenal de 1973.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS de 9 de febrero de 1996, 22 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, 9 de marzo de 1999 ó 654/1999, de 27 de abril. Más res-

cientemente, se puede citar la STS 1564/2005, de 4 de enero. En relación a la malversación impropia por omisión STS n.º 1362/2002, de 2 de febrero.

Como señala la STS 654/1999 ya citada, el delito de malversación impropia descansa sobre dos ficciones:

- a) La de que el depositario nombrado, en virtud de dicho nombramiento quede asimilado a la condición de funcionario público, y
- b) Que de igual forma, los bienes depositados aún siendo privados queden, también, asimilados a bienes o caudales públicos.

Como de esta doble asimilación se derivan graves consecuencias para el depositario, se exige que cuando preste su consentimiento para la aceptación del cargo, (pues no es de obligada aceptación), debe tener un consentimiento informado al respecto, es decir debe saber las obligaciones en que incurre derivadas de la doble ficción que se deriva de su condición de depositario.

El punto esencial del debate propuesto por el recurrente se refiere al ámbito y extensión de las obligaciones en que incurre, y muy en concreto si debe ser instruido de las responsabilidades de índole penal que le podrían acarrear en caso de incumplimiento. Sin desconocer que existen algunas sentencias que se inclinan por la expresa constancia documental de que fue instruido de incurrir en responsabilidades penales en caso de incumplimiento —SSTS de 6 de febrero de 2003 y 4 de enero de 2005—, otras no exigen tal precisión, bastando, al respecto con la expresa cita de poder incurrir en las responsabilidades derivadas del quebrantamiento de su obligación de conservar los bienes embargados de los que es depositario, los que están afectos al resultado del procedimiento en el que se han embargado.

Es en este aspecto donde la extensión de éste “consentimiento informado” puede re-

lacionarse con el error de prohibición al que se refiere el recurrente.

El error de prohibición supone la ausencia de responsabilidad en el sujeto concernido porque ignora el carácter antijurídico de su actuar, supone un error sobre la antijuridicidad de su acción, evidentemente el conocimiento de la ilicitud de su actuar no exige un cabal y completo conocimiento de todas y cada una de las consecuencias en que podía incurrir, bastando con que como consecuencia de formar parte de la ciudadanía, siendo partícipe de la comunidad de cultura en la que ha surgido la norma jurídica concreta como expresión de la voluntad colectiva formada en sede parlamentaria, participe de la misma convicción social de que dicha norma debe ser obedecida, y por tanto, asumiendo la sanción en caso de incumplimiento.

(...)

El quebrantamiento del deber de cuidado y custodia en los bienes depositados por parte del depositario... ¿puede dar lugar al delito de malversación impropia?

Estimamos que no en respeto al principio de legalidad y taxatividad. El delito de malversación propia o impropia viene a ser un delito contra la propiedad vertebrado alrededor del ánimo de lucro que está cualificado por la condición del sujeto activo y de los bienes, unos y otros tienen la condición pública, *per se*, o por ficción como ya se ha dicho.

En ambos el verbo nuclear es la sustracción o consentimiento que un tercero sustraiga, teniendo ambos un ánimo de lucro.

En el caso de autos no se dice que el autor de la sustracción de las piezas del camión hasta dejarlo, prácticamente sin valor, hubiese sido el recurrente o tercera persona en connivencia con él. Antes bien, se dice que fueron “persona o personas desconocidas”. Lo mismo manifiesta él en su declaración judicial antes citado del folio 71.

Siendo así, la acción analizada queda extramuros de las previsiones legales para la malversación impropia.

Evidentemente incumplió el recurrente los deberes de cuidado y vigilancia inherentes a su condición de depositario, pero tal incumplimiento no es equivalente a una malversación impropia; podría integrar un caso de imprudencia, pero hay que recordar que así como en el CPenal de 1973 estaba prevista la figura de la malversación por imprudencia —art. 395— que también era aplicable a los supuestos de malversación impropia dada la generalidad de la cláusula de remisión del art. 399, aquel artículo no tiene correspondencia en el actual Código. No existe la figura culposa de la malversación, al no estar prevista su tipificación, con la consecuencia de proceder a la estimación del motivo y absolución del recurrente, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

Ello no quiere decir que carezca de toda respuesta la acción del recurrente, más limitadamente decimos que la sanción por esta falta de unidad y presunción queda extramuros del sistema penal. Podrá exigírsele las responsabilidades a que hubiera lugar en vía civil.

Sentencia 119/2007, Sala de lo Penal del TS, de 16 de febrero de 2007

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

Expuesta la doctrina general sobre las exigencias a que debe someterse la diligencia de intervención telefónica, se considera suficiente la motivación por remisión que legitima su adopción en el caso de autos, pero no las posteriores prórrogas que carecieron del sustrato fáctico que las fundamentara.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) Hemos declarado reiteradamente que la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas. En este sentido, los requisitos son tres: 1) judicialidad de la medida; 2) excepcionalidad de la medida; y 3) proporcionalidad de la medida.

De la nota de la judicialidad de la medida se derivan las consecuencias siguientes: a) que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad; b) que dicho sacrificio tiene la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección; c) que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas; d) al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación

o justificación de la medida. e) es una medida temporal, sin perjuicio de prórroga; f) el principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas; y g) consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, cuestión sobre la que volveremos posteriormente.

De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial (normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas), pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica.

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también,

una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento. En otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas, se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Estos requisitos expuestos hasta aquí, integran el estándar de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control convierte la medida en ilegítima por vulneración del artículo 18 de la Constitución. Siendo apreciable una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas.

Hemos de detenernos especialmente en el particular relativo a la motivación de la resolución judicial que autoriza la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Debe advertirse, que, como recuerda la Sentencia de esta Sala n.º 2145/2002, de 16 de diciembre, es ya sólida y detallada la doctrina que describe los requisitos que deben cumplirse para la legitimación de la resolución judicial derogatoria del derecho constitucionalmente garantizado al secreto de las comunicaciones, entre ellas las telefónicas.

Ante todo, ha de ser una resolución adoptada por juez competente, y, como derogatoria de un derecho individual con garantía constitucional, motivada con expresión de las circunstancias del caso concreto y de la aplicación al mismo de las normas jurídicas existentes al respecto. Pero ello no requiere

la expresión detallada de los datos fácticos objetivos en que se ha de basar, pues precisamente es para saber más sobre ellos para lo que se acuerda la intervención telefónica, y, además, basta con que las fuerzas policiales expresen con claridad sus sospechas de la comisión posible de delito, para que, sobre esa base y teniéndola en cuenta, el juez acuerde la intervención. Ésta habrá de referirse a una mejor averiguación de hechos que puedan ser delictivos, y nunca decretarse con fines prospectivos y de averiguación de cualquier clase de delincuencia en general.

Ahora bien, la ineludible exigencia de motivación judicial no conlleva una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar, bastando con que sea posible, desde una perspectiva objetiva, entender las razones que justifican en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial. En el auto judicial, y si se remite a la solicitud policial, en ésta, ha de constar, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 14/2001, de 29 de enero, el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida. No basta con la constancia en la solicitud policial de meras hipótesis subjetivas acerca de una «posible» comisión de un hecho delictivo y de una «posible» participación de la persona cuyas comunicaciones se pretende intervenir, sino que tales hipótesis han de venir avaladas por algún dato objetivo, producto de una previa investigación, que permita aceptarlas provisionalmente de forma que justifiquen la restricción del derecho fundamental.

Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Esas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer

que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave, o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 —caso Klass— y de 15 de junio de 1992 —caso Lüdi—).

Es evidente, por otro lado, que la solicitud de intervención telefónica tiene lugar, en la mayoría de los casos, en los primeros momentos de la investigación criminal, cuando aún no se dispone de pruebas de cargo contra los implicados en la acción delictiva a cuya investigación está orientada, la cual tiene que proseguir sin que el investigado lo conozca, por lo que la exigencia de suficiencia en los indicios en los que ha de apoyarse su adopción no puede adquirir tal nivel que la haga inviable o inútil. Se trata, precisamente, de avanzar en la investigación o de obtener medios de prueba de los que se carece.

La exigencia del artículo 120.3 de la Constitución está especialmente dirigida a proporcionar a la persona afectada por una resolución judicial las razones de la misma a los efectos del ejercicio del derecho al recurso. Y en los casos de resoluciones que se adoptan sin conocimiento del afectado y que éste no puede recurrir, sino sólo impugnar a posteriori para la exclusión de las pruebas obtenidas, como es el caso del auto que ordena la intervención telefónica, la motivación depende sobre todo del material con respecto al cual se han tomado las decisiones. Si el Juez de Instrucción se ha remitido a informes policiales con suficiente consistencia, como para acreditar desde el punto de vista de la experiencia criminalística suficientes motivos de sospecha, la motivación por remisión no vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que el informe policial se integra en el auto por tal remisión.

La Sentencia n.º 360/2004, de 18 de marzo, puntualiza que la resolución aparece motivada y complementa su fundamentación remitiéndose a la solicitud policial, que

no se refiere a meras deducciones o sospechas, sin que pueda olvidarse que en los momentos iniciales de la investigación no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada precisamente para profundizar en una investigación ya iniciada. E, igualmente, la misma resolución añade que la intervención telefónica que pueda solicitarse por los funcionarios policiales a los Jueces de Instrucción no es posterior al descubrimiento del delito, sino de averiguación del mismo e identificación de su autor (artículo 126 de la Constitución). De ahí que sea suficiente que exista una línea de investigación sobre la comisión de hechos delictivos que precise, para una mayor eficacia en la lucha contra manifestaciones graves de criminalidad, del auxilio de una información que puede obtenerse a través de las intervenciones telefónicas.

Exigir una justificación fáctica exhaustiva se compaginaría mal con una investigación que, aunque iniciada, precisa de ese medio de observación precisamente para aportar mayores indicios sobre la realización de graves conductas delictivas y sobre las personas que puedan estar implicadas.

En definitiva, la jurisprudencia ha aceptado la llamada motivación por remisión, integrando el auto judicial con el contenido de la solicitud policial que la precede y explica, de manera que cuando en esta última se contengan los datos necesarios para justificar el acuerdo del órgano judicial, basta que éste se remita a su contenido. De manera que el auto, integrado con la solicitud policial, puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso.

En cualquier caso, los indicios de la comisión de un delito y de la participación en el mismo de la persona cuya investigación se pretende continuar a través de la intervención telefónica aparecen como el soporte fáctico imprescindible de la decisión judicial. Debe desprenderse de ésta la existencia de indicios suficientes, entendidos, no como meras sospechas o conjeturas, sino como datos objetivos que, sin la seguridad de la

plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, permitan contar con una noticia racional, siquiera sea provisional y precisada de confirmación, del hecho que se pretende investigar, así como con la posibilidad seria de descubrir a los autores o de comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa a través de la medida que se autoriza. En algunos casos, será suficiente a estos efectos con los datos suministrados por quien solicita la intervención de las comunicaciones y, en otros, la autoridad judicial deberá proceder a su comprobación o ampliación.

3. Pues bien, en el supuesto de autos (...) la citada resolución judicial se remite al oficio policial. Y en tal oficio constan como extremos más relevantes, a los efectos que nos ocupan, que por las investigaciones que se estaban realizando con relación al entramado de personas, grupos u organizaciones que prestan cobertura, apoyan o financian a organizaciones islamistas radicales presuntamente vinculadas o relacionadas con grupos terroristas fundamentalistas árabes, entre los que se encuentra «Al Qaeda», se había comprobado que el recurrente venía manteniendo frecuentes contactos y reuniones con individuos integrados en los colectivos a los que se hacía referencia; contactos y reuniones que se estarían llevando a cabo en los diversos centros de estudio o culto islamistas existentes en diversas poblaciones de Cataluña. Así como que se había manifestado públicamente en diversas ocasiones a favor de los postulados de la guerra santa en contra de los países del mundo occidental y en contra de lo que representaban los Estados Unidos de Norteamérica. Se añadía que, a través de las investigaciones que la fuerza policial desarrollaba en relación con el recurrente, se había podido saber que por medio de una empresa podría estar o haber estado recaudando y/o derivando fondos para varias organizaciones terroristas. Y no se descartaba que entre sus misiones estaría la de captar individuos vinculados o relacionados con centros de estudios islámi-

cos o centros de culto, ambientes en los que era sobradamente conocido, con la finalidad de que una vez adoctrinados pasarían a formar parte de células de acción.

El auto de fecha 9 de octubre de 2001 (en relación con el número NUM002), tiene el mismo contenido que el auto de fecha 28 de septiembre de 2001. También se remite a la solicitud policial, solicitud que tiene el mismo contenido que aquélla en la que se solicitaba la intervención del teléfono fijo instalado en el domicilio el recurrente, si bien se añade que estaría utilizando el teléfono móvil cuya intervención se solicitaba, como medio de comunicación seguro y paso previo a la hora de materializar físicamente sus contactos y reuniones.

A la vista de todo ello, se llega a la conclusión de que las resoluciones habilitantes, puestas en relación con la solicitud adecuadamente explícita de la Policía actuante en la investigación del caso, están suficientemente fundada. Y es que en dichas solicitudes se pone de manifiesto la existencia de indicios de un delito de extrema gravedad, como es el referido a la existencia de grupos terroristas, junto con datos referidos a la existencia de contactos entre el recurrente y personas integradas o vinculadas con tales grupos, así como la práctica de actividades por su parte referidas tanto a la obtención de fondos para el mantenimiento como a la captación de personas para su integración en esos grupos terroristas. Para lo primero, estaría utilizando una empresa de la que formaba parte; y para lo segundo, estaría desarrollando una actividad en centros de estudios islámicos o centros de culto, en los que habitualmente se desenvolvía y era sobradamente conocido.

Por tanto, los autos objeto de estudio se remiten al contenido de los oficios policiales, que reflejan elementos que han de ser tenidos como indicadores de unos hechos delictivos graves, y que se han obtenido por la previa investigación policial, investigación que sólo puede profundizar a través de la intervención telefónica, dadas las caracte-

rísticas del delito cometido y los medios y actividades desplegadas por sus autores para impedir su investigación. De todo ello se deduce que el juez instructor llevó a cabo el correspondiente juicio de ponderación de las medidas restrictivas del derecho fundamental que autorizaba.

En definitiva, las resoluciones judiciales que acuerdan inicialmente las intervenciones se consideran suficientemente motivadas, si se ponen en relación con los oficios policiales respectivos, en los que se contienen elementos fácticos suficientes, derivados de la investigación policial sobre la persona, actividades y empresas relacionadas con el recurrente y su relación con personas integradas en actividades terroristas islámicas. De ahí que se consideren válidas tales intervenciones iniciales y el correspondiente sacrificio que conllevan para el derecho fundamental del afectado por ellas.

4. Pero el recurrente también considera que todas las prórrogas acordadas en la fase de instrucción carecen de motivación.

(...)

En lo referido a la adopción de prórrogas de la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, hemos dicho en numerosas sentencias que las solicitudes de prórroga de la intervención telefónica requieren las mismas condiciones de legitimidad de la limitación que las establecidas para las iniciales intervenciones, si bien al tratarse de ampliaciones respecto a una injerencia previamente acordada es preciso que el Juez controle el resultado producido, de suerte que a la vista del mismo, es decir del contenido de las intervenciones, pueda de forma fundada ratificar o alzar este medio de investigación. Basta con que la fuerza policial le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos.

Y ello porque si para la intervención inicial es suficiente con una solicitud en la que se objetiven los datos y se dé razón de las sospechas fundadas o indicios, en virtud de

los cuales se interesa la intervención telefónica, sin que sea obligado para el Juez la comprobación material de dichos motivos que aconsejan o exigen la adopción de la medida, igual ocurre cuando de prorrogarla se trata, siendo suficiente para ello, a juicio de esta Sala, con que los funcionarios policiales proporcionen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el Juez pueda fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la continuación de la medida (Sentencias n.º 957/2005, de 18 de julio; n.º 182/2004, 23 de abril; n.º 1543/2003, de 18 de noviembre; o n.º 1729/2000, de 6 de noviembre).

Lo relevante es que el servicio policial especializado, que por delegación del órgano instructor realizaba materialmente las escuchas, proporcione los elementos de convicción necesarios para poder valorar la conveniencia de la prórroga. De manera que el Juzgador disponga de los elementos de juicio necesarios para decidir acerca de la necesidad y conveniencia de continuar o no la medida de investigación que se estando realizando.

Si se confronta esta doctrina jurisprudencial con las peticiones de prórroga de los teléfonos intervenidos y el contenido de las resoluciones judiciales que las autorizan, se debe concluir que sólo las prórrogas acordadas en primer lugar, y en relación con ambos teléfonos, fijo y móvil, son válidas. Pero no pueden entenderse como válidamente adoptadas el resto de prórrogas acordadas con posterioridad.

Tras haberse acordado la intervención telefónica de un número de teléfono fijo y número de teléfono móvil, intervenciones telefónicas que ya hemos manifestado que se consideran plenamente válidas, la fuerza policial solicita la primera prórroga de ambas intervenciones mediante solicitudes de fecha 15 de octubre 2001 (para el teléfono fijo) y 26 de octubre 2001 (para el teléfono móvil). En ambos casos, además de reproducir los indicios que motivaron fundamentalmente la adopción de la intervención inicial,

se añaden otros dos elementos de nuevo cuño y que son: que el recurrente adopta medidas de seguridad, utilizando cabinas públicas de teléfono, y que por el escaso tiempo transcurrido desde la conexión física no se había producido ninguna conversación.

Es decir, se pone de manifiesto al órgano instructor que no han existido llamadas telefónicas, y, por tanto, no se han obtenido indicios derivados de las mismas, por la misma actividad del recurrente, que se cuida de no utilizar los teléfonos intervenidos, y porque ha transcurrido un lapso de tiempo mínimo entre la conexión física, es decir, entre el inicio de la observación e intervención, y el final del período por el que la intervención fue concedida inicialmente. Esto es, se aportan al órgano instructor elementos razonables que justifican la ausencia de conversaciones telefónicas. En la misma medida, el órgano instructor decidió mantener la observación telefónica. Decisión que se considera adecuada en esta instancia casacional, ya que si no se habían obtenido datos de las mismas era debido a unos factores que impedían razonablemente que la obtención de tales datos se produjera.

Sin embargo, no puede mantenerse la misma postura en relación con el resto de prórrogas solicitadas y concedidas. En la práctica totalidad de ellas, se manifiesta, por la misma fuerza policial, que no se han producido conversaciones durante el período de intervención, por el simple hecho de que el recurrente se encuentra fuera del territorio nacional. En una de las solicitudes de prórrogas sobre el teléfono fijo, los datos que aporta la fuerza policial son contradictorios, ya que en la solicitud se dice que no se han producido conversaciones y en el acta que acompaña la solicitud se dice que se están transcribiendo las conversaciones producidas. Y, finalmente, sólo en relación con una solicitud de prórroga referida al teléfono móvil, se dice que se han producido conversaciones y que éstas están siendo objeto de traducción y transcripción, por haberse efectuado en idioma inglés, francés y árabe. Sin embargo, no consta que la fuerza poli-

cial presentara con la siguiente solicitud cuál era el contenido de esas conversaciones traducidas.

Si así transcurrieron los acontecimientos, lo cierto es que la fuerza policial no aportó en sus respectivas solicitudes de prórroga datos suficientes acerca de lo que la investigación iba permitiendo conocer. Y ello por la sencilla razón de que no se produjeron conversaciones, en la práctica totalidad del período de intervención, o porque cuando las conversaciones se produjeron su contenido no fue puesto en conocimiento del órgano instructor, ni siquiera parcialmente. Es decir, la solicitud policial de prórroga no proporcionó los elementos de juicio suficientes para poder valorar la conveniencia de la prórroga. Y reiteramos que ello fue debido a la circunstancia de que no pudo obtenerse ningún elemento de juicio, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que prácticamente no hubo conversaciones que observar. Y cuando las conversaciones observadas se produjeron, tampoco se aportaron los elementos de juicio derivados de su contenido.

Por tanto, las resoluciones judiciales de prórroga de la intervención que, en suma, se remitían al contenido de la solicitud policial, carecían de sustrato fáctico que las fundamentara. Y, por tanto, deben entenderse que supusieron una injerencia inadecuada en el derecho fundamental al secreto las comunicaciones.

Lo que resulta aún más evidente, si tenemos en cuenta que después de haber transcurrido el plazo por el que se concedió la prórroga inicial de ambos números de teléfono, prórroga inicial que, reiteramos, se considera válida, la intervención de ambos números se prolongó por sucesivas resoluciones dictadas desde el mes de noviembre de 2001 hasta el mes de marzo 2002. Y que durante todo ese tiempo, o no hubo conversaciones en la práctica totalidad del lapso temporal, o no se aportó al órgano instructor, y mientras se mantuvo la intervención, el contenido de las conversaciones intervenidas.

En definitiva, las prórrogas de las intervenciones telefónicas no se fundamentaron en los indicios delictivos derivados de las conversaciones intervenidas, sino que, más bien, se acordaron a la espera de que esas conversaciones se produjeran. Obsérvese, en este sentido, que las solicitudes policiales manifestaban expresamente que el recurrente no se encontraba en el territorio nacional.

5. Por tanto, y como conclusión, se ha de mantener la validez de las intervenciones

telefónicas iniciales, acordadas por autos de fechas 28 de septiembre de 2001 (para el teléfono fijo) y 9 de octubre de 2001 (para el teléfono móvil). Así como, la validez de las prórrogas de tales intervenciones, acordadas por autos de fechas 29 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001, respectivamente. Sin embargo, deben considerarse nulas el resto de las prórrogas de las intervenciones telefónicas acordadas con posterioridad a estas dos últimas resoluciones.

Sentencia 132/2007, Sala de lo Penal del TS, de 16 de febrero de 2007

ESTAFA Y NEGOCIO JURÍDICO ILÍCITO

Arts. 248 y 419 y ss. Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones analizadas en la sentencia, recogemos aquí la argumentación a favor de considerar engaño típico en el delito de estafa el que se refiere a la realización de un hecho ilícito. Por otra parte, se entiende que no desborda el ámbito de la conspiración para cometer delito de cohecho la conducta de quien, engañado por el autor de la estafa, entrega cantidades presuntamente destinadas a corromper a los miembros de un tribunal de oposiciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimosegundo.—El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim por violación de los arts. 248.1 y 250.7, en relación con los arts. 1275 y 1305 CC.

Considera el motivo que sentado que la conducta del matrimonio querellante integra un delito de cohecho del art. 423.1 CP es evidente que el pacto concertado entre el acusado y aquéllos es un pacto radicalmente

nulo o inexistente por tener causa ilícita por imperativo del art. 1275 CC y por lo tanto, no produce efecto alguno y así no podrá servir de título para justificar un engaño como elemento esencial de la estafa, y por aplicación de lo establecido en el art. 1305 CC en lo que se refiere a la responsabilidad civil, al no generar acción para reclamar lo entregado por las partes, no es posible la condena a indemnizar a los acusadores particulares en 9.944.89 € más intereses legales.

La cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal.

Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima delincuente es interesante desde la perspectiva criminológica y de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a Derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito (así en los casos del tipo de la estampita, engaño de la maquina de fabricar dinero o “filo-misho”, billete de lotería premiado o “tocomocho”, timo del pañuelo o “paquero”, y la entrega de dinero para el tráfico con supuestas influencias ante funcionario público, el caso de quien paga al supuesto asesino para dar muerte a otro; o a quien paga para que le saque ilegalmente del país, cuando en ningún momento el pretendía prestar el servicio convenido y otros análogos, en estos casos sería posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio,

pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS 655/1997, de 13-5, que en su caso en que el recurrente afirmó como verdadero que “tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas” de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que “la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 CC o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir”, concluyendo en este sentido que “el titular de un patrimonio que ‘compra influencias’ de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido”.

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídi-

camente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que “siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral”.

En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de conducir —si fuera posible— la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS 2-7-1952 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS 29-12-1961 que calificó como estafa el caso de un médi-

co que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicase un aborto, resultando que, tras el oportuno examen tocológico, el médico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS 28-2-1986, en un caso de timo del pañuelo, STS 16-7-1992 caso de billete lotería premiado o “tocomocho”, STS 7-7-1994, abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se recogía en el art. 529.4 CP 1973 solo podía realizarse sobre el presupuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho.

Decimotercero.—Consecuentemente el motivo debe ser desestimado. El supuesto que se contemplaba en la sentencia 655/97 antes citada, es distinto al presente. En el primero, el perjudicado necesitaba unas autorizaciones administrativas del Concejal Presidente de la Junta Municipal de Distrito de Moncloa, y en esta situación el acusado, en su condición de vocal de la referida Junta adujo, pese a carecer de ellas, tener las influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas que aquél tenía, ofreciéndose a resolverlos para lo cual debería de recibir una cierta cantidad de dinero, logrando así que el perjudicado le entregase en efectivo 200.000 ptas., comunicándole posteriormente el acusado que con el fin de hacer una serie de regalos a los funcionarios de la Sección de Obras de dicha Junta Municipal debería recibir otras 500.000 ptas. quedando citados para ello un día determinado, si bien el perjudicado puso los hechos en conocimiento de la Policía, y cuando entregó al acusado dos talones por dicho importe, intervinieron agentes de la autoridad que procedieron a la detención de éste. Por ello esta Sala Segunda, sin dejar de expresar su sorpresa por el inexplicable error de las acusaciones de omitir acusar al supuesto perjudicado por el primero de los hechos sobre la

base del art. 391 CP 1973 (actual art. 423), entendió que no era un perjudicado por el primero de los hechos probados, es decir aquel que consistió en la entrega de las 200.000 ptas., pues sabía que compraba influencias de un funcionario —el acusado— que luego resultaron inexistentes, tratándose en consecuencia del autor de un delito de cohecho activo del art. 391 CP 1973 (actual art. 423), y no de un perjudicado por un delito de estafa, de ahí que no le reconociera derecho alguno a la indemnización al ser las 200.000 ptas. entregadas a efectos provenientes del delito sobre las que el sujeto pasivo de la estafa carecía de derecho jurídicamente protegible.

Supuesto se insiste distinto del que es objeto de la presente litis, en el que no se produce entrega alguna de dinero a funcionario —el recurrente no ostenta tal condición— ni ofrecimiento de las cantidades a los miembros del Tribunal para la superación de las oposiciones, lo que hubiera permitido la subsunción de los hechos, tanto para el acusado como para los querellantes, en el delito del art. 423 CP consistiendo, por el contrario, la conducta del acusado, aprovechándose de la preocupación que suponía para sus padres el futuro laboral de su hija, convencer a aquellos que era posible mediante la entrega de dinero el trato favorable en las oposiciones, el engaño constitutivo de un delito de estafa consumado, con derecho del perjudicado a la indemnización por las cantidades defraudadas.

En este sentido los arts. 1275 y 1305 CC no son obstáculos a tal pronunciamiento. La doctrina más autorizada entiende que el Derecho Civil y el Derecho Penal, cada uno de ellos por su parte, provee a distintos fines inmediatos, bien que el fin sea uniforme. El civil tutela valores e intereses predominantemente objetivos formales y sobre todo la permanencia, mientras que el penal enjuicia conductas humanas singulares, que pueden superponerse con plena independencia, sin afectarse mutuamente. El derecho penal sanciona y obliga a reparar los daños y perjuicios causados por el delito en la extensión

prevista en los arts. 110 y 22 CP, pero jamás obligaría al cumplimiento de la contraprestación torpe o ilícita.

Decimocuarto.—El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim por violación de los arts. 419, 420 y 423.1 CP en relación con los arts. 248.1 y 250.7 del mismo Cuerpo Legal ya que los hechos declarados probados por la sentencia recurrida serían, en su caso, constitutivos de los delitos tipificados en estos preceptos, cohecho, y nunca de un delito de estafa, por lo que el recurrente habrá de ser absuelto, desde luego, del delito de estafa y en su caso, vuelto a juzgar por la posible comisión de dicho delito.

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto que la víctima del delito de estafa puede realizar con su comportamiento el tipo subjetivo de otro delito, así quien ofrezca dinero para que otro infrinja el deber de fidelidad para con la administración, son acciones que llenan los tipos subjetivos de determinadas figuras punibles. Sin embargo nos encontraríamos ante una tentativa inidónea, no punible con carácter general, tesis acogida por esta Sala Segunda en sentencia 28 de mayo de 1999, que si bien declaró que: “el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 9.1 CP vigente, que no admite la aplicación de las Leyes penales a casos distintos a los comprendidos en ella”, insistiendo en la atipicidad no solo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados “delitos putativos”, sino también los “supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y en general, los casos de inidoneidad absoluta”, admitió la tentativa en los casos que denomina de “inidoneidad relativa”, “en que los medios utilizados ‘objetivamente’ valorados ex ante y desde una perspectiva general son estricta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)”, (STS 1000/1994, de 21-6 y 1243/2002, de 2-7).

La STS 992/2000, de 2-6 resume la doctrina de la Sala declarando que “la tentativa

inidónea puede ser punible en el Derecho vigente pues la introducción del adverbio ‘objetivamente’ en la definición de la tentativa... no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, ‘objetivamente’ quiere significar... que el plan o actuación del autor, ‘objetivamente considerados’ son racionalmente aptos para ocasionar el resultado” (véase ss. 21-6-1999 y 13-3-2000).

Siendo así quien ofrece dinero para corromper a un funcionario realiza una acción adecuada para inducir a un delito de cohecho y por ello su conducta es disvaliosa desde el punto de vista del tipo del art. 423 CP, pero en el caso presente quien realiza la oferta a los querellantes es el propio acusado —que no es funcionario público— las supuestas influencias a cambio de dinero eran inexistente y aquél ofrecimiento a los miembros del Tribunal de la oposición en

ningún momento iba a producirse, y en ello radica el engaño constitutivo de la estafa, por cuanto de ser ciertas, no estaríamos ante un delito de estafa, y si ante un cohecho, art. 423, para cuya consumación no es necesaria la entrega del presente o dádiva al funcionario, bastando su ofrecimiento y el mero intento de corromper al funcionario (SS. 883/1994 de 11-5, 1114/2000, de 12-6).

Consecuentemente, y en el peor de los casos para los perjudicados, nos encontraríamos ante unos actos preparatorios que podrían subsumirse en la proposición o conspiración para la comisión de un delito de cohecho, no punible en base a lo dispuesto en el art. 17.3 CP.

En base a lo expuesto y no habiéndose formulado acusación alguna por el Ministerio Fiscal respecto al delito de cohecho, no puede entenderse cometida la infracción denunciada.

Sentencia 130/2007, Sala de lo Penal del TS, de 19 de febrero de 2007

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.

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

SÍNTESIS

La obtención de los números identificativos con los que operan los terminales constituye, a juicio de la Sala, materia amparada por el secreto de las comunicaciones por lo que la inobservancia de las exigencias constitucionales y legales pertinentes determina la ilegitimidad de la información obtenida. Se reproduce, asimismo, el voto particular concurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En representación de los recurrentes Narciso y Abelardo (en ambos ca-

sos bajo los ordinales 6.º y 3.º de sus escritos), al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, se ha denunciado vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones

(art. 18, CE). El argumento es que los números de los teléfonos móviles de Carlos María, primeros interceptados en esta causa, fueron obtenidos por un medio contrario a derecho, lo que vicia todo el resto de la investigación, sustentada en datos adquiridos, precisamente, a partir de esa actuación considerada ilegal.

(...)

A la objeción del primero de los recurrentes replica el Fiscal que, en todo caso, “el hecho de averiguar con un medio electrónico el número de teléfono que usa una persona, no parece muy diferente de su averiguación a través de guías telefónicas (de papel o virtuales) cuando en ellas constan. Similar sería la averiguación del domicilio de una persona a través de la oficina del DNI, Catastro u otros registros públicos...”.

El símil, sin embargo, no es afortunado y tampoco aceptable. En primer término, por algo tan relevante como que, en el caso, no se habría tratado de obtener el número de un abonado, sin más, sino los de quienes establecían una comunicación, y, justamente, durante el curso de la misma. Y, en segundo lugar, porque el objeto de interés no eran números de teléfono relacionados en guías para uso público; sino móviles de los que funcionan mediante tarjetas de las llamadas de “prepago”, cuyos titulares ni siquiera son conocidos por las propias compañías explotadoras del servicio. Y tampoco concurre la pretendida analogía del supuesto a examen con la de los relativos a la toma de conocimiento de una dirección domiciliaria que constase en una dependencia pública, ya que tal clase de datos no goza de la fuerte protección del art. 18 CE.

Como bien se sabe, el secreto es una categoría jurídica estrecha y funcionalmente asociada a la de intimidad, en relación con la que opera como derecho fundamental-medio preordenado a la protección de las comunicaciones; debido, precisamente, a que éstas son el vehículo de contenidos inherentes al derecho fundamental-fin representado por la segunda. Mediante el blindaje constitucional del ámbito de las comuni-

caciones técnicamente mediadas, que resulta del art. 18.3 CE, se persigue asegurar el derecho a transmitir libremente el propio pensamiento y hacerlo llegar sin interferencias a quien, también libremente, se elija como destinatario.

Ambos derechos en presencia —el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal— tienen la categoría de fundamentales y, por ello, gozan de una protección reforzada frente a todo género de intromisiones, incluidas las que pudieran deberse a una iniciativa oficial. Esto hace que cualquier invasión de ese espacio, personalísimo y sobreprotegido, tenga que estar constitucional y legalmente justificada, sin sombra de duda. De lo que se sigue que el deber de justificar la constitucionalidad y la legalidad de cualquier intervención, como las consecuencias de una eventual falta de justificación, corren a cargo de quien la hubiera realizado.

El Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, en su art. 64, define la “comunicación” en la materia que aquí interesa como “cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”.

Y el tenor del art. 18.3 CE hace patente que la garantía que él mismo establece con todo rigor, es de naturaleza formal y ampara esa clase de procesos en su totalidad, es decir, la propia existencia del acto comunicativo como tal, la identidad de los que participan en él y, por supuesto, el contenido del mismo.

El Tribunal Constitucional, ya en su bien conocida sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, afirmó con rotundidad que “el concepto de ‘secreto’, que aparece en el art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocu-

tores”; recordando que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984, en el caso Malone, “reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación mismo”. Que es por lo que “ponerlos en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone también al derecho confirmado por [aquel precepto]”.

En este sentido se ha expresado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 123/2002, de 20 de mayo, y en la mucho más reciente 281/2006, de 9 de octubre. Y esta misma sala en la de número 306/2002, de 25 de febrero.

En vista de lo expuesto, hay que establecer dos conclusiones. Una acerca de lo efectivamente sucedido en la obtención de los números de Carlos María, por parte de la policía; la otra tiene que ver con la caracterización jurídica de ese modo de operar.

En cuanto a lo primero, existe base para afirmar —a los solos efectos de esta resolución— que la policía, antes de acudir al juzgado en demanda de una autorización para intervenir los teléfonos de referencia, habría procedido por sus propios medios técnicos a injerirse en el curso de algunas comunicaciones telefónicas, consiguiendo así los números de los correspondientes a un determinado usuario. Es lo que resulta del oficio que abre la causa en relación con la afirmación testifical antes transcrita, en la que el funcionario declarante precisó que el ingenio técnico utilizado permite la detección de “los números de teléfono que se están utilizando”. Esto es, los que son objeto de un uso actual, obviamente, para el diálogo entre personas, como es lo propio de tales medios. De donde se sigue que la pesquisa policial afectó de forma jurídicamente irregular a un acto de comunicación telefónica con objeto de desvelar un dato amparado por el

derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

En efecto, el Reglamento antes citado, en su art. 84, apartado a) requiere, para que la “interceptación [sea] legal”, que la “medida” [haya sido] establecida por la ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la interceptación a los agentes facultados”. Y, en el apartado e), considera “agente facultado al efecto” al “policía judicial o personal del Centro Nacional de Inteligencia habilitado por una autoridad judicial para materializar una interceptación legal”.

Por otro lado, la misma disposición considera “información relativa a la interceptación”, entre otras, la “identidad o identidades —en la acepción definida en el art. 84.i)—”. Y éste define la “identidad” como “etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificables mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso”.

Por tanto, también la captura de los llamados “datos externos” al contenido de la comunicación, del tipo de los que acaban de indicarse, tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación, a efectos constitucionales y legales, y está sujeta al mismo régimen, tanto en el plano de los requisitos como en el de las consecuencias asociadas a la infracción de éstos. Es lo que asimismo se desprende, según se ha visto, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la línea de lo establecido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en su sentencia en el caso Malone, ya citada, conforme a la cual, “los números marcados” en un teléfono son también “parte de las comunicaciones telefónicas”.

En los datos obtenidos en este caso concurre, además, otra particularidad. Y es que, al corresponder a teléfonos de los conocidos como de “prepago”, sus números estaban sujetos a un régimen comercial que otorga de facto un plus de reserva, pues la relación de pertenencia a un determinado titular resulta desconocida incluso para el propio operador que dispensa el servicio. Así, la información constituida por la identidad del comunicante sólo pudo obtenerse incidiendo sobre él y, precisamente, en el momento de la comunicación.

Todas estas referencias constitucionales y legales ponen de manifiesto algo esencial en la materia. Esto es, que el umbral de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones tiene carácter rigurosamente preceptivo. Por tanto, es el ordenamiento el que establece sus términos y su alcance mismo. Así, como espacio de intimidad garantizado al máximo nivel normativo, no podría quedar, y no queda, a expensas de la evolución de los avances de la técnica, lo que supondría un riesgo permanente de eventual relativización, con la consiguiente degradación de lo que es una relevante cuestión de derecho a mero dato fáctico. De modo que importa poco la clase de recursos que pudieran utilizarse, el grado de sofisticación de éstos y las modalidades de aplicación, si, en supuestos como el contemplado, lo que al final resulta es la intervención de comunicaciones que son proyección de la intimidad personal, en cualquiera de los aspectos de las mismas dotados de tutela constitucional. Tal es lo que resulta también del tenor del art. 197 CP, que, para proteger el derecho del art. 18.3 CE, criminaliza el empleo —para los fines que describe— de “cualquiera otra señal de comunicación”, además de las que expresamente menciona. Esto confirma de la manera más elocuente que en nuestro orden legal vigente el derecho fundamental de referencia goza del máximo de protección, que se extiende no sólo al contenido de la

conversación sino, igualmente, a los datos técnicos reservados, mediante cuyo conocimiento podría llegarse a saber de la existencia de la misma como tal. Lo que, en el caso de las comunicaciones por teléfono móvil o celular, comprende tanto la captura del número de abonado (si el acceso al servicio es por contrato) o de usuario (en el supuesto de tarjetas de “prepago”, que es el de esta causa) como la del código del terminal, que, por una vía más indirecta, permite obtener el mismo efecto de invasión del ámbito del secreto.

La afirmación que da sustento a los motivos que se examinan, además de constituir un argumento de impugnación, comporta la imputación de una conducta penalmente relevante a los efectos de los arts. 197 y 198 CP. Por eso, en rigor, su veracidad sólo podría afirmarse con fundamento en la existencia de verdadera prueba de cargo, tratada de forma contradictoria en un juicio. Algo que no se ha dado y que tampoco cabe en esta causa.

(...)

Una vez situados en este plano, y sin que ello suponga prejuzgar de manera definitiva la real existencia de la conducta aludida en los términos en que ha sido denunciada, sobre lo que, en su caso, de mediar acusación, tendría que pronunciarse otro tribunal, la consistencia argumental de la objeción contenida en los motivos que se examinan es bastante para que —en la duda bien fundada acerca de la posible vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones— deba concluirse como si ésta se hubiera producido de manera efectiva, con las consecuencias que previene el art. 11.1 LOPJ. Es decir, teniendo por constitucionalmente ilegítima toda la información relevante para la decisión de esta causa y para la condena de todos los implicados.

Es por lo que, en definitiva, deben estimarse los motivos estudiados.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS
MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. ANDRÉS
MARTÍNEZ ARRIETA Y D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que nos merece la opinión mayoritaria de este Tribunal, hemos de manifestar nuestra discrepancia respecto de los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico primero de la resolución de la mayoría para justificar la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas practicadas en las presentes actuaciones.

En efecto. En opinión de nuestros compañeros la vulneración del derecho fundamental estribaría en la forma, ajena al control jurisdiccional, en la que se obtuvieron los números telefónicos utilizados por los investigados y respecto de los que, ulteriormente, se solicitó la oportuna autorización para llevar a cabo las intervenciones correspondientes.

Dos son las cuestiones de trascendencia para poder llegar a valorar adecuadamente la corrección, o no, de la actuación policial, a saber: a) la forma o procedimiento por el que se averiguaron los números de los terminales telefónicos, y b) qué es lo que realmente se averiguó con ese procedimiento y su trascendencia respecto de la posible infracción de los derechos fundamentales que amparaban a los titulares de tales teléfonos.

Así, en primer lugar, el único dato que consta en la causa y, por consiguiente, al que debemos atenernos si no queremos incurrir en juegos especulativos impropios de una decisión de la importancia de ésta que nos ocupa, es el que facilitaron los propios funcionarios ante el Tribunal de instancia y que no es otro que el que la resolución que precede literalmente cita, es decir, "...que los aparatos que tienen dan los números de teléfono que están utilizando".

Y lo cierto es que hemos tenido oportunidad de conocer con minuciosidad y completas informaciones, en otros procedimientos (vid. STS de 23 de enero de este mismo año, por ejemplo), cómo la Policía cuenta, ciertamente, con métodos tecnológicos, "monito-

rización", que permiten detectar el número de un teléfono móvil en uso, a través del denominado IMEI del mismo, que es una clave alfanumérica traducible, posteriormente, a ese número de la Terminal, sin intromisión en el contenido del ámbito de la intimidad.

La indagación sobre el descubrimiento del número de teléfono que posteriormente fue intervenido por orden judicial, se realizó en el juicio oral a instancias de la defensa y a tal efecto fueron indagados los funcionarios de policía que realizaron la investigación. La primera pregunta fue inicialmente rechazada por el tribunal de instancia, al entender que pertenecía a aspectos secretos de la investigación, pero fue reiterada a otro funcionario policial que contestó sobre la existencia de dispositivos técnicos que permitan la indagación. Si esto es así, e insistimos en decir que no contamos con datos que nos hagan dudar solventemente de que lo sea, ha de concluirse en que lo único que obtuvieron los funcionarios fueron los números, sin injerencia alguna en las conversaciones mantenidas a través de las líneas a las que éstos se correspondían, pues fue precisamente por ello por lo que, a continuación, procedieron a formular la solicitud ante la Autoridad judicial para disponer de la autorización habilitante de las intervenciones posteriores.

La sentencia de la que discrepamos parte de un prejuicio sobre la obtención del número de teléfono, afirmando que el mismo es resultado de una intromisión ilegítima en el contenido de una conversación, es decir, a partir de una vulneración del derecho fundamental se obtiene el número de teléfono que posteriormente se interviene. Esa conclusión carece de base atendible, pues el funcionario policial, en la única pregunta que se le formuló sobre la obtención afirmó la existencia de medios técnicos suficientes para obtener ese conocimiento y, como hemos expuesto, conocemos que, ciertamente, esos medios técnicos existen y no son lesivos con la intimidad que queda salvaguardada. La consideración de lesiva carece de

apoyo y la necesidad de que fuera justificada, aunque cierta, dependerá de que exista una indagación al respecto, lo que en el enjuiciamiento no existió porque los funcionarios no fueron requeridos para participar esos datos.

Es cierto que las comunicaciones, en especial las telefónicas, merecen la mayor de las consideraciones, tanto por ser la vía de intercambio de aspectos muy reservados de la vida de la persona, en su relación con terceros que, igualmente, se ven afectados con su “escucha”, como porque, y esto es de extraordinaria importancia también, el sometido a la diligencia es mantenido durante su ejecución en la ignorancia de que la misma se está produciendo, no pudiendo, por ello, ejercitar en simultaneidad con aquella sus legítimos derechos frente a semejante gravísima injerencia.

Por eso se otorga precisamente a la jurisdicción la función de garante de esos intereses, mediante la autorización y ulterior control de la intervención, debiendo exigirse que esa misión se cumpla con el máximo rigor, como la especial sensibilidad de la materia requiere.

Pero tales exigencias son, precisamente, la más elocuente prueba de que lo trascendente del contenido digno de protección por parte del derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser aquello que, en realidad, pueda llevar a calificar la injerencia como verdaderamente gravosa en el ámbito personal del investigado, es decir, los contenidos ideológicos de esa comunicación, los mensajes y el intercambio de ideas, opiniones, pensamientos, sentimientos, etc., que constituyen la esencia de la misma. En una palabra: la “conversación”, que es susceptible de ser objeto de escucha y grabación y cuyo conocimiento permite obtener información de trascendencia probatoria.

Los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, con-

fundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma.

Sostener semejante criterio no supone contradicción alguna, en nuestra opinión, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida en la Sentencia del denominado “caso Malone”, ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de esta misma Sala, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la “comunicación” no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y, lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Y eso sí que puede sostenerse que forma parte, auténticamente, de la “comunicación”.

Pero cuando, en un caso como el presente, lo que la Policía lleva a cabo no es identificar los números telefónicos en comunicación, sino, tan sólo, averiguar el correspondiente a uno de los comunicantes, no puede afirmarse con propiedad que se esté interviniendo en esa comunicación, dado que la comunicación, por definición, requiere, al menos, dos comunicantes y, por tanto, la actuación sobre un solo individuo y los objetos de su pertenencia nunca puede constituir injerencia en sus comunicaciones ni, menos aún, en las de un tercero.

Por otro lado, tampoco la clase concreta de contrato telefónico, tarjeta “prepago” en el supuesto que nos ocupa, puede, ni debe, tener influencia en una mayor o menor tutela del dato numérico desde el punto de vista constitucional, ya que o el dato es secreto y se requiere para su conocimiento la participación de la autoridad judicial, en todo caso, o, como nosotros sostenemos, no forma parte ni de la comunicación ni de la intimidad de la persona, merecedora de protección constitucional.

En cualquier caso, aún considerando que, en sentido extremadamente lato, ese número telefónico haya de integrar el derecho a la intimidad, cabe recordar igualmente que dentro, como es lógico, del necesario respe-

to a criterios de proporcionalidad, los miembros de la Policía también se encuentran autorizados para llevar a cabo, sin necesidad de solicitar en cada caso la autorización del Juez, ciertas diligencias que suponen una leve injerencia en la intimidad de la persona, como sería el supuesto de las intervenciones corporales (“cacheos”) y, evidentemente, ni éstas ni el resultado probatorio obtenido mediante ellas merecen la declaración de nulidad que nuestros compañeros aplican al hecho de que se haya averiguado, mediante instrumentos tecnológicos, la numeración de unos determinados teléfonos.

Y es que si extendemos los criterios contenidos en la Sentencia a todos los supuestos posibles en los que la interceptación de las comunicaciones telefónicas aparezca como necesaria para la investigación de unos hechos supuestamente delictivos, lo cierto es que nunca la Policía podría solicitar legítimamente su autorización al Instructor pues, en todos ellos, de alguna forma se han obte-

nido los números telefónicos cuya intervención se solicita (por “informaciones confidenciales”, listados telefónicos, etc.) y, por ende, se habría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones o, en todo caso, a la intimidad de los investigados, con el mero hecho de averiguar tales números, al igual que ocurriría cuando el medio para la averiguación fuere una herramienta electrónica, ya que ¿con base en qué fundamento podría afirmarse que si los números los facilita un confidente no hay vulneración de derecho fundamental alguno y sí, por el contrario, si se obtienen a través de un instrumento electrónico?

Por todo ello, hemos de afirmar nuestro desacuerdo con el criterio expuesto por la mayoría del Tribunal y, en consecuencia, creemos que, al menos por este motivo, las diligencias de intervención telefónicas de referencia no deberían haberse considerado nulas.

Sentencia 159/2007, Sala de lo Penal del TS, de 21 de febrero de 2007

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 163, 164 y 202 Código Penal; 789.3 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

SÍNTESIS

De los diversos problemas objeto de consideración, destacamos sólo dos: el principio acusatorio impide imponer una pena concreta superior a la solicitada por la acusación, tal y como se acordó en el Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 (recogido en el núm. 21 de la Revista de Derecho Penal). Por otra parte, se estudia el alcance de la “voluntad contraria” del morador, en el delito de allanamiento, rechazando que éste exija un elemento subjetivo del injusto específico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el tercer motivo denuncia vulneración del principio acusatorio, pues entiende que por el delito de secuestro de Ariadna se impone una pena de ocho años de prisión, cuando las acusaciones habían solicitado seis. Entiende que de esta forma se viene a rechazar la aplicación de un subtipo atenuado propuesto implícitamente por las acusaciones.

El examen de las actuaciones, nuevamente al amparo del artículo 899 de la LE-Crim, permite comprobar que las acusaciones consideraron que los hechos relativos a las detenciones ilegales de Carlos Miguel y de Ariadna constituían un delito del artículo 164 del Código Penal, sin mayores aclaraciones. Este precepto señala, en su tipo básico, una pena comprendida entre seis y diez años, previendo la pena inferior en grado si se dieren las condiciones del artículo 163.2, es decir, que el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se hubiera propuesto. Las acusaciones solicitaron en sus conclusiones definitivas la imposición de una pena de cinco años para el primer caso, lo cual indica con claridad que entendían que concurrían tales circunstancias, en tanto que la pena solicitada corresponde a la inferior en un grado a la prevista para el tipo básico. Respecto a los hechos de los que resultó víctima Ariadna, la pena solicitada era de seis años, lo cual podía inducir a error en cuanto al tipo aplicado, pues si bien en ese momento, dada la modificación del artículo 70 del Código Penal que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 (aplicable como más beneficiosa en este aspecto) tal pena correspondía al tipo básico, ya que el máximo de la inferior en grado debía establecerse restando un día de tal extensión temporal, las mismas acusaciones apreciaban la concurrencia de la agravante de parentesco, lo que hacía inco-

recta su pretensión en cuanto a la extensión de la pena, que de corresponder al tipo básico no podría ser inferior a ocho años.

Aun cuando a esta cuestión no es de aplicación el principio *in dubio pro reo*, limitado a las dudas relativas al resultado de la valoración de las pruebas sobre los hechos, la disyuntiva entre estos dos posibles errores de las acusaciones no debe resolverse acogiendo la posibilidad más gravosa para el acusado, en tanto que podría afectar al derecho a la defensa si hubiera entendido, como era sin duda posible, que el error se refería a la posibilidad menos gravosa, es decir, que las acusaciones pretendieron apreciar el subtipo atenuado y solicitaron por error una pena de seis años de prisión cuando el máximo posible era de 5 años, 11 meses y 29 días.

Establecida así la acusación, es claro que el Tribunal no podía desconocer la calificación de las acusaciones para acudir a otra más grave sin infringir el principio acusatorio. Este principio, en su exacta formulación, supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, y asimismo exige la separación total entre quien acusa y quien juzga. Se trata de un principio estructural del proceso penal, el cual se ha de configurar conforme al mismo, de forma que la acusación ha de ser sostenida por alguien distinto del Juez o Tribunal. Congruentemente, a éste le corresponde resolver imparcialmente sobre la pretensión acusatoria, dando previamente al acusado la posibilidad de organizar su defensa.

Ello produce como consecuencia necesaria la exigencia de una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la sentencia vendrá constituido por el contenido de la acusación.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 de febrero de 1995 y

10 de octubre de 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 de febrero de 1995, 14 de marzo, 29 de abril y 4 de noviembre de 1996, es del siguiente tenor: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». (STS n.º 1590/1997, de 30 de diciembre).

En el mismo sentido, destacando nuevamente la necesidad de conocer la acusación para evitar la indefensión, esta Sala ha señalado en STS n.º 1954/2002, de 29 de enero, que “el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria”.

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practi-

cada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

La cuestión de la vinculación del Tribunal a la pena interesada por las acusaciones, como límite máximo de la imponible, ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

Consecuentemente, en el caso, debemos entender que el Tribunal, aun cuando haya recurrido a una argumentación no del todo objetable, finalmente ha procedido de manera que, optando por la posibilidad más gravosa para el acusado, ha rechazado la calificación de las acusaciones para aplicar un tipo más grave que el que aquellas habían considerado aplicable, lo que determina la infracción objetiva del principio acusatorio.

Ello determina la estimación del motivo, dictando nueva sentencia en la que la pena por el delito de secuestro en relación a Ariadna quede reducida a 5 años, 11 meses y 29 días de prisión.

(...)

Quinto.—En el sexto motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la aplicación indebida de los artículos 202.1 y 202.2 del Código Penal. Sostiene que no ha existido permanencia en el domicilio contra la voluntad del morador ni deseo ni conciencia de atentar contra la intimidad del domicilio. En todo caso, dice, la violencia empleada no está orientada a permanecer en el domicilio, pues aunque se describe una agresión al Sr. Carlos Miguel no se razona que lo fuera en relación de medio a fin con el tipo de allanamiento. Afirma que lo que quería era ver a su hijo.

Son tres las cuestiones que el recurrente plantea en el motivo. En primer lugar, si ha existido permanencia en el domicilio en contra de la voluntad de los moradores, ale-

gando que esa apreciación constituye un juicio de valor revisable por esta vía de casación. En segundo lugar, que no existió ni deseo ni conciencia de atentar contra el domicilio. Y en tercer lugar, ya en relación con el subtipo agravado, que la violencia empleada no estaba orientada a ejecutar el allanamiento.

Como es sabido, el motivo de casación previsto en el artículo 849.1º de la LECrim permite verificar si el Tribunal ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos legales procedentes a los hechos declarados probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. De ahí que constituya una causa de inadmisión la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas en contradicción con aquellos.

En los hechos probados se declara que el acusado, luego de violentar una ventana del domicilio y penetrar por ella en el interior, golpeó a Carlos Miguel propinándole dos puñetazos que le derribaron, aprovechando para darle en el suelo varias patadas, buscando a continuación a Ariadna a la que alcanzó en una habitación de la que la sacó arrastrándola. A continuación se declara probado que en las tres horas siguientes permaneció en el domicilio logrando tal permanencia golpeando a Ariadna, apagando un cigarrillo sobre su mano y amenazándola con cortarle en una oreja con una navaja, con la que llegó a realizarle un corte en un dedo.

Partiendo de esos hechos probados, intocables por esta vía de impugnación, la conclusión de la Audiencia en orden a que la

permanencia en el domicilio se realizó contra la voluntad de los moradores se ajusta a las reglas de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia, por lo que debe ser mantenida.

En cuanto a la intención de atentar contra la intimidad del domicilio, para la comisión del delito de allanamiento de morada no es preciso que el autor persiga directamente tal clase de atentado contra ese bien jurídico, derecho fundamental del individuo. Basta con que su conocimiento abarque el hecho de que penetra o permanece en morada ajena y que lo hace contra la voluntad del morador. En el caso, quien, como el acusado, había intentado la entrada el día anterior y le había sido terminantemente negada, hasta el punto de llamar a la Policía, y lo intenta nuevamente en la fecha de los hechos penetrando en la vivienda tras fracturar una ventana, teniendo que golpear a los moradores de aquella para que tolerasen su presencia, no puede tener ninguna duda de que ha realizado los hechos exigidos por el tipo penal aplicado.

Finalmente, duda el recurrente que se pueda relacionar la violencia empleada con la voluntad de permanencia en la vivienda. Sin embargo, la descripción de los hechos despeja cualquier duda sobre el particular, pues resulta evidente que solo los golpes y malos tratos empleados contra ambos obligó a los moradores a permanecer en el lugar y les impidió reclamar el auxilio de terceros para que cesara tal situación, tal como habían hecho el día anterior. Y es evidente que ese aspecto era conocido por el recurrente.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

Sentencia 152/2007, Sala de lo Penal del TS, de 23 de febrero de 2007

AUTO DE ACLARACIÓN

Arts. 267 LOPJ; 301 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Imposibilidad de integrar la insuficiencia del relato fáctico de la sentencia por medio del auto de aclaración, lo que se produjo en el caso de autos excediendo claramente los límites fijados por la LOPJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En primer lugar, los distintos Recursos plantean la insuficiencia del relato de Hechos Probados para sostener, desde el punto de vista fáctico, la calificación que la Audiencia les atribuye, como constitutivos de un delito de “blanqueo” de capitales tipificado en el artículo del Código Penal de 1973 (hoy en el art. 301 del vigente Código).

Relacionándose con ello la pretendida imposibilidad de integrar esa inicial narración histórica con el Auto de aclaración, de fecha 9 de febrero de 2005, un día después del que data la Resolución a la que pretende complementar, dictado por el Tribunal de instancia.

Dicho Auto pretende incorporar a ésta los siguientes extremos:

«... 1. En el folio 16, a continuación del párrafo que dice: “esta sociedad mantuvo relación con otras sociedades a las que posteriormente se hará referencia”, debe añadirse el siguiente párrafo: “Igualmente apro-

vecho su estancia en Colombia para establecer contacto con individuos pertenecientes a organizaciones criminales de aquel país, con el fin de planificar y ejecutar varias operaciones de transporte y comercialización de elevadas cantidades de cocaína, razón por la cual comenzó a ser investigado en nuestro país por la unidades policiales en la persecución de tales crímenes hasta su detención en el mes de octubre de 1994”.

2. En el folio 16, en el párrafo que comienza: “En el año 1993 David decidió volver a España” debe añadirse la frase: “con las actividades ilícitas mencionadas” después de la frase que dice: “buscó un asesor financiero para conseguir introducir en la economía legítima de todos los beneficios que había obtenido con sus negocios.” De esta forma, la frase queda redactada de la siguiente forma:

“En el año 1993, David decidió volver a España, renovando la relación económica que había mantenido con Gustavo. Al mismo tiempo, buscó un asesor financiero para conseguir introducir en la economía legítima todos los beneficios que había obtenido

con las actividades ilícitas antes mencionadas.”

3. Al comienzo del folio 17 de la sentencia se sustituye la frase “procedente de su negocios”, por la frase “de sus actividades criminales”...»

Así mismo, también se añade, mediante el Auto de referencia, una Fundamentación Jurídica del siguiente tenor:

«... 4. En el folio 71, después del primer párrafo, que termina con la frase: “aplicable con carácter retroactivo por ser favorable al reo (2.2)” debe añadirse el siguiente texto:

La tributación de los beneficios procedentes del delito y la compatibilidad de la condena por el delito de blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública».

(...)

Se ha considerado oportuno transcribir literalmente el contenido sustantivo del denominado “Auto de aclaración” para una más exacta percepción de lo que, seguidamente, comentaremos, a propósito de su trascendencia.

Pues conviene recordar que, según doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende en su seno el principio de intangibilidad de las Resoluciones judiciales, en el sentido de dar suficiente seguridad a los afectados por las mismas respecto de la imposibilidad de que sean alteradas o modificadas esencialmente tras su dictado, de modo que sólo aquel uso que no supone más que el complemento de la Resolución, en orden a corregir simples errores materiales y evidentes omisiones en la redacción o en la transcripción de la parte dispositiva, puede tener cabida en la autorización que contempla el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin considerarse infracción del referido derecho fundamental (SsTC 16/1986, 142/1992, 122/1996 o 180/1997, entre muchas otras).

Cuando estemos ante una nueva valoración, interpretación o apreciación jurídica, el Tribunal comete un exceso y vulnera ese derecho a la tutela judicial efectiva, pues este mecanismo aclarativo nunca podrá consistir en un remedio de la falta de fundamentación originaria ni alterar las conclusiones probatorias anteriormente establecidas (SsTC 27/1994 o 19/1995, por ejemplo).

La cuestión se sitúa, por tanto, en determinar si el Auto más que completar, aclarar o simplemente corregir, en realidad altera, en aspectos esenciales, el inicial pronunciamiento.

En el caso que contemplamos parece innecesario, a la vista de la literalidad de su texto, insistir en cómo la Resolución de referencia, lejos de subsanar “...un error material en la utilización de medios informáticos...”, producido, según se dice, por “...la complejidad de la resolución (la sentencia originaria) y a la utilización de un disquete incompleto...”, lo que en realidad hace es cambiar el sentido y el contexto del inicial pronunciamiento, si no en la conclusión dispositiva sí, al menos, en extremos fundamentales del relato fáctico y de la propia motivación.

(...)

Pero no es tampoco necesario profundizar en semejantes especulaciones para afirmar la improcedencia del llamado “Auto aclaratorio” que, por exceder claramente la habilitación legal que el mencionado artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga al órgano jurisdiccional autor de la originaria Resolución, no debe, en modo alguno, ser tenido en cuenta como complemento de ésta ni integrado en ella su contenido.

Fijemos nuestra atención en que la admisión de un Auto semejante supondría, a propósito de la narración de Hechos, ni más ni menos, que:

a) Incluir un párrafo en el que se afirma cómo el acusado David aprovechó su estancia en Colombia para establecer contacto con organizaciones criminales a fin de pla-

nificar y ejecutar importantes operaciones de tráfico de cocaína, que estarían en el origen de su enriquecimiento ilícito y posterior necesidad de “blanqueo” de los beneficios así obtenidos. Extremo sobre el que no existe referencia alguna en la redacción originaria de la Sentencia recurrida.

b) Y sustituir las dos únicas alusiones que en esa Resolución se hacían al origen de los bienes objeto de “blanqueo” como de procedencia lícita, cuando se manifestaba que buscaba introducir en la economía legítima los beneficios obtenidos con sus “negocios” y que organizó un entramado societario para blanquear el dinero “procedente de sus negocios”, por las expresiones, cargadas de sentido y evidente trascendencia jurídica, “actividades ilícitas” y “actividades criminales”, donde antes se decía simplemente “negocios”.

Dicho esto, nuestra tarea, a partir de ahora, no puede ser otra que la del examen de la suficiencia de la recurrida para sustentar el pronunciamiento condenatorio que incorpora, respecto del delito concreto de “blanqueo” de capitales, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el motivacional.

Y lo cierto es que, al margen de la escasez de fundamentación que, a juicio de la propia Audiencia, ha llevado a la necesidad de “completarla” con los argumentos expuestos en el referido Auto ahora inatendible, ya desde los Hechos inicialmente declarados como probados se advierte la carencia de soporte fáctico para una calificación rigurosa a tenor de lo dispuesto en los artícu-

los 344 bis.h) y 344 bis.i) del Código Penal de 1973 (hoy art. 301 del texto de 1995).

Es definitivamente significativo, a este respecto, esa inclusión o, mejor dicho, sustitución, a la que ya nos hemos referido repetidamente, que pretendía cambiar la frase “...procedente de sus negocios...” por la de procedente “...de sus actividades criminales”, en relación con el origen ilícito de los bienes descritos en todo el relato de Hechos, al tratarse de algo en modo alguno accesorio sino, precisamente, determinante de la calificación jurídica, como uno de los elementos integrantes, de manera indispensable, en la figura delictiva objeto de acusación.

Que existe un “entramado” societario que despierta razonables sospechas es algo que describe, con mayor o menor fortuna y claridad, la Sentencia recurrida, aún con importantes inconcreciones y lagunas, en especial respecto de algunos de los intervinientes en él.

Pero ello, como sabemos, no es razón suficiente para calificar como delito de “blanqueo” de capitales la conducta de los partícipes en esas actividades mercantiles.

En consecuencia, a la vista de las razones que acabamos de exponer, no resulta procedente la condena por el delito de “blanqueo” de capitales para ninguno de los acusados de la comisión de ese ilícito, concluyendo en la íntegra estimación de los Recursos de aquellos a quienes sólo se les atribuía esta infracción y la parcial respecto de los que, además, fueron objeto de condena por otros delitos de los que nos ocupamos en distintos apartados de esta misma Resolución.

Sentencia 171/2007, Sala de lo Penal del TS, de 26 de febrero de 2007

ENTRADA Y REGISTRO

Arts. 18 CE; 567 LECrim.

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

SÍNTESIS

Legitimidad de la entrada policial previa como medida de aseguramiento ante la llegada inminente del Secretario judicial por el temor de resultar fallida la posterior diligencia de registro y ante la flagrancia delictiva observada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En los dos primeros motivos se postula la ilegalidad por vulneración constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio, del registro practicado en su morada, tanto por falta de motivación de la resolución judicial autorizante, en función de los indicios que concurrían en el caso y que dieron lugar al dictado del Auto judicial de fecha 9 de junio de 2005, como por la entrada previa por parte de la policía, aprehendiendo droga cuando ésta era arrojada al water por Mercedes, ante la inminencia del registro domiciliario.

(...)

El segundo reproche es mucho más interesante. Se refieren los recurrentes a la secuencia narrada en la sentencia recurrida, acerca de que, como quiera que la autorización judicial comprendía tres viviendas que habían de registrarse sucesivamente, se dictaron medidas de aseguramiento por parte de la policía judicial, “bloqueándose” y asegurándose de manera simultánea, para que en todos ellos pueda dar fe el Secretario Judicial. Concretamente se dice que en el do-

micilio de Miguel y de Mercedes se pudieron recuperar 14 papelines “del montón que ambos tiraron al inodoro en el momento de la entrada de la policía en el domicilio, para asegurarlo, y que no absorbió el inodoro, tras haber tirado de la cadena”, lo que fue visto por los policías actuantes, que llegaron a tiempo para evitarlo. Tal episodio resulta documentalmente de lo expuesto en el Acta de Entrada y Registro, que figura unido a los autos a los folios 158 y siguientes. En tal documento, se reseña que en el cuarto de baño se hallan 13 papelines (apareciendo una más posteriormente en el mismo lugar), que han sido recuperadas por la policía judicial en el momento de la entrada, con objeto de asegurar previamente la diligencia (concretamente se lee: “una vez la que suscribe en el domicilio, éste se encuentra asegurado por la fuerza actuante”, y tras reseñar las papelines citadas, continúa así: “... el registro se inicia por el salón que hay nada más entrar en el domicilio...”, de igual forma se detecta un hueco en la puerta de entrada, a la altura del pecho, que permitiría la entrega de la droga por el mismo).

La ley procesal distingue entre la entrada y el registro. No cabe duda que los policías que accedieron a la vivienda tenían un mandamiento judicial que amparaba la entrada en la misma, y que para el registro era necesaria la presencia del Secretario Judicial. Además, en el caso, la autorización judicial contemplaba la práctica sucesiva de tres registros domiciliarios. Lo más conforme a la legalidad ordinaria sería la habilitación de funcionarios judiciales para que pudiera practicarse el registro de forma simultánea en todos los casos, con objeto de asegurar la diligencia. Pero lo trascendente aquí lo constituye el hecho de verificar una entrada para la que la policía judicial cuenta con la habilitación judicial correspondiente, no, por el contrario, para verificar el registro por propia autoridad, si no es con la asistencia y el concurso del fedatario judicial. Y a su vez, la ley procesal permite la adopción de las llamadas medidas preventivas que disciplina en el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por ello, que en un caso que guarda similitudes con el actual, concretamente el decido en la STS 14-3-2000, se consideró válida la entrada, ante el temor de resultar

fallida la diligencia, ordenando el Jefe del Grupo Policial (que venía de camino con el Secretario Judicial) a sus fuerzas, la entrada, reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del Secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente.

Del propio modo, en este caso, los funcionarios policiales, portando el mandamiento judicial, pretendían el aseguramiento del registro, y ante la flagrancia delictiva que suponía el desprenderse de una ingente cantidad de sustancia estupefaciente, ya arrojada al inodoro, pudieron recuperar las papelines citadas (por la fuerza actuante), lo que no produjo en los moradores vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de nuestra Carta Magna), pues la entrada en el mismo había sido previamente autorizada judicialmente, en condiciones de regularidad procesal, y lo sucedido después estaba cubierto constitucionalmente ante la flagrancia delictiva observada.

Se desestima, en consecuencia, también en este aspecto, tal reproche casacional.

Sentencia 214/2007, Sala de lo Penal del TS, de 26 de febrero de 2007

RELACIONES CONCURSALES ENTRE LA ESTAFA PROCESAL Y LOS CORRESPONDIENTES DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Arts. 250.1.2.º, 457, 458 y 461.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Concurren idealmente la estafa procesal y la simulación de delito (artículo 457 del CP) y protección a sabiendas de testigos falsos (artículo 461.1 del CP), quedando, por el contrario, absorbido en el segundo de los delitos mencionados, el de falso testimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En el motivo quinto, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente plantea la infracción del art. 8º del Código penal, en relación con la concurrencia entre los delitos de estafa procesal, simulación de delito y falso testimonio, todos ellos en concurso ideal de naturaleza medial o instrumental.

Con relación a delito de simulación de infracción penal (art. 457 del Código penal), a cuyo tenor, incurre en la penalidad prevista en el mismo, el que, ante funcionario judicial o administrativo, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente provocando actuaciones procesales, no puede considerarse absorbida por la estafa procesal, pues ésta puede iniciarse ante cualquier jurisdicción, y el despliegue añadido de la jurisdicción penal, supone un plus de antijuridicidad que contiene una expresa sanción aparte, especialmente prevista por el legislador, que debe ser tomada en cuenta separadamente, reprochando más la conducta del autor, y produciendo una mayor antijuridicidad de la acción. Lo propio ocurre con el delito defi-

nido en el art. 461.1 (presentar a sabiendas testigos falsos), puesto que esta conducta no puede estar implícita ni en la estafa procesal, que puede conseguirse mediante documentos falsos, como ordinariamente ocurre así en la práctica, ni el delito de simulación de una infracción penal, pues es meridiano que ésta no requiere la presencia o existencia de testigos falsos adicionales.

No ocurre lo propio en el caso del delito de falso testimonio, pues parece patente que quien simula falsamente se responsable o víctima de un delito ante funcionario judicial o administrativo, está llevando a cabo implícitamente una descripción errónea de la realidad, y apareciendo ante esos funcionarios como el autor o la víctima de unos inexistentes hechos punibles, lo que produce que la declaración falsaria que se produce a continuación, incluso en la sede del plenario, no puede ser de nuevo valorada como una infracción separada por tratarse de un mismo comportamiento, de manera que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél, como nos indica el art. 8.3.º del Código penal, luego el motivo será estimado en este concreto aspecto, dictándose a continuación segunda sentencia.

Sentencia 151/2007, Sala de lo Penal del TS, de 28 de febrero de 2007

DECLARACIÓN DE MENOR

Arts. 24.2 CE; 3 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor

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

SÍNTESIS

Desestima la Sala el recurso planteado por motivo de indefensión considerando que el superior interés del menor justifica las medidas de protección adoptadas en su declaración como víctima del delito y su preconstitución a efectos probatorios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En el presente caso el problema que se plantea es el de la necesidad de la prueba en el juicio oral. Para su examen hemos de atender no sólo a las normas procesales y al contenido esencial del derecho de defensa, también a los derechos del menor en el proceso penal que como víctima es llamado a proporcionar los datos del hecho enjuiciado.

En la valoración sobre la necesidad, como hemos expuesto, ha de ponderarse, de una parte, el derecho del acusado a interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta) y el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. En los términos de la STS 429/2002, de 8 de marzo, “La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, en efecto, es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”. Y en el art. 17 de la misma LO se contiene el mandato a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, [...] la actuación de los poderes públicos deberá garanti-

zar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra”. El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta jurisprudencia, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando éstos son testigos del hecho criminal, compaginando las exigencias que su específica protección con las que en el derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo [art. 6.3.d) del CEDH], obliga a una búsqueda de un equilibrio, una ponderación entre los intereses descritos, ponderación que ha de ser racional y explicitada en la motivación de la resolución que se dicte.

El tribunal de instancia ha justificado la ausencia en el juicio oral de la víctima, se recuerda de tres años al tiempo de los hechos objeto del enjuiciamiento en el hecho de que esa declaración, y el sometimiento a nuevas pericias, había sido desaconsejado por los profesionales que la trataban bajo pena de agravar las secuelas derivadas de su condición de víctima, y en resultar ello de los principios básicos recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en el art. 3 de la Convención de derechos del Niño de Naciones Unidas, ratificada por España el 30-11-90, y tuvo en cuenta que la exploración fue llevada a cabo de forma an-

ticipada, con presencia de las partes del enjuiciamiento y su práctica fue grabada para su reproducción en el juicio.

Señalado lo anterior, esto es, el marco de decisión, analizamos la impugnación del recurrente, esto es la indefensión por la denegación de la exploración de la menor. En el juicio oral se vio y escuchó la grabación videográfica de la exploración de la menor a la que asistieron, además de médicos y psicólogos, la Juez, el Fiscal y los abogados de las partes personadas. En esa grabación se practicó el interrogatorio cruzado de las partes, con la intervención directa de la Juez para preservar los derechos de la menor y efectuando las preguntas a través de la psicóloga que atendía la situación de la menor, para evitar que la diligencia de averiguación de los hechos pudiera suponer un riesgo en la menor que deponía. En este sentido, el tribunal de instancia decide la denegación

de la prueba que apoya en el tiempo transcurrido desde los hechos, la edad de la víctima, la consideración de prueba preconstituida de la grabación videográfica de la exploración de la menor y innecesariedad de esa exploración en el juicio oral, pues obraba la grabación de la exploración sumarial con todas las partes presentes, sin poner en riesgo a la menor.

(...)

Desde la perspectiva expuesta ninguna indefensión se ha producido por la denegación de una prueba cuando ésta fue practicada en el juicio oral, mediante la grabación de la exploración como prueba preconstituida. Las alegaciones de indefensión se desvanecen ante los fundamentos opuestos por el recurrente, limitados a dos cortes en la grabación cuyo contenido carece de relevancia a los efectos de perjudicar el derecho de defensa.

Sentencia 197/2007, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2007

DENEGACIÓN DE PRUEBA

Arts. 24.2 CE; 850.1.º y 850.2.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Estima la Sala el recurso del Fiscal por quebrantamiento de forma al habersele denegado en el juicio oral la práctica de una prueba interesada en tiempo y forma y que cumple todos los elementos exigidos jurisprudencialmente para que prospere el motivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

(...) en el motivo que nos ocupa, el Ministerio Fiscal denuncia que en la Vista del jui-

cio oral la Sala de instancia, tras oír al acusado y tomar conocimiento de la sentencia del TS de 15-3-2005, declaró no pertinente el resto de la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal y admitida por la propia Sala, entendiendo que existía conexión de antiju-

ricidad con las intervenciones telefónicas declaradas nulas en aquélla sentencia, que se refería a un procedimiento dirigido contra otros dos encausados.

Y el Ministerio público precisa que mediante la prueba que le fue denegada se pretendía aclarar que parte del testimonio prestado por el acusado ahora enjuiciado (que antes se encontraba en rebeldía) no estaría derivado de las intervenciones telefónicas; y particularmente que el conocimiento que se tuvo respecto de la aprehensión de la droga en el puesto fronterizo de Grecia no es ocasión de un auxilio judicial sino consecuencia de un control aduanero. De modo que la detención del vehículo en el que se escondía la droga no fue fruto de una solicitud de cooperación entre la unidad policial que investigaba los hechos en España, sino de un control aduanero realizado aleatoriamente en la frontera de Turquía y Grecia; lo cual revela la inexistencia, no ya de una conexión de antijuricidad, sino incluso de una conexión natural con el material probatorio obtenido de las intervenciones telefónicas.

(...)

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC núm. 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero). Debe entenderse, pues, que la denegación injustificada de pruebas a la parte integra vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el artículo 24 de la LECr., como son el derecho a un proceso justo, con todas las

garantías; el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Y también esta Sala ha señalado que “la indefensión se produce si se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos” (SSTC 145/1990, 106/1993 y 366/1993, y STS de 26-2-2004, n.º 236/2000), pues para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa (SSTC, también entre otras, 149/1987, 155/1988 y 290/1993); y la misma doctrina ha sido reiteradamente recordada por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras muchas, en las SSTS 1913/1994, de 3 de noviembre, y 276/1996, de 2 de abril.

Y al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS núm. 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

Pues bien, el motivo ha prosperar, ya que acreditada las oportunas alegación y previa queja por parte del recurrente, concurren también los requisitos de fondo exigidos para su estimación: por su pertinencia, en-

tendida como oportuna y adecuada en relación con la cuestión debatida en el proceso (STS 27/1994 de 19 de enero); y por su necesidad, tal como la entiende el Tribunal Constitucional (SSTC 166/1983, de 7 de diciembre y 45/1990, de 15 de marzo) como susceptibilidad de que el fallo hubiera podido ser otro mediante la práctica de la prueba omitida; o como proyección sobre la eventualidad de un cambio en el signo de la decisión, como a ella se ha referido esta Sala (SSTS n.º 336/1995, de 10 de marzo; n.º 604/1995 de 4 de mayo, y n.º 229/2004, de 17 de febrero).

3. Resultando, por tanto, que la pertinencia de la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal derivaría de su trascendencia para tratar de demostrar que las manifestaciones del acusado de referencia no derivarían de la prueba de intervención telefónica declarada nula; siendo de este modo como en el proceso se podría tal vez llegar a establecer la falta de conexión de antijuricidad entre las unas y la otra, con susceptibilidad de que el fallo fuera otro del recaído (necesidad); y dándose así todos los elementos jurisprudencialmente exigidos para la prosperabilidad del motivo esgrimido, procede acordar la nulidad de la sentencia de instancia, retrotrayendo a las actuaciones al momento anterior a la celebración del juicio

oral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 bis a) LECr.

4. El art. 851.2.º de la LECr. dispone que podrá también interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma: “cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado sin hacer expresa relación de los que resultaren probados”. Y ello es lo que ha ocurrido en la sentencia de instancia, en la que se encabezan los hechos probados con un apartado primero, en el que se dice: “Con fecha 17 de abril se celebró juicio oral siendo acusado Valentín por el Ministerio Fiscal de los siguientes hechos...”, y se concluye con un segundo apartado en el que se señala que “celebrado el juicio el Tribunal no considera probado los hechos objeto de acusación”.

Sin duda, dentro de la voluntad impugnativa del recurrente se encontraba previsto este motivo que debió considerar, no obstante, superfluo, por la insuficiencia de sus consecuencias, en caso de estimación, limitadas al dictado de una nueva resolución y no a la repetición del juicio, tal como interesaba. Lo traemos a colación para que, en su caso, se tenga en cuenta y se evite incurrir en el vicio referenciado, que acarrearía una indeseable nueva nulidad, cuando, celebrado nuevo juicio, fuera redactada de nuevo la sentencia.

Sentencia 252/2007, Sala de lo Penal del TS, de 8 de marzo de 2007

**COMPATIBILIDAD ENTRE ALEVOSÍA Y APROVECHAMIENTO DEL LUGAR
Arts. 139 y 22.2.ª Código Penal**

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Tras repasar jurisprudencia en uno y otro sentido, entiende compatibles, en el caso concreto enjuiciado, la alevosía configuradora del delito de asesinato y la circunstancia agravante de aprovechamiento de lugar, prevista en el número 2 del artículo 22 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La nueva circunstancia del párrafo 2.º del art. 22 del vigente Código viene a suponer la refundición en un sólo y único apartado diversas agravantes que se encontraban recogidas de forma diferenciada en diversos párrafos del art. 10 CP 1973, como acertadamente ha puesto de relieve la doctrina científica.

El nuevo párrafo 2.º se define por la enumeración de un conjunto de medios de ejecución que en la medida que están utilizados y puestos al servicio de un fin delictivo tienen un carácter dis-valioso y por tanto acreedores de un plus de punición a consecuencia del plus de culpabilidad apreciable en el sujeto y ese fin debe ser, de forma alternativa la debilitación de la defensa del ofendido o la facilitación de la impunidad del delincuente.

En relación a la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias del lugar con la agravante de alevosía, es evidente que su compatibilidad es problemática, pues ambas inciden e un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad —fin alternativo de todas las circunstancias del párrafo 2.º del art. 22— que está ausente de la estructura de la alevosía en la medida que en esta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios, modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de

convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundamentalmente la sentencia sometida al presente control casacional en sus págs. 30 y 31.

Un repaso a la Jurisprudencia de la Sala nos permite verificar que esta es oscilante en la medida que se pueden contabilizar sentencias en el doble sentido de estimar la compatibilidad —en la mayoría de los casos—, pero también existen devoluciones que estiman su improcedencia. En todo caso, y una vez más, el criterio diferenciador para optar por una u otra decisión debe situarse en el estudio en profundidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya que en definitiva, como ya se ha dicho por esta Sala el enjuiciamiento es una actividad valorativa esencialmente individualizable.

Entre las sentencias que estiman la compatibilidad entre la alevosía y el aprovechamiento del lugar se pueden citar las SSTS 2047/2001, de 4 de febrero, en un supuesto semejante al actual sólo que allí se procedió al incendio del vehículo con el cadáver dentro, 843/2002 de 13 de mayo, disparo efectuado a un taxista para robarle, que precisamente y a instancias del agresor había solicitado que le condujeran a un paraje apartado del término de Paracuellos donde ejecutó el hecho, o la 700/2003, de 24 de mayo, o las más antiguas de 23 de marzo de 1998 y 17 de noviembre de 1998.

Entre las sentencias que se oponen a la compatibilidad se pueden citar la de 8 de junio de 1986 y la 803/2002, de 7 de mayo, así como la 510/2004, de 27 de abril, si bien la razón de su no aplicación se centró a que la sentencia no explicitó con el suficiente detalle la descripción del lugar.

En el presente caso, verificamos en este control casacional que tanto en el factum como en la motivación se describe con deta-

lle el lugar, así como el aprovechamiento de esta circunstancia para además de neutralizar la defensa de la víctima que se vio sorprendida con el ataque con la catana que llevaba Jesús Miguel, con la indefensión derivada de la acción de los dos —Jesús María y Jesús Miguel—, y que, estando aquél herido, le cogieron “.... aún vivo y consciente, de los brazos y las piernas y le colocaron de espaldas al muerte del pozo, de una altura comprendida entre los 1,20 y 1,60 metros, para, a continuación y con ánimo de darle muerte, arrojarlo al interior del pozo, ven-

ciendo entre los dos acusados la resistencia que aún ofrecía José Pedro a ser arrojado....”.

Existió una acción claramente alevosa y además una acción tendente a lograr la impunidad de la acción por la conjunción del escenario aprovechado y la ocultación del cuerpo en el interior de un pozo de 125 metros de profundidad, por ello debemos estimar compatible con la alevosía la agravante ordinaria de despoblado que busca la impunidad del hecho.

Sentencia 201/2007, Sala de lo Penal del TS, de 16 de marzo de 2007

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Arts. 153 y 173 Código Penal

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

SÍNTESIS

Comparando la redacción de los artículos 173 y 153 del Código Penal se extrae, en relación con este último, una interpretación restrictiva, exigiendo convivencia, en el caso de alguna de las personas que allí se enumeran, para que se realice el tipo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Invocando el art. 849.1.º LE-Crim, se ha alegado indebida aplicación del art. 153 Cpenal, en lo relativo a la agresión de que pudo haber sido objeto Teresa, la hermana de María Consuelo. El argumento es que la misma no mantenía ninguna relación de convivencia con el acusado y, en tal sentido, era ajena al círculo familiar.

La Audiencia, como el Fiscal, en este caso, ha entendido que ese primer precepto en su relación con el segundo es aplicable tam-

bién cuando se trata de personas de las enumeradas en éste y a las que aquél remite, bastando que exista una relación de parentesco de las tomadas en consideración, aun sin convivencia.

El art. 173.2.º CPenal, en su primer inciso, se refiere —como posibles sujetos de la violencia que castiga— al que sea o hubiera sido (1) “cónyuge” y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por “una análoga relación de afectividad”, y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera “aun sin convivencia”.

Después lo hace a los (2) “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad”. Y, en fin, a (3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a contrario sensu, debería entenderse que no opera tal requisito.

Pero lo cierto es que la norma —que, no se olvide, pertenece al derecho punitivo— admite otra lectura más racional y menos extensiva de su radio de acción. Se trata de asociarla al inciso precedente (1) que incluye una categoría de personas, las más golpeadas por esta clase de hechos, que, en su caso, se persiguen aún sin que medie convivencia. Y, habrá que concluir que debido a ese dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura.

Tal modo de operar del legislador obliga a entender que en el supuesto específico de los “descendientes, ascendientes o hermanos” sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto considerado y también el del art. 153 CPenal.

Esta opción está asimismo abonada por otras consideraciones. La primera de orden político-criminal, y es que carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas. La segunda tiene que ver con la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del CPenal 1995 exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de “violencia de género”.

Por todo, hay que dar la razón al recurrente, lo que obliga a entender que la acción relativa a Teresa no es de las comprendidas en el art. 153 CP, y el motivo debe estimarse.

Sentencia 217/2007, Sala de lo Penal del TS, de 16 de marzo de 2007

AGRESIÓN SEXUAL CONJUNTA

Arts. 28 y 180.1.2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

La agravación por la actuación conjunta de varios en la agresión sexual, recogida en el número 2 del artículo 180.1 del Código Penal sólo es de aplicación si los diversos intervinientes son autores, no si participaron a título de cooperadores necesarios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

1) En cuanto a la calificación de los Hechos enjuiciados como constitutivos de sendos delitos de agresión sexual, con la agravante específica de la concurrencia de una pluralidad de sujetos en su comisión, a la vista del relato fáctico de la Resolución recurrida, la misma no puede sino ser considerada parcialmente correcta.

Evidentemente, la víctima fue sometida a sendos ataques a su libertad sexual, en presencia de ambos sujetos activos, el recurrente y el menor que le acompañaba, concurriendo la razón que mueve al legislador a establecer este supuesto agravado, por el reforzamiento de la circunstancia intimidativa que supone esa doble presencia y resultando del todo irrelevante el hecho de que uno de los agresores se encontrase en el interior del vehículo y el otro fuera de él pues es indudable la presencia de ambos en el escenario propio de los delitos.

Sin embargo, el dato de que fuera Óscar condenado como autor de la infracción que comete como protagonista directo y, a la vez, como cooperador necesario de la reali-

zada por su compañero, marca una importante diferencia en orden a la aplicación de la referida agravante específica, pues si bien en el primero de esos casos, aquel en el que el recurrente actuó como autor, el supuesto agravado no supone, en modo alguno, infracción del principio “non bis in idem”, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, ya que, en efecto, Óscar es autor de una agresión en la que toman parte dos distintos agentes, él mismo y su acompañante, por el contrario, en aquella infracción en la que su forma de participación tiene el carácter de cooperación necesaria, la agravante de pluralidad de ofensores sí que supone la vulneración del principio “non bis in idem”, toda vez que esa clase de participación siempre requiere un autor al que se ofrece la colaboración y, por ende, en todo caso la colaboración necesaria implica la comisión del ilícito con pluralidad de sujetos.

En otras palabras, resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor, cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho me-

diante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad subjetiva conlleva, de por sí, la necesaria concurrencia de la pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro) supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del repetido principio “non bis in idem”.

En resumen, el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en sendos delitos contra la libertad sexual, en los que, de una parte, concurre la agravante específica de haber sido cometido por más de un agente cuando ocupó el lugar de autor, no pudiendo ser ésta tenida en cuenta, de otro lado, en el que actuó como cooperador necesario, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso en este concreto aspecto.

Sentencia 239/2007, Sala de lo Penal del TS, de 20 de marzo de 2007

LESIONES PRETERINTENCIONALES

Arts. 152.1.1.2.º, 617.1.º y 77 Código Penal

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

SÍNTESIS

En un supuesto de lesiones preterintencionales se recurre a la solución de concurso ideal de delitos entre la falta de lesiones dolosas y las lesiones graves imprudentes, admitiéndose así la conurrencia ideal de un delito y una falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos y en sintonía con el informe del Ministerio Fiscal que apoya los motivos, hay que declarar que se está en una situación de concurso ideal de delitos del art. 77 del Código Penal: un sólo hecho que da vida a dos o más infracciones, una dolosa y otra imprudente.

En el caso de autos existe un inequívoco arranque doloso por parte del recurrente concretado en la acción de golpear violenta-

mente en la cabeza a la víctima, la que cayó al suelo, dándose un fuerte golpe que le produjo un traumatismo craneoencefálico con hematoma subdural, ahora bien, en el resultado lesivo tuvo una incidencia relevante la situación de etilismo en que se encontraba, existiendo un plus in effectu que no puede atribuirse a la acción dolosa inicial, sino que existió una causa que rompió el título de imputación dolosa con la acción inicial, por lo que ese resultado sólo debe imputarse a título de negligencia. En definitiva existió un concurso ideal de infracciones, la primera imputable a título de dolo y la segunda a título de imprudencia, y todo ello en acata-

miento al principio de culpabilidad que inspira todo nuestro sistema de justicia penal. La culpabilidad es la medida de la pena.

¿Qué naturaleza o calificación debe merecer el arranque doloso inicial? —el golpe—. Dentro de la ambigüedad con que se pronuncia la sentencia parece inclinarse al art. 149.1.º. Esta tesis no es correcta. Si la acción dolosa fue según el factum “... golpeó violentamente en la cabeza...”, sin más especificaciones, habrá que concluir que ante la falta de más datos, tal acción debe ser calificada como constitutiva de una falta dolosa de lesiones del art. 617.1.º —golpe sin causarle lesión—, porque ante la falta de datos relevantes sobre las posibles consecuencias que hubiera podido tener ese golpe recibido y sobre las posibles consecuencias lesivas que él mismo hubiera producido vía dolo, hay que estar por el menor de tales resultados, esto es, el de la lesión constitutiva de la falta dolosa del artículo indicado.

Ahora bien, a consecuencia de dicha situación ética, fue que se cayó al suelo. Al respecto el factum dice que esa previa ingesta “... facilitó su caída al recibir el golpe...”.

Es aquí, en relación al resultado producido, y no querido de la acción inicial, que hay que calificar dicho resultado como de lesiones imprudentes del art. 152.1.2.º del CPenal, pues es evidente que en el campo de la causalidad natural, la caída fue consecuencia del golpe, imprudencia que debe ser calificada como grave dada la entidad de la violación de la norma de cuidado y la previsibilidad del resultado producido, sin que en

modo alguno pueda imputarse el resultado a caso fortuito.

En definitiva, se trata de calificar la acción en atención a la culpabilidad atribuida al sujeto activo. Hay que recordar que estos casos, antes de la Reforma Urgente del Código Penal de 1973, de 25 de junio y como vestigio al principio de objetivación por el resultado, se hacía responsable al agente vía dolo del resultado producido aunque éste no fuera querido. Era un tributo al principio del “*versari in re illicita*” que quedó definitivamente desterrado en la reforma indicada y desde entonces, acciones como la ahora enjuiciada se sancionan con la fórmula del concurso ideal formado por la infracción dolosa inicialmente querida y atribuida al actor, y el resultado realmente producido que se le atribuye a título de imprudencia, éste es con ruptura del título de imputación.

En el mismo sentido, STS 649/2002, de 12 de abril, en un supuesto idéntico al actual.

En definitiva, nos encontramos ante un concurso ideal compuesto de una falta dolosa de lesiones y un delito de lesiones imprudente de los arts. 617.1.º en relación con el 152.1.2.º y art. 77.

En orden a la penalidad el art. 77 establece que se impondrá la pena a la infracción más grave en su mitad superior, con el límite que pueda representar la suma de las penas correspondientes a las infracciones penadas separadamente.

En la segunda sentencia se fijará la nueva pena de acuerdo con este referente normativo.

Sentencia 250/2007, Sala de lo Penal del TS, de 20 de marzo de 2007

PRUEBA PERICIAL CALIGRÁFICA

Arts. 456 y ss. LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

SÍNTESIS

La formación de cuerpo de escritura por la recurrente antes de ser formalmente imputada no produce vulneración alguna de derechos procesales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el motivo correlativo se aduce en síntesis la ilicitud de la prueba pericial caligráfica efectuada sobre un cuerpo de escritura realizado por la acusada Maite de forma que califica como “sorpresiva” al haberse practicado sin haber sido informada de sus derechos como imputada, condición de la que carecía en dicho momento, sin haberle dado traslado de la querrela y sin asistencia letrada, lo que supone una vulneración de su derecho a ser informada de la acusación, a la defensa, a la asistencia letrada y a no confesarse culpable. En consecuencia, habida cuenta que la imputación de la acusada vino dada por el resultado de dicha prueba, con base en la conexión de antijuricidad que establece entre la misma y las practicadas posteriormente concluye afirmando la inexistencia de prueba de cargo para dictar una sentencia condenatoria.

(...)

Con relación a la primera de las cuestiones planteadas, analizado el contenido de las actuaciones se constata que mediante providencia de fecha 13 de abril de 2004, el Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Granada acordó la práctica de varias dili-

gencias, entre ellas la declaración el día 28 de abril de 2004 como imputado del hoy recurrente Jesús, el cual, al ser preguntado sobre quién firmó el contrato de cuenta corriente y las letras de cambio afirma que no fue su esposa, la también recurrente Maite, sino una amiga suya de nombre Maite.

Inmediatamente después, sin solución de continuidad procesal, se observa que el día 29 de abril de 2004, en presencia del Secretario Judicial, se practicaron tres cuerpos de escritura a Maite y a Jesús, obrando un informe pericial de fecha 9 de julio de 2004 en el que se afirma que la documentación indubitada de Maite está totalmente alterada y disimulada su escritura, a pesar de lo cual se aprecian concordancias de valor suficientes para considerar que sea la autora de las firmas dubitadas.

Como resultado de dicho informe, mediante providencia de fecha 18 de agosto de 2004 se acuerda oír en declaración como imputada a Maite, diligencia que tuvo lugar el 28 de septiembre de 2004 y en la que manifiesta literalmente que “a instancia de su marido no ha firmado los documentos que se le han exhibido que sólo para ayudarle rellenó el contenido de la letra” y “que no tiene ningún inconveniente en practicar un nuevo cuerpo de escritura”, como así sucede, concluyendo el informe pericial caligrá-

fico de 22 de octubre de 2004 realizado sobre el mismo que “existen indicios racionales de la autoría de las firmas dubitadas por parte de Maite”.

De lo expuesto se desprende que la recurrente parte de la premisa según la cual la diligencia consistente en la realización en un primer momento de tres cuerpos de escritura debió venir precedida de la atribución a aquélla de la condición de imputado y, por ende, de las garantías que ello conlleva en lo referente a la salvaguardia en su plenitud del derecho a la defensa.

A este respecto se ha de recordar que ciertamente nuestra jurisprudencia reiteradamente viene exigiendo que se garantice el acceso al proceso de toda persona a la que se atribuya la comisión de un hecho punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, sin que se retrase el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente se sospeche de su participación en los hechos objeto del proceso (SSTC 68/2001 y 70/2002, entre otras), siendo la razón de tal garantía la de asegurar la plena efectividad del derecho de defensa, por lo que la quiebra de tal garantía conduciría a una situación de indefensión material (SSTC 134/1998 y 220/1998).

Ahora bien, es doctrina asimismo reiterada del Tribunal Constitucional que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o de una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra), pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con “cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas” (artículo 118.2 LECrim). Esta fórmula no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez Instructor (SSTC 135/1989 y, en similares términos, STS 220/2001).

De conformidad con dichos criterios, en el presente caso la pretensión del recurrente carece de fundamento pues la hoy recurrente, como indica en su recurso, aún no tenía la condición formal de imputado cuando se

llevó a cabo la diligencia mencionada, la cual, a tenor de las circunstancias en las que tuvo lugar, tenía un mero carácter de investigación siendo su objetivo el de determinar si procedía o no su imputación. Dicho de otro modo, el hecho de aceptar la acusada la realización de un cuerpo de escritura para efectuar sobre el mismo una prueba pericial caligráfica de resultado incierto con base en una sospecha aún no depurada y cuya única finalidad es la de verificar si concurría la base mínima para abrir una vía de investigación no supone la concurrencia de los presupuestos para otorgar la condición de imputado en sentido estricto con las consecuencias que ello conlleva.

Una vez dicho lo anterior, procede mencionar que, en todo caso, las exigencias de garantía de los derechos del afectado por dicha situación resultaron satisfechos por el consentimiento del mismo para la práctica de la prueba, el cual se desprende del contenido de su declaración como imputado, así como por la presencia del Secretario Judicial durante su realización, siendo aquélla la única presencia inexcusable de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala que no exige para su correcta ejecución ni la presencia del Juez instructor ni la de asistencia letrada (SSTS 779/1998 y 1486/1998), diligencia que, por otra parte, carece del carácter de declaración inculpativa y, menos aún, de autoinculpación, por lo que no resulta amparado por los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (SSTS 1118/2002 y 1173/2004).

A mayor abundamiento, el letrado de la defensa pudo haber solicitado posteriormente la práctica de otra pericia de contraste a través de peritos de su elección, o instar la comparecencia de los que emitieron los informes para ampliarlos o contradecirlos, mas ninguna petición formuló en el sentido indicado y cuando se le entrega la causa para presentar escrito de defensa ninguna pericial pide expresamente sino que se limita a solicitar el examen de los acusados y la documental, haciendo suya mediante una fórmula genérica la solicitada por el Ministerio

Fiscal. Por tanto, ni existió vulneración alguna de las garantías procesales de la acusada ni infracción del derecho a la defensa pues el recurrente, una vez concretada la existencia de indicios racionales de su comisión de una infracción penal, pudo partici-

par en la instrucción con asistencia letrada, ser oído, alegar e intervenir en la causa antes de cualquier acusación formal y de la apertura del juicio oral, careciendo por tanto de la ilicitud aducida la primera de las pruebas periciales efectuadas.

Sentencia 225/2007, Sala de lo Penal del TS, de 21 de marzo de 2007

USO DEL VEHÍCULO COMO INSTRUMENTO DOLOSO

Art. 117 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se ocupa ampliamente la sentencia del problema de si cabe hablar de “hecho de la circulación”, a los efectos de la cobertura del daño por el Consorcio de Compensación de Seguros, cuando el vehículo de motor es utilizado dolosamente como instrumento en la ejecución del delito. (Véase el Acuerdo del Pleno de la Sala, de 24 de abril d 2007, recogido en este mismo número).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Motivo único al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 117 CP en relación con los arts. 3, 9 y 10 Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, y preceptos concordantes de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, Decreto 632/1968, modificado por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, así como por infracción de la jurisprudencia interpretativa de tales disposiciones.

Argumenta, en síntesis, el motivo que el vehículo fue utilizado como medio comisario del delito en cuanto que “instrumento

circulante” no es idéntico a que el calificado asesinato se hubiera desenvuelto “con motivo de la circulación”, infringiéndose la jurisprudencia que exonera de responsabilidad los atropellos cometidos dolosamente para facilitar la fuga del autor, al ser manifestación el uso del vehículo como instrumento no circulante.

Por tanto ha habido infracción del art. 117 CP al quedar excluida la cobertura legal del Consorcio cuando el daño no es consecuencia de un “hecho de circulación” (al art. 3 del Reglamento no considera tal la utilización de un vehículo de motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes).

Y finalmente, la clase de daños cuyo resarcimiento en su caso procedería, nunca al-

canzaría a los morales por cuanto que las cantidades reconocidas se encuentran dentro de los límites cuantitativos del art. 12 Reglamento, no es equivalente a que la clase de daños resarcido se corresponda con las categorías en tal norma delimitadas.

El motivo deviene improvable.

En la Junta General celebrada el 14 de diciembre de 1994 se planteó el tema de la responsabilidad directa del asegurador por delito doloso del asegurado en el ramo del automóvil y se alcanza el acuerdo de que al expresarse “hechos de circulación” no se distingue entre accidente doloso, culposo o fortuito. Y en la Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 6 de marzo de 1997 se vuelve a considerar el tema de cobertura en los supuestos dolosos y se vota favorablemente una propuesta que defiende la cobertura por el Seguro Obligatorio de los daños ocasionados a las víctimas “con motivo de la circulación cuando el acto originador del daño constituye un delito doloso. La propuesta aprobada contiene las siguientes conclusiones: La sentencia condenatoria por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinan responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio siempre que el daño se haya ocasionado “con motivo de la circulación”.

La solución puede obtenerse aplicando el criterio recogido en la «Convención Europea sobre la Responsabilidad Civil en caso de daños causados por los vehículos automóviles», del Consejo de Europa (1973), cuyo art. 11 define las excepciones a la aplicación de la Convención, y se dispone que la cobertura del seguro quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo «exclusivamente» como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose el vehículo como medio de transporte, es decir para desplazarse o circular por vías públicas o privadas abiertas a la circulación, se aprovecha para ocasionar deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula”. Ciertamente los

límites del seguro obligatorio, a la hora de indemnizar perjuicios causados dolosamente en la circulación, —como recuerda la STS 960/2004, de 20 de julio— los establece de forma específica su Ley reguladora, esto es, la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. En su art. 1.1 se señala que “el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o a los bienes con motivo de la circulación”. En principio, no deberán admitirse más excepciones a la responsabilidad que los establecidas en el propio artículo 1.º y 2.º, y en ellos no se incluyen los delitos dolosos.

Cuando la responsabilidad la tiene que hacer efectiva el Seguro Obligatorio o en su caso el Consorcio de Compensación de Seguros, se establece igualmente su alcance en los arts. 4.º y 5.º, en los que tampoco se hace referencia, para excluirlos de la cobertura, a daños ocasionados como consecuencia de la comisión de delitos dolosos como origen del daño indemnizable.

Cuando el vehículo es robado, como es la hipótesis concernida, la responsabilidad se traslada del seguro obligatorio ordinario al Consorcio [art. 5.3.º, en relación al 8.1c) de la misma Ley reguladora], pero tampoco este último precepto, en sus excepciones, excluye a los delitos dolosos como origen del daño indemnizable. Y el art. 8 citado en su apartado 2, dispone que el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros. Es pues perfectamente aplicable a este precepto al supuesto objeto del presente recurso, al concurrir cuantos condicionamientos se expresan en dicho precepto. Y ello viene contemplado con la doctrina de esta Sala sobre lo que hay que entender por hecho de la circulación y la inclusión de los delitos dolosos, siempre que el vehículo no se utilice como instru-

mento no circulante (STS 612/2002, de 8 de abril).

La doctrina establecida por este Tribunal a cuya virtud el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados determinando en casos de actuación dolosa del asegurado, el derecho del asegurador a repetir contra éste una vez subrogado en la obligación indemnizatoria, conforme el art. 76 de la LCS, justifica el anticipado rechazo del recurso que ahora examinados. En las SSTs. 24-10-1997, 11-2-1998, y 4-12-1998 se dice al efecto siguiendo los criterios hermeneúticos unificados en Sala General: “una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas, y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En estos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable.

El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmine del art. 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente. El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal a su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa. El art. 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste. El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso. Con carácter general el art. 76 de la Ley de Contratos de Seguro estable-

ce que: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”, de lo que se deduce necesariamente que los daños ocasionados como consecuencia de eventos dolosos no están excluidos de la cobertura del seguro con respecto a las víctimas del daño, y únicamente permiten repetir frente al asegurado, pues en tales casos el seguro no ampara el patrimonio del asegurado frente a las consecuencias negativas de su propio comportamiento doloso (STS 1240/2001, de 2 de junio).

Este criterio ha sido recogido en numerosas sentencias posteriores, y en supuestos muy similares al presente, en los que, con motivo y en el ámbito de la circulación de un vehículo de motor, el conductor lo utiliza dolosamente como instrumento para agredir a la víctima.

Quinto.—Ciertamente que el art. 3.3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero, ha establecido que “tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo de motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas o los bienes”. No obstante esta Sala en reciente sentencia 742/2006, de 29-6, ha venido manteniendo su postura anterior a esta disposición legal cuando se comete el atropello dolosamente en el curso de la conducción del vehículo. Así se expresa en la STS 144/2001, de 7 de febrero, 612/2002, de 8 de abril, 1424/2003, de 28 de octubre, 960/2004, de 20 de julio y 773/2004, de 23 de junio. Esta última sentencia contiene, examina la incidencia de la definición del “hecho de la circulación”, que efectúa el art. 3 del Reglamento mencionado de 12-1-2001 y concluye que dicha disposición no altera el criterio perfilado en

los Plenos de la Sala de 1994 y 1997 y en este sentido señala “La cuestión a partir de la entrada en vigor de la modificación en materia del alcance del “hecho de la circulación”, presupuesto indispensable para que se produzca la cobertura por parte del seguro y sus exclusiones, llevada a cabo por la Ley 14/2000 y el Reglamento aprobado por RD 7/2001 debe enderezarse a verificar si la interpretación anterior ha sido afectada y en qué medida, teniendo en cuenta, por una parte, que tampoco es posible aislar la concreta cuestión aquí debatida sino que debe ser englobada en la categoría de la trascendencia de las conductas dolosas en el contrato de Seguro (al cauce del art. 19 LCS citado); que el art. 15.1.b) regula el derecho de repetición, contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, “si los daños materiales y personales causados fueren debidos a la conducta dolosa de cualquiera de ellos”, y que el art. 76 LCS tampoco ha sido modificado. Pero también es cierto, por otra, que el animo o propósito del conductor de causar un mal a las personas o daño a las cosas, debe integrarse dentro del concepto normativo de “hecho de la circulación”, para excluirlo, con lo cual nos encontraríamos con que para definir ésta no es suficiente atender sólo a los elementos objetivos; igualmente el derecho de repetición puede entenderse a aquellos casos en que la aseguradora haya anticipado la indemnización de los daños y posteriormente resulte que el hecho es doloso; o finalmente, la previsión del segundo inciso del apartado tercero del art. 3.º del RD 7/2001 que excluye, a su vez, como hecho de la circulación la utilización de un vehículo de motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico que atiende a supuestos discutidos anteriormente (como era el caso de los conductores suicidas).

Como consecuencia de todo ello sólo en los supuestos de dolo directo proyectado sobre el resultado, la cobertura del seguro quedaría excepcionalmente excluida cuando se utiliza un vehículo «exclusivamente» como

instrumento del delito, a través de una acción totalmente extraña a la circulación, pero no cuando utilizándose el vehículo como medio de transporte se ocasiona deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula.

Igualmente la última sentencia de esta Sala en un supuesto similar de atropello doloso, la n.º 920/2006, de 27 de septiembre, tras recordar los Plenos de esta Sala de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997, concluyó que “sin desconocer la complejidad del asunto, nos parece oportuno destacar, desde el punto de vista de la normativa legal, que el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro debe entenderse limitado, en su alcance obligacional, a la relación entre las partes del contrato (asegurado y asegurador); que el art. 73 de la misma Ley —referente al seguro de responsabilidad civil— impone al asegurador la obligación de cubrir el riesgo de indemnizar a cargo del asegurado, haciendo frente a la correspondiente indemnización, “dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato”, es decir, no sólo los riesgos contractualmente asumidos; y que, finalmente, el art. 76 de la propia Ley reconoce al asegurador el derecho a repetir contra el asegurado, en el caso de que la obligación de indemnizar que le haya sido impuesta sea debida a conducta dolosa del mismo, con lo cual se respeta implícitamente el principio de imposibilidad de aseguración de los daños dolosamente causados”.

En el caso presente, articulado el recurso de casación por la vía del art. 849.1 LECrim su análisis supone la comprobación por este Tribunal de casación de la correcta subsumición de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esta labor ha de respetar un principio esencial cual es la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible que le es propia con exclusividad.

Pues bien en el relato fáctico se declara probado como el acusado se dirigió conduciendo el vehículo Daewo Kalos al lugar de los hechos y como al encontrarse con la víctima y tratar sin éxito de comenzar una conversación, se inició entre ellos una discusión, siendo entonces cuando en un momento determinado Jesús Ángel se introdujo en su vehículo y “se lanzó contra Juan Luis atropellándole y dándole en un primer momento un golpe en su pierna izquierda”, y tras esa primer golpe y caer al suelo la víctima que ha quedado debajo del vehículo del acusado, cuando allí se encontraba, vivo aun, el acusado que oyó sus lamentos, no se

detuvo sino que realizó con el referido vehículo varias maniobras de aceleración y frenado, arrastrando a la víctima bastantes metros en sentido descendente, hasta que finalmente le pasó el vehículo por encima de ella”.

Por tanto, no estamos ante una acción totalmente extraña a la circulación, sino ante una acción que se produce dentro de la circulación y como efecto de la misma, puesto que la utilización del vehículo como instrumento homicida en el devenir de la circulación de aquél por el acusado no excluye que el suceso se defina como “hecho de la circulación”.

Sentencia 273/2007, Sala de lo Penal del TS, de 23 de marzo de 2007

CONFESIÓN JUDICIAL. CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD

Arts. 24 CE; 741 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la denominada “conexión de antijuricidad”, que aplicada al caso de autos permite concluir acerca de la plena validez de la prueba de confesión practicada en el plenario cuando ya se conocía el vicio de ilicitud que afectaba a la intervención telefónica previa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El centro nuclear de las imputaciones de los acusados se residencia en la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, al considerar aquéllos que no se ha producido la “desconexión” de antijuricidad que declara la Sala sentenciadora de instancia, al analizar este aspecto probatorio dentro del patrimonio que permanece en autos. (...)

Sexto.—Recientemente, ha tratado el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, en STC 136/2006, de 8 de mayo de 2006. En ella se afirma que lo aquí debatido ha sido resuelto por dicho Tribunal, entre otras, en las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, F. 4, y 184/2003, de 23 de octubre, F. 2, declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los dere-

chos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, «las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental» (STC 161/1999, F. 4).

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, la STC 81/1998, de 2 de abril, estableció una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. «Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su

efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo».

Por último, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose tal control a la comprobación de la razonabilidad del mismo.

Por nuestra parte hemos dicho (STS 1487/2005, de 13 de diciembre), lo siguiente:

a) que, en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las intervenciones telefónicas tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

b) que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentra vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad».

En palabras de la STC 161/1999, de 27 de septiembre, es la conexión de antijuridicidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras «tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible...». Doctrina que constituye un solo cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 154/1999, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003, de 24 de abril y la STS 1048/2004, de 22 de septiembre, que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada.

Y para el caso que resolvemos, puede citarse la STC 239/1999, de 20 de diciembre, en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la declaración del condenado sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, confesión que fue prestada en el Plenario, y la nulidad del registro domiciliario en el que fue hallada, no debiéndose indagar

las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio.

En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpa-do ésta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

En suma, como ya dijimos en la STS 1203/2002, de 18 de julio, será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión incriminatoria, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

Y, por último, como se lee en la STC 81/1998, habrán de valorarse los siguientes elementos que pueden tenerse en cuenta para elaborar ese juicio de conexión de antijuridicidad:

1.º La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.

2.º El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.

3.º Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría

llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.

4.º Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad.

5.º Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o sólo un mero error en sus autores, habida cuenta de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error.

Incluso las resoluciones más exigentes con este conflicto constitucional (cf. STS 403/2005, de 23 de marzo), no pueden por menos de admitir que, en el ámbito del llamado «saneamiento de la prueba», la confesión alcanzaría plena validez valorativa una vez se haya verificado el mencionado asesoramiento que permite considerar que el acusado efectuó la confesión con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de prueba y que, a pesar de ello, voluntaria y libremente hizo las manifestaciones autoincriminatorias.

Séptimo.—Aplicando las anteriores consideraciones al caso que ahora resolvemos, no podemos sino advertir que la confesión judicial se efectuó en el ámbito del plenario, y en consecuencia, con pleno conocimiento de la postulada ilegitimidad de la fuente original, y a pesar de ello, el procesado José Ramón, que no había declarado ni en sede policial, ni en sede judicial (en esta última, como dejamos expuesto más arriba, se limitó a iniciar la declaración que suspendió inmediatamente, acogiéndose a su derecho a no declarar), fue quien proporcionó las afirmaciones que permitieron conseguir la convicción judicial. En efecto, dijo estar en posesión de la bolsa con el envoltorio descubierto, que no comprobó ni preguntó por lo que contenía y que tal paquete se lo acababa

de entregar el coprocesado Juan Miguel, para hacerlo llegar a un tercero. Incluso éste último, en la indagatoria, meses después de ser detenido, e informado de sus derechos, ya dijo que se enteró de que se trataba de droga, “cinco minutos antes se enteró de lo que había en la bolsa, que era cocaína”, como reseñan los jueces “a quibus” en su fundamentación jurídica. De modo que tales declaraciones, completamente desconectadas de cualquier vicio de antijuridicidad, son las que valoró la Sala sentenciadora de instancia, y exclusivamente sobre ellas se ha de producir este control casacional. Y tal control, cuando de la presunción de inocencia se trata, no se extiende más que al juicio de racionalidad de su apreciación por el Tribunal “a quo”. En este estadio, no podemos decir que se haya vulnerado tal principio presuntivo, en tanto que ambos coprocesados admitieron la entrega y recepción de un paquete, que uno de ellos dijo haber sabido “cinco minutos antes” que se trataba de cocaína, y el otro, que ni siquiera se planteó la posibilidad de averiguar su contenido, una vez le fue suministrado el mismo, e introducido en el maletero del vehículo que conducía. De modo que la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial acerca de que conocían que se trataba de droga, en acto de transporte, es plenamente razonable, pues hemos declarado (entre otras en STS 97/2007, de 12 de febrero de 2007), que respecto a ese desconocimiento, el Tribunal “a quo” no hace más que seguir la doctrina jurisprudencial acerca del dolo eventual, y la teoría del asentimiento, de modo que incumbe a quien lleva a cabo una acción el despejar las dudas que puedan surgir acerca de la verdadera naturaleza y contornos de su misma estructura. En otras palabras: quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. Ambas declaraciones cuentan con su corroboración en el hallazgo efectivo de la droga, de cuya existencia dan cuenta los implicados, al admitir

tanto la posesión de una maleta como el bolso introducido en el maletero del vehículo, y esta prueba hemos de considerarla válida, al estar completamente desconectada de cualquier vicio de ilicitud, por haberse producido en momentos posteriores a la inicial detención, y cuando ambos imputados cono-

cían ya la postulada ilegitimidad de los registros efectuados, derivados de las intervenciones telefónicas, en suma acervo probatorio extraído del plenario, como ya hemos justificado con anterioridad.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

Sentencia 256/2007, Sala de lo Penal del TS, de 30 de marzo de 2007

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Arts. 5.4 LOPJ; 851.5.º LECrim.; 24.1 CE

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

SÍNTESIS

La falta de firma de uno de los magistrados en la sentencia dictada a consecuencia de una previa casación que apreció un defecto en la motivación de la instancia no constituye un mero trámite burocrático. La anulación por ausencia de motivación no reclama tan sólo una nueva redacción sino que abre un espacio de posible reconsideración del sentido del fallo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) por el cauce de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LÉrim, se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías.

El argumento es que esta sala, al resolver el recurso de casación n.º 553/2003 formulado en su día contra la sentencia inicialmente dictada en esta causa por la Sección 3.ª de la Audiencia Nacional, casó aquélla para que el tribunal subsanase la omisión del debido tratamiento de la validez y eficacia probatoria de los resultados de las interceptaciones telefónicas y motivase adecua-

damente la prueba en que fundaba el fallo condenatorio.

En cumplimiento de este acuerdo, la sala de instancia dictó la sentencia que ahora se impugna, que, según los recurrentes de referencia, habría sido firmada sólo por el nuevo ponente, el magistrado ..., que sustituye al anterior, ..., entonces de baja por enfermedad. Dándose la circunstancia —se dice— de que aparece una tercera firma que claramente no corresponde a ninguno de los magistrados que figuran en el encabezamiento. De todo lo que se sigue, además, que esta nueva resolución no habría sido deliberada sino sólo redactada por el primero citado. Y esto con fecha 21 de diciembre de 2004,

cuando la última sesión del juicio oral se celebró el día 17 de abril de 2002.

A estas vicisitudes procesales, los recurrentes, consideran que sólo cabe anudar una decisión absolutoria. Primero, porque conforme a lo resuelto en STS 1153/2004, de 19 de octubre, la concurrencia de únicamente dos magistrados —mucho más, se dice, pues, la de uno solo— determinaría la nulidad de la resolución, conforme a lo dispuesto en el art. 238.1 LOPJ. Y, en segundo término, porque aunque, en principio, tendría que decidirse ahora dictando una nueva decisión los tres magistrados que vieron el juicio, este modo de proceder debe entenderse inviable, a tantos años de la vista. Del mismo modo, tampoco sería admisible la celebración de un nuevo juicio, porque el mal funcionamiento de la administración de justicia no puede legitimar la imposición de un gravamen como el que esto supondría a quienes ya se han sometido una vez al trámite del enjuiciamiento y dos a la redacción de la sentencia condenatoria.

A este modo de razonar, el Fiscal, admitiendo que, en efecto, falta la firma del magistrado ..., objeto que en cambio figuran las de los otros dos magistrados, porque el tercero de ellos, ... habría comparecido en secretaría e identificado la debitada como propia. Y, sobre todo, en cuanto al fondo de la impugnación, señala que lo reclamado por la sentencia que casó la primeramente dictada era “proceder a una nueva redacción” pero “subsanando tan solo las omisiones que se advertían en la fundamentación jurídica”, lo que habría impedido “modificar el sentido del fallo”. Así las cosas, es su conclusión, sería aplicable lo dispuesto en los arts. 257.4 y 255 LOPJ.

Antes de entrar en otras consideraciones, es preciso recoger un dato de observación que, en el contexto de grave anomalía procesal constatado, no puede carecer de significación. Es que, como hace ver el primero de los recurrentes relacionados al inicio, en el folio 37 de la sentencia a examen únicamente figura, según se ha dicho, la firma de dos magistrados, al faltar la de ... De

ellas una, sin duda, corresponde al actual ponente (...) y la otra tendría que ser la del magistrado ..., porque así se habría certificado, según recuerda el Fiscal. Pero lo cierto es que poniendo en relación tales firmas con las de la primera sentencia de instancia emitida (folio 567 del rollo de sala), resulta que, de éstas, una (la situada junto al margen izquierdo) correspondería al ponente inicial y presidente de la Sección, el magistrado ..., cuyo nombre y primer apellido es incluso legible; el lugar central lo ocupa la de Martínez Salinas, que coincide en la ubicación y, a simple vista, en la grafía, en ambos casos. Y, por eso, la tercera debería corresponder a ... Pero lo cierto es que, también a simple vista, presenta tal grado de desemejanza con la de aquella otra resolución, que hay que entender justificada la desconfianza de la parte. Más cuando informa de que el magistrado ... se habría jubilado por razón de edad antes de dictarse la resolución que ahora es objeto de estudio.

Según se ha hecho ver, el Fiscal trata de rebajar el alcance de la omisión de la firma de uno de los magistrados a la calidad de mera ausencia de un trámite burocrático, indiferente en el marco de este recurso, por falta de afectación al contenido del fallo, dado que, expone, el cometido de la sala, en ejecución de la sentencia de casación, era de, simplemente, proceder a una nueva redacción.

Pero este modo de razonar no puede compartirse. Porque lo detectado por esta sala en el primer recurso era un defecto de motivación, es decir, de justificación, de aspectos esenciales en la economía de la decisión, en tanto que relativos a momentos nucleares de la prueba de cargo. Y, como es sabido, el papel de la motivación no se agota en la mera explicación ad extra de una decisión ya adoptada, sino que, antes, en cuanto expresión de un imperativo constitucional que todo tribunal debe asumir, goza de una esencial proyección ad intra. Pues sólo planteándose de manera explícita este deber y realizando el esfuerzo de verbalizar, objetivándolo, el proceso decisorio, puede el juz-

gador calibrar la coherencia interna y su grado de racionalidad del propio discurso. Así, podría perfectamente ocurrir que la subsanación del defecto de motivación apreciado en una cierta sentencia, llevase a constatar la existencia de un salto lógico relevante en algún curso inferencial, que hubiera determinado una conclusión errónea, cuya rectificación requiriese una modificación del sentido del fallo. Tal fue, por ejemplo, lo sucedido en la causa de una Audiencia Provincial, en la que ésta, obligada a dar nueva redacción a la inicial sentencia condenatoria inmotivada por STS de 6 de julio de 1990, que resolvió un recurso del condenado, se vio en la necesidad de reemplazarla por otra absolutoria, por cierto, también recurrida, esta vez por el Fiscal, y confirmada por STS de 25 de enero de 1993.

Por tanto, la obligación de dar nueva redacción a una sentencia para subsanar un déficit de motivación no puede interpretarse reductivamente, cual si de una operación mecánica se tratase, sino que comporta un verdadero reexamen del proceso de decisión, que no excluye la posibilidad de una reconsideración del sentido del fallo.

A estas consideraciones debe añadirse una asimismo de calado, que conecta con lo

anterior y excluye la aplicación de los artículos a que se ha referido el Fiscal. Es que en tales preceptos se contempla la eventualidad de que alguno de los magistrados que formaron la sala hubiera estado en la imposibilidad de votar, una vez producida la imprescindible deliberación sobre la prueba, en la que las diversas posiciones hubiesen quedado claras para todos. Pero no es eso lo que resulta del conjunto de vicisitudes reseñadas, que hacen perfectamente plausible la hipótesis de que, al menos, el magistrado ..., que fue sustituido como ponente, por razón de enfermedad, no llegó a deliberar realmente con los demás integrantes del tribunal acerca del tratamiento de la prueba con objeto de cumplir adecuadamente el deber de motivación en este punto, rigurosamente desatendido en la primera versión de la sentencia.

En fin, la falta de concurrencia de un magistrado, que por enfermedad no pudo intervenir en la elaboración de la sentencia, tendría que dar lugar en todo caso a la estimación del motivo del art. 851.5.º LECrim, por quebrantamiento de forma. Y es patente que, además, el anómalo desarrollo de la causa ha afectado asimismo negativamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de todos los acusados.

Sentencia 388/2007, Sala de lo Penal del TS, de 9 de abril de 2007

CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE DOCUMENTO

Arts. 26 y 392 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras estudiar el concepto amplio de “documento” recogido en el artículo 26 del Código Penal, se entiende presente un delito de falsedad documental en la conducta del empleado de una entidad bancaria que no introduce los correspondientes datos de ingresos en el archivo informático correspondiente a la cuenta del cliente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La acusación particular, por la vía del error de derecho, solicita la calificación de los hechos como un delito de falsedad continuada en documento mercantil.

1. Advierte que el propio hecho probado imputa al acusado la realización de una serie de operaciones económicas bancarias, entre las que se consignan: abrir electrónicamente una libreta con asignación de número y nombre de los titulares pero omitir la anotación de las operaciones en las bases de datos.

Carece de interés la mecánica que seguía el acusado. En definitiva, se producía una apariencia contable en forma o soporte papel, evitando introducir su correlativa anotación en la base de datos, instrumento que tiene el carácter de documento a todos los efectos.

2. El texto del artículo 26 del Código Penal es claro y terminante, disipando las dudas de quienes, desde una perspectiva petrificada, se resistían a admitir que las modernas e inmateriales ondas que incorporan datos u operaciones al soporte magnético tuviesen naturaleza documental. Se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

3. La sentencia descarta la existencia de falsedad sobre una ficción o apariencia, que no elimina el elemento falsario que en definitiva ocasiona la alteración de las anotaciones bancarias. Sostiene que, al fin y al cabo, el acusado realizaba las anotaciones del dinero recibido y las reflejaba en partidas contables que adjudicaba a los titulares. En realidad, las libretas tenían otra finalidad que no era otra que el dinero entregado se empleara para comprar fondos de inversión o cédulas hipotecarias. En todo caso para conseguir el fin último de apoderamiento

del dinero era instrumento insustituible consignar el ingreso con finalidades distintas. Al mismo tiempo, para evitar comprobaciones de control, había que complementar esta alteración del fin o destino con la omisión de cualquier registro magnético.

4. La lesión del bien jurídico protegido se produce cuando el documento, por su inautenticidad, pierde su capacidad probatoria en el tráfico al que está destinado.

La modalidad comisiva que se pone de relieve en las libretas pasa por la alteración de conceptos básicos para determinar la naturaleza, procedencia y finalidad o destino del dinero. Se consigna como cierta la inauténtica conducta que puede tener su acogida en la simulación y, sobre todo, en la modalidad de falsear la verdad que debía contener el documento.

Pero es que, además, la falsedad opera sobre el sistema de anotación de datos magnéticos de la entidad financiera a la que se le ocultan, con incuestionable alteración de su real contenido, datos que impiden que el registro responda a la realidad. La simulación es la actuación que tiende, por su propia dinámica, a dar apariencia de realidad a lo inauténtico. En este sentido, el registro de datos de operaciones resultó alterado al no recoger su genuina realidad debido a las maniobras falsarias encaminadas a omitir la anotación.

6. La Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas en lo relativo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de destinatarios, además de su finalidad específica de protección de la intimidad, advierte que, estos bancos de datos, como sucede en los casos de entidades financieras o comerciales, afectan al funcionamiento y establecimiento de un mercado interior, por lo que su veracidad y exactitud, es vital para el desempeño de actividades legítimas de gestión ordinaria de empresas y otras entidades.

7. Los ficheros de datos, en este caso personales y contables, responden a una serie de técnicas de organización y funcionamiento que si no se cumplen estrictamente por las personas encargadas, pierden su finalidad, se ven alterados y carecen de capacidad probatoria. Su exactitud es decisiva para la finalidad para la que han sido creados. En definitiva el soporte físico magnético de la base, fue deliberadamente alterado por una conducta omisiva o de comisión por

omisión, que encaja perfectamente en la modalidad de falsedad en documento mercantil. Mediante la maniobra de su simulación o alteración en un documento verdadero se han omitido datos necesarios y de obligada anotación. No existe problema alguno para considerar esta conducta como continuada. Por lo que consideramos por contestado el motivo tercero.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser estimados.

Sentencia 278/2007, Sala de lo Penal del TS, de 10 de abril de 2007

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Arts. 24.2 CE; 181 Código Penal

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

SÍNTESIS

La superación por la declaración de la víctima del triple filtro exigido por la jurisprudencia (“verosimilitud”, “ausencia de incredibilidad subjetiva” y “persistencia en la inculminación”) no supone sin más que deba ser tenida como válidamente inculpatoria. Tan sólo resultará, en principio, atendible y requerirá la posterior confrontación de sus aportaciones con las de otra procedencia para confirmar la calidad de sus datos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por el cauce del art. 852 LE-Crim. e invocando asimismo el art. 5.4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del principio de presunción de inocencia, del art. 24 CE. El argumento es que la sala de instancia no ha objetivado ningún dato que pudiera acreditar la existencia del intento de abuso sexual; y, de otro lado, tampoco ha tomado en consideración las indicaciones que existen acerca de algún posible trastorno psicológico en la denunciante, ni la gene-

rosidad de la actitud de los que la acogieron, y lo que sobre el comportamiento del recurrente ha dicho su compañero de habitación.

(...)

Pues bien, ya antes de entrar en otro tipo de consideraciones, el simple análisis de la propia sentencia en su expresión literal pone de manifiesto cierta contradicción en el planteamiento. Primero, porque el tribunal dice que la misma se apoya en una valoración analítica de las aportaciones producto de todos los medios probatorios, y, sin em-

bargo, no es cierto, ya que éstos aparecen sólo enumerados de una forma meramente indicativa, sin la menor referencia de contenido, salvo en el caso de las manifestaciones de la denunciante, que se trasladan mecánicamente al texto para otorgarles plena eficacia convictiva, sin más.

Y, en segundo lugar, el tribunal de instancia tampoco resulta coherente cuando, después de sostener que las manifestaciones de la víctima deben contrastarse con los elementos de juicio de otra procedencia, él mismo no lo hace, ateniéndose unilateralmente a las primeras.

Así las cosas, lo cierto es que lo único que el lector de la sentencia puede saber es que la víctima parece haber convencido al juzgador, pero no —en concreto— por qué.

El Fiscal se opone al recurso, destacando la importancia de la intermediación en la valoración de las pruebas de carácter personal. Algo indiscutible, siempre que se tenga en cuenta que la intermediación es un medio, pero no un método, y que, como tal, puede ser bien y mal empleado. Es decir, la intermediación, siendo necesaria, no es por sí sola suficiente garantía, pues con intermediación cabe hacer verdaderos juicios, o sea, enjuiciamientos dotados de la necesaria racionalidad, que permitirán llegar a conclusiones dotadas de buen fundamento. Y también pronunciamientos elípticos, como es el caso, en los que el déficit de análisis y contrastación de los datos de diversa procedencia crea el riesgo de la decisión acrítica, emocional o por mera empatía.

Dice el Fiscal, citando alguna jurisprudencia “que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad”. Y tiene razón, pero a condición de que en ese “nadie” se incluya también al imputado, que no deberá sufrir en modo alguno las consecuencias de un estándar de prueba que implique una inteligencia débil del principio de presunción de inocencia, que no admite

atenuaciones, por razón de la categoría de delitos.

De este modo, hay que afirmar que no existe un estándar de prueba menos exigente para los casos de acciones cometidas en la clandestinidad; aunque tal sea lo que podría entenderse a partir de algunas afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento —de frecuente invocación— de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello, alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

Tal es el contexto en el que hay que tratar del valor que cabe dar a los indicadores jurisprudenciales de “verosimilitud”, “ausencia de incredibilidad subjetiva” y “persistencia en la incriminación”, de los que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.

Estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, su incumplimiento podrá servir —en negativo— para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el autocontradictorio y el dictado por móviles espurios (...).

En consecuencia, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenida como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a limine como medio de prue-

ba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos.

A la luz de las precedentes consideraciones, es obligado concluir que la decisión de la sala peca de unilateralidad en el tratamiento de la prueba de cargo, en cuanto que ésta es la única realmente atendida, lo que

lleva como consecuencia que el fallo condenatorio presente un déficit no sólo de expresión de su fundamento, sino asimismo de racionalidad, por falta de consideración expresa de la prueba de descargo.

(...)

En definitiva, por todo lo expuesto, es claro que el tratamiento dado al cuadro probatorio en este caso no se ajusta a ese canon jurisprudencial, y el motivo debe estimarse.

Sentencia 290/2007, Sala de lo Penal del TS, de 10 de abril de 2007

APROPIACIÓN INDEBIDA

Arts. 250.1.3.º y 252 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que la agravación prevista en el artículo 250.1.3.º (utilización de cheque) sólo resulta, en principio, aplicable en el delito de estafa; no, sin embargo, en el de apropiación indebida, por ser inherente a éste el abuso de confianza.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo restante se plantea al amparo del artículo 849.1 LECrim. para alegar infracción ordinaria de ley siguiendo una doble línea argumental: por un lado, se aduce la indebida aplicación de los artículos 252 y 250.1.3.º CP aduciendo que no concurren en la actuación del recurrente los requisitos que exige la aplicación del delito de apropiación indebida al haber actuado con falta de diligencia la entidad de crédito y ahorro que abonó el cheque al acusado pese a carecer de las firmas exigidas para proceder de tal forma. Por otro lado, se denuncia

la incorrecta aplicación del artículo 66.6 CP con relación a los artículos 252 y 250.1.3.º CP, al imponer la Audiencia la pena de 2 años de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 12 euros, habida cuenta la escasa entidad de la cantidad apropiada y, por ende, del perjuicio causado, debiendo de ser reducida la pena impuesta.

La cuestión relativa a la errónea calificación jurídica de los hechos parte de una premisa errónea ya que la infracción penal por la que se condena al acusado no es la de estafa, ámbito en el que habría que incardinar el análisis de la viabilidad de su queja relativa a la incapacidad del engaño para

producir en el sujeto pasivo la representación del error, sino por su autoría de un delito de apropiación indebida en su vertiente de administración desleal ya que la acción típica en este caso es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la comunidad titular del patrimonio gestionado. Cuestión diferente, como afirma el Ministerio Fiscal, que no acierta a plantear el recurrente es si la agravación del artículo 250.1.3.º CP juega respecto de la apropiación indebida y, en caso afirmativo, si es apreciable en este supuesto.

En este orden de ideas, aunque no cabe duda de que el acusado hizo un uso abusivo del cheque, lo cierto es que dicha circunstancia, tipificada como causa de agravación en el apartado 3.º del artículo 250 CP, no resulta en principio aplicable a los supuestos de apropiación indebida del artículo 252 de dicho texto legal en los que implícitamente se encuentra inserta la figura genérica del abuso de confianza, como ocurre en el presente caso y, por lo tanto, el Tribunal sentenciador no debió recoger, como causa de agravación, la mencionada. Además, la razón del subtipo agravado consiste en el ries-

go que para el tráfico jurídico implica el uso de instrumentos mercantiles debilitando la confianza en los mismos, lo que no sucede en casos como el actual, donde ni siquiera se hace entrega del cheque a un tercero con pretendidos efectos solutorios.

Por tanto, el motivo ha de ser parcialmente estimado, lo que entraña una modificación penológica en el sentido pretendido por el recurrente, lo que hace innecesario el análisis de la otra queja planteada en este motivo. Así pues, procediendo aplicar el tipo básico del artículo 252 CP, extendiéndose en abstracto la pena por remisión al artículo 249 del citado texto legal de 6 meses a 3 años de prisión, con base en los parámetros establecidos en el artículo 66.6 CP, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, habida cuenta de la ausencia de antecedentes computables del acusado, la suma apropiada, la entidad del quebranto del deber de fidelidad y el “modus operandi” empleado para la ejecución de los hechos, se estima adecuada la imposición de la pena de 1 año y 6 meses de prisión, como se hará en la segunda sentencia.

Sentencia 345/2007, Sala de lo Penal del TS, de 24 de abril de 2007

LÍMITE TEMPORAL DE LAS MEDIDAS

Arts. 23, 95 y 101 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras recordar cuáles son los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad, entiende la sentencia que la condición de inimputable del sujeto no impide la apreciación (puramente objetiva) de la circunstancia agravante de parentesco, a los efectos de determinar el límite máximo de cumplimiento de la medida de internamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo de su censura casacional, lo viabiliza el autor del recurso por el cauce autorizado en el art. 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Denuncia la indebida aplicación del art. 101 en relación con el art. 96, ambos del Código Penal.

Se queja el recurrente de la clase de medida de seguridad por la que ha optado la Sala sentenciadora de instancia, el expresado internamiento, siendo así que lo procedente, en su tesis, hubiera sido la adopción de un tratamiento ambulatorio, en virtud de los informes médicos que invoca, aspecto éste —dice— que venía realizando hasta fechas anteriores a los hechos enjuiciados con absoluta normalidad en el ambulatorio que cita, ya que mediante la toma de los medicamentos prescritos llevaba una vida “relativamente normal”, y solamente tras el abandono del tratamiento prescrito, se ha descompensado, cometándose los delitos que han sido objeto de enjuiciamiento, los que reconoce —sin más censura— el recurrente.

El motivo no puede prosperar.

La mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino son posibles la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales, en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales.

Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de imputabilidad. El

legislador penal dice que las medidas de seguridad “se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito” (art. 6.1 del Código Penal).

Resulta justificado y razonable conectar las medidas de seguridad relativas a los enajenados mentales, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad (STC 24/1993). Esa prognosis, se fundamenta, a su vez:

1. Peligrosidad criminal: esto es, que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones “antisociales”, o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.^ª del Código penal cuando dice que es preciso para que el juez o tribunal aplique una medida de seguridad “... 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”.

2. Necesidad de la aplicación de tales medidas: El juez o tribunal la aplicará “previos los informes que estime convenientes” (art. 95, CP) y, como se advierte en los arts. 101 a 103, “si fuere necesario”.

Respecto al límite temporal, la STS 1176/2003, de 12 de septiembre, declara la siguiente doctrina legal: “A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 1995, ahora bajo la vigencia de este último Código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente, cuando ésta consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho código en su art. 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa

el art. 6.2 del mismo CP 1995 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero. Esta referencia a la “pena abstractamente aplicable al hecho cometido”, como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto. La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad. Y así llegamos a lo que aquí queremos decir; para examinar si concurrieron en el caso los requisitos del asesinato que apreció la sentencia recurrida, la alevosía y el ensañamiento (art. 139.1.^ª y 3.^ª), a estos efectos de determinación del límite de la duración del internamiento acordado, hemos de prescindir de los elementos de naturaleza subjetiva que los definen, porque se encuentran conectados con el elemento de culpabilidad que aquí no existió y cuya falta propició la absolución. La inimputabilidad o capacidad de culpabilidad está en la base de esos elementos subjetivos que contribuyen a configurar tanto la alevosía

como el ensañamiento. Si no hay capacidad de culpabilidad no cabe tener en consideración tales elementos subjetivos, por lo que nos hemos de limitar a examinar si concurren los elementos propios de tales dos agravantes constitutivas del delito de asesinato. En definitiva, la peligrosidad, fundamento de la medida de seguridad, ha de cuantificarse en base sólo a tales elementos objetivos que, desde luego, en el caso presente concurrieron”.

La Sentencia que hemos transcrito nos resuelve la mayoría de los temas que se suscitan en esta censura casacional, y dicha resolución judicial ha sido objeto de confirmación reiterada por la doctrina de esta Sala Casacional.

En suma, respecto al primer problema planteado, que es el objeto de este motivo, la medida de seguridad no se impone —sin más—, como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimputable penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto, y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal. En definitiva, se trata de la adopción de una medida de seguridad socialmente defensiva, que se adopta dada la peligrosidad criminal del reo. En el caso, la Sala sentenciadora de instancia ha fundamentado sobradamente tal peligrosidad criminal, en función de los informes médicos obrantes en autos, y de la posibilidad de repetición de los hechos enjuiciados, lo que conduce a la desestimación del motivo, sin perjuicio de la posibilidad de sustitución de tal medida de seguridad por otra menos aflictiva, en fase de ejecución de sentencia, y conforme autoriza el art. 97 del Código penal, mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que deberá realizar al menos anualmente, con la oportuna propuesta.

Tercero.—El segundo motivo reprocha la aplicación de la agravante mixta de parentesco (art. 23 CP), siendo así —se dice— que “nunca pudo comprender quiénes eran las personas a las que estaba agravando con

sus hechos y por ello si las mismas eran sus padres o si eran personas distintas”.

Ciertamente, el tema es sugerente, y ha sido objeto de atención de la doctrina científica, con opiniones diversas. Pero en la jurisprudencia esta cuestión ha sido resuelta, como precedentemente hemos ya dicho, desde el Acuerdo Plenario de 26 de mayo de 2000, en donde se dispuso que “en los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art. 101.1º del Código penal, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuera responsable”, lo que condujo a que en el Acuerdo correspondiente al supuesto planteado, se acordó que en caso de “alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato”. Se dictó al respecto la STS 494/2000, de 29 de junio, y otras muchas posteriores. De modo que se prescinde de las circunstancias subjetivas para la calificación del hecho, pues la ley penal parte de la ficción como si el sujeto “fuera responsable” del hecho, a los solos efectos de fijar la duración máxima de la medida de seguridad. Con mayor razón que la alevosía, en el caso

ahora enjuiciado, de parentesco natural de ascendiente en primer grado, padre o madre, pues la objetivación de tal circunstancia mixta, funcionando como agravante en los delitos contra la vida o la integridad de las personas, es más que patente.

Y para la rebaja de un solo grado, el Tribunal “a quo” ha tomado en consideración el grado de desarrollo alcanzado, pues la incisión traumática con un instrumento cortante en el cuello es suficientemente demostrativa del iter criminal desplegado, permitiendo sostener tal decisión.

Ahora bien, como bien señala el Ministerio Fiscal al apoyar el motivo, técnicamente la duración máxima de 10 años, se encuentra en zona punitiva correspondiente a la consumación y no a la tentativa, la cual, en virtud de lo dispuesto en el art. 70.1.2.ª in fine del Código penal, debe ser rebajado al menos en un día. Por consiguiente, el motivo será parcialmente estimado en la forma que se dirá en la segunda sentencia que ha de dictarse. No ocurre lo propio con el delito de amenazas, pues éste ha resultado consumado.

Sentencia 381/2007, Sala de lo Penal del TS, de 24 de abril de 2007

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Arts. 25.1 CE; 26, 390 y 432.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

A propósito de un delito de malversación de caudales públicos, se analiza (entre otras) tres cuestiones: el alcance de la modalidad agravada prevista en el número 2 del artículo 432 del Código Penal, objeto de interpretación restrictiva; el carácter de “documento” del disco duro de un ordenador; y el “non bis in idem” en relación a una resolución del Tribunal de Cuentas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El art. 432.2 CP prevé la imposición de la pena agravada de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.

Así pues, el art. 432 utiliza la copulativa “y” para referirse a las circunstancias que han de ponderarse para evaluar si la malversación puede ser considerada de especial gravedad. Ello —como señala el Ministerio Fiscal— invita a pensar que no basta con que concurra uno de los dos parámetros (alto valor de la cantidad o entorpecimiento del servicio público), sino que es necesario que confluyan uno y otro. Es verdad, que la jurisprudencia al enfrentarse al problema exegético similar planteado con relación al delito de estafa (art. 250.1.6) ha llegado a conclusión distinta, entendiendo que basta que concurra una de las circunstancias para que sea procedente la agravación (Cfr. SSTS n.º 173/2000, de 12 de febrero; 103/2001, de 30 de enero; 2381/2002, de 14 de diciembre; 696/2002, de 17 de abril). Sin embargo, con relación al art. 432.2 del CP el TS ha optado, con alguna matización, por la dicción literal, entendiendo que la especial gravedad ha de venir determinada por ambos factores: cantidad y daño o perjuicio al servicio público.

La STS de 29 de julio de 1998, n.º 2/1998, proclamó que “entiende esta Sala que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay o no esa especial gravedad. Es decir, nos impide acudir a otros criterios diferentes limitando así el arbitrio del Juzgador. Pero no podemos olvidar que la agravación es única: “la especial gravedad”. Y ello nos obliga a distinguir tres supuestos diferentes:

1.º Caso de cantidad de menor importancia. Parece lógico entender que, por ejemplo, una malversación de 100.000 ó 200.000 ptas. nunca podría calificarse como de especial gravedad.

2.º Caso en que la suma sea importante de una manera especialmente cualificada. Por ejemplo, a partir de cien millones de ptas. Parece lógico pensar que una malversación con tan elevadas cifras siempre habría de ser valorada como de “especial gravedad”. Por otro lado, en estos casos no le será difícil a las acusaciones y al Tribunal que conoce del juicio oral buscar en los hechos elementos determinantes de ese daño o entorpecimiento público, como hizo esta Sala en esas dos sentencias citadas de 22 de mayo de 1997 y 1 de diciembre de 1997.

3.º Caso en que la suma malversada sea una cantidad importante pero no en esos extremos muy cualificados a que nos referimos en el caso anterior. Varios millones de pesetas, 10 millones, ó 18 millones, como en el supuesto presente. Parece que en estos casos habrá que acudir al otro criterio especificado en la norma penal: combinando esta cuantía, que por sí sola ya tiene alguna relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento público, se podría resolver la cuestión. Si a esta cantidad moderadamente importante se une un daño o entorpecimiento acreditado, habría de aplicarse la cualificación del delito por su “especial gravedad”, y no cuando este último elemento falta, que es lo sucedido en la sentencia última dictada por esta Sala al respecto, la antes citada de 10 de febrero de 1998, que consideró no aplicable este art. 432.2 porque los Hechos Probados de la sentencia recurrida no precisaron dato alguno en que pudiera apoyarse ese daño o entorpecimiento cuando la cuantía era de unos 50 millones de pesetas a distribuir entre los varios Ayuntamientos perjudicados.

Estimamos que en el caso presente nos hallamos ante un supuesto que habría de en-

cajar en el 3.º de los tres antes examinados, por lo que utilizando conjuntamente los dos criterios que el art. 432.2 tiene en cuenta para poder determinar la “especial gravedad” que constituye la razón de ser de esta cualificación penal, habríamos de afirmar que tal especial gravedad existe. Pero no cabe la aplicación de tal norma, porque al respecto falta el dolo”.

En sentido similar se pronunciaron las SSTS de 17 de diciembre de 1998 o de 3 de enero de 2001, moviéndose la jurisprudencia, bajo tales perspectivas, se ha atendido al caso concreto (STS 1076/2003, de 17 de diciembre), propiciándose una interpretación restrictiva (STS 180/1998, de febrero), y se han considerado suficientes para alcanzar la agravación, cantidades como 5.544.206 ptas. (STS 1519/1997, de 1 de diciembre), 43 millones de ptas. (STS 722/1997, de 22 de mayo), 71 millones de ptas. (STS 616/2002, de 13 de abril), 99 millones de ptas. (STS 771/1999, de 10 de mayo).

Por otra parte, también se ha entendido que el entorpecimiento ha de probarse con independencia de la malversación misma (STS 293/1996, de 3 de abril).

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia fija la cuantía de la malversación en 153.704,58 euros (25.574.290 ptas.). La cantidad, aún alta, no cabe duda de que puede encuadrarse en el grupo 3.º a que se refería la STS 2/1998, de 29 de julio, que requería de conjugación con elementos que supongan un daño o perjuicio de cierta significación para la prestación del servicio público. Sin embargo, la sentencia no proporciona ningún dato que lo indique ni que permita presumirlo.

Es más, el hecho de que se trata de una malversación continuada, desplegada a lo largo de varios años, de varios ejercicios económicos, autoriza a entender que el perjuicio para el desempeño del servicio no pasó de leve o moderado, sin incidencias mayores.

No se darían, por tanto, los elementos fácticos necesarios para sustentar el subtipo

agravado, de modo que resultaría irrelevante a efectos estrictamente penales la diferencia entre las cifras manejadas por el Tribunal del Jurado y por el Tribunal de Cuentas. Tanto si se acogiera una cifra como la otra la subsunción habría de efectuarse en el art. 432.1 del CP.

La consecuencia que se impone es la estimación parcial del motivo primero, y en cuanto al segundo, que, correspondientemente, se dicte segunda sentencia de modo congruente con esta nueva calificación, efectuándose una nueva individualización de la pena, tal como veremos en su momento.

(...)

1. La recurrente sostiene que el disco duro ni ninguna de sus copias del ordenador que manejaba puede ser calificado de documento público, ni oficial ni mercantil, y tampoco se la puede considerar a ella como autoridad o funcionario público, por lo que habría de aplicarse, en su caso, el art. 395 CP, que es el que castiga la falsificación por particular de documento privado.

En contra de lo que sostiene la recurrente, nos encontramos ante un documento oficial puesto que nos permite llegar a esta conclusión el juego combinado de determinados preceptos como el art. 317.6.º LEC, según el que: “A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”. Por su parte, el art. 26 del CP, señala que: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Y, finalmente, el art. 45 de la L 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públi-

cas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que:

“1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.

2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.

4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.

5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes” (Cfr. SSTS de 3-2-2005, n.º 136/2005; de 9-9-2002, n.º 1445/2002).

Por otra parte, tampoco cabe duda que esos documentos pueden tener naturaleza mercantil, en cuanto reflejan operaciones mercantiles y tienen incidencia en la conta-

bilidad de un organismo autónomo como es el Consejo Municipal de Deportes del Ayuntamiento (Cfr. SSTS de 5-10-2006, n.º 931/2006; de 10-7-2006, n.º 827/2006).

(...)

Quinto.—El sexto motivo se articula al amparo del art. 846.bis.c).b) por infracción de ley y, en concreto, por aplicación indebida de los arts. 109 y 110 CP, en cuanto a la responsabilidad civil, ya que si se acepta como cuantía del descubierto la cantidad de 37.655,79 euros, no puede ser condenada D.ª Sandra a pagar los 153.704,58 euros que recogen las sentencias objeto del recurso.

Como indica el Ministerio Fiscal, la recurrente equivoca la mención del precepto procesal en que se apoya, consistente en que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil, y también en la cita de la legislación sustantiva penal que invoca.

La normativa violada por la sentencia es la que regula las competencias del Tribunal de Cuentas. Ciertamente, la jurisdicción penal y la jurisdicción contable son independientes entre sí y tienen competencias diferenciadas. El principio general de preferencia de la jurisdicción penal se manifiesta en el art. 10 de la LOPJ cuando dice que: “1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

Sin embargo, el art. 18 de la LO 2/1982, de 12 de febrero del Tribunal de Cuentas establece que: “1. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad discipli-

naría y con la actuación de la jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”.

Ello supone desaproderar a la jurisdicción penal de esa atribución, tal como viene a confirmar el art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: “3. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entienda de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

La sentencia de esta Sala de 18-2-2003, n.º 257/2003, recuerda que la STC de 21 de mayo de 1994, dictada a propósito de resoluciones supuestamente contradictorias en el orden penal y el laboral, dice, con carácter general, que “a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en su artículo 9, número 3, de la Constitución Española “. En aplicación de esta doctrina, plenamente asumida por la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, reiteradamente se reconoce la prevalencia del orden penal sobre el contable en la fijación de los hechos y la autoría de los mismos. Pero, fijados los hechos y su autoría, la jurisdicción penal y la contable tienen su propio y diferenciado campo de actuación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de rechazar la alegación de existencia de cosa juzgada en base a una sentencia anterior del Tribunal de Cuentas,

sentando en su sentencia de 19 de noviembre de 1994 la siguiente doctrina:

“— La acción que se ejercita ante el Tribunal de Cuentas no es en modo alguno igual o equiparable a la penal. Ante la jurisdicción penal se pretende una condena por la comisión de un delito previsto y penado en el Código Penal; y ante el Tribunal de Cuentas se ejercita una pretensión de enjuiciamiento contable de cuentas a rendir por la administración de caudales públicos.

— La potestad de enjuiciamiento contable, que el artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas señala como jurisdicción propia del mismo, no tiene una finalidad sancionadora o punitiva, sino que, recae sobre la responsabilidad contable de quien, por acción u omisión contraria a la Ley, origina menoscabo de caudales o efectos públicos, le somete a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados”.

Por tanto no existe identidad de acción ni, en consecuencia, cosa juzgada.

Y, en esta misma materia, la sentencia de la citada Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1995 sienta las siguientes reglas:

“— El orden jurisdiccional penal es siempre preferente y, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden.

— Si en el comportamiento de una determinada persona concurren las exigencias de tipicidad que lo elevan a la categoría de infracción penal, será la jurisdicción penal quien haya de resolver y decidir, sin que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada.

— La jurisdicción contable se limita a enjuiciar, a instancia de parte legitimada para hacerlo, las responsabilidades contables derivadas de alcances y otros perjuicios pecuniarios evaluables, sufridos por el Tesoro y los demás órganos del sector público.

— Hay, por consiguiente, una perfecta compatibilidad entre las decisiones que toma en el ejercicio de su actividad el Tribunal de Cuentas y lo actuado por la jurisdicción penal, de acuerdo con el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 2/1982.

— Únicamente se encomienda al Tribunal de Cuentas la determinación de la responsabilidad civil, lo que, si es discutible desde el campo doctrinal, no cabe duda que es una norma de obligado cumplimiento que en nada afecta al problema que ahora se enjuicia.

— Ni las decisiones del Tribunal de Cuentas, ni las de cualquier otro órgano no jurisdiccional penal, puede vincular a la ju-

risdicción penal; por lo que la sentencia de aquel no produce cosa juzgada”.

En consecuencia, podemos concluir que tanto el Tribunal del Jurado como la sentencia realmente recurrida en casación que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación no han acertado cuando se han arrogado atribuciones para decidir las cuestiones civiles.

Por todo ello, corresponderá eliminar del fallo de la sentencia del Tribunal del Jurado el pronunciamiento sobre responsabilidades civiles recaído, reservándolo al Tribunal de Cuentas. Así, el motivo parcialmente habrá de ser estimado.

Sentencia 357/2007, Sala de lo Penal del TS, de 30 de abril de 2007

CONFESIÓN DEL ACUSADO. PRUEBA ILÍCITA

Arts. 18.2 CE; 11.1 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los requisitos que ha de revestir la confesión del acusado para considerarse desvinculada de una prueba ilícita (entrada y registro), y tener virtualidad como prueba de cargo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La prohibición de valoración de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales, pretende impedir que se obtenga algún provecho de la vulneración de un derecho

fundamental. En consecuencia, solamente podrán considerarse subsistentes las pruebas disponibles respecto de las que pueda afirmarse que están desvinculadas de la prueba constitucionalmente ilícita. Para ello es necesario que se trate de pruebas que, aunque causalmente relacionadas con aquella, sean jurídicamente independientes, en el sentido de que no apareciendo condici-

das por el resultado ilícitamente obtenido o incorporado al proceso, su nulidad no venga exigida por las necesidades racionales de protección del derecho fundamental.

Consecuentemente, declarada en el caso la nulidad de la entrada y registro, no pueden ser valoradas como pruebas de cargo el resultado de dicha diligencia, ni su documentación, ni tampoco las declaraciones que sobre la misma y sus resultados prestaron los agentes policiales que la presenciaron o participaron en ella. Sin embargo, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, es preciso determinar si pueden ser valoradas las declaraciones autoinculpatorias del propio acusado, en cuanto entregó la droga, reconoció su existencia y afirmó que siendo de su propiedad la destinaba exclusivamente al propio consumo.

El Tribunal Constitucional ha aceptado la validez de la confesión del imputado, siempre que se pueda afirmar que ha sido prestada con todas las garantías y de manera informada y libre. Esta Sala, en algunas sentencias ha entendido que esas condiciones se dan cuando el acusado confiesa los hechos en el juicio oral, pues en ese momento ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de otros acusados sobre la validez de las intervenciones telefónicas o sobre las demás pruebas de la acusación; dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la nulidad de las intervenciones telefónicas; ha tenido ocasión de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su confesión; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o alguna de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su defensa. En este sentido, se ha pronunciado esta Sala en varias ocasiones, entre ellas en la STS n.º

1198/2004, citada por el Ministerio Fiscal en su informe, de la que interesa resaltar lo siguiente: “En definitiva, puede concluirse que en relación a la prueba de confesión del inculpado esta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado y c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión. Como se afirma en la ya citada STC 161/1999 «De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de inducción fraudulenta o intimidación»”.

Se ha señalado incluso en algunas sentencias de esta Sala, que en muchas ocasiones, si se prescinde del resultado de la prueba ilícita sería difícil o acaso imposible plantearse siquiera la existencia del proceso, y se han valorado como capciosas las preguntas realizadas al acusado sobre la base de datos fácticos obtenidos mediante prueba ilícita.

Sin embargo, puede argumentarse que, en realidad el proceso penal se plantea en función de la disposición de elementos probatorios por parte de la acusación que le permitan cuestionar de forma razonable la presunción de inocencia. La invalidez de determinadas pruebas no supone la negación absoluta del hecho que pretendían acreditar, sino la imposibilidad de utilizar las mismas, de modo legítimo, para probarlo. No se niega, por lo tanto, la existencia del

dato u objeto obtenido con la prueba constitucionalmente ilícita, pues incluso al hallazgo se reconocen algunos efectos, como la privación de la tenencia de objetos de ilícito comercio. Lo que se niega es la posibilidad de acreditar, dentro del proceso, su existencia o la relación del acusado con él a través, precisamente, de aquella prueba ilícita.

En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita.

No ocurre lo mismo generalmente cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho a cuya existencia se ha accedido mediante la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto o dato obtenido ilícitamente condiciona inevitablemente la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, puede decirse que en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporada su existencia al proceso.

Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente, pues si tal condicionamiento hubiera existido, la utilización de tal prueba supondría un aprovechamiento de la ilegítima vulneración del derecho fundamental que debe

ser rechazado al exigirlo la necesidad de protección de aquél.

En el caso, el recurrente ha negado cualquier conocimiento o relación con el arma encontrada en el registro cuya nulidad hemos declarado. En consecuencia, tal como sostiene el Ministerio Fiscal, no existen pruebas lícitas de cargo respecto a la tenencia de aquella, lo que determinará la absolución del delito de tenencia ilícita de armas.

En cuanto al delito contra la salud pública, el recurrente entregó voluntariamente la droga al presentarse los agentes policiales con el mandamiento de entrada y registro. Es lógico concluir que su conducta vino motivada por la presencia policial, que consideraba entonces legítima, y ante la inevitabilidad del descubrimiento en caso de practicarse el registro. Por lo tanto, no puede considerarse una decisión libre y debidamente informada. La misma valoración merece su declaración en el Juzgado inmediatamente después del hallazgo y de la detención, permaneciendo en esa situación, aunque haya que aclarar que en ese momento solamente reconoció la posesión de “dos paquetillos”, afirmando que los dedicaba al propio consumo.

Sin embargo, consta que en el juicio oral, casi diez años después de aquella declaración, a causa, fundamentalmente, de su permanencia en situación de rebeldía durante cerca de siete años, el acusado reiteró su reconocimiento de parte de los hechos. Así, después de afirmar estar entonces enganchado en la droga, reconoce haber entregado voluntariamente a la Secretaria del Juzgado toda la droga que tenía para su consumo. No se aclara exactamente a qué cantidad se refiere. Asimismo, constan en el acta del juicio oral las declaraciones de algunos agentes de Policía, que recuerdan que el acusado había entregado algo de droga y que también había droga en una taza; en un mueble; en recortes de plástico. En definitiva, que parte de la droga la entregó el acusado y parte estaba en el salón de la casa.

En realidad no puede concluirse con certeza qué parte de la droga reconoce el acusa-

do haber tenido en su poder y haber entregado, pues además de la declaración del plenario, en ese aspecto incompleta, solo se cuenta con su declaración ante el Juez de instrucción, en la que solamente reconoció la posesión de dos paquetillos. Se trata, por

lo tanto, de una cantidad de droga indeterminada de la que solamente se puede afirmar que es escasa, lo cual no permite inferir su destino al tráfico, de lo que resultaría la atipicidad de la conducta.

Sentencia 353/2007, Sala de lo Penal del TS, de 7 de mayo de 2007

CONSPIRACIÓN PARA EL TRÁFICO DE DROGAS

Arts. 16, 17, 368 y 373 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

Pese a que el tipo básico del tráfico de drogas, del artículo 368 del Código Penal, incorpora ya formas imperfectas de ejecución e incluso actos simplemente preparatorios, cabe apreciar (artículo 373 del Código Penal) conductas típicas de mera “conspiración” para cometer el delito, como sucede en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el octavo motivo del recurso, la Defensa impugna la sentencia recurrida por estimar que el delito que se le imputa no ha llegado a ser consumado. La argumentación del recurso se basa en diversos precedentes de nuestra jurisprudencia. El motivo configura una unidad con el noveno, en el que estima que la pena impuesta es contraria al principio de proporcionalidad.

Ambos motivos deben ser parcialmente estimados.

1. El Tribunal a quo ha definido la conducta que atribuye al recurrente como el encargo de una cantidad de 500 gramos de cocaína, para su compra por un precio que pa-

gó al procesado Augusto, “sin que dicha entrega llegara a ser hecha efectiva”, toda vez que este último fue detenido por la Policía cuando iba en busca de la droga.

De todas las conductas mencionadas en el art. 368 CP, configuradoras de diversas alternativas típicas cuyos elementos no son totalmente coincidentes, la única que entra aquí en consideración es la de tenencia de droga para el tráfico. Por lo tanto, la cuestión que se plantea en este recurso es la de si los actos realizados por el recurrente pueden ser considerados como el comienzo de ejecución de la tenencia de drogas para el tráfico. La alternativa típica de la tenencia se agota en la realización de la acción de tener la droga bajo el propio dominio. La jurisprudencia no exige una tenencia en sentido material, ni la producción de un resultado de

peligro concreto. Se trata, de acuerdo con la doctrina y nuestros precedentes, de un delito de pura actividad. La doctrina más reciente ha considerado este tipo penal entre los que se denominan actualmente delitos de posesión, a los que se han dedicado no pocos trabajos críticos.

La caracterización de los actos de ejecución y su diferencia con los actos preparatorios en estos delitos ha sido siempre problemática. En especial, en un derecho como el vigente, que mantiene la fórmula del principio de ejecución como límite mínimo de la punibilidad (art. 16 CP). Por lo tanto, la tentativa de la posesión requiere que el autor haya comenzado a poseer. Las dificultades para establecer el comienzo de ejecución, por lo tanto, no son pocas. En principio es posible sostener que el comienzo de la posesión tendrá lugar cuando el sujeto que quiere poseer tenga el objeto de la posesión “a la mano” o en el momento en el que adquiera un poder de disposición sin necesidad de intermediaciones. La doctrina ha reconocido que, en verdad, esta figura es por sí misma un supuesto de avance de la protección penal de la salud pública, es decir, una penalización de actos preparatorios para el tráfico en sentido estricto. Respecto de estos delitos también se ha sostenido que admiten la distinción entre preparación y consumación y que “cuando el tipo del delito consumado penaliza una parte del suceso, que llega hasta un estadio de la preparación tan adelantado que, hacia adelante, sólo queda la voluntad de realización, una tentativa es imposible”. Dicho de otra manera: cuando el tipo penal criminaliza como delito autónomo la preparación de otro delito, la preparación de esa preparación no debería ser considerada como un comienzo de ejecución. Nuestra STS de 9 de marzo de 1998, citada también la STS 77/2007, ya expresó las dificultades que existen para apreciar formas imperfectas de ejecución en los delitos de posesión.

La Audiencia ha considerado que el delito de tenencia de drogas para el tráfico es “de peligro abstracto y de consumación anticipada”. La primera parte de esa afirma-

ción es correcta: es un delito de peligro abstracto y como todos los de esta especie, un delito de actividad, pues lo peligroso es la conducta del autor que posee las drogas con el propósito de traficar con ellas.

Lo concerniente a la “consumación” anticipada es sin embargo erróneo, pues el delito se consume, como todos los delitos, con la realización de todos los elementos del tipo; en este caso con la tenencia de la droga. En el derecho penal no existen las consumaciones anticipadas. Sólo hay casos en los que la ley avanza la punibilidad a los actos preparatorios, que es algo bien distinto. En realidad, lo que se quiere decir es algo obvio, carente de todo significado respecto del concepto de consumación: se trata de una criminalización en el ámbito previo de las acciones propias de tráfico que constituyen una de las restantes alternativas típicas del art. 368 CP.

En el caso concreto que ahora consideramos, el recurrente no llegó a tener la droga a su disposición sin necesidad de acciones ajenas intermedias. No las tuvo “a la mano”. Era necesario que el poseedor de la droga fuera a buscarla, la trajera al lugar en el que se encontraba el recurrente y la pusiera a su disposición. En este sentido se ha pronunciado también esta Sala en casos análogos en las SSTS de 18 de junio de 2002 y 77/2007, de 7 febrero. Estos casos se diferencian de lo que ocurre en los de envío de paquetes postales, que quedan a la espera de la decisión del destinatario para su recogida, que decide cuándo se hace con él. El paquete postal está bajo su dominio, dado que la protección legal del mismo excluye a todo tercero y garantiza el dominio del receptor del mismo.

2. De todos modos en el delito del tráfico de drogas el art. 373, leído conjuntamente con el art. 17 CP, son penalizados ciertos hechos previos al comienzo de ejecución, definidos como conspiración y proposición, en realidad, como nuevos delitos autónomos, en los que se percibe un doble avance de la punibilidad respecto del tráfico. La autonomía típica de estos delitos se deduce de que han sido previstos dentro de un sistema

de *numerus clausus* (art. 17.3 CP). Ciertamente en la STS 1129/2002 de 18 de junio de 2002 se hicieron consideraciones sobre la “dependencia” de la conspiración de otro delito. Tal dependencia, que en realidad debería ser caracterizada como simple relación, semejante a la que existe en otros tipos penales como el blanqueo de dinero o la receptación, no empece la independencia conceptual de los tipos legales de la conspiración y proposición.

a) El legislador ha definido la proposición como la invitación a otra u otras personas a ejecutar el delito que ha resuelto cometer. La proposición no debe ser entendida sin considerar la definición que de ella hace la ley. Por lo tanto, no toda proposición constituye una resolución manifestada. Sólo aquellas que reúnan los elementos del tipo legal de la proposición podrán ser consideradas como tales. De la sola formulación verbal se deduce que el autor de la proposición manifiesta a otro su resolución de cometer un delito para incorporarlo como partícipe a la ejecución del propio plan. Se trata, por lo tanto, de una especie de tentativa de inducción, no dirigida a generar el dolo del autor, sino el dolo del partícipe (coautor, cooperador o cómplice).

En el presente caso, es nuevamente necesario partir de la alternativa típica de la tenencia para el tráfico. El recurrente pretendía adquirir droga para luego difundirla por sí mismo. El otro acusado, por su parte, ya había consumado su propio delito de tenencia para el tráfico. Desde esta perspectiva resulta claro, según el hecho probado, que el recurrente no tenía el propósito de incorporar a su plan al vendedor como partícipe en la tenencia para el tráfico, pues no pretendía tener la droga conjuntamente o con la cooperación para la tenencia del otro acusado. Brevemente: No obró con el propósito de inducirlo a participar en la tenencia de drogas para el tráfico y, consiguientemente, debe ser excluida la proposición.

b) Distinta es la cuestión vista desde la perspectiva del tipo de la conspiración. Ésta requiere el concierto para la ejecución de un

delito (art. 17.1 CP). En ello se agota el contenido típico. Si bien en alguna ocasión se ha señalado como característica de la conspiración una “dinámica propia” (ver STS 1129/2002), es seguro que con esas expresiones no se ha querido indicar ninguna característica especial del tipo, dado que todos los delitos del Código Penal y de las leyes especiales tienen una dinámica propia. Tampoco es un “delito de pura intención”, dado que requiere una exteriorización del contenido psicológico de los autores que tenga las características conceptuales de una acción, pues de lo contrario se infringiría el principio de que el pensamiento no delinque.

Pareciera que también en este caso se trataría de la realización conjunta de un mismo tipo penal. Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los arts. 27 y ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas.

Esta calificación de la conducta del recurrente no altera la calificación del delito cometido por el otro recurrente. Es evidente que también éste ha tomado parte en la conspiración para distribuir droga, pero al haber consumado el delito del art. 368 CP en su modalidad de tenencia de drogas para el tráfico, la conspiración para que otro distribuya la droga que él posee es un hecho posterior copenado (art. 8.3.º CP).

Sentencia 427/2007, Sala de lo Penal del TS, de 8 de mayo de 2007

USO DEL VEHÍCULO COMO INSTRUMENTO DOLOSO

Art. 117 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aparta la sentencia del criterio mantenido por la Sala (por ejemplo, entre las últimas, en la STS 225/2007, de 21 de marzo, incluida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal), para acoger la nueva interpretación más restrictiva, acordada en el Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2007, (también recogido) en lo que se refiere a la cobertura por la aseguradora de los daños ocasionados por el vehículo, cuando éste se utiliza como instrumento doloso (en el mismo sentido, la STS 437/2007, de 10 de mayo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. No puede desconocer este Tribunal la indudable complejidad técnica de esta materia, cuyo estudio no puede llevarse a cabo sin enmarcarla en el contexto más amplio del seguro y, particularmente, en el del seguro de responsabilidad civil; y, dentro de éste, en el campo del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, en el cual, desde la Ley de 24 de diciembre de 1962, ha sido una constante preocupación del legislador así como de los Tribunales de justicia la atención a las víctimas de estas actividades, de lo que han sido buena muestra la inversión de la carga de la prueba en los casos en los que pueda inferirse la culpa del conductor del vehículo, la objetivación de la obligación indemnizatoria, superando los angostos y dificultosos caminos de la culpa del conductor, el reconocimiento de la acción directa de los perjudicados frente a

las entidades aseguradoras y el carácter solidario de la obligación de éstas, la limitación de las excepciones oponibles por las aseguradoras, la indemnización por mora, la ampliación de la cobertura de este seguro a los daños materiales y, más recientemente, el establecimiento de la indemnización conforme a un baremo

Sin la menor duda, la cuestión aquí planteada —como decimos— es una cuestión sumamente compleja que tiene dividida a la doctrina, por cuanto, si de un lado, el art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro habla de “indemnizar, dentro de los límites pactados”, constituyendo un principio indiscutido del contrato de seguro la imposibilidad de asegurar los daños dolosamente causados, por lo que en el art. 19 de la misma Ley se establece que “el asegurador estará obligado al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”; por otro lado, el art. 73 de la propia Ley establece tam-

bién que “por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho”, y el art. 76, por su parte, dispone que “el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”.

Ante este problema jurídico, la Sala Segunda del T.S., en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 14 de diciembre de 1994, puso de relieve la distinta situación que se planteaba en función de la legislación aplicable (seguro obligatorio o seguro voluntario), y sostuvo que la expresión “hechos de la circulación” no implica una distinción entre “accidente, doloso, culposo o fortuito”, por lo que el dolo del asegurado no debe exonerar de responsabilidad a la entidad aseguradora; y en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 6 de marzo de 1997, tomó el acuerdo de que las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado “con motivo de la circulación”, con lo que los supuestos jurídicamente conflictivos quedarían reducidos, en buena medida, a aquellos en que exista un dolo directo sobre el resultado.

En el plano jurisdiccional, la STS de 12 de noviembre de 1994 dice sobre esta cuestión, con todo acierto, que “una cosa es que

no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del conductor”; poniendo de relieve que, en estos casos, “el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable”, por lo que, en último término, el problema que puede plantear la frecuente insolvencia de los asegurados habría de ser afrontado desde la perspectiva de las primas del seguro.

2. En el presente caso —como hemos visto—, la parte recurrente impugna la sentencia de instancia fundamentalmente porque es contrario a la esencia del seguro la cobertura de los hechos dolosos, porque el hecho causante de las lesiones e incapacidad de la víctima ha sido una conducta del acusado ejecutada con dolo directo de primer grado, y porque, por ello, dicha conducta está fuera del marco de un “hecho de la circulación”; pretendiendo así fundamentar su impugnación —desde la perspectiva de la normativa jurídica vigente— en los preceptos cuya infracción se denuncia en el motivo.

Entre dicha normativa, se cita la Convención Europea sobre responsabilidad civil en caso de daños causados por vehículos automóviles (art. 11) y la Directiva de la C.E.E. de 24 de abril de 1972 —de la que son “destinatarios” los Estados miembros—. Tanto la Convención como las Directivas de la C.E.E. han pretendido fundamentalmente armonizar, en esta materia, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y mejorar la posición de las víctimas.

Reflejo de estos compromisos internacionales han sido las reformas legales introducidas por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas las citadas expresamente por la parte recurrente: el art. 1.4 de la L.R.C.S.C.V.M., reformado por la Ley 14/2000, el art. 1.1 de la Ley 30/1995 y del R.D. Legislativo de 29 de octubre de

2004, y los artículos 3 y 9 del Reglamento del Seguro Obligatorio, de 12 de enero de 2001.

El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone, en el art. 1, que “1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...) 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”.

El Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero), establece, en su art. 3, “1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común”; y, en el art. 3, que “4. Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal “; y, en el art. 9, “1. El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a

las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación, sin perjuicio de las exclusiones recogidas en el artículo siguiente” (que se refiere a los siguientes supuestos: a) muerte o lesiones del conductor del vehículo; b) daños sufridos por el vehículo, por las cosas transportadas y aquellas que sean propiedad de las personas que se citan; y, c) los daños a las personas y en los bienes causados por un vehículo robado).

En atención a las últimas reformas legales sobre la materia, se ha estimado procedente celebrar un nuevo pleno no jurisdiccional de esta Sala con objeto de precisar el alcance de las mismas en relación con los criterios adoptados en su día, en los plenos no jurisdiccionales anteriormente citados, como consecuencia de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil “sólo quedará excluida excepcionalmente cuando se utilice un vehículo exclusivamente como instrumento del delito, a través de una acción totalmente extraña a la circulación” (v., por todas, las SS TS 179/1997, de 29 de mayo y 773/2004, de 23 de junio); por cuanto una aplicación estricta de los términos de esta doctrina podría ser contraria a la mencionada reforma legal.

En la deliberación llevada a cabo sobre esta materia, en el pleno no jurisdiccional del día 24 de abril de 2007, se puso de manifiesto que la repetida reforma legal afectaba directamente a la línea jurisprudencial adoptada por esta Sala, y que, en consecuencia, era preciso determinar claramente “qué debe entenderse por hecho de la circulación” y valorar correctamente —desde la perspectiva del dolo de la acción— la circunstancia de que el vehículo de motor haya sido utilizado por el sujeto como instrumento para la comisión del delito contra las personas o los bienes, en cuanto el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor se refiere a daños causados “con motivo de la circulación” (art. 1.1), y

determina claramente que “en todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes (art. 1.4). Principios recogidos igualmente en el Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en el que se precisa algo más sobre el particular, al decirse que “en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal” (art. 3.3), con lo que parece evidente que únicamente deben quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por “dolo directo”. Y, en este sentido, el pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: “No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”, con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera “una acción totalmente extraña a la circulación” como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

3. El hecho enjuiciado en esta causa se produjo en la gasolinera BP, sita en el n.º 76 del Paseo de la Ermita del Santo, en Madrid, adonde habían llegado con sus vehículos el acusado y la víctima, tras haber mantenido una discusión, momentos antes, en la propia vía. En la gasolinera, el acusado, que había

amenazado al taxista con un martillo que llevaba en la furgoneta, seguidamente la puso en marcha y dirigiéndola, “a gran velocidad y marcha atrás, arremetió contra Cornelio (...), atropellándolo y desplazando al mismo unos dos metros del vehículo al que estaba poniendo combustible, quedando tendido en el suelo entre dos vehículos”, produciéndole unas lesiones tan graves que le han dejado unas secuelas que, como hemos dicho, le han inhabilitado para la vida laboral. El Tribunal de instancia ha considerado que el acusado actuó con ánimo homicida, y, en la fundamentación jurídica de la sentencia destaca cómo un empleado de la gasolinera que vio el hecho dijo que “la sensación que le dio es que el vehículo enfilaba, dando marcha atrás”; que otro de los testigos del hecho declaró que “al taxista no le dio tiempo a reaccionar, el hecho fue muy rápido”, y otro que “vio al coche que iba marcha atrás a bastante velocidad, y vio cómo se llevó por delante a esa persona que estaba de pie y luego al coche. Según lo vio la dicente “iba por él”. Después se fue rápidamente de la gasolinera” (v. FJ 1.º).

De lo expuesto, se desprende que el acusado utilizó la furgoneta como instrumento para atropellar al taxista. Nos hallamos, por tanto, ante una conducta delictiva cometida con dolo directo, por lo que, conforme al último acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala, hemos de entender que se trata claramente de un supuesto excluido de la cobertura del Seguro Obligatorio de Automóviles, conforme a la normativa actualmente vigente, a la que hemos hecha ya especial referencia. Consecuentemente, debemos estimar el motivo de casación formulado por Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija.

Sentencia 380/2007, Sala de lo Penal del TS, de 10 de mayo de 2007

PROSTITUCIÓN E INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Arts. 188 y 318 bis Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia del problema de las relaciones concursales entre los delitos de inmigración clandestina y determinación violenta a la prostitución. (Véase el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 24 de abril de 2007, recogido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

Hemos de tener presente que la reforma del Código Penal producida por la Ley Orgánica n.º 11 de 29 de septiembre de 2003 sacó del art. 188.2 para llevarlo al 318 bis la conducta que en el precepto antes de ser modificado integraba el n.º 2, en el que se decía: “Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”, pasando el precepto de tener cinco números a sólo cuatro.

Por su parte el art. 318 bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que se estructuraba en cinco números aumenta ahora a seis. A la conducta nuclear del art. 318 bis-1.º, que se amplía ahora (“tráfico ilegal” e “inmigración clandestina”), se añade un subtipo que se comete cuando tales comportamientos tienen como objetivo la explotación sexual (art. 318

bis-2.º) y una cualificación (ap. 3.º) que se proyecta simultáneamente al apartado 1.º y 2.º de ese mismo artículo, incluyendo entre sus previsiones exasperativas la ejecución del hecho a través de medios o mecanismos comisivos que coinciden en esencia con la totalidad de los que prevé el art. 188.1.º y alguno más.

Se impone como primer paso, establecer la distinción o individualización entre el delito base del art. 318 bis y el art. 188.1.º y posteriormente analizar si las cualificaciones derivadas de la intención de dedicar a los ciudadanos extranjeros a la prostitución deben consumirse en uno y otro delito, por coincidir su esfera de ilicitud o el campo de la antijuricidad de cada tipo o, por el contrario, castigarse separadamente en concurso real. Por un lado el art. 318 bis 1.º, 2.º y 3.º y por otro el art. 188.1.º.

El primer paso, como tenemos dicho, es la caracterización de las figuras delictivas marco. Para ello habrá que indagar los antecedentes legislativos y bien jurídico lesionado en el art. 318 bis.1.º, que es el tipo de más reciente introducción en el Código penal, pues la Sala II del Tribunal Supremo en sus distintos pronunciamientos, posteriores a la

reforma producida por la LO 11 de 29-9-2003, que entró en vigor el 1 de octubre de ese mismo año, no ha encarado la específica hipótesis que ahora nos ocupa (véanse SSTs n.º 1381/2004, de 20-1-2005; n.º 994 de 30-5-2005; n.º 1059 de 28-9-2005; n.º 1465 de 22-11-2005; n.º 1595 de 30-12-2005 y n.º 1080 de 02-11-2006). Ninguna de tales sentencias aborda el conflicto entre el art. 188-1.º y 318 bis.3.º del C.P.

Las más próximas son las n.º 994/2005, en la que en un voto particular se viene a sostener la existencia de un concurso de normas a resolver por la vía del art. 8.3.º y 4.º y la n.º 1080/2006, que estima el recurso por no considerar aplicable el n.º 3 del art. 318 bis, quedando reducido el conflicto entre el art. 188.1.º y 318 bis n.º 1.º y 2.º, calificando los hechos como un concurso medial de delitos, con aplicación de la pena del más grave (art. 318 bis) en su mitad superior (7 años, 6 meses y 1 día de prisión).

2. El origen del art. 318 bis, hemos de hallarlo en la Convención de la O.N.U. celebrada en Palermo el 15 de diciembre de 2000 contra la Criminalidad Organizada Transnacional y sus dos protocolos para prevenir la “trata de personas, especialmente mujeres y niños” y “el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar o aire”, ambos ratificados por España el 1 de marzo de 2002, donde se ha distinguido:

a) tráfico ilícito de inmigrantes, como favorecimiento de la entrada, tránsito o permanencia ilegal de persona en un país.

b) “trata de personas”, como tráfico dirigido a las explotación laboral, sexual, extracción de órganos, etc.

Dentro de la propia Unión Europea, si nos remitimos al Convenio Schengen de 1995, incorporado al acervo comunitario por el Tratado de Amsterdam de 1997, se pone de manifiesto el compromiso de los Estados de establecer sanciones que penalicen “el cruce no autorizado de las fronteras externas” y especialmente a sancionar rigu-

rosamente “a cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de los Estados signatarios”.

La Unión Europea a impulsos del Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión, ha determinado la aparición de dos Decisiones Marco:

a) la 629/2002, de 19 de julio de 2002 sobre “trata de personas” que identifica con todo acto de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona, incluido el intercambio o el traspaso del control sobre ellos, cuando concurren medios comisivos o finalidades que la propia Decisión establece.

b) la 946/2002, de 28 de noviembre de 2002, que define el tráfico ilícito de inmigrantes como “la ayuda intencionada a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares siempre que no concurren razones humanitarias”. La Directiva 2002/90/CE de 28 de diciembre de 2002, define lo que debe entenderse por entrada, circulación y estancia.

A todo este bagaje normativo internacional también ha contribuido las diversas Recomendaciones hechas por el Consejo de Europa, especialmente la 1328/97, de 23 de abril sobre trata de seres humanos.

3. De acuerdo con los antecedentes normativos habremos de distinguir como bienes jurídicos protegidos en el tráfico ilícito de emigrantes:

a) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por Europa se hubiere realizado en condiciones de legalidad.

b) los derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito o establecimiento ilegal: vida, libertad, seguridad, etc.

c) el interés estatal en reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada a efectos del control de los flujos migratorios por

su influencia en el mercado de trabajo y en su estructuración social.

Por su parte, en la “trata de personas” lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana.

Frente a tales bienes jurídicos protegidos es patente que el art. 188.1.º CP trata de salvaguardar otros diferentes, pues lo que se castiga en él es el constreñimiento o coacción para el ejercicio de la prostitución con propósitos lucrativos, doblegando la voluntad de la víctima. Es un delito contra la libertad sexual, como se desprende de la rúbrica en que se halla ubicado (T. VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales).

Pero todavía existen otras diferencias estructurales entre el tipo del art. 318 bis.1.º y el 188.1.º CP. Así, en el primero de los citados el sujeto pasivo del delito pueden ser varias personas, esto es, se configura un sujeto pasivo plural, aunque también se comete tal delito cuando la conducta ilícita se refiere a una sola persona. El delito del art. 188.1.º CP, a su vez, se comete contra un sujeto pasivo individual, de tal suerte que por cada una de las personas a las que se obliga a ejercer la prostitución debe computarse la comisión de un delito, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala (véase, por todas, S. 1045 de 18-7-2003).

Además el injusto tipificado en el art. 318 bis.1.º es de peligro, a diferencia del previsto en el 188.1.º, que se caracteriza por ser de resultado.

4. En definitiva podemos afirmar que en la concurrencia entre el n.º 1 del art. 318 bis y el 188.1.º CP, se producirá un concurso

real de delitos. La jurisprudencia de esta Sala (v.g. SS. n.º 1465/2005, de 22 de noviembre y n.º 1080/2006, de 2 de noviembre) reafirma esta idea, razonando del siguiente modo:

a) la conducta típica del art. 318 bis del CP se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello.

b) por su parte la conducta típica contenida en el art. 188.1 CP, requiere la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas, aún cuando ésta se realice con la finalidad de explotación sexual.

5. Ante la disparidad de bienes jurídicos protegidos, vista la diferente estructura de los tipos penales, es obvio que la conducta enjuiciada no es susceptible de ser comprendida por un precepto u otro exclusivamente (art. 318.bis.1.º o 188.1.º CP) ante la imposibilidad de abarcar la total significación antijurídica del hecho cada uno de ellos.

Partiendo de la individualidad o desconexión de tales acciones hemos de concluir que la inmigración (acción) con el fin de explotación sexual (ánimo) ya supone la consumación del delito del art. 318.bis (delito antecedente), mientras que el mantenimiento coactivo de la prostitución implica la aparición de otro delito posterior distinto (188.1.º CP).

Consecuentes con lo expuesto cada uno de los delitos deberá castigarse separadamente y el primero de ellos (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) con sus específicas cualificaciones del n.º 2 (subtipo agravado) y del n.º 3.º, que limita el recorrido de la pena a la mitad superior. Sobre este punto ya han recaído sentencias de esta Sala de las que son exponente las n.º 1465 de 22 de noviembre de 2005 y la n.º 1080 de 2 de noviembre de 2006, amén de haber sido confirmada la compatibilidad entre el art. 318 bis 1.º, 2.º y 3.º y el art. 188.1.º del Código Penal en un reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007.

6. Todavía se podría suscitar algún problema en la línea de ensamblar ambos delitos, cuando es el mismo autor quien incurre en ellos, dentro del concurso real a que nos referimos, en orden a la determinación de si nos hallamos ante un concurso real puro o ante un concurso medial o instrumental, modalidad del real que se somete a las sanciones propias del concurso ideal (art. 77 CP).

Para apreciar la existencia de concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el

ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo, a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en el caso, de modo tal que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro. Aunque pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, no existirá concurso medial si falta el nexo objetivo de necesidad entre los delitos apreciados.

Desde este punto de vista, no cabe estimar una relación objetiva entre ambos delitos, aunque pueda existir en el ánimo del sujeto activo una preordenación psíquica de un delito respecto de otro. Y es que no se puede sostener que para mantener a una persona en el ejercicio de la prostitución contra su voluntad, sea preciso objetivamente un previo favorecimiento de su entrada ilegal en el territorio nacional, al que puede haber accedido por sus propios medios (con el carácter de turista, por razón de estudios, etc.). En cualquier caso la cuestión no se plantea de forma específica, lo que hace que se mantenga entre ambos delitos una relación de concurso real puro.

Sentencia 385/2007, Sala de lo Penal del TS, de 10 de mayo de 2007

DEBER DE DENUNCIAR Y TESTIFICAR: EXENCIONES

Arts. 11.1 y 238 LOPJ; 416.1.º LECrim.

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

SÍNTESIS

La falta de advertencia del derecho que asistía a la hermana del imputado a no denunciar ni declarar, conduce a la nulidad de la denuncia, irradiando sus efectos sobre el resto del material probatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina que no están obligados a denunciar, entre otros, “2.º) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive”; y el art. 416 de la propia Ley, dice que están dispensados de la obligación de declarar: “1.º) Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil...”, y que el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

El caso planteado ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencia 662/2001, de 6 de abril. En esta resolución judicial, se mantiene que “ni la autoridad policial, que intervino en las actuaciones documentadas por el atestado, ni el Juez de Instrucción, que autorizó las diligencias que permitieron obtener la prueba decisiva para fundamentar la condena, han dado cumplimiento al art. 416.1.º, 2.º párrafo, LECrim”, y es “lo cierto es que la información de derechos al testigo no era superflua, pues en el juicio oral el testigo podría haber ejercitado el derecho que le confiere la ley de no declarar contra su hermano y, en ese caso, su primera declaración hubiera carecido de todo efecto, toda vez que había sido prestada sin la debida advertencia”.

En este sentido, se afirma por nuestra jurisprudencia (Sentencia citada), que “el incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1.º LECrim no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es claramente

defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Tal procedimiento dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2.º párrafo del art. 416.1.º LECrim, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez”, y “consecuentemente, en tanto el testigo del cual proviene la información, que permitió la obtención de la prueba [...], la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416.1.º, 2.º párrafo, LECrim. Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida, es decir, con los alcances establecidos en el art. 11.1 LOPJ”.

Para renunciar un derecho debe informarse que se dispone del mismo. Nadie puede renunciar a algo que desconozca. De este modo, aunque la presencia espontánea pudiera entrañar una renuncia al mismo, e incluso la Sentencia citada tiene un discurso al efecto, es lo cierto que requiere que tal renuncia “resulte concluyentemente expresada”, y que “la expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”, lo que no es el caso evidentemente.

El Ministerio Fiscal ha apoyado parcialmente el motivo, al considerar que la prueba es nula por falta de advertencia, si bien argumenta que existieron otras pruebas de donde valorar la comisión delictiva. En línea con lo primero, incluso sostiene la nulidad de la declaración prestada tanto “en sede policial como judicial”.

En este sentido, puede leerse también (STS 799/1996, de 29 de octubre), que en nuestro ordenamiento jurídico, se establecen diversos supuestos en que, por incapacidad física o moral, para evitar la propia inculpación, o por razón de parentesco o de secreto profesional, se exime al testigo del deber de declarar; según el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la ley». Y el deber de prestar declaración constituye el deber fundamental del testigo, en torno al cual gira toda la diligencia. Sin embargo, la ley establece determinadas exenciones a dicho deber de declarar, que con exclusión de los imputados, son únicamente los testigos, y a ellos se refieren los artículos 416 y siguientes de la Ley Procesal. La Constitución dispone que la ley habrá de regular los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos —artículo 24.2 párrafo 2.º—. Se habilita pues al legislador para establecer casos de secreto procesal, aunque en realidad se legitiman los que estaban previstos con anterioridad, al no establecer la Constitución ningún parámetro normativo

para esta regulación. Y uno de ellos —artículo 416.1.º Ley Enjuiciamiento Criminal— es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar. La colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente, por lo que fueron reputados «testes non integri» en el derecho común, a los que efectivamente el instructor ha de advertir de la facultad que les asiste para no declarar contra el inculpado, se resuelve pudiendo hacer las manifestaciones que estimen oportunas, sin que tampoco esté obligado a responder de una manera directa e importante a la persona o fortuna de alguno de dichos parientes, aunque no sean inculcados —artículo 418 LECrim—. Pero siempre referido ambos preceptos al testigo que es el único sobre el que pesa la obligación de declarar, a quien se le exime en el supuesto mencionado y en otros, secreto del defensor, religioso, etc. del deber de testimoniar”.

Cuarto.—Así las cosas, no existió denuncia propiamente dicha, por ser radicalmente nula, al contrariar el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y determinar los efectos reflejos del art. 11.1 de la misma, pues afectaba al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 1 de diciembre de 2006

INSOLVENCIA PUNIBLE: PASIVIDAD EN EL EXPEDIENTE CONCURSAL.
ALZAMIENTO EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Arts. 257.1.1.º y 260.1 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Roser Bach Fabrego

SÍNTESIS

Respecto a la imputación de insolvencia punible sostenida por la acusación particular, destaca la Audiencia que no se puede construir sobre la base de haber introducido un acreedor en la suspensión de pagos (debe ser el Juez concursal quien resuelva su inclusión o no en la lista de acreedores), ni en el mero hecho de no asistir a la Junta de Acreedores. Por otra parte, no se acredita en este supuesto una genuina sucesión de empresa para defraudar a los acreedores.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Imputa la acusación particular la comisión de un delito de insolvencia punible del artículo 260.1 del Código Penal y de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1.1.º del Código Penal.

(...)

La acusación particular pretende la integración de la acción objetiva prevista en el referido tipo penal mediante la imputación a los acusados Braulio y Gaspar de haber introducido como acreedor en el expediente de suspensión de pagos a una empresa (...) controlada por la familia Troyano, que dado el volumen de su crédito podía fácilmente burlar la mayoría de tres quintos, como así

efectivamente ocurrió ya que no acudió a la Junta de Acreedores.

En primer término (...) es una imputación vaga y genérica, ya que si efectivamente la entidad referida era acreedora de la suspensión no había razón alguna para no incluirla en la relación de acreedores, (...). Otra cosa hubiera sido que la imputación hubiera consistido en que los créditos reconocidos a la mercantil (...) no fueran reales o de algún modo se hubiera incrementado ficticiamente su importe.

En segundo término, la conducta de los acusados como gestores (...) consistente en no haber acudido a la Junta de Acreedores no puede integrar la conducta típica del artículo 260 del Código Penal. En efecto, los acreedores son libres de acudir o no a la Junta para la aprobación del convenio, y no cabe criminalizar dicha conducta de abstenerse de intervenir en la misma. Por otra parte, tal como se puso de manifiesto por el Ministerio Fiscal la inasistencia de la mercantil (...) resultó irrelevante a los efectos de conformar la mayoría legalmente requerida, ya que aún con su presencia, no se hubiera alcanzado la misma.

A lo ya expuesto cabe añadir que la doctrina mayoritaria viene sosteniendo que el delito del artículo 260 de Código Penal como un delito de resultado lesivo que requiere no sólo un primer resultado integrado por la situación de insolvencia, sino que además exige un segundo resultado, consistente en el efectivo perjuicio de carácter patrimonial que se causa al acreedor o a los acreedores.

En el caso examinado resulta patente que la circunstancia de que no se alcanzara el convenio en el expediente de suspensión de pagos no determinó una frustración de los créditos de los querellantes, ya que una vez sobreseído el expediente, cualquiera de ellos podía haber instado la declaración de quiebra de la entidad suspendida, lo cual no llevaron a efecto.

Debe concluirse, por tanto, que los hechos no integran el delito de insolvencia punible por el que se formulaba acusación.

Asimismo estima el Tribunal que los hechos no son constitutivos del delito de alzamiento de bienes que también ha sido objeto de acusación por la acusación particular.

(...)

En efecto, los hechos que imputa la acusación particular y que pretende subsumir en el tipo de alzamiento de bienes consisten en la desviación de las actividades, clientela y obras de la sociedad (...) a otras mercantiles controladas por los acusados, provocando con ello la descapitalización de ésta (...).

Ciertamente la sucesión de empresa es una modalidad de alzamiento de bienes, ya que mediante ella el deudor traspasa los activos patrimoniales a una nueva actividad desplazando de esta forma éstos y colocándolos fuera de las posibilidades de acción de cobro o ejecución por parte de los acreedores. No obstante, en el caso que se examina, pese a la imputación genérica referida, la acusación no ha concretado cuáles son los activos de (...) que supuestamente se desplazaron hacia las mercantiles vinculadas, y se apartaron de la acción de los acreedores; y, a la vista de la prueba practicada, estima este tribunal que dicho desplazamiento no ha existido. En efecto, consta en las actuaciones un informe de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre los trabajadores contratados por las empresas vinculadas (folios 882 y siguientes), y certificaciones de la Base de Datos Nacional (...) sobre clientes y proveedores de las mismas, de los que puede constatar que no existe una coincidencia relevante de la que pueda inferirse que efectivamente existió una continuación de la actividad de (...) a través de otras personas jurídicas. Otra cosa es que el acusado Braulio haya venido desarrollando una actividad similar después de la crisis de (...), no obstante ello no es suficiente para estimar que ha existido la conducta ilícita imputada, ya que ello supondría que un empresario, una vez finaliza la actividad en una mercantil por causa de crisis económica se vea imposibilitado de reiniciar una actividad similar.

Sentencia 418/2006, AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, de 1 de diciembre de 2006

IMPAGO DE PENSIONES. PRESCRIPCIÓN E INTERESES

Arts. 227 Código Penal; 1973 Código Civil; 576.1 LEC

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Barbarín Urquiaga

SÍNTESIS

A los efectos de interrupción de la responsabilidad civil derivada del delito de que se trata, la reclamación de las pensiones en el proceso penal es acto interruptivo en el sentido del artículo 1973 del Código Civil.

La regla del art. 576.1 de la LEC se aplica desde la fecha de la sentencia penal, no devengándose intereses desde la sentencia de separación “dado que rigen como penalización procesal específica para supuestos de incumplimiento declarados y constituidos en virtud de resolución judicial”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Quinto.—El ejercicio conjunto de la acción penal junto con la acción, que no ha sido reservada ni renunciada por la parte, ex. art. 109 CP, determina que deban resolverse a continuación, las pretensiones de índole civil que han sido planteadas por la parte, fundamentalmente por la Sra. Flora.

Para resolver esta cuestión debemos partir de la precisión del Código penal sobre la necesaria inclusión —en caso de condena por este delito— de la indemnización civil, para evitar situaciones precedentes en que se forzaba al perjudicado a acudir a la vía judicial civil para obtener el cobro de aquello que se demostraba penalmente haber sido insatisfecho, lo que se define como el objeto mismo de la acción típica.

Esa previsión, con esa limitada consecuencia, tampoco puede servir de argumento para entender imprescriptible la acción civil derivada de la infracción, so pena de

que en caso de reclamar en vía civil la deuda pueda ser declarada inexigible por prescripción extintiva, y en caso ejercitar la acción penal sea la conducta punible y pueda obtenerse la reparación de todo lo impagado, cualquiera que sea la actividad pasiva del acreedor.

Siendo que la acción civil puede ser objeto de reserva o renuncia, es claro que su ejercicio dentro del proceso penal ni le hacer perder su verdadera naturaleza ni impide la aplicabilidad de la norma prescriptiva específica que sería de observancia en reclamación extrajudicial o separada en vía civil.

En este caso, de conformidad con el art. 1973 CC, que contempla, entre otras, como causas de interrupción de la prescripción de la acción civil el ejercicio ante los Tribunales, debe concluirse que la reclamación de las pensiones alimenticias realizadas en el previo proceso penal, que concluyo en virtud de sentencia de fecha 5 de Febrero de 2003, efectivamente produjo tal efecto in-

terruptivo respecto de todas las pensiones allí reclamadas, incluyendo aquellas que, en virtud de la argumentación contenida dentro del F.J. Primero de la meritada resolución, la Juzgadora a quo entendió que no debía pronunciarse, dejando impregada pues, tanto la cuestión penal como civil en referencia a tales pensiones.

No puede hablarse de cosa juzgada formal ni material en relación a la obligatoriedad de pago de unas pensiones alimenticias respecto a las cuales no existió previo pronunciamiento por estimarse que tal enjuiciamiento atacaría el principio acusatorio.

Por el contrario, la Juez a quo, en esta nueva resolución, sí ha entrado a analizar y ha considerado probado, en una argumentación que es compartida por esta Sala, que se produjo una situación de impago en las pensiones adeudas desde el 27 de febrero de 1997, hasta el 9 de diciembre de 2003.

Es más, ha integrado la falta de abono de las pensiones devengadas en este período en la parte objetiva del tipo del injusto descrito en el art. 227.1 CP, subsunción que únicamente resulta justificada cuando se estiman jurídicamente exigibles las prestaciones económicas fijadas en el convenio regulador judicialmente aprobado.

Por lo tanto, la reparación del daño procedente del delito (es decir, la responsabilidad civil ex delicto), comportará, tal y como exige el art. 227.3 CP el pago de las cantidades adeudadas por las pensiones no satisfechas incluidas en el tipo penal, pues únicamente las prestaciones económicas jurídicamente exigibles son incardinables en la parte objetiva del injusto criminal.

El motivo debe ser estimado.

Sexto.—Efectivamente, tal y como señala la resolución de instancia, las pensiones alimenticias no son compensables, pero en la propia sentencia de separación que aprobaba el convenio regulador pactado entre los cónyuges y posterior sentencia de divorcio, se reconoce que la perjudicada, deberá abonar al acusado la cantidad de 15.000 pesetas mensuales en aras a la liquidación de la sociedad de gananciales, pero que para mayor comodidad, tal cantidad se detraerá de la cuantía que el Sr. Víctor debe abonar a su esposa en concepto de pensión alimenticia para los hijos comunes, esto es, resultando que la cantidad final a abonar es de 45.000 pesetas.

Esta sería, pues, la cantidad líquida que finalmente, le era exigible al acusado, por lo que con independencia de la mayor o menor corrección del convenio regulador aprobado entre las partes, judicialmente homologado al dictado de la sentencia de separación, es lo cierto que la cantidad a que quedó finalmente obligado al pago únicamente serían 45.000 pesetas mensuales.

Y en relación a los intereses, efectivamente será de aplicación y regirá como regla especial el art. 576.1 LEC, por lo que concurre un interés procesal que supone aplicar el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde la fecha del dictado de la resolución de instancia, sin poderlos retrotraer a la fecha del dictado de la inicial sentencia de separación, dado que estos intereses rigen como penalización procesal específica para supuestos de incumplimiento declarados y constituidos en virtud de resolución judicial.

Sentencia 97/2006, AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, de 15 de diciembre de 2006

ESTAFA. NECESIDAD DE ENGAÑO IDÓNEO

Arts. 248 y 250.1.º y 3.º Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Díez Noval

SÍNTESIS

Ni el primitivamente perjudicado ni la entidad bancaria sufren el perjuicio —derivado de un llamado “peloteo de letras de cambio”— debido a un engaño que pudiera calificarse de idóneo, pues una mínima diligencia comercial hubiera bastado para descubrir la operación. Procede absolver.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

HECHOS PROBADOS

Gabino, (...) dueño y gestor del negocio (...) contrató los servicios como trabajador de Ernesto (...). Con la finalidad de obtener financiación, Gabino propuso a Ernesto el plan de abrir una cuenta corriente a nombre de éste para admitir letras de cambio que éste último aceptaría a pesar de que no se correspondían con relación crediticia alguna, letras que Gabino presentaría al descuento, obteniendo de forma anticipada su importe, que después se cargaría en la cuenta abierta a nombre de Ernesto, a la cual Gabino se comprometía a proveer con la anticipación necesaria de los fondos precisos para abonar los títulos a su vencimiento.

(...)

En el mes de julio Ernesto cesó en su trabajo en la empresa de Gabino, no obstante lo cual éste, con el propósito de seguir obteniendo financiación, decidió seguir emitiendo letras de cambio imitando de su puño y letra la firma de Ernesto en el acepto y manteniendo

el plan de ir ingresando en la cuenta de “La Caixa” el importe necesario para hacer efectivos los efectos a su vencimiento, para lo cual disponía de la libreta de la cuenta, que su titular, Ernesto, había dejado en la empresa al marchar. De esta forma, Gabino presentó al descuento en la entidad BBVA las letras que se dirá, letras cuyo importe fue percibido por el banco descontatario al presentarlas al cobro en la cuenta de “La Caixa”:

(...).

Ante el impago de las letras, en mayo de 2000 la entidad BBVA promovió contra Gabino y Ernesto juicio ejecutivo en reclamación de la cantidad 4.352.000 ptas., más intereses, gastos y costas. No hallados los demandados en el domicilio que constaba a la entidad demandante, se solicitó su emplazamiento por edictos, a lo que se accedió, dictándose seguidamente sentencia de remate el 13 de septiembre de 2000. En ejecución de la sentencia y previas las pertinentes gestiones se descubrió que Ernesto trabajaba en la empresa “Bernabé y Jorge, SL”, por lo que en septiembre de 2002 se trabó embargo de la parte proporcional de su salario, embargo

que se mantuvo al menos hasta el mes de diciembre de dicho año. En fecha 30 de marzo de 2004 Ernesto se personó en el procedimiento ejecutivo, solicitando se le librara testimonio para promover causa penal. El 15 de abril de ese año la entidad ejecutante solicitó y obtuvo el embargo de un derecho de usufructo que figuraba a nombre de Ernesto. A continuación Ernesto abonó a satisfacción del BBVA las cantidades adeudadas, lo que motivó que la entidad financiera presentara el 25 de junio de 2004 escrito por el que interesaba el archivo de las actuaciones. El 10 de septiembre de 2004 Ernesto concertó con “Caja Laboral-Euskadiko Kutxa” un préstamo por importe de 19.550 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Valorados los hechos objeto de acusación y las pruebas practicadas a instancia de unas y otras partes, este tribunal ha llegado a la conclusión de que no ha quedado suficientemente acreditada la perpetración del delito de estafa que se atribuye a Gabino.

(...)

En el supuesto de autos no queda debidamente probada la existencia de un engaño previo que, además, sea bastante para determinar el error el sujeto pasivo, que en un primer momento fue la entidad bancaria y más adelante, por negligencia en la defensa de sus intereses, como se dirá, el sr. Ernesto (...).

En el caso dado hallamos tres fases en la actuación del acusado: En principio, propone al después denunciante cooperar en el libramiento de letras de las llamadas “de pelota”, puesto que no responden a realidad comercial alguna y sí solo al propósito de obtener financiación a corto plazo, financiación cuyo objeto no ha quedado esclarecido, pero que, en todo caso, se destinaba a las necesidades o conveniencias del acusado, fueren personales o de su negocio. Al respecto de las alegaciones del sr. Gabino según las cuales parte de la letras se libraron para pagar el precio de la venta de un coche al sr. Ernesto y de su reparación tras un acci-

dente, costeada por el acusado, se ha de decir que no hay prueba alguna de ello, a pesar de la facilidad que representaría ofrecer datos del susodicho vehículo o del coste de la reparación; y aunque la esposa y el hermano del acusado han ratificado la existencia de este automóvil, también han omitido todo dato, salvo el de que se trataba de un vehículo muy viejo, repintado, y, por ello, de escaso valor, con lo que, a lo sumo, podría justificar el libramiento de la primera letra, de 175.000 ptas., pero no las muchas que la siguieron. En cuanto a los supuestos gastos de juergas con el denunciante, en cocaína, alcohol y servicios de prostitutas, se trata de una excusa sorpresiva, de la que hasta el juicio no se había hablado en absoluto, sobre la cual solo han declarado los dos testigos parientes del acusado, haciéndolo de forma poco convincente y contradiciéndose entre sí, y que tampoco permite creer que por ello el sr. Ernesto adeudara a Gabino un importe equivalente al de las letras falsas.

En una segunda fase, tras un período en que se han librando las letras suscribiendo el sr. Ernesto los aceptos, llega un momento en que deja la empresa, siendo entonces cuando el acusado decide continuar el sistema, pero simulando la firma de su ex empleado. Con todo, mantiene las provisiones de fondos para las letras que va librando, de forma que el banco que las descontó se va resarcido de su crédito con normalidad al presentar los títulos al cobro. Este hecho constituye un delito continuado de falsedad, dado que no hay prueba de que el sr. Ernesto autorizara a Gabino para que falsificara su firma. A pesar de la desidia del denunciante, que en criterio de la defensa es indicio de la existencia de dicha autorización, lo cierto es que no se entiende, ya que no recibía nada a cambio, por qué debería asumir la condición de deudor de una suma que, como sucedió, podría llegar a elevarse considerablemente. Sin embargo, no se ha formulado acusación por esta falsedad, dado que por auto del 21 de febrero de 2005, aclarado por otro del 3 de marzo siguiente, se decretó el sobreseimiento libre respecto de este hecho por

prescripción de la posible responsabilidad penal.

Por fin, en una tercera fase, el acusado deja de satisfacer las letras, momento a partir del cual se genera el perjuicio patrimonial para la entidad que las descontó, que no halla fondos en la cuenta en que se domiciliaron. Este el hecho que se considera delictivo. Sin embargo el delito de estafa requiere no solo un engaño materializado en la introducción de datos falsos u ocultación de otros verdaderos con cuyo conocimiento la contraparte hubiera rechazado el contrato, sino la voluntad inicial de incumplir lo que se promete, no siendo válida la voluntad o dolo posterior (subsequens). Sobre este particular conviene mencionar que hasta hace poco coexistían en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dos corrientes opuestas en relación con la apreciación de la estafa en el contrato de descuento bancario. Una de ellas consideraba que la intención de incumplir debía preceder a tal contrato, de forma que la presentación de letras, incluso falsas, tiempo después de la celebración del acuerdo no tenía por qué constituir estafa (sin perjuicio de la falsedad). La segunda tesis interpretaba que cada acto de descuento es susceptible de valoración autónoma, pudiendo ser perfectamente apto para integrar el tipo si al presentar el título y obtener el importe previsto el tenedor proyecta incumplir. Conforme a la primera tesis el caso de autos estaría abocado directamente a la absolución, como sucedió, por ejemplo, en supuesto análogo contemplado en la sentencia del T.S. del 31 de octubre de 2001. La divergencia de criterios se resolvió a raíz del acuerdo adoptado en Pleno no Jurisdiccional del 28 de febrero de 2006, que optó por la segunda opción (v.gr. STS de 13 de marzo de 2006). No obstante, sigue vigente la necesidad, para la apreciación de la estafa, de que quede acreditado el dolo antecedente, lo que equivale a decir que el acusado, al descontar la letra, tenía que saber que no la pagaría, y este extremo fáctico es dudoso en el caso; primero, porque a pesar de falsificar la firma del acepto, Gabino abonó quince de estas

letras, por un importe total de 3.755.000 ptas.; y segundo, porque las dos últimas letras que falseó las emitió (y supuestamente las presentó a descuento) el 2 de diciembre de 1999, mientras que fue haciendo ingresos para sus pagos hasta el 2 de febrero de 2000, con lo que, a pesar de que el primer efecto impagado era de vencimiento el 13 de diciembre, su actuación es compatible con la explicación dada, conforme a la cual intentó satisfacer la deuda originada hasta que la mala marcha de su negocio y sus gastos en cocaína y otros vicios le dejaron sin fondos. Está probado que cerró el centro de lavado unos meses después. En fin, cabe plantearse si el acusado al descontar las letras e ir engrosando la deuda era consciente de que no podría satisfacerlas, pero sobre este particular se genera una duda no despejada que ha de resolverse a favor del acusado, en virtud del principio in dubio pro reo.

Segundo.—Al margen de lo expuesto, se aprecia en el caso que la entidad BBVA, sujeto del engaño e inicial perjudicada, omitió las mínimas exigibles para la protección de su crédito. No solo no exigió la suscripción de un contrato de descuento, como admite, limitándose a un acuerdo verbal, sino que no hizo la mínima gestión para comprobar la solvencia de librador y de aceptante. El director de la sucursal solo ha admitido que se acercó un día por el tren de lavado para observar el negocio, pero al margen de ello no debió preocuparse de averiguar la disponibilidad de patrimonio por parte de los firmantes de las letras, o la importancia y estabilidad de sus ingresos, y si lo hubiera hecho habría comprobado que las garantías de solvencia que estas personas podían ofrecer eran mínimas, puesto que no costa que el sr. Gabino tuviera otra cosa que una simple cuenta en esa sucursal y que el sr. Ernesto, aceptante, solo disponía de un contrato laboral por horas en la empresa, con una salario en nómina (con base en la única aportada) de 23.581 ptas. Por lo demás, no se requirió la prestación de fianzamientos o algún tipo de garantías accesorias, ni se pi-

dió justificación del contrato causal y tampoco nadie se percató de las diferencias que a simple vista se constatan en la firma del acepto de las letras de cambio que el acusado empezó a presentar a partir del momento en que Ernesto dejó el trabajo. Consecuencia de ello fue que al promover el juicio ejecutivo la entidad bancaria no pudiera hallar bien o renta que trabar contra alguno de los dos demandados, hasta que dos años después supo que Ernesto estaba trabajando y solicitó el embargo de su salario.

(...)

Tercero.—Del relato de los hechos se desprende que la persona contra la que cabría entender que se dirigía el engaño era la entidad bancaria, y no la persona de Ernesto. Pero, a la vista de las alegaciones de la acusación es preciso manifestar que tampoco él cumplió mínimamente con el deber de defender su patrimonio e intereses. De entrada, permitió que su libreta de “La Caixa” quedara en poder del acusado. En segundo lugar, asegura que no comprobó posteriormente los movimientos de la cuenta, pero esta manifestación no es creíble, porque reconoce que la siguió utilizando, tanto para extraer pequeñas cantidades como para ingresar en metálico sumas de entre 5.000 y 30.000 ptas., llegando incluso a domiciliar en ella su nómina entre octubre de 2000 y enero de 2001, lo que hace que debiera de verificar ocasionalmente el saldo, con lo cual se habría percatado de los movimientos de entrada y salida de fondos debidos a las letras, especialmente notorios por su importancia en relación con los demás movimientos. En tercer lugar, cuando en 2002 vio embargado su salario hubo de sospechar de la licitud de las letras, porque debía saber que las que había aceptado se habían satisfecho y, si no, hubiera debido informarse en el juzgado del motivo, diligencia mínima exigible a cualquier persona en defensa de sus inter-

eses, lo que le hubiera puesto de manifiesto la falsedad de las firmas que se le atribuían y, además, hubiera estado en condiciones de oponerse a una ejecución basada en una obligación que no había asumido. En lugar de obrar así alega que se limitó a contactar con el acusado y conformarse con las promesas de éste de satisfacer la deuda, promesas negadas por el sr. Gabino y que, de ser ciertas, pronto se revelaron falsas, porque la retención del salario se practicó durante varios meses, hasta que el sr. Ernesto cambió del empleo, a pesar de lo cual permaneció pasivo, sin intentar alguna de las posibilidades a su alcance para defenderse de una reclamación improcedente. Por fin, incluso cuando formula denuncia en vía penal lo hace cuando el delito continuado de falsedad había prescrito, sin que pueda excusarse en el desconocimiento de los hechos, no solo por lo que se ha explicado, sino porque del testimonio de particulares del procedimiento civil se desprende que se personó en él (30 de marzo de 2004) antes de que la entidad bancaria ejecutante interesara el embargo de su derecho de usufructo (15 de abril de ese año), lo que pone en duda la alegación de que fue este embargo el que le hizo ver que la ejecución civil seguía abierta.

Cuarto.—Consecuencia de todo lo dicho es la absolución del acusado, sin perjuicio de las acciones civiles que pueda ejercer el perjudicado. Las costas procesales ocasionadas se declaran de oficio, al no hallarse motivo para condenar a su pago a la acusación particular, que no ha incurrido en temeridad o mala fe (art. 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Gabino del delito de estafa de que ha sido acusado.

Sentencia 1058/2006, AP VIZCAYA, Sec. 6.^a, de 18 de diciembre de 2006

VIOLENCIA DOMÉSTICA: AGARRAR POR LA CABEZA;
FALTA DE VEJACIÓN INJUSTA

Arts. 153, 173.2 y 620.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Miren Nekane San Miguel Bergareche**

SÍNTESIS

Ante la gravedad, social y jurídica, de los supuestos de violencia ejercida contra las mujeres, el legislador reaccionó con un tipo —el artículo 153 del Código Penal— que debe ser ponderado en su aplicación con el caso concreto que venga en consideración; en este caso se trata de enjuiciar si guarda la debida proporción con el hecho de agarrar el acusado a la víctima de la cabeza para que le mirara.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

Primero.—Por el Juzgado de lo Penal (...) se dictó (...) sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos: “(...) hacia las 23:30 horas del día 11 de julio de 2005, José Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, se acercó en la vía pública a su novia desde hacía tres meses, Rosa, cuando salía de su trabajo en una tienda de Noja (Cantabria), para pedirle que regresara con él a Vizcaya en el mes de agosto a lo que la mujer, se negó, anunciando al acusado que quería dejar la relación. Que así llegaron al edificio donde residía Rosa c/ (...), de aquella localidad cántabra, donde ambos accedieron al portal, y en donde se inició una discusión durante la cual, y para que Rosa fijara la vista en el acusado, la agarró de la cabeza.

No ha quedado acreditado que las lesiones que presentaba Rosa se ocasionaran la noche de autos. No ha quedado acreditado

que el acusado vertiera expresiones amenazantes contra Rosa o que empleara violencia física o intimidatoria para que aquella hiciera algo que no quisiera”.

La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: “Fallo: Primero. Condeno a José Enrique, como autor de una falta de vejación injusta (...).

Segundo.—Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Rosa (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—El art. 153 del C. Penal requiere, para su consumación, de la existencia de los elementos que se han relatado en la sentencia de instancia que es objeto de apelación: a) una agresión con leve efecto lesivo, e incluso sin ninguna exteriorización lesional; b) producida por un varón sobre quien es o haya sido su compañera (novia,

en este caso, durante tres meses las personas a que se refiere el precepto, enviando al art. 173.2 del mismo código).

No desconocemos que el contenido del art. 153 del C. Penal (en la redacción vigente) ha sido criticado por numerosos sectores de la doctrina, por considerar que vulnera principios elementales del derecho penal, como lo son el de intervención mínima y el de proporcionalidad. La Fiscalía General del Estado, en el informe que evacuó sobre el Anteproyecto de Ley que, finalmente, estableció la redacción dada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, contenía la referencia a que, siendo el maltrato hacia la mujer una lacra social que ha de ser erradicada, y que, en esa línea, ha de ser objeto de contundente respuesta del ordenamiento jurídico, no por ello ha de olvidarse que la reacción punitiva prevista no aparece acorde con el principio de proporcionalidad, y ello puede dar lugar a una reacción no acorde con la entidad, en esencia, del hecho, “ porque no se deja resquicio a un tratamiento como infracción leve de ningún tipo de maltrato de obra, aún producido de una forma episódica o aislada, aconsejando la citada opinión de la Fiscalía, modular la respuesta, introduciendo algún tipo de objetivación de la conducta constitutiva del delito; sin embargo, el tipo penal se mantiene, convirtiéndose en delito acciones que, hasta la fecha de su entrada en vigor, venían siendo consideradas como falta.

Esa percepción relativa a la proporcionalidad de las penas previstas llevó a que, en julio de dos mil cuatro, se cuestionase por un Juzgado de lo Penal, la constitucionalidad del precepto, con el argumento de que en la redacción dada a este art. 153 del C. Penal, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se están condenando conductas leves, antes tipificadas como faltas de lesiones, malos tratos y amenazas, criminalizándose con desproporción manifiesta, lo que resulta contrario al principio de legalidad en su aspecto de proporcionalidad de las penas, y al principio de igualdad, al tratar de forma distinta ciertos supuestos delictivos por el

hecho de que se comentan en el ámbito familiar, cuestión que fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional, que, en auto emitido el 13-IX-2005 (núm. 332/2005) expresa en relación con la cuestión planteada, los siguientes elementos que se recogen a continuación, ya que, a pesar de la extensión de los mismos, pueden ser merecedores de constancia en la presente resolución: a) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales... más concretamente en materia penal estará ligado a si se observa sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza..., bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En este caso en el que el órgano judicial proponente lo que plantea es la posible desproporción de la extensión de la pena de privación de libertad en relación con algunas de las figuras delictivas que se tipifican en el precepto legal cuestionado,... por lo que se examinará a la luz del contenido del art. 25.1, en relación con el derecho a la libertad personal recogido en el art. 17, ambos CE ...”

b) El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede constitucional de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.

En el ejercicio de esta potestad del legislador... la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad,

que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma ¿intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc., y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial.

Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada... debiendo indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes... En segundo lugar deberá indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precep-

to cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Como se indica en su exposición de motivos, con el art. 153, junto con otros preceptos también objeto de la mencionada reforma, el legislador ha pretendido afrontar y combatir el fenómeno de la violencia doméstica, que “tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar” y “es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de esos delitos”... Al respecto, los delitos relacionados con la violencia doméstica son objeto de preferente atención en la citada reforma legislativa, a fin de que “el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”, para lo cual se incrementa “de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido... con la vigente redacción del art. 153 CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código penal (art. 617 cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el art. 173.2 CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor.

“... Ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos

constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39). Asimismo tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

En el “transcrito” auto, luego de hacer mención a que la pena de prisión no es la única que como pena principal se recoge en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria; y, de que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE,... de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28)... conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria.

En relación al juicio estricto de proporcionalidad (que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir ζ y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales y la gravedad de la pena que se impone ζ y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores

constitucionales —(STC 136/1999, FJ 29)— luego de recordar el Alto Tribunal que “... corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar ... sin otro límite que ... el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona. Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional, debiendo partirse para su realización de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (STC 55/1996, FJ 9). En respuesta a tal aspecto reitera que la pena de prisión no es la única que como pena principal se prevé en el precepto legal cuestionado, sino que tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria, y observando los importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial, sin que pueda obviarse que la dimensión que el fenómeno social de la violencia doméstica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre “todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido” por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna

forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico... Por lo que ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad (lo que permite atemperar la sanción penal a la gravedad de la conducta), no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

Cuarto.—La sentencia considera que “agarrar fuertemente de la cabeza” a una persona con la que se está manteniendo una discusión es una vejación injusta, y no una agresión.

Es el art. 620.2.º del C. Penal el sustento típico para el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia, y este precepto del C. Penal castiga la amenaza e injuria leve, además de la vejación. La consideración de la vejación injusta como ilícito penal está citada en el último de los incisos del núm. 2.º del art. 620. Luego de considerar las amenazas y coacciones leves como falta, extiende el ámbito del reproche a la injuria o vejación injusta, y la Jurisprudencia viene estimando que se da una gran variación en las formas comisivas del ilícito que puede cometerse mediante afirmaciones de hecho, a través de la emisión de juicios de valor... caben también las denominadas manifiestas y también las simbólicas, pero han de ser objetivamente deshonrosas, ofensivas para el honor y la dignidad de la persona, o, en su caso, ha de demostrarse, de forma precisa, el propósito de ofender o menospreciar a la persona destinataria de la expresión o acto de que se trate. En relación con este aspecto, cobra importancia el elemento complejo o circunstancial, que aglutina los datos personales de lugar, ocasión, tiempo y forma que, apreciados valorativamente, contribuyan, de un lado, a esclarecer la verdadera intención del sujeto activo de la ofensa, y de otro,

coadyuven a determinar la importancia y magnitud de la injuria o vejación. En el supuesto de ésta, se extiende el tipo de la falta a comportamientos que, aunque no supongan una lesión del honor de la víctima en sentido estricto, sí producen una lesión de la consideración pública del sujeto o del sentimiento individual de su dignidad (propia estima) sin justificación alguna para tal comportamiento. No parece compatible con esta definición la existencia de una acción sobre el cuerpo de una persona que, seguidamente, precisa de que sea vista por el médico, que aprecia datos compatibles con la descripción de cómo se ha producido el efecto lesivo alegado.

Por su parte, ya desde la entrada en vigor del C. Penal de 1995, el legislador quiso proteger el bien jurídico que supone la integridad moral, con la redacción que ya entonces dio al art. 153 del C. Penal, y que la doctrina vino a entender que únicamente de un modo impropio cabía en este Título que el Código determina como “De las lesiones”. En todo caso, partiendo de que la redacción vigente permite asumir la consideración que, de modo general, se efectúa del tipo penal que, siendo de resultado material, acoge medios indeterminados (los que, de cualquier modo) en unos casos, o sencillamente, el maltrato de obra, sin resultado concreto, continuamos reseñando otros aspectos del tipo penal cuya aplicación solicita la apelante. Así, y en cuanto al tipo subjetivo, es igualmente evidente que se admiten las diversas modalidades del dolo, resultando evidente que, si en el curso de una discusión violenta (como la descrita por ambos, y asumida en la sentencia) una persona agarra a otra de la cabeza, el dolo, siquiera desde la perspectiva del eventual, está presente. Cualquier persona se presenta un resultado lesivo en ese modo, superando esa acción una sencilla vejación. Para que una persona gire la cabeza contra su voluntad se precisa de fuerza suficiente, superando la estimación incluso de una imprudencia, puesto que

es una acción sobre el cuerpo, contundente y determinada.

La intención que se aduce por el acusado no resta un ápice a la consideración de delictiva de la conducta, siendo evidente que, en el ámbito de la violencia ejercitada contra las mujeres, los actos de agresión no “suelen carecer de motivo o justificación”

por parte del sujeto activo, sino que, al contrario, en el curso de los párrafos recogidos en apartados anteriores de la presente resolución, se observa que el sometimiento, la falta de consideración a la mujer y el ataque a su dignidad como persona están siempre presentes en estos actos, verbalizándose en algunas ocasiones por el agresor una razón “natural” para su proceder.

Sentencia 1/2007, AP MURCIA, Sec. 4.^a, de 3 de enero de 2007

LEY PENAL MÁS FAVORABLE. IMPAGO DE PENSIONES. DELITO PERMANENTE

Art. 227 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Giménez Llamas

SÍNTESIS

Alega el recurrente que la aplicación de la pena de seis meses de prisión vulnera el principio de la ley penal más favorable para el condenado, puesto que la anterior redacción del art. 227 del Código Penal se deroga por la reforma de la Ley Orgánica 30/2003 “de acuerdo con la cual se debería imponer la penalidad derogada (arresto de 8 a 20 fines de semana), la que a su vez ha sido sustituida por la de localización permanente, en la misma reforma. Pero, al tratarse de un delito permanente, se ha seguido infringiendo la norma ya en su vigente redacción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Respecto de la pena impuesta de seis meses de prisión, se alega la vulneración del principio acusatorio y no haberle sido aplicada al condenado, la pena “más favorable al reo”.

El principio acusatorio, implica que el Juzgador no puede imponer pena que no se haya solicitado; y la pena impuesta en la sentencia recurrida, fue solicitada con anterioridad al acto del juicio y se encuentra, consecuentemente, dentro de las solicitadas por las partes, con lo que no existe violación

del principio acusatorio, como pretende el recurrente.

En orden a la aplicación de la pena más favorable al reo, se alega en la apelación que la imposición de la pena de seis meses de prisión, vulnera el principio de la ley más favorable para el condenado puesto que la anterior redacción del art. 227 del C. Penal se deroga por la reforma de la LO de 30/2003, de acuerdo con la cual se debería imponer la penalidad derogada (arresto de 8 a 20 fines de semana), la que a su vez ha sido sustituida por la de localización permanente, en la misma reforma.

Este medio de oposición no ha sido cuestionado por ninguna de las acusaciones (pública ni particular), no obstante debe desestimarse dada la naturaleza de delito permanente que tiene el abandono de familia y el reiterado incumplimiento de su obligación de pagar la pensión alimenticia desde el año 2000 hasta la actualidad, pues la esencia del

delito permanente es que la realización de la conducta típica se prolonga en el tiempo más allá de la inicial consumación, manteniéndose la acción por la propia voluntad del sujeto activo y como recoge la sentencia del TS, de 21 de diciembre de 1990, cuando durante la comisión del delito permanente se produce una modificación de la norma penal que lo regula, necesariamente será de aplicación la última vigente, al manifestar que “tratándose de delitos permanentes, se están cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica comisiva, y en tanto en cuanto persista la antijuridicidad del comportamiento o de la acción que se prolonga en el tiempo y, si durante ese período de infracción sostenida del ordenamiento penal y antes del cese de los efectos antijurídicos de la infracción, entra en vigor una norma penal más rigurosa, ésta será la aplicable a esa porfiada conducta, sin que ello suponga retroactividad alguna”.

Sentencia 17/2007, AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, de 12 de enero de 2007

IMPAGO DE PENSIONES. COSA JUZGADA

Arts. 227 Código Penal; 666 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Josefa Barbarín Urquiaga**

SÍNTESIS

Se alza el recurrente contra la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal por entender, entre otras razones, que por los mismos hechos había ya sido juzgado (y absuelto) por otra sentencia, amén de haber sido archivada otra denuncia de su ex-mujer. La sentencia de apelación excluye la aplicación de la cosa juzgada en los términos que se desprenden del fundamento jurídico que reproducimos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Se invoca, como segundo submotivo del recurso, la excepción de cosa juzgada, ex. art. 666 LECrim, ante la existencia de una previa sentencia absolutoria por estos mismos hechos, de fecha 15 de Marzo de 2005.

Acerca la cosa juzgada e inalterabilidad de resoluciones firmes, es doctrina reiterada (SSTC 2/2003 de 16 de enero y SSTS 1 de abril de 2003, 21 de marzo de 2002, 10 de junio de 1998, 20 de junio de 1997, entre otras muchas) que la cosa juzgada es consecuencia, efecto y causa, a la vez y conjunta o alternativamente, del principio “non bis in idem”, el cual ha de entenderse implícitamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones. Es, en suma, un derecho fundamental que impide castigar doblemente por un mismo delito, a la vista muy especialmente de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española en relación con el artículo 14.7 Pacto Internacional de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, que puntualiza la prohibición de juzgar o sancionar por un delito en el que haya sido ya condenado o absuelto una persona a virtud de sentencia firme, “de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”. Y a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho, la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, lo que significa que no se puede seguir, conforme a lo antes dicho, otro procedimiento de semejante orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona, cuando la causa criminal fue resuelta con anterioridad por sentencia firme o resolución asimilada, de forma que es una garantía reconocida al acusado defender su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos. Se trata también de una de las formas en que se proyecta y manifiesta el derecho a

un proceso con todas las garantías que en el artículo 24.2 de la Constitución se recoge, de ahí su rango constitucional con la prohibición de seguirse una segunda causa contra una persona ya juzgada anteriormente por el mismo hecho, condenada o absuelta.

A la hora de comprobar la concurrencia de la cosa juzgada, o de la reclamación y protesta formulada en este sentido por cualquiera de las vías procesales en entredicho, es necesario que entre el proceso terminado mediante resolución firme y definitiva y el nuevo juicio exista una serie de condicionantes o requisitos cuyo número ha sido reducido en la última doctrina jurisprudencial y que se han concretado sólo en el hecho y en la persona inculpada. Ni la identidad de quienes ejercitan la acción ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación, tienen trascendencia alguna ya que, de un lado, siendo habitual la intervención del Fiscal, el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el primer proceso quiera hacerlo después en el segundo, habida cuenta además la amplitud con que en la norma procesal se considera la personación de las partes; y, de otro, es también indiferente la norma penal en que se funda la acusación, pues no cabe acusar después a la misma persona en otro proceso posterior, tratándose de hechos idénticos, con el pretexto de que se ejerce una acción penal diversa en tanto se acusa por delito diferente. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (SS. 29 de abril de 1993, 4 de mayo de 1993, 22 de junio de 1994, 17 de octubre de 1994, 20 de julio de 1997).

Así en ambos procedimientos aparece como denunciado Luis María, cuestión sobre lo que no existe duda, centrándose la controversia en si se trata o no de los mismos hechos. El hecho viene fijado por el

relato histórico por el que se acusó y absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente y cuya coincidencia con el relato fáctico subsiguiente, base de la actuación, es fundamental a estos efectos, bien entendido que, atendiendo únicamente a los elementos esenciales y no a los accesorios o circunstanciales, la identidad de la cosa juzgada se ha de referir al hecho, a la relación fáctica, al “factum” o a los actos por los que se dictó la primera sentencia, de forma que lo fundamental es indicar que el objeto del proceso no cambia aunque se modifique la calificación jurídica. Así pues, se ha de examinar el objeto del proceso penal, que lo constituye el hecho histórico individualizado en el “factum” de la resolución antecedente y cuya coincidencia con el relato fáctico subsiguiente, base de la acusación, es fundamental a estos efectos.

Del examen de las actuaciones penales seguidas en el primero de los procedimientos, en comparación con el segundo, no puede estimarse que éste segundo haya de verse afectado por la cosa juzgada respecto al primero. Ello es así por cuanto que, aún existiendo identidad personal, no se estima que se de respecto al hecho enjuiciado pues la identidad fáctica esencial radica en la igualdad de los hechos que constituyeron el “*thema decidendi*” en uno y otro proceso.

Y en relación a la segunda denuncia, la ausencia de hechos probados impide entender que el procedimiento ahora seguido esté afectado por la cosa juzgada, debiendo entenderse que de haber existido una resolución sobre los hechos denunciados final-

mente no enjuiciados ésta no habría de ser otra que la de sobreseimiento provisional, que era la que formalmente procedía y la que materialmente ha de tenerse como adoptada. Y al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia núm. 488/2000, de 20 de marzo), ha precisado las resoluciones que no causan el efecto de cosa juzgada. No lo producen los autos rechazando una querrela o denuncia por no ser los hechos constitutivos de delito (SSTS de 15 de octubre y 18 de noviembre de 1998) ni los autos de sobreseimiento provisional ni los autos de archivo dictados al amparo del artículo 789.5.1^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no ser los hechos constitutivos de infracción penal (SSTS de 16 de febrero de 1995 y de 3 de febrero de 1998), siendo común a todas estas resoluciones la inexistencia de un pronunciamiento sobre el fondo. Sin embargo sí lo producen las sentencias firmes, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio, y, excepcionalmente se equiparan a ellas los autos de sobreseimiento libre por su carácter definitivo.

En el presente caso, en definitiva, la resolución de instancia considera acreditada la situación de impago desde el mes siguiente, abril de 1995, hasta abril de 2005, incluyendo también pues, el mes de enero de 2004, en el que el recurrente invoca la existencia de una previa denuncia también archivada, de la que efectivamente desconocemos los motivos o realidad del supuesto archivo, por lo que tampoco en este segundo supuesto puede prosperar la mencionada excepción, debiendo desestimarse igualmente este motivo de recurso.

Sentencia 24/2007, AP CÁDIZ, Sec. 8.ª, de 15 de enero de 2007

EQUIPARACIÓN DE FALTA DE COLABORACIÓN CON NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA

Arts. 379 y 380 Código Penal; 741 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carmen González Castrillón**

SÍNTESIS

Se condena por delito de desobediencia a quien muestra una falsa disposición a realizar la prueba de alcoholemia impidiendo su práctica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Consideramos que en el caso que nos ocupa, si bien en un principio no existió una negativa rotunda por parte del acusado a someterse a la prueba de alcoholemia, sí puede afirmarse a tenor de la conducta descrita por los agentes que el acusado no colaboró

activa y eficazmente en la realización de la prueba, sopló mal, tras varios intentos. Esta conducta ha de merecer el reproche penal previsto en el art. 380 del CP, pues existió una negativa a la realización de la prueba de alcoholemia, en tanto que el acusado mostró una disposición más bien simulada que real a efectuar la prueba. Procede pues el rechazo del motivo.

Sentencia 27/2007, AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, de 15 de enero de 2007

PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO. APROBACIÓN DE GASTO MUNICIPAL PESE A REPAROS DE LA INTERVENCIÓN SOBRE LA COMPETENCIA. ORDENADOR PARA PRESO DE ETA.

Art. 404 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Augusto Maeso Ventureira**

SÍNTESIS

El concejal-delegado de la Comisión de Servicios Sociales del Ayuntamiento aprobó el gasto del ordenador para un preso de ETA y para el abono de los gastos de autobuses para asistir a juicios a celebrar en la Audiencia

Nacional; el alcalde aprobó dichos pagos. La intervención había señalado que debía haberse pronunciado el Pleno y los acusados lo sabían.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

HECHOS PROBADOS

Primero.—El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria (...), adoptó el Acuerdo 23.º mediante el que aprobó la organización y funciones de la Comisión de Derechos Humanos de los presos (...).

Segundo.—En aplicación del mencionado Acuerdo, el Ayuntamiento de Andoain sufragó con regularidad gastos de viajes realizados por familiares y amigos de presos de la localidad, para visitar a éstos.

(...) la Interventora Interina del Ayuntamiento de Andoain (...).

Cuarto.—(...) realizó (...) un Informe de fiscalización del gasto y existencia de crédito presupuestario respecto al asunto del Ordenador para el preso andoainarra José Manuel y el presupuesto de URPA S.L. para ir a Madrid (...).

Séptimo.—El acusado Luis Pedro, (...), Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Andoain ordenó (...) el pago de la cantidad de 2.057,72 euros, para la compra de dicho ordenador, con cargo a la Partida (...), correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos de los presos, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado (...) y de que, a consecuencia de este reparo, la competencia para aprobar dicho gasto y su realización no correspondía al concejal-delegado Sr. Alfredo, sino al Pleno, que sabía que no se había celebrado. Como consecuencia de el mencionado mandamiento, se realizó el pago que ordenaba.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—DELITO DE PREVARICACIÓN.

El Ministerio Fiscal, única acusación que intervino en la causa, calificó los hechos que incluyó en sus conclusiones definitivas como un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos, en relación de concurso medial, delitos de los que ambos acusados serían coautores.

Por lo que respecta al delito de prevaricación, el Código Penal establece en su artículo 404 que será sancionado con la pena de inhabilitación que indica, la autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo.

La doctrina Jurisprudencial (Así SsTS de 5-4-1995, 6-4-1998, 15-10-1999, 21-12-1999, 444/2000, de 20-3; 12-12-2001, 16-4-2002, 17-5-2002, 13-6-2003; 343/2005, de 17-3; 959/2005, de 18-7; 226/2006, de 19-2; 627/2006, de 8-6, etc.) ha determinado a este respecto que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y que son esencialmente tres: servicio prioritario a los intereses generales, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). De modo más específico, la sanción de la prevaricación 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, pero únicamente frente a ilegalidades severas, patentes y groseras, que puedan ser apreciadas por cualquiera, aunque no sea jurista, para respetar coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, no pudiéndose, con dicho delito, sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento

de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado ejercicio de poder, no siendo la mera ilegalidad, sino la arbitrariedad lo que se sanciona. Así, las resoluciones que integran el delito de prevaricación son actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho.

Como “resolución administrativa debe entenderse “un acto administrativo que supone una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados”, teniendo la omisión efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión) en aquellos supuestos especiales en los que la autoridad o funcionario esté imperativamente obligado a dictar una resolución. El sentido técnico de “resolución” aparece en el artículo 89 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como “acto que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”.

Y el elemento subjetivo de dicho ilícito de prevaricación consiste en que la acción ha de realizarse, además, a sabiendas de su injusticia, por ser contraria a la Ley, o arbitrariedad, elemento subjetivo cuya concurrencia puede ser acreditada mediante una razonable inferencia del conjunto de datos objetivos acreditados en la causa, entre ellos, y de modo particular, la evidencia y la relevancia de la injusticia.

Se ha concretado también en la jurisprudencia que la injusticia o arbitrariedad en que debe incurrir la resolución administrativa prevaricadora puede apreciarse en la absoluta falta de competencia del acusado, en la

inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho, o una contradicción con éste tan grosera que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el mundo del Derecho (SsTS 1095/1993, de 10-5; 1012/1995, de 13-10; 1/1998, de 23-5; de 12-12-2001, 537/2002, de 5-4-2002; 16-4-2002, 2-4-2003; 627/2006, de 8-6-2006, etc.)

Tercero.—CONDUCTA PREVARICADORA DE AMBOS ACUSADOS.

En el presente caso, compartimos con el Ministerio Fiscal que la actuación de ambos acusados incurre en el delito de prevaricación.

La conducta del Concejal-Delegado Sr. Alfredo, por dictar el día 21-5-2003 la Resolución 224/2003, en la que aprobó el gasto de 4.617 euros, a cargo de la partida presupuestaria de la Comisión de Derechos Humanos de los presos para el abono de la compra de un ordenador al preso José Manuel y para el abono de los gastos de los autobuses organizados para asistir a juicios a celebrar en la Audiencia Nacional, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado y de que, a consecuencia del mismo, la competencia para aprobar el gasto y acordar que se efectuaran tales pagos a la presentación de las facturas no le correspondía a él, sino al Pleno de la Corporación.

Y el comportamiento del Alcalde-Presidente Sr. Luis Pedro, por ordenar el día 21-5-2003 el pago de las cantidades de 2.057,72 euros, para la compra del mencionado ordenador, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado a la anterior Resolución y de que, a consecuencia del mismo, la competencia para dictarla no correspondía a dicho Concejal-Delegado, sino al Pleno de la Corporación, Pleno que no se había celebrado.

Auto AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 19 de enero de 2007

PRISIÓN PROVISIONAL DE QUIEN DISPARA Y MATA A QUIEN SE DISPONE A ROBAR EN SU CASA

Art. 503 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia**

SÍNTESIS

Los asaltos a chalés en determinadas zonas de España han generado una gran preocupación social. Este supuesto, difundido ampliamente en los medios de comunicación, plantea el problema de la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la hora de resolver sobre la situación personal del inculpado. La dificultad del asunto se pone de manifiesto por la existencia de un voto particular al auto.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Segundo.—Entrando ya en lo que son los términos propios del recurso contra el auto de prisión provisional del Sr. Armando, nos encontramos con que su Defensa, con un texto de recurso amplio, bien estructurado, ilustrado y ciertamente con un planteamiento hábil, pretende obtener la modificación de la situación personal de este imputado y que se decrete su libertad provisional dando su propia versión de lo que sucedió aquella tarde del pasado 9 de diciembre de 2006 junto a la casa de la familia de los Srs. Juan Antonio, en el partido judicial de Manresa, y sobre todo invocando que la posible pena a imponer en su día al citado Sr. Armando —por el hecho objetivo consistente en disparar dos tiros contra dos individuos que se encontraban en el interior de un vehículo estacionado cerca de la casa de dicha familia y resultar muerto el conductor del mismo, en una situación de intento de robo con fuerza en dicha propiedad— pudiera ser

al final de este proceso más leve que la que, en principio, señala el propio Juzgado de Instrucción debido a la concurrencia de lo que, a su juicio, son causas de justificación, completas o incompletas, o circunstancias modificativas atenuatorias de su responsabilidad penal.

No se niega, en cambio, el hecho de haber efectuado los dos disparos ni el resultado de la muerte de una persona como consecuencia de dichas acciones, ni tampoco la autoría.

Se cuestiona simplemente la medida adoptada por el Juzgado de Instrucción por la hipotética concurrencia de esas causas de justificación invocadas.

Tercero.—Pues bien, a este respecto la mayoría de la sala entiende que, en general, dejando a salvo, por supuesto, el derecho a la presunción de inocencia del imputado y la posibilidad de que más adelante pudieran acreditarse ciertos extremos que ahora se invocan, la apreciación y aceptación tanto de

circunstancias agravantes como atenuantes, o causas de justificación plenas o semiplenas, queda reservada, como reconoce implícitamente la propia parte apelante con la construcción que hace de su recurso, al momento del dictado de la sentencia. Es decir, será con la prueba que se practique, en su caso y en su día, en el mismo acto del juicio oral de donde podrá deducirse con rigor y adecuada técnica jurídica si concurren o no dichas circunstancias que ahora se apuntan. Y ello sin olvidar la importancia en abstracto de la posible pena final a imponer, puesto que es parámetro de obligado análisis de cara al control de legalidad de la medida cautelar de prisión provisional adoptada.

Es cierto, y la mayoría de la sala que suscribe el presente no tiene inconveniente en reconocerlo, que puede haber situaciones, ciertamente poco corrientes en la práctica diaria, en que la existencia de tales circunstancias, en este caso favorables al reo, siendo varias, puedan constatarse claramente desde el principio con el carácter de muy probables. En estas situaciones excepcionales es más que evidente que dichos supuestos que pudieran haber marcado, condicionado, atenuado o influido en la conducta del reo pueden valorarse perfectamente desde el principio del procedimiento penal, incluso de cara a la adopción, o no, de la medida cautelar de prisión preventiva. Pero ello sólo será posible, a nuestro juicio, en aquellos casos, pocos, según marca la misma experiencia forense, en que la circunstancia favorable de que se trate quede acreditada con cierto rigor desde el comienzo o durante de la fase de instrucción judicial, es decir, cuando su aplicación futura en sentencia o en auto que ponga fin al procedimiento no implique grandes posibilidades de rechazo para nadie, en definitiva que sea ajustada al punto de vista del Derecho y de la posible valoración más o menos fiable que haya de hacerse de la prueba ya existente.

Por el contrario, en aquellos supuestos diferentes en que la posible apreciación de una o varias circunstancias favorables al reo esté sujeta o condicionada al resultado de la

prueba que haya de practicarse más adelante, tanto durante la instrucción o investigación judicial pendiente como la que pudiera llevarse a efecto en el acto del juicio, es más que evidente que el ejercicio jurídico del cálculo de la posible futura pena a imponer está necesariamente marcado no sólo por evidentes notas de provisionalidad sino también, esto es fundamental, por un importante margen de posibilidad de error.

En el caso concreto, la mayoría de la sala no tiene inconveniente en reconocer que aquí concurre, a su juicio, una circunstancia atenuante clara en la persona del imputado Sr. Armando, constatada ya desde el principio de la fase de instrucción judicial, por tanto inequívoca y acreditada, y que, salvo error u omisión involuntario al momento de la proposición o práctica de la prueba o del dictado de la sentencia, es más que evidente que, en parámetros de estricta normalidad, parece que pudiera ser apreciada por dicho tribunal sentenciador. Nos referimos, claro está, al hecho consistente en que a fecha 15 de diciembre de 2006, es decir, seis días después de los hechos principales que nos ocupan, se efectúe una consignación judicial por importe de 150.000 euros acompañada de un escrito de la Defensa de dicho imputado en el que expresamente se solicita que se proceda por parte del Juzgado, previa autorización del Ministerio Fiscal por poder existir menores perjudicados, a hacer entrega de dicho dinero, en concepto de pago y cuando se considere oportuno, a quien acredite su condición de perjudicado con ocasión del fallecimiento de don Mauricio y reparar así (económicamente), en la medida de lo posible, las consecuencias del daño causado.

Sin prejuzgar el futuro definitivo de dicha posible atenuación, es evidente, en principio, que la agilidad en la consignación, el importe de la suma que se ha entregado y el ofrecimiento de pago incondicional a los posibles perjudicados por el delito o delitos por los que pudiera condenarse al Sr. Armando son datos objetivos que avalan, a nuestro juicio, al menos en este momento

procesal, una más que probable apreciación de la circunstancia atenuante consistente en contribuir a reducir los efectos perniciosos del delito (la del art. 21.5^a del Código Penal, o sea, “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”).

Y aunque desde luego nos movemos en un procedimiento de la Ley del Tribunal del Jurado, lo cierto es que tampoco tenemos inconveniente en reconocer que esta Sección 5.^a, cualquiera que fuera el caso de que se tratara, hubiera aplicado en sentencia al menos la rebaja en un grado de la pena base prevista por la ley para el presunto delito de homicidio consumado (cualificada).

Cuarto.—Pero también entiende la mayoría de la sala que esos requisitos de necesaria seguridad jurídica en la constatación más que probable de esas otras circunstancias de atenuación que también se invocan por la parte apelante, como argumento para obtener la libertad provisional, no están suficientemente acreditadas al día de hoy no sólo ya en cuanto a su extensión o importancia sino incluso en cuanto a su misma existencia, por lo que difícilmente podemos establecer en este caso concreto, ahora, que el reo se va a beneficiar de las mismas, en concreto de las que invoca su Defensa tales como confesión de los hechos, legítima defensa, incluso legítima defensa “putativa”, y error sobre el presupuesto objetivo de la propia legítima defensa.

Sentencia 27/2007, AP VALLADOLID, Sec. 4.^a, de 26 de enero de 2007

MENORES: MENOR QUE QUEBRANTA LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO CUANDO YA HA ALCANZADO LA MAYORÍA DE EDAD

Arts. 468 Código Penal; 50 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García**

SÍNTESIS

La inconcreción del art. 50.3 de la Ley Penal del Menor plantea problemas interpretativos. Conforme a dicho precepto, en los casos en que el menor quebranta la medida que le ha sido impuesta, se deducirá testimonio que se remitirá al Ministerio Fiscal. Pero surgen dudas cuando, como en el presente caso, el internado ha alcanzado la mayoría de edad, con el paradójico resultado del Fiscal instruyendo un procedimiento por delito contra una persona mayor de edad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El artículo 50.1.2. de la Ley Orgánica es el que contempla los supuestos en que el menor quebrante la medida que le ha sido impuesta, distinguiendo entre medidas no privativas de libertad (supuesto en el que se podrá sustituir aquella medida por otra de la misma naturaleza, o excepcionalmente, se puede sustituir por otra medida de internamiento en centro semiabierto), y medidas privativas de libertad, en cuyo caso lo que procede es el reingreso en el mismo centro o en otro adecuado a sus condiciones.

Pero además de las consecuencias que el quebrantamiento de la medida tiene en el propio ámbito de la ejecución de la misma, el artículo 50.3 prevé una segunda consecuencia: la posibilidad de que se deduzca testimonio y se incoe un nuevo expediente por si los hechos fuesen constitutivos de alguna infracción de las contempladas en el artículo 1 de la Ley y fuesen merecedores de reproche sancionador.

Este último párrafo no estaba inicialmente incluido en el Proyecto de Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores, tal y como consta en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del día 3-11-1998, sino que fue introducido a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (Boletín de 15-10-1999), que fue asumida por el Dictamen de la Comisión Parlamentaria y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados del día 27-11-1999, e incorporada definitivamente al texto definitivo, Enmienda que se apoyaba en el siguiente argumento: “se trata de posibilitar iniciar un nuevo expediente —por desobediencia, por ejemplo—, y que proceda nueva valoración del equipo técnico a fin de postular, en su caso, nueva medida”.

Por lo tanto, no se decía con certeza qué delito o falta era el que podía haber cometi-

do el menor con su conducta rebelde al cumplimiento de la medida, y se apuntaba la posibilidad de que se tratara de una desobediencia al Juez de Menores.

Todo esto, en los aspectos a los que nos venimos refiriendo, no ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificó la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Tercero.—(...)

En el supuesto de que esa persona, ya mayor de edad, quebrante la medida que le fue impuesta, ya sea ésta privativa de libertad o no, se procederá conforme al artículo 50.1 y 2 de la Ley Penal del Menor, al que antes nos hemos referido, como si se tratara de un menor de edad, puesto que esa ha sido la voluntad del legislador, extender la eficacia de esta Ley a personas que, por su edad, en principio no estarían ya incluidas dentro de su ámbito de aplicación.

Respecto del segundo efecto, la deducción de testimonio por parte del Juez de Menores, el artículo 50.3 de la Ley no ha previsto que el testimonio de particulares sea remitido al Juez de Instrucción cuando el sancionado sea ya mayor de edad, por si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena, habiendo previsto únicamente su remisión al Ministerio Fiscal por si estima oportuno incoar nuevo expediente de menores.

(...) la realidad es que la norma no ha previsto expresamente que en ese supuesto deba deducirse testimonio y procederse a su remisión al Juzgado de Instrucción para que se le juzgue al que quebrantó la medida como autor de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal, entendiéndose esta Sala que concurren unos claros argumentos en contra de que se deduzca testimonio al Juzgado de Instrucción por un posible delito de quebrantamiento de condena:

1. A pesar de que formalmente la Ley Penal del Menor es efectivamente una Ley Penal Especial, materialmente es una Ley cuya verdadera naturaleza es sancionadora y educativa, prevaleciendo por encima de todo el interés tuitivo y de protección del menor, criterio que ha de tenerse en cuenta a lo largo de la ejecución de las medidas que se impongan, incluso aunque el menor adquiera la mayoría de edad, dado que a los efectos de la aplicación de la medida es como si se tratara de un menor de edad. Implicaría una quiebra de tal principio el que, caso de quebrantar la medida, ya no se le tratara como a un menor, sino que se dedujera testimonio contra él y se le juzgara conforme a la legislación penal de mayores por un posible delito de quebrantamiento de condena.

2. Ni siquiera el propio legislador, cuando introdujo el precepto del artículo 50.3 de la Ley Penal del Menor y previó la deducción del testimonio contra el menor por el quebrantamiento de la medida, entendió que ese testimonio hubiera de remitirse al Juez de Instrucción cuando se tratara ya de un mayor de edad, refiriéndose exclusivamente a la posibilidad de que el hecho fuese constitutivo de una infracción de las previstas en el artículo 1 de dicha Ley y a su remisión al Ministerio Fiscal. Por otra parte, en ningún lugar se dice que tal infracción, en su caso, pudiera incardinarse en el tipo del quebrantamiento de condena, apuntándose en cambio la posibilidad de que tal conducta sea constitutiva de un delito de desobediencia.

3. Cuando el artículo 468 del Código Penal trata sobre el quebrantamiento de la condena o de la medida de seguridad, en principio está hablando de las penas y de las medidas de seguridad contenidas en el propio Código Penal (artículos 33 y siguientes para las penas, artículos 95 y siguientes para las medidas de seguridad); sólo cabe entender que se refiere a otras penas y medidas de seguridad que hayan sido impuestas conforme a Leyes Penales Especiales, cuyo contenido real sea efectivamente de naturaleza penal, lo que no sucede con las medidas de

protección que se contemplan en el artículo 7 de la Ley Penal del Menor, cuya naturaleza, si bien es de carácter sancionador, no tienen el carácter de represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción del menor y rechazando con su cumplimiento y ejecución otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos.

4. El artículo 468 del Código Penal no tiene incluido entre los supuestos que contempla el quebrantamiento de una medida de protección impuesta al amparo de la Ley Penal del Menor, y aplicar tal precepto al supuesto del quebrantamiento de la medida de protección adoptada en el ámbito de los menores podría significar una interpretación extensiva de la norma en contra del reo, interpretándola “in malam partem”, en perjuicio del reo, algo que está proscrito en el ordenamiento jurídico penal en el que siempre debe prevalecer el principio de “in dubio pro reo”.

Cuarto.—Ciertamente, no parece muy aceptable la impunidad del menor que, a pesar de habersele concedido el beneficio de poder continuar el cumplimiento de la medida de protección como si se tratara de un menor de edad, además el incumplimiento de tal medida resulte impune y carezca de reacción eficaz dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo ello implicar una quiebra del sistema contenido en la Ley Penal del Menor, de tal manera que las personas que se encuentren en esa situación puedan burlarse impunemente del sistema que ha sido legalmente establecido, pero lo cierto es que los artículos 50.3 de la Ley Penal del Menor y 468 del Código Penal no contemplan de manera específica que en el supuesto de quebrantamiento de la medida de protección de menores nos hallemos ante un delito de quebrantamiento de condena, y no se dice que el testimonio que en su caso se pueda deducir sea necesariamente por ese delito.

Puede suceder que se trate de una laguna legal, pero lo cierto es que en tanto no se modifiquen los artículos 50.3 de la Ley Penal del Menor y 468 del Código Penal de

forma que tales preceptos contemplen de manera específica este supuesto y tipifiquen como delito de quebrantamiento de condena el quebrantamiento de una medida impuesta en el ámbito de la Ley Penal del Menor, entendemos que no cabe efectuar una interpre-

tación “in malam partem”, tal y como ya hemos expuesto con anterioridad, por lo que se comparte el criterio de la Juzgadora de instancia que, acogiendo el criterio ya expuesto en otras ocasiones por esta Sala, procedió a la absolución del acusado.

Sentencia 35/2007, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 2 de febrero de 2007

BANDAS URBANAS: ÑETAS Y LATIN KINGS; ASOCIACIÓN ILÍCITA

Art. 515.1.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

La sentencia condena por los títulos de tentativa de asesinato y de lesiones, pero absuelve por el delito de asociación ilícita por considerar que el grupo denominado los “ñetas” no reúne las notas de cierta organización de mayor o menor complejidad, estabilidad o permanencia en el tiempo y tener por objeto o finalidad la comisión de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

(...) se precisa, por tanto, la constatación de que el grupo urbano de los ñetas constituye una asociación ilícita y que, además, se compruebe que los acusados son miembros activos de tal grupo.

Con respecto al primer interrogante, debemos comenzar por exponer para dilucidarlo cuáles son los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515.1.º del C. Penal, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito. La Sala 2ª del Tribunal Supremo destaca como doc-

trina sustantiva al respecto la siguiente (SSTS 1/1997, de 28-X; 234/2001, de 23-V; 421/2003, de 10-IV; y 415/2005, de 23-III):

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;

d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1 inciso primero— ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinfluencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar”.

En el delito de asociación ilícita del art. 515.1 —asociación para delinquir— el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contra-

rios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

Como puede comprobarse, al margen de la exigencia lógica de una pluralidad de personas, el Tribunal Supremo destaca las notas de una cierta organización de mayor o menor complejidad, la estabilidad o permanencia en el tiempo, y el que tenga por objeto social la comisión de delitos.

Pues bien, en el supuesto que se enjuicia la precariedad de la prueba practicada es tan ostensible que no cabe acoger como probado que el grupo o banda urbana conocidos como los ñetas integre una asociación ilícita.

En efecto, la prueba practicada sobre tal cuestión se ha centrado en un informe policial sobre la banda urbana de los ñetas (folios 12 y 13 de la causa) y en la declaración en el plenario del policía nacional n.º NUM004 que es especialista o experto en esa clase de bandas. El informe escrito sólo consta de dos folios, y en cuanto a la declaración testimonial del funcionario se trata de una pseudopericia que no aporta datos fácticos concretos, sino meras referencias sociológicas genéricas sobre el referido grupo y algunos datos con los que opera la policía en su actividad diaria de prevención e investigación del delito. Lo que no cabe, desde luego, es pretender sustituir las pruebas concretas sobre los supuestos fácticos relevantes para integrar el tipo penal por una declaración-informe de un funcionario que ha estudiado el tema de las bandas urbanas, y entre ellas a la de los llamados ñetas.

Sentencia 118/2007, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 5 de febrero de 2007

ALEGACIÓN DE CONSUMO DE MEDICAMENTOS PARA ELUDIR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Fátima Ramírez Souto**

SÍNTESIS

La sentencia considera que consumir conscientemente bebidas alcohólicas cuando se han tomado medicamentos que pueden potenciar el efecto de aquéllas constituye una actuación penalmente reprochable ya que influye negativamente en la conducción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En relación a la ingesta por el acusado de fármacos ansiolíticos, los cuales potencian los efectos del alcohol, debe tenerse en cuenta que lo decisivo en orden a evidenciar la merma de las facultades psicofísicas del acusado para ejercer una conducción segura es la sintomatología que le fue detectada por los agentes de la Guardia Civil, y el hecho de que los efectos del alcohol pudieran haberse visto potenciados o incrementados por el consumo de medicamentos en modo alguno obstaría a la comisión del delito, pues el

acusado los tomaba por prescripción facultativa y es lógico pensar que estuviera informado de los efectos del medicamento, siendo prueba de ello el hecho de que los mencionara su ingesta en su declaración, salvo que presumiéramos la irresponsabilidad y falta de profesionalidad de los médicos que le atendían e incluso del propio acusado por no leer el prospecto del medicamento. Así las cosas, tomar bebidas alcohólicas y conscientemente medicamentos que potencian sus efectos constituye una conducta penalmente reprochable pues lo decisivo es conducir influenciado por los efectos del alcohol, lo que, sin duda, sucede en caso de combinar ambas sustancias.

Sentencia 126/2007, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 6 de febrero de 2007

ABSOLUCIÓN DE CONDUCTOR ACCIDENTADO QUE NO PUDO REALIZAR LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Daniel Varona Gómez**

SÍNTESIS

Aunque la medición de alcohol en aire espirado no es imprescindible para dictar condena en aplicación del art. 379 del CP, la ausencia de este dato junto con la posibilidad de que los síntomas externos del conductor pudieran derivar del propio accidente, llevan a aplicar el principio de presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Con respecto a los indicios relatados por la agente de la Policía Local cabe decir que no son en absoluto inequívocos de la afección en la conducción de la previa ingesta de alcohol. En particular, hay que hacer notar que las alusiones a que el apelante balbuceaba, no se le entendía y era sostenido por otras personas son claramente compatibles con el hecho de haber padecido daños fruto del accidente, y en concreto daños a nivel del labio inferior que forzosamente habrían de afectar su capacidad de habla. Por otra parte, la alusión a que el acusado no se tenía en pie o que se quedaba dormido, tampoco parece ineludiblemente atribuible a la previa ingestión de alcohol, ya que si ésta había sido tan masiva como para provocar en el apelante un estado casi letárgico, mal podría haber siquiera conducido, y por otra parte, su aparente inconsciencia bien pudiera deberse a un mareo o desvanecimiento fruto del propio accidente, ya que el propio apelante declara que tras el accidente no se

acuerda de nada. Hay que tener en cuenta que el apelante necesitó asistencia médica urgente y fue trasladado a un hospital en ambulancia, por lo que cabe suponer que las consecuencias del accidente sufrido bien pudieran haber sido precisamente la pérdida momentánea del conocimiento o por lo menos del pleno dominio de sus actos, precisamente los indicios sobre los que la juzgadora se apoya para derivar de aquí la influencia del alcohol en su previa conducción.

Y por lo que se refiere a la derivación de la sentencia de instancia relativa a que la pérdida del control del coche es otro indicio que acredita la influencia del alcohol en la conducción del apelante, cabe decir que en realidad no sabemos a qué pudo obedecer que se le nublara la vista en un momento determinado al apelante, pues ello no es una consecuencia o indicio exclusivo de la ingesta de alcohol, pudiendo venir ocasionada, a modo de ejemplo, por un estado de somnolencia debida al cansancio, y por tanto la duda respecto a este extremo debe conducir a que, en virtud del principio de presunción de inocencia, se revoque la sentencia condenatoria.

**Sentencia 18/2007, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.^a,
de 7 de febrero de 2007**

“NE BIS IN IDEM”. POSIBILIDAD DE DUPLICIDAD DE SANCIONES PENALES
Y ADMINISTRATIVAS

Arts. 25.1 CE; 330 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Margarita Beltrán Mairata**

SÍNTESIS

Acoge la Sala el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido de que, en este supuesto, la imposición de una sanción administrativa de multa por una infracción contra el medio ambiente no impide la prosecución del proceso penal, rechazándose la idea de que dicha sanción se haya impuesto “por las mismas causas, hechos, infracción y razón”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—La sentencia de instancia absuelve a Leonardo del delito contra el medio ambiente de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal.

La resolución recurrida, no contiene pronunciamiento alguno de fondo sobre los hechos enjuiciados, limitándose a estimar la cuestión previa suscitada por la defensa al excepcionar la infracción del principio “non bis in idem”.

Al efecto, considera la Juez “a quo” que al incoarse el procedimiento penal, ya se había iniciado un procedimiento administrativo sancionador por el Ayuntamiento de Formentera, “ por las mismas causas, hechos, infracción y razón aquí tenidos en cuenta”; que dicho expediente finalizó con la imposición de una sanción administrativa económica firme (...) de multa (...).

Tercero.—En el evento presente, y abstracción del mero lapsus identificativo del órgano administrativo sancionador (no fue el Ayuntamiento de Formentera, sino la Dirección General de Biodiversidad), y con abstracción también de las causas reales por las cuales se siguió el procedimiento sancionador, cuando, según resulta de los folios 5 y 6 de las actuaciones, la propia Dirección General comunicaba al Ministerio Fiscal que, no obstante la incoación de expediente sancionador (EXP En 93/02), por igual se había acordado la suspensión del procedimiento, atendido lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 14/1994 por el que se aprobaba el Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en el ejercicio de su potestad sancionadora, y que culminó en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de fecha 8 de abril de 2005, con independencia de lo anterior, y, como con acierto apunta el Ministerio Fiscal, no

puede homologarse en esta alzada el criterio de instancia, que invierte la preferencia en el conocimiento.

A la luz de los fundamentos jurídicos de la sentencia del TC, llana resulta la prevalencia de la Jurisdicción Penal para el enjuiciamiento de los hechos, por mas que sobre una parcela de los mismos haya recaído ya resolución judicial, que se proyectó sobre la realidad de movimientos dunares mediante máquina retroexcavadora, estimando que esa realidad se incardinaba en el art. 38.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales, Flora y Fauna Silvestres, confirmando así la sanción administrativa impuesta. De ahí que tampoco pueda compartirse el criterio de instancia en orden que el procedimiento sancionador administrativo se siguió “ por las mismas causas, hechos, infracción y razón aquí tenidos en cuenta”, pues llano resulta que el delito previsto y penado en el art. 330 del CP contempla normativamente otros aspectos adicionales, sobreañadidos y de mayor enjundia a los contemplados en el precepto administrativo.

Por ello, es procedente estimar el recurso y revocar la resolución de instancia en orden a que la Juez “a quo” se pronuncie, precisamente, sobre la existencia o inexistencia en

el caso concreto de los elementos típicos configuradores del delito imputado, sin perjuicio de que, caso de alcanzar una conclusión positiva a la luz de la prueba practicada, a la hora de imponer la pena que legalmente corresponda, absorba el total contenido de la sanción administrativa impuesta y cuya real efectividad se acredite, efectuando las pertinentes comunicaciones al órgano sancionador administrativo, evitando de esta suerte el non bis in idem, insistiéndose aquí en que no produce reiteración punitiva, interdictada constitucionalmente (aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento) cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal, pues, materialmente, sólo ha existido una sola sanción. El art. 25.1 de la CE no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora, y no basta para considerar vulnerado el derecho fundamental en su vertiente material la mera declaración de la imposición de la sanción.

(...)

FALLO

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 73/2007, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2007

ABSOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL CON NIVELES DE ALCOHOL EN AIRE ESPIRADO DE 1,25 Y 1,20

Arts. 379 Código Penal; 5.1 LOPJ y 717 y 741 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

Aunque un nivel de concentración alcohólica tan alto debería determinar la condena por poderse deducir que debía afectar necesariamente a la conducción, se requiere una prueba específica sobre dicha afectación, y en este

caso nos hallamos ante un control preventivo y una diligencia de síntomas externos favorable al imputado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

También esta Audiencia Provincial de Sevilla había entendido en más de una resolución que índices como los que se reflejan en este caso, superiores a 1 mg/l en aire espirado, equivalente a 2 g de alcohol por litro de sangre, ponen de manifiesto por sí solos una ingestión alcohólica de tal magnitud que necesariamente, según experiencia común, ha de implicar la afectación para conducir en las condiciones de seguridad que exige no sólo el Código Penal sino la más elemental norma de convivencia cívica.

Pero el criterio sostenido en estas resoluciones, fundado como se ha dicho en la experiencia común e incluso en la común opinión científica, ha de modificarse una vez que el que Tribunal Constitucional, en S.^a 319/2006, de 15 de noviembre de 2006, ha entendido que este dato científico, esto es, la correlación necesaria entre un determinado

nivel de concentración alcohólica en el aire espirado y la influencia del alcohol en la capacidad de conducción, constituye un elemento de hecho que ha de ser objeto de una prueba específica, cuya aportación como la de toda prueba de cargo corresponde a la acusación. Se cierra con ello la posibilidad de que los tribunales introduzcan, en éste y otros delitos, lo que podríamos llamar una “jurisprudencia fáctica”, en la que se dan por supuestos determinados datos de hecho porque así vienen siendo afirmados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Dado el obligado respeto de los tribunales a la doctrina constitucional, en los términos establecidos en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no haberse practicado en este proceso prueba pericial alguna sobre la necesaria afectación del acusado por el elevadísimo nivel de ingestión alcohólica con el que se había puesto a conducir, no cabe sino confirmar la absolución pronunciada.

Sentencia 112/2007, AP TARRAGONA, Sec. 2.^a, de 19 de febrero de 2007

PENA A REINCENTE EN CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Arts. 66 y 379 Código Penal; 240.2 LOPJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Macarena Mira Picó

SÍNTESIS

Ante la falta de fundamentación en la instancia de la condena con pena de multa en vez de la de privación de libertad instada por el Fiscal, la

Sala puede declarar la nulidad parcial de la sentencia si alguna parte lo solicitó o completar la fundamentación del fallo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La sentencia impugnada no motiva la imposición de la pena de multa en lugar de la pena de prisión solicitada por el ministerio Fiscal ni tampoco justifica su imposición en una extensión superior a la mínima como pone de manifiesto al defensa. Ante esta ausencia de motivación caben tres posibilidades, como establece la STS de 13 de marzo de 2002:

- a) devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado
- b) subsanar el defecto en el supuesto de que al órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada.
- c) Imponer la pena establecida por la Ley en su mínima extensión.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el artículo 240.2 párrafo segundo de la LOPJ, que establece que “En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido

solicitada en dicho recurso, salvo que apreciarse falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”. En el presente recurso ninguna de las partes ha solicitado la nulidad. La segunda opción es posible cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del artículo 66 del Código Penal y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado. En cuanto a la tercera, procede cuando de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

En el presente supuesto estimamos que existen elementos suficientes para poder realizar tal valoración, siendo la pena impuesta adecuada a las circunstancias concurrentes, pues la circunstancia de reincidencia ya se ha tenido en cuenta a la hora de imponer la pena en su mitad superior, y el hecho de haber delinquido durante el período de suspensión de otras penas anteriores supondrá en su caso la revocación de dicha suspensión. La pena de multa impuesta se considera así adecuada frente a la pena de prisión solicitada por el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta que, en el presente supuesto no tuvo lugar ningún accidente ni existió infracción circulatoria grave unida a la conducción bajo los efectos del alcohol.

Auto 79/2007, AP BARCELONA, Sec. 9.^a, de 9 de marzo de 2007

DERECHO PENITENCIARIO: NECESIDAD DE FIRMEZA EN LA SITUACIÓN DE TERCER GRADO PARA LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL; ENFERMEDAD INCURABLE

Arts. 92 Código Penal; 196.2 Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Torras Coll**

SÍNTESIS

El juzgado de vigilancia desestimó la propuesta de libertad condicional al no gozar de firmeza el auto que concedió el progreso al tercer grado (había sido recurrido por el Fiscal); en el presente supuesto se produce la posibilidad de aplicar el régimen de libertad condicional a enfermos muy graves, con padecimientos incurables, atendiendo a razones humanitarias.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria “a quo” en la resolución impugnada resuelve denegar la petición de libertad condicional propuesta por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario Brians respecto de la predicha interna al no darse, a su entender, los requisitos legales, formales, mínimos establecidos para ello, dado que la clasificación del tercer grado fue recurrida por el Ministerio Fiscal y se está a la espera, según se recoge en el Auto, del reconocimiento forense a la interna. Es decir, de un lado, el motivo denegatorio se sustenta en la falta de firmeza de la concesión del tercer grado de clasificación penitenciario que inhabilitaría entrar a considerar la procedencia o no de la operatividad del art. 196.2 del R.P. Estaríamos, pues, según la Juzgadora de la primera instancia, ante la ausencia de uno de los requisitos legalmente exigidos como mínimos, ante una imposibilidad formal que

obstaría a la concesión del beneficio de la libertad condicional consistente en la concesión especial a los enfermos que, según informe médico, sufran, estén aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, cual se exige en los arts. 90 a 92 del CP. Rebate la apelante este primer motivo denegatorio por cuanto la interna recurrente se encuentra clasificada en dicho tercer grado de tratamiento penitenciario por acuerdo de la Junta de Tratamiento de efectos 9 de mayo de 2006. En cualquier caso, y como cuida de precisar la recurrente la clasificación en tercer grado tratamental lo es meramente instrumental, pues si el peticionario de la libertad condicional ex art. 92 del CP está clasificado en segundo grado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria si estima que debe accederse a la libertad condicional postulada, le concederá el tercer grado para salvar el obstáculo o escollo legal en orden a su concesión. Por tanto, carece de sentido jurídico negar a “limine litis” la con-

cesión de la libertad condicional por la ausencia de una concesión firme del tercer grado. Así las cosas,este motivo carece de virtualidad “per se” para denegar la concesión del beneficio de la libertad condicional.

(...)

Los artículos 92 del Código Penal y 196.2 del actual Reglamento Penitenciario extienden la posibilidad de concesión de la libertad condicional “enfermos muy graves con padecimientos incurables”, atendiendo a indudables razones humanitarias. Tal precepto, ante las dificultades exegéticas que plantea, ha sido interpretado de diferentes maneras por la doctrina y la llamada jurisprudencia menor, existiendo posiciones que tienden a establecer un listado cerrado de “enfermedades muy graves”, otras que asocian la gravedad de la enfermedad con la fase terminal de la misma, y aun otras, más flexibles, que niegan la exigibilidad de un estado preagónico o terminal por cuanto ni lo exige la redacción del precepto ni se coherente tal interpretación con el contenido humanitario del instituto, que no puede ser concebido como una mera evitación de muertes dentro del establecimiento penitenciario.

(...)

Pues bien,en el supuesto examinado,tanto el informe médico inicial,como el actualizado ponen de relieve que la interna sufre el padecimiento antedicho,con múltiples descompensaciones en forma de ascitis y de encefalopatía hepática que han precisado sucesivos ingresos hospitalarios,en ocasiones en estado de bradipsiquia y somnolencia agravados por caídas y contusiones. Al momento actual se encuentra en un peso de 73,5 Kg. La interna recurrente se halla clasificada en tercer grado de tratamiento,tras la progresión de grado,en el régimen previsto en el art. 104.4 del RP, a los fines del art.

196 del propio Reglamento. Dicha clasificación tratamental lo es meramente instrumental para obtener el beneficio de la libertad condicional. La enfermedad que padece presenta,según el informe médico aportado,un pronóstico infausto a corto y medio plazo. Los informes de los profesionales del Centro Penitenciario,entre los cuales figura el criminológico,señalan que con independencia de otras variables criminológicas,por razones humanitarias y de dignidad personal,se informa favorablemente el pronóstico de integración social a efectos de la concesión de la libertad condicional.

El único motivo por el cual el Juzgado de Vigilancia “a quo” desestima la propuesta de libertad condicional radica en la no constatación de la firmeza del tercer grado que ha sido recurrida por el Ministerio Fiscal,a la espera del reconocimiento médico forense de la interna. Dicho motivo en modo alguno puede erigirse en obstáculo insalvable para la concesión de la libertad condicional,ya que cabe admitir la solicitud de libertad condicional, ex art. 92 del CP, relativa a los penados clasificados en segundo grado de tratamiento.

En fin, vistas las patologías de la apelante, no se puede concluir sino que la penada se encuentra en una situación que puede reputarse o asimilarse como de enfermedad muy grave con padecimientos incurables y que su ingreso,estancia y permanencia en prisión en tal tesitura sería sumamente gravosa,y ello sin perjuicio de la posterior evolución que pudiera presentar. Por consiguiente,se está en el caso de estimar el recurso y con revocación de la resolución apelada,debe confirmarse la resolución de progresión de tercer grado de tratamiento a los efectos del art. 196 del RP. Las costas procesales causadas en esta alzada se declaran de oficio.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- ❑ Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo (BOE de 4 de junio), por el que se modifica el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, en relación con el acceso a la información contenida en el Registro.
 - ✓ Modifica el artículo 8 del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, ampliando la relación de personas que tienen acceso al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
 - ✓ Prevé la comunicación (al menos semanal) por parte del encargado del Registro central al INSS, ISM y a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda relativa a los procedimientos finalizados por sentencia firme inscritos por homicidio doloso contra el cónyuge y excónyuge, para dar cumplimiento a lo previsto en la DA 1.^a de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005 (BOE de 19 de junio de 2007).
 - ✓ Aprueba el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear.
 - ✓ El artículo 2 tipifica como delitos, entre otras, las siguientes conductas:
 - Poseer, ilícita e intencionadamente, material radiactivo o fabricar o poseer un dispositivo nuclear explosivo con el propósito de causar la muerte, provocar lesiones graves o causar daños materiales o medioambientales graves.
 - Utilizar material radiactivo o causar daños en instalaciones que puedan provocar la emisión de material radiactivo.
 - Amenazar (“en circunstancias que indiquen que la amenaza es verosímil”) con cometer alguno de los delitos previstos anteriormente, así como exigir la entrega de material radiactivo bajo amenaza.

- Participar, organizar, instigar o contribuir de cualquier modo a la comisión de los delitos antes enunciados.
- ✓ Los Estados parte se comprometen a tipificar como delitos en su legislación nacional las conductas previstas en el artículo 2 del Convenio y sancionar éstas con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.
- ✓ Prevé medidas de cooperación y, por ejemplo, de aseguramiento del material radiactivo.
- ✓ Esta norma entró en vigor el 7 de julio de 2007.

JULIO

- Ley Orgánica 7/2007, de 2 de julio (BOE del 3), de modificación de las Leyes Orgánicas 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad.
 - ✓ Añade el artículo 170 bis a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.
 - ✓ Introduce un nuevo tipo penal castigando con pena de prisión de uno a seis años e inhabilitación definitiva para el mando de aeronaves al comandante que incumpla las órdenes relativas a la navegación o plan de vuelo, poniendo en riesgo la vida de las personas o los bienes, incluida la propia aeronave.
 - ✓ Modifica los artículos 17 y 18 y añade el artículo 19 bis a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sancionando disciplinariamente el incumplimiento de órdenes relativas a la navegación aérea o plan de vuelo, causando alarma social en la población civil.
 - ✓ Modifica el primer párrafo del artículo 1 y el artículo 2 del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad.

- ❑ Ley 19/2007, de 11 de julio (BOE del 12), contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la tolerancia en el deporte.
 - ✓ Incluye, en el título segundo, el régimen sancionador previsto para las conductas violentas, racistas, xenófobas e intolerantes en el deporte.
 - En el capítulo I prevé las infracciones de las personas organizadoras de eventos deportivos, de los asistentes a éstos y de otros sujetos.
 - El capítulo II contempla las sanciones previstas para la comisión de las anteriores conductas. Distingue entre sanciones económicas (desde 150 euros a 650.000 euros, para las infracciones muy graves) y otras de carácter no económico como por ejemplo, inhabilitación para organizar espectáculos deportivos (hasta dos años); prohibición de acceso a recintos deportivos (hasta cinco años); publicar rectificaciones públicas o anuncios que promocionen la deportividad, etc.
 - El capítulo III concreta los sujetos responsables y los criterios modificativos de la responsabilidad.
 - El capítulo IV contiene normas sobre competencia y procedimiento, adaptando la regulación del Registro Central de sanciones en materia de violencia en el deporte a las necesidades actuales.
 - ✓ El título tercero contempla el régimen disciplinario deportivo.
 - Contempla un amplio número de conductas punibles y las sanciones aplicables a éstas en aquellos casos en los que los sujetos activos sean deportistas o personas que desarrollen su actividad dentro de sociedades anónimas deportivas.
 - Da carácter especial a este régimen disciplinario respecto del previsto en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, de aplicación supletoria.
 - ✓ El título cuarto, que regula las disposiciones comunes a los dos anteriores, resuelve la posible concurrencia de procedimientos penales, administrativos y disciplinarios, destacando la preferencia de la causa penal sobre las otras dos vías, y reconociendo expresamente el principio “non bis in idem”.

- ✓ Deroga los artículos 60 a 69, y las letras e), g) y f) del apartado 1 y g) del apartado 2 del artículo 76 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
- ✓ Esta norma entró en vigor el 12 de agosto de 2007.
- ❑ Ley 21/2007, de 11 de julio (BOE del 12), por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
 - ✓ Añade el último párrafo del apartado 1 del artículo 1, los tres últimos párrafos del artículo 6 y modifica los artículos 2, 3.1, 4, 5.1, 7, 9, 10.c), 11, 12, 13, 17, 22, 25.2, párrafo segundo, y el número 6 del apartado primero del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
 - ✓ Modifica la letra r) y añade la letra s) del apartado 3, las letras t) y u) del apartado 4 y d) del apartado 5) del artículo 40, y modifica el párrafo inicial del apartado 2 del artículo 86.
 - ✓ Deroga los artículos 14, 15, 16, 18 y 19 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículos a motor, y el apartado 4 del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados.
 - ✓ Esta norma entró en vigor el 12 de agosto de 2007, excepto el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículos a motor que lo hará el 1 de enero de 2008.

AGOSTO

- ❑ Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio (BOE de 9 de agosto), por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado

por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en relación con el informe de experto externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales.

- ✓ Detalla el alcance y contenido del informe reservado que debe realizar un experto externo para describir las medidas de control interno de prevención del blanqueo de capitales, su efectividad y las posibles rectificaciones y mejoras, previsto en el apartado 7 del artículo 11 del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.
- ✓ Esta norma entrará en vigor el 9 de noviembre de 2007.
- ❑ Recomendación del Consejo de 12 de junio de 2007 (DOUE-L n.º 214, de 17 de agosto), respecto del intercambio de información sobre los secuestros perpetrados por terroristas.
 - ✓ Recomienda a los Estados miembros informarse (confidencialmente) de los antecedentes, contactos y negociaciones llevadas a cabo para resolver los secuestros perpetrados por personas o grupos dentro de la esfera del terrorismo internacional.
 - ✓ Contiene dos anexos para unificar la forma en que debe presentarse la información, el segundo de carácter facultativo (según la legislación nacional).

OCTUBRE

- ❑ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre (BOE del 9), reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.
 - ✓ Crea una base de datos, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, donde se integrarán los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN realizados en el marco de una investigación criminal, identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas.
 - ✓ Posibilita que para determinados delitos de especial gravedad y repercusión social los resultados obtenidos del análisis de muestras biológi-

cas del sospechoso, detenido o imputado sean inscritos y conservados para su uso en esa concreta investigación o en otros que se sigan por delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio si son realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas y en los casos de delincuencia organizada.

- ✓ También se inscribirán los patrones identificativos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas; así como los datos del afectado cuando éste diese su consentimiento.
- ✓ Se inscriben únicamente los datos que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.
- ✓ Limita su uso a las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Autoridades Judiciales y Fiscales en la investigación de los delitos citados y la cesión a Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países y las Policías Autonómicas y al Centro Nacional de Inteligencia.
- ✓ Los artículos 8 y 9 prevén el nivel de seguridad aplicable y el procedimiento de cancelación, rectificación y acceso a los datos.
- ✓ Esta norma entrará en vigor el 9 de noviembre de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

COBO DEL ROSAL, M., (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a época, t. X (vol. III) Libro II, Tít. XVII (arts. 341-358), CESEJ, Madrid, 2007.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 5 vols., Bosch, Barcelona, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, 4.^a ed., Ed. universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

GÓMEZ RIVERO, M.C., *Casos prácticos de Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 16.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 12.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./MARÍN DE ESPINOSA, E.B. (dirs.), *Derecho penal. Parte especial. Un estudio a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

ÑIGO CORROZA, M.E./RUIZ DE ERENCHUN, E., *Los acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido*, Atelier, Barcelona, 2007.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M., (Dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.

FARALDO CABANA, P., (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

FARALDO CABANA, P., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., *La participación en el delito imprudente en el Código penal de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007.

CRUZ MÁRQUEZ, B., *La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2007.

DEL CASTILLO CODES, E., *La imprudencia: autoría y participación*, Dykinson, Madrid, 2007.

FUENTES OSORIO, J.L., *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.

GÓMEZ MARTÍN, V., *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *Pasado, presente y futuro de la pena de arresto de fin de semana*, Universidad de Oviedo, 2007.

JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007.

MATEO AYALA, E.J., *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado*, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ CEPEDA, F., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.

POLO RODRÍGUEZ, J.J./HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva ley penal del menor*, Colex, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., *Política criminal y técnica legislativa*, Comares, Granada, 2007.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

FUENTES MARTÍNEZ, J.J., (Dir.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho penal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión “en perjuicio de” en el Código penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

MAGARIÑOS YAÑEZ, J.A., *El Derecho contra la violencia de género*, Montecorvo, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito*, Atelier, Barcelona, 2007.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*, Bosch, Barcelona, 2007.

OLÁSOLO ALONSO, H., *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *Delitos de violencia en el ámbito familiar*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2007.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, Bomarzo, Madrid, 2007.

V. DERECHO PENITENCIARIO

RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, 4.ª ed., Colex, Madrid, 2007.

VI. CRIMINOLOGÍA

GIL RUIZ, A.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

HERRERA MORENO M., *Asedio inmobiliario de ancianos en el contexto de la especulación urbanística*, Comares, Granada, 2007.

NIETO ALONSO, J., *Apuntes de criminalística*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

RUEDA MARTÍN, M.A., *Los programas y/o tratamiento de los agresores en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

RECASENS, A., (Coord.), *La violencia entre jóvenes en espacios de ocio nocturno*, Atelier, Barcelona, 2007.

SOLA RECHE Y OTROS (eds.), *Derecho penal y psicología del menor*, Universidad de La Laguna, 2007.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

GIMENO SENDRA, V., (director), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Iustel, Madrid, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La Ley penal del menor y el Reglamento para su aplicación. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2007.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, M., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F. y RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico*, 5.ª ed., La Ley, Madrid, 2007.

II. MONOGRAFÍAS

ALBERT PÉREZ, S., *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, Comares, Granada, 2007.

ARANGÜENA FANEGO, C., (coord.), *Garantías procesales en procesos penales en la Unión Europea-Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

CHIARA DÍAZ, C.A./HORACIO OBLIGADO, D., *La reparación del daño en el proceso penal*, Nova Tesis, Rosario, 2007.

CUENCA GARCÍA, M.J., *La función de abogados y procuradores y los intereses de los clientes*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*, Sepin, Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V., *Guía de problemas y soluciones en el juicio oral*, La Ley, Madrid, 2007.

MAGRO SERVET, V., *Violencia doméstica y de género. 285 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Comares, Granada, 2007.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores*, 4.^a ed., Bosch, Barcelona, 2007.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

PÉREZ RÚA, M.P., *La acusación y denuncia falsa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RENEDO ARENAL, M.A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.

III. OTROS

CÓRDOBA CAMPOS, R., *Formularios a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Actualizada conforme al RD 174/2004 que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 y a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, 2.^a ed., Comares, Granada, 2007.*

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Manual práctico del letrado de la defensa*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2007.

ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Práctica del proceso penal*, vol. I, 3.^a Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

URIARTE, L.M./FARTO, T., *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, La Ley, Madrid, 2007.

ORTEGO PÉREZ, F., *El juicio de acusación*, Atelier, Barcelona, 2007.