

# ÍNDICE

Página

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios.  
*Ángel José Sanz Morán* ..... 11

## DERECHO COMPARADO

- Libertad y seguridad en el nuevo milenio: Acerca de las posibilidades de vigilancia global sobre la población de la nueva ley antiterrorista francesa. *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* ..... 47

## JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA ..... 87
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 95
- **Sentencia 259/2005 (Sala 1.ª), de 24 de octubre:** Intervención de las comunicaciones. Práctica de la diligencia ..... 95
- **Sentencia 285/2005 (Sala 2.ª), de 7 de noviembre:** Derecho de acceso al recurso (limitaciones probatorias en segunda instancia) .... 98
- **Sentencia 292/2005 (Pleno), de 10 de noviembre:** Convenio Europeo de Extradición y Euro-orden ..... 100
- **Sentencia 303/2005 (Pleno), de 24 de noviembre:** Habeas Corpus. Internamiento de extranjeros ..... 109

	Página
— <b>Sentencia 313/2005 (Sala 2.ª), de 12 de diciembre:</b> Imparcialidad del Juzgador. Recusación .....	112
— <b>Sentencia 322/2005 (Sala 2.ª), de 12 de diciembre:</b> Derecho a la libertad .....	118
— <b>Sentencia 334/2005 (Sala 1.ª), de 20 de diciembre:</b> “Non bis in idem” .....	121
— <b>Sentencia 339/2005 (Sala 1.ª), de 20 de diciembre:</b> Asistencia letrada. Euro-orden .....	123
— <b>Sentencia 11/2006 (Sala 1.ª), de 16 de enero:</b> Derecho a la información. Principio de proporcionalidad .....	126
— <b>Sentencia 30/2006 (Sala 2.ª), de 30 de enero:</b> Extradición. Principio de legalidad. Euro-orden .....	133
 TRIBUNAL SUPREMO .....	 139
— <b>Acuerdos de 31 de enero de 2006</b> .....	139
— <b>Acuerdo de 28 de febrero de 2006</b> .....	140
— <b>Sentencia 705/2005, de 6 de junio:</b> Intervenciones telefónicas ..	140
— <b>Sentencia 1078/2005, de 22 de septiembre:</b> Principio real o de protección. Falsedad documental .....	143
— <b>Sentencia 1156/2005, de 26 de septiembre:</b> Quebrantamiento de medida cautelar. Alejamiento de la víctima .....	146
— <b>Sentencia 1173/2005, de 27 de septiembre:</b> Prescripción. Delito continuado .....	148
— <b>Sentencia 1120/2005, de 28 de septiembre:</b> Sustitución de la pena. Expulsión del territorio nacional .....	152
— <b>Sentencia 1106/2005, de 30 de septiembre:</b> Principio acusatorio .....	154
— <b>Sentencia 1140/2005, de 3 de octubre:</b> Personación de la acusación particular .....	157
— <b>Sentencia 1197/2005, de 14 de octubre:</b> Circunstancia mixta de parentesco .....	158
— <b>Sentencia 1311/2005, de 14 de octubre:</b> ADN. Obtención de muestras .....	160
— <b>Sentencia 1219/2005, de 17 de octubre:</b> Suspensión del juicio oral ..	163

	Página
— <b>Sentencia 1177/2005, de 19 de octubre:</b> Prueba testifical anticipada .....	166
— <b>Sentencia 1304/2005, de 19 de octubre:</b> Inmigración clandestina .	167
— <b>Sentencia 1336/2005, de 21 de octubre:</b> Impugnación de informes oficiales .....	169
— <b>Sentencia 1253/2005, de 26 de octubre:</b> Preterintencionalidad ..	172
— <b>Sentencia 1210/2005, de 28 de octubre:</b> Apropiación indebida .	174
— <b>Sentencia 1284/2005, de 31 de octubre:</b> Injurias al Rey. Libertad de expresión .....	178
— <b>Sentencia 1299/2005, de 7 de noviembre:</b> Lesiones. Causalidad. Cambio de calificaciones. Denegación de prueba .....	184
— <b>Sentencia 1013/2005, de 7 de noviembre:</b> Apropiación indebida	189
— <b>Sentencia 1316/2005, de 9 de noviembre:</b> Quiebra .....	193
— <b>Sentencia 1289/2005, de 10 de noviembre:</b> Presunción de inocencia	195
— <b>Sentencia 1333/2005, de 10 de noviembre:</b> Apropiación indebida	197
— <b>Sentencia 1327/2005, de 15 de noviembre:</b> Refundición de condenas	199
— <b>Sentencia 1318/2005, de 17 de noviembre:</b> Acusación popular. Costas procesales .....	202
— <b>Sentencia 1465/2005, de 22 de noviembre:</b> Inmigración clandestina	204
— <b>Sentencia 1372/2005, de 23 de noviembre:</b> Recusación. Imparcialidad del Juzgador .....	208
— <b>Sentencia 1401/2005, de 23 de noviembre:</b> Ejercicio legítimo del cargo (uso de armas). Sobreseimiento libre .....	213
— <b>Sentencia 1398/2005, de 28 de noviembre:</b> Tráfico de drogas. Complicidad .....	217
— <b>Sentencia 1390/2005, de 29 de noviembre:</b> Intervenciones telefónicas. Prueba ilícita .....	219
— <b>Sentencia 1608/2005, de 12 de diciembre:</b> Principio acusatorio	224
— <b>Sentencia 1433/2005, de 13 de diciembre:</b> Responsabilidad civil derivada del delito .....	226

	Página
— <b>Sentencia 1536/2005, de 16 de diciembre:</b> Nulidad de sentencia. Número de magistrados .....	232
— <b>Sentencia 1577/2005, de 21 de diciembre:</b> Jurado. Prueba testifical. Orden práctica pruebas .....	234
— <b>Sentencia 1609/2005, de 23 de diciembre:</b> Estafa. Falsedad documental .....	236
— <b>Sentencia 1606/2005, de 27 de diciembre:</b> Lesiones (Psíquicas)	238
— <b>Sentencia 1543/2005, de 29 de diciembre:</b> Estafa .....	240
— <b>Sentencia 15/2006, de 13 de enero:</b> Violación. Robo con violencia. “Non bis in idem” .....	246
— <b>Sentencia 8/2006, de 17 de enero:</b> Denegación de prueba. Proposición de prueba en el juicio oral .....	249
— <b>Sentencia 26/2006, de 20 de enero:</b> Declaración sumarial de coimputado. Iniciativa probatoria del Tribunal .....	251
— <b>Sentencia 58/2006, de 30 de enero:</b> Sentencia de conformidad .	254
 AUDIENCIAS PROVINCIALES .....	 257
— <b>Sentencia 253/2005, de 15 de septiembre (AP Asturias):</b> Indemnización a favor de los hermanos, mayores de edad a la fecha del delito, del fallecido por homicidio imprudente .....	257
— <b>Auto 186/2005, de 23 de septiembre (AP Logroño):</b> ¿Puede la Junta de compensación ser “sociedad” a los efectos de los delitos societarios? .....	260
— <b>Auto 917/2005, de 7 de octubre (AP Madrid):</b> Delito fiscal: plazo de prescripción .....	263
— <b>Sentencia 309/2005, de 10 de octubre (AP Zaragoza):</b> Delito fiscal: sujeto activo. Pactos entre las partes para el pago de los impuestos	266
— <b>Sentencia 82/2005, de 14 de octubre (AP Madrid):</b> Concurso de leyes entre el alzamiento de bienes y la causación dolosa de un concurso de acreedores .....	267
— <b>Sentencia 217/2005, de 14 de octubre (AP Asturias):</b> Intermediario para vender inmueble que altera el precio en el documento privado y se queda con dinero .....	268

	Página
— <b>Sentencia 53/2005, de 17 de octubre (AP Toledo):</b> Descubrimiento y revelación de secretos: utilización del secreto en perjuicio de terceros por parte de quien no se ha apoderado de los mismos . . . . .	270
— <b>Auto 558/2005, de 20 de octubre (AP Madrid):</b> Coacciones: distinción entre resolución administrativa perjudicial y simple vía de hecho .	272
— <b>Sentencia 475/2005, de 27 de octubre (AP Madrid):</b> Condena por alcoholemia en conducción en garaje y responsabilidad subsidiaria de propietaria . . . . .	274
— <b>Sentencia 1050/2005, de 4 de noviembre (AP Madrid):</b> No reconocimiento de secuela de invalidez permanente total por accidente de tráfico . . . . .	275
— <b>Sentencia 1090/2005, de 14 de noviembre (AP Madrid):</b> Aplicación de la fórmula de incapacidades concurrentes en lesiones causadas en accidentes de circulación . . . . .	276
— <b>Sentencia 185/2005, de 25 de noviembre (AP Ciudad Real):</b> Delito contra la ordenación del territorio: llevar a cabo edificación no autorizable en suelo urbano . . . . .	277
— <b>Sentencia 795/2005, de 25 de noviembre (AP Madrid):</b> Absolución por delito del art. 380 del CP por padecimiento de deficiencia respiratoria . . . . .	280
— <b>Sentencia 529/2005, de 1 de diciembre (AP Madrid):</b> El Tribunal “ad quem” no puede revisar la valoración de pruebas del de instancia sin practicar alguna nueva . . . . .	281
— <b>Auto 352/2005, de 5 de diciembre (AP Cantabria):</b> Los ficheros de internos “FIES” y la legislación de protección de datos . . . . .	282
— <b>Sentencia 70/2005, de 12 de diciembre (AP Toledo):</b> Indemnización por lesiones en accidente de tráfico: aplicación de baremo vigente a fecha del accidente . . . . .	284
— <b>Sentencia 367/2005, de 13 de diciembre (AP Valladolid):</b> Grado de alcoholemia que permite presumir la influencia en la conducción . . . . .	285
— <b>Sentencia 158/2005, de 14 de diciembre (AP Pontevedra):</b> Circunstancias concurrentes para penalizar el homicidio imprudente . . . . .	287
— <b>Sentencia 97/2005, de 28 de diciembre (AP León):</b> Contradicción en apelación por alegación simultánea de error en la apreciación de la prueba y presunción de inocencia . . . . .	288
— <b>Sentencia 12/2006, de 19 de enero (AP Asturias):</b> Cálculo de cuantía de día-multa en delitos contra la seguridad del tráfico . . . . .	289

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil ..... 293
- Consulta 1/2006, de 21 de abril, sobre la calificación jurídico-penal de la conducción de vehículos de motor a velocidad extremadamente elevada ..... 303
- Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003. 305

## CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa ..... 325

## BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal ..... 331
- Derecho Procesal Penal ..... 335

---

# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

---

**REFUNDICIÓN DE CONDENAS E IMPUTACIÓN  
DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS  
(A Propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala  
de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006,  
de 28 de febrero)**

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid*

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La Sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en procedimiento seguido por los trámites del art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordó acumular las penas impuestas a Lucio en dos grupos, fijando el máximo de cumplimiento respecto a cada uno de dichos grupos en treinta años de prisión, conforme dejamos expuesto en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha formalizado recurso de casación la representación procesal de dicho penado, en un único motivo de contenido casacional, por el cauce autorizado por el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido apoyado por el Ministerio fiscal en esta instancia.

**Segundo.**—El argumento esgrimido por la resolución recurrida valora que el período de tiempo de comisión delictiva es tan dilatado (concretamente desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990), que supera con creces todo criterio de conexidad cronológico que pretenda establecerse; por otra parte, mantiene también el auto impug-

nado que se produce una interrupción entre los hechos cometidos por Lucio entre el 16 de abril de 1982 y su reanudación el 21 de noviembre de 1984, de tal modo que tal interrupción permite formar dos bloques de condenas que agruparían todos los delitos cometidos en cada uno de tales bloques, a los que aplica la aludida limitación penológica de treinta años por cada uno de aquéllos, en aplicación de la regla segunda del art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973. Admite, sin embargo, la resolución combatida que todos los delitos por los que ha sido condenado Lucio, “se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista E.T.A.”

**Tercero.**—La cuestión debatida gira, pues, en torno a la interpretación que deba conferirse a la forma de cumplimiento de las diversas penas impuestas al mismo sujeto, cuando todas o algunas de las penas correspondientes a la diversas infracciones cometidas no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado (generalmente, penas de la misma especie, y en el supuesto sometido a nuestra revisión casacional, pe-

nas de prisión). En efecto, nuestra legislación penal parte del denominado concurso real para la extinción de todas las penas impuestas por cada uno de los delitos cometidos, bajo el principio del cumplimiento simultáneo de todas ellas si fuera posible, y cuando ello no lo fuere, opta por el principio del cumplimiento sucesivo, con ciertas correcciones. Naturalmente, como no es posible el cumplimiento simultáneo de varias penas de prisión a la vez, como es el caso, hemos de interpretar las reglas que acuñan nuestros Códigos penales para disciplinar dicho cumplimiento sucesivo, faceta que abordaremos tanto para determinar el orden de cumplimiento que proceda, como para discernir las limitaciones que, en su caso, correspondan.

Para ello hay que partir de la base de que nuestro derecho penal vigente instaura, como ya hemos anunciado, un sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos que se fundamenta en tres ideas: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 CP 1973 y art. 73 CP 1995); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1.<sup>a</sup> CP 1973; art. 75 CP 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973; art. 76 CP 1995).

Nuestra legislación, y ello es sobradamente conocido, excluye la pena de privación de libertad perpetua, y orienta las penas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), proscribiendo expresamente los trabajos forzados. Pero esto no quiere decir que la reinserción social sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el mencionado art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental que permita fundamentar un recurso de amparo (últimamente, STC 120/2000), sino que tal precepto contiene un mandato dirigido al legislador y la administración penitenciaria, y en suma,

que dicho precepto “no resuelve sobre el mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE, ni entre los posibles fines —prevención especial, retribución, reinserción, etc.—, ha optado por una concreta función de la pena”. En consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de las penas. La STC 2/1987, de 21 enero, ya declaró que el art. 25.2 de la Constitución no limita la orientación de la pena a la reinserción, permitiendo la fundamentación de la pena en postulados retribucionistas o de prevención general.

Por nuestra parte, hemos mantenido que la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal (STS 1807/2001, de 30 de octubre). También hemos dicho que “la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente ... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1.º CE. De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito” (STS 1919/2001, de 26 de octubre).

Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que

tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución Española, ni resulta propiamente tampoco de la ley. En el caso de un condenado por 150 asesinatos, unos consumados y otros en grado de tentativa acabada, el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena a su autor.

En función de esos principios, veamos ahora cómo resuelve nuestro legislador el cumplimiento de las varias penas que hayan sido impuestas a un mismo sujeto. Para ello, el art. 70 del Código Penal de 1973, que es aquí el aplicable, contiene dos reglas, que serán objeto de clarificación en esta resolución judicial.

La regla primera disciplina el cumplimiento sucesivo de las penas, cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente (art. 69), en cuya imposición (equivalente en este caso, a ejecución), se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible (posibilidad que se relaciona con las limitaciones penológicas que se determinan en la regla segunda de tal precepto), y que han de ejecutarse mediante la siguiente fórmula: a) primeramente, por el orden de su respectiva gravedad, conforme a una escala que el propio precepto diseña, en atención a las diversas clases de penas privativas de libertad que se configuraban en el Código Penal derogado (esto es, desde la pena de reclusión mayor hasta la pena de arresto mayor, y desde el extrañamiento hasta el destierro), algo que hoy se predica exclusivamente en función de la gravedad de las penas (art. 75), que ha de traducirse en que será más grave aquella pena privativa de libertad que tenga mayor duración con respecto a las restantes; b) la segunda fórmula determina que tal sucesión en el cumplimiento de las penas lo ha de ser respecto a las ya cumplidas, de modo que acabada de extinguir una, ha seguirse con el cumplimiento de la siguiente, con el preci-

tado orden de gravedad; c) finalmente, solamente se altera tal orden de cumplimiento sucesivo, "por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas", continuando, en tal caso, con las restantes, todo ello como resulta con absoluta claridad del contenido de la regla primera del art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973.

Ahora bien, bajo estas consideraciones, y puesto que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador diseña un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente. Tales limitaciones no son fruto de los más recientes Códigos, sino que fueron ya proclamadas por el Código Penal de 1870.

Estas limitaciones son de dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal, limita el cumplimiento total de la condena del culpable, al triplado del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas (esto es, cumplidas sucesivamente), cubrieren el máximo de tiempo predicho; otra limitación, esta vez fundada en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), previene una duración máxima de treinta años de prisión, mediante el cumplimiento de las sucesivas penas impuestas en un mismo proceso, o tras la verificación de una operación de acumulación jurídica, como a la que seguidamente nos vamos a referir. Sin embargo, el Código Penal vigente (de 1995) contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en 25, 30 ó 40 años de prisión, tras su modificación por LO 7/2003).

Hemos dicho que la primera limitación obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de

la Constitución Española (“es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...”), y establece un cierto principio de impunidad, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestra resolución judicial.

Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la condena total resultante (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada), se ha de operar con un criterio de conexidad. El apartado segundo de la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973, dispone que “la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo” (párrafo este adicionado por la Ley 3/1967, de 8 de abril).

Esa conexión puede ser de diversas clases: la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5.ª del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respecto a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15-4-1994 y 27-4-1994), decantándose por

un sentido hermenéutico de la llamada “acumulación de condenas”, que responda a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente Código Penal, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico.

Hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la sentencia firme, sino la fecha de la sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena,

respecto a la sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa.

**Cuarto.**—Ahora bien, una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código Penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de “condena”, de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas “penas” impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará “de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las

anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 69 del Código Penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (ex art. 69 bis, hoy 74), o de un concurso ideal (medial o pluri-ofensivo, ex art. 71, hoy 77), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código Penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo “por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas”; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la ley),

“determinando el máximo de cumplimiento de las mismas” (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una “refundición de condenas”, sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal (T.R. 1973).

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2.<sup>a</sup> del art. 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que

sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años.  $20+10=30$ . Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.

**Quinto.**—A la vista de estos parámetros interpretativos, la resolución judicial dictada por la Audiencia Nacional, no puede mantenerse. En efecto, se basa dicha resolución para formar dos bloques distintos de cumplimiento sucesivo en una desconexión temporal que carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la ley (art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973), ni en la jurisprudencia de esta Sala Casacional que la interpreta.

En efecto, primeramente descarta la acumulación total de las condenas bajo el argumento de que el período delictivo que comprenden todas ellas es “tan largo que no puede admitirse que exista una mínima conexión cronológica entre ambas infracciones”, que cifra en prácticamente doce años, de donde extrae la consecuencia (que no puede ser otra, dicen los jueces “a quibus”), que “negar que entre estos dos delitos exista la conexidad que hubiese podido permitir su enjuiciamiento en un único proceso”. Olvida la Audiencia Nacional que el segundo párrafo de la regla segunda del art. 70 del Código Penal, edición de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones que proclama. Su propia interpretación es incoherente, al disponer dos bloques acumulables de nada menos que de seis años cada uno, olvidando que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad. Y la propia Sala de instancia no desconoce que tal criterio ha sido muy favorable al reo en la interpretación de mencionada conexidad,

como expresamente dejan constancia y llevan los aludidos jueces a la resolución judicial impugnada, con cita de jurisprudencia de esta Sala.

En segundo lugar, procede a practicar la resolución combatida una desconexión temporal en dos bloques distintos de condenas que acumula, bajo el argumento de que la actividad delictiva se interrumpe desde el día 16 de abril de 1982 y no se reanuda hasta el 21 de noviembre de 1984 (es decir más de dos años después) y en el seno de otro comando distinto. Pues, bien, aparte de lo indiferente que resulta a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso, la pertenencia a uno o más comandos (sin más datos que justifiquen esta decisión), es lo cierto que lo equivocado de esta interpretación resulta de que si Lucio hubiera seguido cometiendo atentados interrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas, de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente.

En conclusión, siendo los hechos que han sido aisladamente enjuiciados, susceptibles de ser considerados conexos, en los términos que ya hemos analizado con anterioridad, que en este caso es palpable, pues como ha señalado la propia Sala de instancia, todos los delitos por los que ha sido condenado Lucio, “se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista E.T.A.”, ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo. Y ello porque, habiéndose impuesto las penas en distintos procesos, y no pudiendo aplicar criterio cronológico corrector alguno (en tanto que todos los hechos cometidos son anteriores a la primera condena impuesta), se está en el caso de aplicar la regla segunda del art. 70 del Cód-

go Penal, texto refundido de 1973, y en su consecuencia, estimando el motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, declarar la limitación del cumplimiento de las penas relacionadas en los antecedentes de esta resolución judicial en la suma referida de treinta años de prisión, que se cumplirán sucesivamente, en los términos anteriormente razonados.

La Sala debe subrayar que esta interpretación ratifica una línea interpretativa seguida en diversos precedentes respecto del entendimiento de las normas de acumulación jurídica posterior de las penas correspondientes al concurso real. En especial reiteramos aquí la significación que la jurisprudencia viene dando al requisito que establece que, si las penas se han impuesto en distintos procesos, la llamada acumulación de condenas estará condicionada por la posibilidad de que “por su conexión, [los hechos] pudieran haberse enjuiciado en un solo”.

Ejemplo de tal línea jurisprudencial son las sentencias 1817/1999, de 24-12-1999 y 1223/2005, de 14-10-2005. En la primera de ellas se sostuvo, con fuerte crítica del criterio contrario, que “la pena constituye la medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del triplo de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real”. En la segunda se decidió que “para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en sentencia cuando sean juzgados varios delitos”. No existe ninguna razón que permita afirmar que el criterio de consideración individual de las penas sólo sería de aplicación en el caso del límite determinado por el triplo de la pena más grave, pero que no lo sería en el caso del límite derivado del máximo de cumplimiento. En ambos casos

se trata de lo mismo: el límite de cumplimiento efectivo.

Es de subrayar, de cualquier manera, que el problema específico presentado por este caso es el de la interpretación del art. 100 CP 1973 en relación al 70.1 del mismo. Sobre esta problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del art. 1.6 Código Civil, que contradigan la interpretación establecida en nuestras anteriores consideraciones.

Las sentencias de 29-9-1992 y la de 24-6-1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La STS de 8-3-1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del art. 70.2.<sup>a</sup> CP 1973 “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma”, basándose para ello en el art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el art. 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa sentencia mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia. La Sala entiende, por otra parte, que la interpretación allí brevemente expuesta, además, no es ajustada a la finalidad de los preceptos aplicables al caso. Fundamentalmente se estima que la decisión de dicha sentencia, al apoyarse en un precepto meramente reglamentario (el citado art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente), referido a la libertad condicional y no a la acumulación de penas, no podría, dada la menor je-

rarquía de la norma que le sirve de fundamento, determinar el sentido del art. 70 del Código Penal de 1973. Tal razonamiento infringiría el principio de jerarquía normativa impuesto en el art. 9.3 CE.

Si se pensara, sin tener en consideración el art. 1.6 del Código Civil, que esta resolución introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria sobre las reglas primera y segunda del art. 70 del Código Penal de 1973 y que ello afectaría la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) del recurrente, debemos señalar, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del art. 14 CE (SSTC 42/1993 y 71/1998). En segundo lugar, sería pertinente recordar que la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (“ad exemplum”, STS 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25.1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias.

Por todo ello, teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020.

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN N.º 598/05-P, QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA Y PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

**Primero.**—Discrepamos del criterio de la mayoría, pues lo que propone como una mera interpretación innovadora de la regla

2.<sup>a</sup> del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo.

En efecto, el art. 70.2.<sup>a</sup> del Código Penal de 1973, en el caso del condenado por una pluralidad de infracciones y de que las diversas penas no pudieran ser cumplidas de forma simultánea, establece que “el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”. Y que “la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

**Segundo.**—El precepto debe ser leído en relación con los restantes del Código Penal de 1973 relativos al cumplimiento de las penas.

De ellos, el art. 49 establece que “a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena (...) señalada por la ley”. A su vez, el art. 69 dispone que “al culpable de dos delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible”. Luego, aquéllas serán tratadas según las “reglas para la aplicación” recogidas en los arts. 49 y siguientes.

Al respecto, pueden darse varias alternativas: que la pena sea única; que sean varias; y que éstas, a su vez, sean o no susceptibles de cumplimiento simultáneo.

**Tercero.**—En este último caso, o sea, en el de cumplimiento sucesivo —que es el del condenado que recurre— a tenor del precepto antes transcrito, existe un máximo de tiempo de cumplimiento, que no podrá exceder del triplo de la pena más grave de las impuestas y, en ningún caso, de treinta años.

Y así sucede que, en virtud de las normas citadas, las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman —“se refunden”, dice la jurisprudencia— en otra de la misma naturaleza, pero distinta. Distinta porque en ella se integran diversas penas para formar una sola. Y porque la magnitud de ésta difiere (a veces extraordinariamente, como aquí) del conjunto de las originarias. De este modo, es como surge la pena de cumplimiento. Esto es, la resultante de aplicar el límite establecido al respecto en la regla 2.<sup>a</sup> del art. 70 del Código Penal de 1973, que determina la pérdida de relevancia de lo que de las penas impuestas quede fuera de él.

**Cuarto.**—Así se constituye “la unidad punitiva” (al fin, resultante) a extinguir por el reo. Cierto que, todavía, sólo en principio, pues sobre ella, según ese mismo Código Penal, operará normalmente (en realidad, por regla general), la redención de penas por el trabajo; que, según la previsión del art. 100, incide sobre las impuestas, una vez tratadas conforme a las mencionadas reglas de aplicación, “para el cumplimiento”.

**Quinto.**—Basta reparar en lo que prescribe el Código Penal de 1995 y en sus ulteriores vicisitudes, para advertir hasta qué punto el legislador fue consciente de que el Código derogado no prestaba base legal para una decisión como la que aquí se cuestiona; que es por lo que consideró necesario modificar de manera sensible su régimen de cumplimiento de las penas.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas es suficientemente expresiva al respecto:

“La Ley reforma el artículo 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran

siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se modifican, igualmente, en el Código Penal los artículos 90 y 91 relativos a la libertad condicional. Con esta modificación se trata de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas.

Por último, mediante la disposición transitoria única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios”.

**Sexto.**—A lo expuesto hay que añadir, además, que, en fechas aún no lejanas, todos los tribunales españoles —es decir, todos sin excepción, éste incluido— cuando entró en vigor el Código Penal de 1995, tanto al enjuiciar los casos pendientes en ese momento, como en el trámite de revisión de las condenas en curso de ejecución, para determinar la ley penal más beneficiosa, partieron del dato normativo, nunca cuestionado, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2.<sup>a</sup> del art. 70 del Código Penal de 1973 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo.

Y fue en vista de esa previsión legal de disminución a partir del triple de la pena máxima o de los 30 años, como los penados optaron por uno u otro código penal. Más aún, esta sala declaró que para hacer el estudio comparativo de las penas a ejecutar y así determinar el código más favorable en cada caso, habían de tenerse en cuenta las deducciones del tiempo sumado de redención por el trabajo (cfr. los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de 18 de julio 1996 y 12 de febrero de 1999).

En el mismo sentido hay que señalar que, recientemente, no menos de 16 penados por

terrorismo, algunos condenados a penas de prisión centenarias, una vez fijado —conforme al Código Penal de 1973— el máximo de pena a cumplir en 30 años, se beneficiaron de la redención de penas por el trabajo según el criterio que aquí se defiende.

**Séptimo.**—La irretroactividad de la ley penal desfavorable es un dogma intangible del Estado de Derecho, y como tal ha sido consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

De otra parte, el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), en materia de terrorismo, no tiene más excepciones que las que se derivan del artículo 55.2 de la Constitución, que contempla algunas especialidades relativas a la forma de perseguir los delitos de esa índole; y no incluye ninguna previsión que afecte al enjuiciamiento ni al cumplimiento de las penas.

Además, como declaró el Tribunal Constitucional, en sentencia 11/1987, de 30 de enero: “la posibilidad de que se aplique a las penas (...) infligidas [a un condenado] en distintas causas la limitación del art. 70.2.<sup>a</sup> del Código Penal, afecta a un derecho fundamental cual es el de la libertad personal (art. 17 de la Constitución)”.

Por todo entendemos que lo que se hace en la resolución controvertida no es, simplemente, una relectura, sino una verdadera reescritura del texto del artículo 70.2.<sup>a</sup> del Código Penal de 1973. Pues, en efecto, una vez fijado el máximo de cumplimiento a tenor de esta regla mediante la refundición de la totalidad de las penas impuestas, y alcanzado el límite máximo de 30 años; en vez de operar directa y únicamente con él, se retrocede en el proceso de acumulación, para actuar de forma individualizada sobre cada pena en la aplicación de los beneficios penitenciarios, según una inédita técnica de desagregación no prevista en aquel texto. Y que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita —y retroactiva en perjuicio del reo— el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003.

Tal cambio de criterio va a afectar, inevitablemente, a todos los condenados conforme al Código Penal de 1973 a los que deba aplicarse el art. 70.2.<sup>a</sup> a partir de ahora.

**Octavo.**—Ciertamente la jurisprudencia es evolutiva como admite el art. 3.1.º del Código Civil, pero todo cambio de criterio debe estar fundado en sólidas razones de ley que lo justifiquen. Razones que no se dan si, como aquí ocurre, la innovación interpretativa es contra reo; incorpora una filosofía de cumplimiento íntegro de las penas, ajena al Código Penal de 1973; y puede ser fuente de trato diferencial de situaciones penitenciarias equivalentes, en materia, como ésta, que afecta de manera tan intensa al bien fundamental de la libertad personal. De manera que no hay, pues, motivo para subvertir la que ha sido pacífica doctrina de esta Sala en todas las ocasiones en las que la cuestión se ha planteado.

Transcribimos por su expresividad un fragmento de la STS de 8 de marzo de 1994, que casó la de la Audiencia Provincial: “Se olvida por el Tribunal de Instancia que la pena señalada en el art. 70.2 del Código Penal, el límite de 30 años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley como son la libertad condicional y la redención de penas (...). Se trata de una interpretación realizada por el órgano “a quo” contra reo y que por ello debe proscribirse (...). Sobre la pena resultante, que podría ser el triple de la más grave de las sanciones o bien el límite de 30 años, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el art. 25.2 del texto constitucional...”.

En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2005, declara que la pena acumulada “opera ya como una pena nueva resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley como son la libertad condicional, permisos de

salida...”. Y es de lo más significativo que esta resolución se refiere, no al Código Penal de 1973, sino al actual de 1995.

En fin, la STS de 14 de octubre de 2005, después de distinguir los supuestos de acumulación “material” y acumulación “jurídica” de los arts. 73, 75 y 76 del Código Penal vigente, explica que la pena máxima de 20 años “opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley, como la libertad condicional...”.

Es patente que en todos los casos, se parte de que la pena resultante de la acumulación es una pena nueva y, por tanto, sobre ella deberán operar todos los beneficios penitenciarios derivados de la individualización según el criterio de grados, en los términos del art. 72 de la Ley General Penitenciaria.

**Noveno.**—Invoca la mayoría “el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta —dice— del contenido del art. 118 de la Constitución Española (“es obligado cumplir las sentencias... firmes de los Jueces y Tribunales...”. Sugiriendo que la, hasta ahora uniforme inteligencia del art. 70.2.<sup>a</sup> del Código Penal de 1973, llevaría a la inobservancia de lo resuelto en las sentencias que condenaron al aquí recurrente, en la parte de los 30 años de pena que —por imperativo legal— no fuera a ser objeto de cumplimiento real. Pero razonando de este modo se olvida que las sentencias deben dictarse sólo con arreglo a la ley vigente. Que la observancia de esta exigencia es condición “sine qua non” de la legitimidad de las mismas. Y que el criterio de política criminal inspirador del precepto tantas veces citado, que —hoy— la mayoría considera “discutible”, expresa una opción del legislador que en este momento jurisdiccional debe ser respetada.

Es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado. Y que tampoco es

ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión. Pero ni siquiera tales circunstancias pueden justificar una quiebra de los parámetros de aplicación del derecho que constituyen la normalidad de la jurisprudencia. Por un imperativo de estricta legalidad, e incluso —si es que aquí pudieran contar— por las mejores razones de política criminal. Pues, como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales.

**Décimo.**—La resolución dictada por la Audiencia Nacional, en razón de su alcance, sólo podía ser recurrida por el interesado y por el Ministerio Fiscal. Aquél solicitó que se anulase la insólita e insostenible refundición llevada a cabo por ese Tribunal, al estimar que la agrupación de la pena en dos bloques de treinta años cada uno era contraria a derecho. El Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, también lo entendió así; dando, además, por supuesto que nada se oponía a que a la pena máxima legal, de treinta años, se aplicasen las redenciones a que hubiera lugar, según ese criterio uniformemente observado y nunca discutido.

Pues bien, siendo así, ahora concurre también la atípica circunstancia de que la resolución que motiva este voto desborda los límites de la pretensión del recurrente. Con ello, trasciende el objeto del recurso, para hacer un pronunciamiento de alcance general que, además, equivale a declarar que toda la abundante y uniforme jurisprudencia anterior respondía a una interpretación errónea de los preceptos de aplicación. Porque, paradójicamente, el cumplimiento íntegro de las penas, cuya adopción ha exigido toda una reforma legal, ya estaría incluido en las previsiones del Código de

1973. Aunque nadie, incluido el legislador, hubiese reparado en ello hasta la fecha.

Tal modo de decidir implica verdadera “reformatio in peius”, con clara afectación negativa de la materialidad del derecho de defensa, debido a que el recurrente no ha tenido en ningún caso la oportunidad de discutir ese criterio emergente.

**Undécimo.**—La sentencia mayoritaria que, según se ha visto, contradice una línea inmodificada de esta Sala, al alterar como lo hace la interpretación regular del art. 70 del Código de 1973, se aparta de las precisas indicaciones del Tribunal Constitucional en materia de justificación de cambios en la jurisprudencia. Pues, según esta instancia (STC 202/1999, de 28 de octubre), “los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto del voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso”. Porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe “el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que, el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad —SSTC 64/1984 (RTC 1984/64), 49/1985 (RTC 1985/49), 108/1988 (RTC 1988/108), 199/1990 y 144/1991, entre otras—”.

1. La reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero, de la que ha sido Ponente D. Julián Sánchez Melgar, y a la que se formuló un voto particular discrepante por los magistrados Martín Pallín, Jiménez García y Andrés Ibáñez, ha gozado de amplia difusión, más allá del círculo de los especialistas, al rechazar un recurso de casación interpuesto, frente al correspondiente auto de refundición de condenas dictado por la Audiencia Nacional, por un conocido miembro del grupo terrorista ETA, condenado a penas que sumaban algunos centenares de años. Pretendemos exponer críticamente el sentido y alcance de la mencionada resolución del Tribunal Supremo, en la medida en que supone un sensible cambio de criterio frente a lo que constituía práctica constante en relación al problema que en ella se aborda: la imputación de los beneficios penitenciarios a quien, habiendo sido condenado a múltiples penas, en distintos procesos, se le “refundieren” éstas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 988, párrafo 3.º de la LECrim., a fin de determinar los límites máximos de cumplimiento que, para el concurso real de delitos, establece el artículo 76 del CP. Bien entendido que, dada la fecha de comisión de los hechos delictivos, el precepto que viene aquí en consideración es el artículo 70 del anterior Código Penal, Texto Refundido de 1973.

Dada la índole de esta contribución, obviamos aquí el tratamiento de las cuestiones generales que suscita el criterio de la acumulación “jurídica” o “mitigada” de las penas, en cuanto solución legislativa para los supuestos de concurso real de delitos<sup>(1)</sup>, así como del problema específico que supone la con-

---

(1) Para el criterio de la acumulación “jurídica” o “mitigada”, previsto en nuestro derecho positivo para las hipótesis de concurso real o material de delitos, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid 1986, pp. 234 ss.; “El concurso de delitos en la reforma penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, 1995, pp. 191-239 (pp. 228 ss.) y “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995”, en CEREZO MIR/SUÁREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada 1999, pp. 505-520 (pp. 516 ss.); en todos ellos, con ulteriores referencias. Véase también, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pp. 25 ss. y GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Madrid, 1985, pp. 423 ss. De la literatura española más reciente, cfr. sobre todo, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73 y 75 al 78”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, tomo III*, Madrid, 2000, pp. 903-1052 (pp. 951 ss.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001, pp. 105 ss. Véase también, finalmente, en línea político-legislativa, MORILLAS CUEVA, L., “La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 463-486.

vencionalmente denominada “refundición de condenas”, como modalidad del fenómeno más amplio conocido como concurso “posterior” o “adicional” o “retrospectivo”; expresiones utilizadas para referirse a los distintos mecanismos dirigidos a posibilitar la aplicación de los límites penológicos establecidos legalmente para el concurso material o real cuando los delitos concurrentes han sido objeto de enjuiciamientos separados. Como es notorio, nuestro derecho positivo sólo conoce una de las diversas modalidades que ofrece el derecho comparado: la que opera en vía de ejecución de condenas ya firmes, mediante el incidente regulado en el párrafo tercero del artículo 988 de la LECrim., al que antes nos referíamos, que atribuye al “Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia”, la facultad de “fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas” (2).

Vamos, pues, a limitarnos al análisis de la resolución mencionada en el título de esta contribución, de acuerdo con el siguiente esquema: en primer lugar, describiremos sucintamente el criterio seguido en el auto recurrido y la respuesta al mismo por la sentencia de la Sala Segunda, así como los argumentos esgrimidos en el voto particular discrepante (apartado 2). Una vez fijado el alcance de la resolución objeto de comentario, estudiaremos por separado las dos cuestiones fundamentales que suscita, como ya ha destacado uno de sus primeros comentaristas (3): la solución ofrecida al problema de la imputación de la redención de penas por el trabajo en supuestos de concurso real de delitos (apartado 3) y, en cuanto que tal solución rompe con la seguida hasta ahora, habrá que abordar también el delicado problema de si son aplicables retroactivamente los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo (apartado 4). Cierran el estudio unas consideraciones conclusivas que apuntarán, de pasada, a alguna otra cuestión implicada en la sentencia que comentamos (apartado 5). La previa ocupación *in extenso* con esta materia, nos excusa aquí del oportuno aparato bibliográfico, que limitaremos a unas pocas contribuciones, especial-

---

(2) Para estas cuestiones, remitimos de nuevo a una contribución propia: “Concurso de delitos y pluralidad de procesos”, en *Revista Jurídica de Asturias* n.º 18 (1994), pp. 1-19. En: “Las reglas...”, ob. cit. (nota 1), pp. 518 y ss., dábamos cuenta de la última evolución jurisprudencial al respecto. Véase también el extenso estudio de SALCEDO VELASCO, A., “La refundición de condenas: acumulación de penas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La ejecución de la sentencia penal*, Madrid, 1994, pp. 197-324. Más recientemente, ESPINA RAMOS, J.A., “La acumulación jurídica de penas: algunas notas prácticas”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 12 (2004), pp. 13-28; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículo 73...”, ob. cit. (nota 1), pp. 975 y ss. y SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *El concurso...*, ob. cit. (nota 1), pp. 85 y ss.

(3) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación al denominado *caso Parot*”, *La Ley*, viernes 17 de marzo de 2006, p. 1.

mente aquellas más recientes, que no pudimos tomar en consideración en nuestros anteriores trabajos.

2. Por auto de 26 de abril de 2005, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, decidió distinguir en la actividad delictiva del penado dos series distintas, con el argumento de que, pese a que ninguno de los hechos cuyas penas se tratan de “refundir” fue cometido después de que recayera la primera sentencia condenatoria por cualquiera de ellos, quedaba, sin embargo, rota la conexidad “cronológica” o “temporal” debido al largo período en el que se realizaron los distintos delitos (más de diez años); la mencionada distinción de aquellas dos series diferenciadas se apoyaría entonces en el dato de que durante un período de más de dos años se interrumpe la comisión de delitos. Así pues, y de acuerdo con los límites previstos en el artículo 70 del CP Texto Refundido de 1973, refunde la Audiencia en dos bloques las distintas condenas, con un máximo de treinta años por cada uno de ellos.

Frente a esta resolución se interpone por el penado recurso de casación, apoyado por el Ministerio Fiscal, alegando la aplicación indebida del artículo 70, núm. 2 del CP de 1973, en relación con los artículos 17, núm. 5 y 988 de la LECrim., con vulneración de los artículos 9.º, núm. 3, 14 y 25, núm. 2 de la Constitución Española. A este recurso da respuesta la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 197/2006, de 28 de febrero. Tras recordar en sus dos primeros fundamentos de derecho, respectivamente, el objeto del recurso y los argumentos de la resolución recurrida, se ocupa el fundamento tercero con el sentido y alcance del criterio legal de determinación de la pena para las hipótesis de concurso real de delitos, deslizándose, por cierto, algunas afirmaciones muy controvertibles relativas a las distintas finalidades de la pena. Así, por ejemplo, a propósito de la previsión recogida en el artículo 25, núm. 2 CE (orientación de la pena “hacia la reeducación y reinserción social”), dice textualmente la sentencia que comentamos, que “esto no quiere decir que la reinserción social sea el único fin de la pena, sino que ha de armonizarse con otros principios, particularmente el de la prevención especial, que en delitos muy graves se combina también con criterios retributivos de la pena”; y añade más adelante: “en consecuencia, la reinserción social no es el único fin de la pena y, por tanto, existen razones de prevención especial y de justicia que son también funciones legítimas de la pena”. De donde cabría concluir que para el Tribunal Supremo la prevención especial y la reinserción social son finalidades de la pena distintas y contrapuestas y que la justicia (que equipara a retribución) sólo viene en consideración “en delitos muy graves”. Para mayor desconcierto, leemos un poco más adelante que “la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial)...”. Huelga todo comentario. Más adelante, entrando ya en el sentido político criminal de las

reglas legales relativas al concurso real, señala que aquél reside “en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo”, pues “el principio de humanidad estará siempre al lado de las víctimas, sin perjuicio de la forma humanitaria de la ejecución de la pena al autor”, afirmación cuyo significado, en el contexto que nos ocupa, no acertamos a entender. Por fin, el resto de este fundamento de derecho tercero describe aquel régimen legal que para el concurso real de delitos preveía el artículo 70 del anterior Código Penal: cumplimiento simultáneo de las distintas penas impuestas, en cuanto sea posible, y, en otro caso, cumplimiento sucesivo por orden de su respectiva gravedad con los consabidos límites del triplo de la más grave de las penas en que se incurrió y, con carácter absoluto, treinta años de privación de libertad. Y concluye con una referencia al apartado segundo de la regla segunda del mencionado precepto —en cuya virtud, “la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”—, recordando al respecto la convencional (y muy poco precisa) distinción jurisprudencial entre conexión “procesal”, “material” y “temporal”, cuestión ésta en la que no podemos detenernos ahora.

El fundamento de derecho cuarto recoge el núcleo de la argumentación conducente a la solución finalmente adoptada por la Sala. Comienza afirmando que “el límite de los treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”. Y aduce a continuación las razones que llevan a la Sala a esta conclusión. Unas son de carácter gramatical: la distinción entre los términos “pena” y “condena”, utilizado este último por el legislador para referirse a la limitación que estamos considerando, así como la indicación legal de que el penado dejará “de extinguir [es decir, de cumplir], las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que las ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años” (los intercalados son también de la sentencia que comentamos); y, en fin, la propia redacción del artículo 988 de la LECrim., dirigido a “fijar el límite de cumplimiento de las *penas* impuestas (dicho así en plural por la ley), ‘determinando el máximo de cumplimiento de las mismas’ (expresado de igual forma así de claro)”. Y junto a esta apelación a la letra de la ley, aduce también la sentencia argumentos de carácter sustantivo. En primer lugar, que “en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas como consecuencia de la aplicación de un delito continuado o de un concurso ideal” (afirmación, entendemos, muy dudosa, especialmente en lo que se refiere al concurso ideal de delitos); además, teleológica-

mente “carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una pena única de treinta años un amplio historial delictivo”, significando “prácticamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos”; y, finalmente, la solicitud de indulto “no podrá ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas”, siendo el órgano encargado de informarla el que la hubiere impuesto y no el llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), “lo que evidencia que las penas son distintas”.

Y a partir de la consideración de que las distintas penas impuestas conservan su individualidad, expone el Tribunal Supremo el modo de proceder a la hora de imputar los beneficios penitenciarios al condenado por distintos delitos materialmente concurrentes (cuestión que, por cierto, no le había sido planteada): “se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y reducciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante”.

A la luz de estos parámetros interpretativos, se rechaza, en el fundamento de derecho quinto, el criterio seguido por la Audiencia Nacional, entendiéndolo —aquí con plena razón— “que el segundo párrafo de la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, edición (*sic*) de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de los límites que proclama”. Y expresa lo paradójico que resultaría, de seguir el criterio de la Sala de instancia, que en caso de que la actividad delictiva del penado hubiera cursado ininterrumpidamente, ello le habría favorecido, al posibilitar la consideración de un solo bloque de condenas a “refundir”. Así pues, y en conclusión”, “ha de operarse una única acumulación de penas (...) con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo”.

Reconoce, en cualquier caso, la resolución, “que el problema específico presentado por este caso es el de la interpretación del artículo 100 del CP de 1973 en relación al artículo 70.1 del mismo” —problema que, insistimos, no había sido planteado por el recurrente— y añade que “sobre esta problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil, que contradigan la interpretación establecida en nuestras anteriores consideraciones”. Acepta que la STS de 8 de marzo de 1994 interpretó que el límite de ejecución del artículo 70.2 del CP de 1973 “opera ya como una nueva pena resultante y autónoma”, pero entiende que se trata de una resolución aislada, y que al apoyarse argumentativamente en el artículo 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente, infringe el principio de jerarquía

normativa. No obstante, y si se entendiera que estamos, pese a lo anterior, ante un cambio jurisprudencial, apela la sentencia que comentamos a diversas resoluciones del Tribunal Constitucional (las SSTC 42/1993 y 71/1998) en el sentido de que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, así como a alguna sentencia del propio Tribunal Supremo (la 1101/1998) que no considera aplicable a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad, reservada por el artículo 25.1 CE a la “legislación” y por el artículo 9.3 CE a “disposiciones legales o reglamentarias”.

Como anticipábamos al comienzo de este comentario, la STS 197/2006, de 28 de febrero, recoge un voto particular discrepante de tres magistrados (frente a los doce que formaron mayoría), cuyos argumentos cabe resumir como sigue: En primer lugar, no comparten el criterio de partida de la resolución adoptada que, como hemos expuesto, mantiene la autonomía de las penas impuestas en las condenas objeto de “refundición”; entienden, por el contrario, los firmantes de este voto particular, que tales penas “se transforman (...) en otra de la misma naturaleza, pero *distinta* —a la que denominan pena de cumplimiento—, formándose así la ‘unidad punitiva’ (al fin, *resultante*) a extinguir por el reo” (cursivas y subrayados allí). Y citan, en tal sentido, no sólo la STS de 8 de marzo de 1994, mencionada ya por la resolución de la que discrepan, sino las más recientes de 15 de septiembre y 14 de octubre de 2005, que entienden, de manera inequívoca, que la pena acumulada “opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma, y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la ley”. En segundo lugar, que los beneficios penitenciarios se refieren al límite de cumplimiento se desprende ya “a contrario” del artículo 78 del CP, introducido en el Código Penal vigente, de 1995, como lo pone de manifiesto, de manera inequívoca, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, en lo que se refiere a la reforma de aquel precepto. Y fue también ésta la interpretación unánimemente sostenida por los distintos órganos de la jurisdicción penal cuando procedieron, con motivo de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, a revisar las condenas impuestas a los efectos de determinar la ley penal más beneficiosa: “partieron del dato normativo, nunca cuestionado, de que sobre la pena resultante de la aplicación de la regla 2.<sup>a</sup> de artículo 70 del Código Penal de 1973 tendría que incidir la redención de penas por el trabajo”. En definitiva, la resolución de la que discrepan no supondría “una mera interpretación innovadora” de aquella regla, sino, en realidad, “una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo”; no hace una simple “relectura”, “sino una verdadera *reescritura* del texto del artículo” mencionado (cursiva allí), lo que “equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita —y retroactiva en perjuicio del reo— el artículo 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003”. Entraría así eventualmente en conflicto la resolución del Tribunal Supremo con los princi-

pios constitucionales de irretroactividad de la ley penal y de igualdad ante la ley. Finalmente, llaman la atención los magistrados discrepantes sobre el hecho de que “la resolución que motivó este voto desborda los límites de la pretensión del recurrente”, trascendiendo el objeto del recurso, “para hacer un pronunciamiento de alcance general”; ello implicaría “una verdadera *reformatio in peius*, con clara afectación negativa de la materialidad del derecho de defensa, debido a que el recurrente no ha tenido en ningún caso la oportunidad de discutir este criterio emergente”.

3. De acuerdo con el esquema indicado al comienzo (apartado 1) y una vez expuesto el alcance de la resolución que comentamos (apartado 2), vamos a centrarnos ahora en la primera de las dos cuestiones nucleares que en ella se plantean: la imputación de los beneficios penitenciarios en los supuestos de concurrencia de penas. Lo primero que llama la atención es que tanto los fundamentos de derecho de la resolución adoptada, como los del voto particular discrepante, vinculan la solución del problema planteado con la previa decisión de si los límites fijados en el artículo 70 del CP de 1973 (y 76 del CP vigente) constituyen o no una nueva pena, distinta de aquellas impuestas en las diversas condenas sometidas a refundición. Ello quizás se deba al peso excesivo que cobra, en la interpretación de las reglas del mencionado precepto, la expresa alusión al “cumplimiento” y “extinción” sucesiva de las penas no susceptibles de cumplimiento simultáneo, hasta alcanzar los límites allí establecidos<sup>(4)</sup>. Se podría entender —y este es el argumento central esgrimido por la sentencia— que puesto que las penas impuestas conservan su individualidad, y se extinguen también de manera separada, dentro de los límites señalados, es en el contexto de este cumplimiento sucesivo e individualizado donde entran en consideración los beneficios penitenciarios. Sólo cabría, por el contrario, referir éstos a los límites de cumplimiento que fijan las mencionadas reglas si con su aplicación surgiera una nueva pena única, que sustituye a las impuestas, como entienden

---

(4) El párrafo primero de la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973 reza así: “No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el *maximum* de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años”. El artículo 76, núm. 1, del CP vigente está redactado como sigue: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será...”

que sucede los firmantes del voto particular que extractábamos también en el apartado anterior<sup>(5)</sup>.

Dado lo arraigado de este modo de plantear el dilema, resulta explicable el esfuerzo interpretativo destinado, tanto por los magistrados que formaron la mayoría, como por los discrepantes, a determinar si la aplicación de los límites de la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973 supone o no la creación de una nueva pena (“pena de cumplimiento” la denominan, como hemos visto, los firmantes del voto particular). Entendemos, sin embargo, que la alternativa no está correctamente planteada. Cabe, en efecto, considerar que las penas impuestas conservan su individualidad y que, no obstante ello, los beneficios penitenciarios —singularmente, los que comportan reducción del período de privación de libertad— se refieren al límite temporal máximo de cumplimiento. Desde luego, no cabe duda de que la condena debe recoger todas las penas en que se haya incurrido por los delitos cometidos<sup>(6)</sup>, como se desprende inequívocamente tanto del artículo 73 del CP (“... se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones...”), como de los artículos 75, 76 y 78 del mismo texto legal, sistemáticamente coordinados con aquél. Y estas distintas penas impuestas conservan plena individualidad a efectos como el cumplimien-

---

(5) Muy claramente expresa este dilema CALDERÓN CERESO, A., “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, 1995, pp. 135-187: “La cuestión se centra en determinar si con la acumulación surge una nueva pena única, sustitutiva de las refundidas o acumuladas en la sentencia o en el incidente del artículo 988.3 de la LECrim., o bien sólo se ha establecido un tope o limitación de cumplimiento temporal respecto de aquéllas. Según la interpretación que se siga, las consecuencias van a ser distintas, pues en el primer caso los beneficios penitenciarios (redención por el trabajo y libertad condicional), operarían sobre el tope máximo, de treinta años por ejemplo, de manera que el cumplimiento efectivo pudiera quedar reducido a la mitad o incluso a menos tiempo; mientras que si se sostiene la segunda teoría, en este caso o bien los beneficios operarían sobre la totalidad de la pena impuesta antes de la liquidación de condena o del Auto de acumulación, o bien sobre la pena resultante, pero con la particularidad de que el reo seguiría cumpliendo, mientras queden penas excedidas que alcancen los treinta años efectivos, que sería el tope de cumplimiento real” (p. 179). Y añade que la “interpretación gramatical” favorece este último punto de vista, aunque no es éste el criterio seguido en la ejecución penitenciaria (p. 180).

(6) Apenas ha encontrado eco la tesis de CUERZA RIEZU, A., *Concurso de delitos...*, ob. cit. (nota 1), pp. 73 y ss. y, del mismo autor, “El rotundo fracaso legislativo del llamado cumplimiento efectivo de las penas y otros aspectos del concurso de delitos”, *La Ley*, 10 de enero de 1997, pp. 1-4 (p. 3), en el sentido de que sólo resultan finalmente “impuestas” las penas que no desborden los límites legales del concurso real de delitos; límites que operarían, según esto, como una verdadera causa de extinción de la pena. Esta interpretación ha sido, con razón, rechazada tanto por la doctrina dominante (cfr., por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El artículo 78 del nuevo Código Penal”, *Actualidad Penal*, 1997, pp. 659-673 —pp.666-667—), como por la jurisprudencia (véase, por todas, la STS de 30 de enero de 1996, A. 57).

to de sus respectivas penas accesorias, la eventual prescripción de alguna de aquéllas o la generación de antecedentes penales que sirvan de base para la apreciación de una posterior reincidencia <sup>(7)</sup>; incluso el mismo artículo 76 del CP admite implícitamente la eficacia de posibles indultos individualmente referibles a alguna de las penas impuestas. Ello no obstante, en el momento de ejecutar las penas impuestas, la legislación penitenciaria considera a todos los efectos las distintas penas como una sola de la duración máxima que resulte de las reiteradas reglas —bien se impongan aquéllas en una misma sentencia, bien se “refundan” posteriormente en los términos fijados en el artículo 988 de la LECrim.—, pues sólo de este modo se hace posible la puesta en práctica del “tratamiento” penitenciario, concepto sobre el que pivota nuestro derecho de ejecución de penas. Como oportunamente nos recuerda MANZANARES SAMANIEGO, “la inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución es requisito indispensable para el tratamiento, pues sería absurdo clasificar y tratar al reo atendiendo a sus responsabilidades penales por separado”. Esto último significaría, en la práctica, que “el condenado iría abandonando y regresando al establecimiento penitenciario de acuerdo con la obtención de libertad condicional y de la libertad definitiva en cada una de las penas impuestas. Y algo similar ocurriría con la semilibertad del tercer grado y el régimen general de permisos” <sup>(8)</sup>.

Más aún, el artículo 59 del Reglamento Penitenciario de 1981, vigente en el momento de los hechos, señalaba en su letra c), a propósito del cómputo del plazo de las tres cuartas partes de la pena, en cuanto requisito para acceder a la libertad condicional, que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional”; criterio que mantiene, en sus mismos términos, la regla segunda del artículo 193 del vigente Reglamento Penitenciario, de 1996. Y no cabe aducir, como lo hace la sentencia que comentamos, que la apelación al Reglamento Penitenciario, frente a lo establecido en el artículo 70 del CP de 1973, supone quebrantar el principio de jerarquía normativa. En primer lugar, porque la interpretación que del mencionado artículo 70 del CP de 1973 hace la Sala dista de ser la única posible. Y, sobre todo, porque el citado precepto reglamentario, “aunque referido a la libertad condi-

---

(7) Así también, por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73...”, ob. cit. (nota 1), quien, pese a ello —y en el sentido defendido en el texto—, entiende que “la duración derivada de la aplicación de los límites es la que se toma en cuenta para el cómputo de tiempo para la libertad condicional, beneficios penitenciarios y permisos de salida” (pp. 969-970).

(8) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), p. 3.

cional —como lo expresa de nuevo MANZANARES— no hace sino desarrollar el sistema progresivo que en su nueva versión de sistema de individualización científica se pone al servicio del fin de reeducación y reinserción del delincuente, según proclama el artículo 25.2 de la Constitución y se califica de ‘primordial’ en el artículo 1.º de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria” (9).

Y por lo que se refiere, en particular, al beneficio de la redención de penas por el trabajo, la sentencia de 28 de febrero de 2006 —así como el voto particular que la acompaña— se hacen eco de la decisión adoptada por la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 1994 (A. 1864), en el sentido de imputar dicho beneficio al límite de treinta años, establecido en la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973, frente al criterio de la Sala de instancia (la Audiencia Provincial de Huelva), que tomaba en consideración el total de la condena impuesta, aunque el órgano casacional vinculara su respuesta, en el sentido que destacábamos críticamente más arriba, a la consideración de aquel límite “como una pena nueva, resultante y autónoma”. La solución seguida entonces por el Tribunal Supremo venía además apoyada por la Fiscalía General del Estado, en su Consulta 3/93, referida al mismo supuesto objeto de controversia (10), aunque también la Fiscalía apoya su solución en la previa dilucidación de si continúan o no vigentes, en estas hipótesis concursales, todas y cada una de las penas separadamente impuestas. La sentencia de 28 de febrero de 2006 insiste en que esta resolución de 1994 no constituye jurisprudencia consolidada, sino una decisión aislada. Que ello no es así, lo destaca, aportando dos resoluciones recientes, el voto particular que la acompaña, como ya hemos indicado. Se trata, por el contrario, de un criterio consolidado, lo que se manifiesta —nos recuerda también el mencionado voto particular— en el dato de que la totalidad de los órganos jurisdiccionales que procedieron a la revisión de condenas impuestas bajo la vigencia del anterior Código Penal, a los efectos de la eventual aplicación retroactiva, como más beneficioso, del Código Penal de 1995, computaron la redención de penas por el trabajo —prevista en aquél y no en éste— a partir de los límites impuestos a la concurrencia delictiva por la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973. Y

---

(9) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), p. 3.

(10) Ofrece un comentario de la STS de 8 de marzo de 1994, así como de la Circular 3/93 de la Fiscalía General del Estado, DE SOLA DUEÑAS, A., “Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas”, *ADPCP* 1994, pp. 279-298.

es que, de no ser así, el mencionado beneficio penitenciario desaparecería por completo <sup>(11)</sup>.

Y cabe todavía un último argumento en contra del criterio sostenido en la sentencia que comentamos: la regla —ampliamente criticada— relativa al denominado “cumplimiento íntegro de las penas”, introducida en el artículo 78 del vigente Código Penal. Insiste la doctrina —y se hace eco de ello también el voto particular a la sentencia de 28 de febrero de 2006— en el dato de que referir de manera excepcional, y en los supuestos allí recogidos, la imputación de beneficios penitenciarios y el cómputo de plazos para la libertad condicional a la totalidad de las penas impuestas, significa necesariamente que de ordinario ello no es así y que tal imputación se realiza, por tanto, con carácter general, a los límites de cumplimiento fijados de acuerdo con lo previsto en el artículo 76 del CP (artículo 70 del CP de 1973) <sup>(12)</sup>. Más aún, el voto particular a la sentencia que comentamos se hace eco de la referencia recogida en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE de 1 de julio), en el sentido de que se reforma el artículo 78 del Código Penal “para que los beneficios peniten-

---

(11) Así también, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), p. 3: “el cambio jurisprudencial significa la conversión de dicha institución en letra muerta (...) Si la redención se computa sobre el máximo de treinta años, se obtendrá siempre un beneficio, pero éste desaparecerá si se aplica individualmente a cada pena”.

(12) En este sentido argumentaba ya, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El concurso de infracciones en la reforma penal”, *CPC*, n.º 61 (1997), pp. 7-49, afirmando que “los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional deben referirse ya al límite temporal determinado conforme al criterio de acumulación jurídica”, como “resulta de una interpretación sistemática que tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 78” (p. 23) y GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73...”, ob. cit. (nota 1), pp. 981 y ss., explicando la génesis del artículo 78 del CP. Para el significado y alcance de la regla prevista en este precepto, véase también, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El artículo 78...”, ob. cit. (nota 6), *passim* y SANZ MORÁN, A.J., “Las reglas relativas...”, ob. cit. (nota 1), pp. 517 y ss.

Tras la sentencia de 28 de febrero de 2006, insisten en la importancia que cobra el artículo 78 del CP, introducido en el CP de 1995, para la confirmación de cuál era la situación precedente, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), pp. 3-4 y VIVES ANTÓN, T.S., “Una sentencia discutible”, *El País*, 11 de marzo de 2006, p. 17.

Nos recuerda, por otra parte, SALCEDO VELASCO, J.L., “La refundición...”, ob. cit. (nota 3), pp. 291-292, que el informe sobre el Anteproyecto de Código Penal elaborado en marzo de 1992 por la Asociación profesional de la Magistratura instaba a que esta novedosa imputación de beneficios penitenciarios a la totalidad de las penas impuestas y no a los límites derivados de la aplicación de la regla segunda del artículo 70 del CP de 1973, se extendiera a todos los delitos; es decir, cobrara carácter general y no excepcional, lo que resulta también expresivo de que en la práctica no sucedía así.

ciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias (...) Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 o 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena”. De ahí que los magistrados discrepantes de la sentencia de 28 de febrero de 2006 entiendan, con razón, que el criterio en ella seguido “equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita —y retroactiva en perjuicio del reo— el artículo 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003”. Cabría, además, añadir que la aplicación, con carácter general, del nuevo criterio, mostrará que éste no se va a limitar a aquellos casos para quienes estaba pensada inicialmente la regla del artículo 78 del CP —tal y como lo pone de manifiesto su génesis— y que son también en los que está pensando en primer término la reforma de junio del 2003, como lo evidencia esta referencia de su Exposición de Motivos a penas de cien, doscientos o trescientos años. Más allá de estas hipótesis, realmente excepcionales, la nueva interpretación del Tribunal Supremo alcanza también a aquellos penados en cuya “refundición” de condenas venga en consideración el límite del triplo de la más grave de las penas en que se incurrió, que suponen un número mucho más significativo, como pone de manifiesto el repaso más somero de la jurisprudencia al respecto.

Todos estos datos confirman que, como indicábamos al comienzo, la sentencia de 28 de febrero de 2006 supone un cambio radical de criterio frente a la práctica judicial precedente. Lo que nos lleva a considerar el segundo de sus aspectos problemáticos al que también apuntábamos entonces: el que se refiere a la eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo.

4. El hecho mismo de que la sentencia de 28 de febrero de 2006 aborde este problema, es bien expresivo de cómo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no deja de ser consciente del cambio de criterio que aquélla comporta. Plantea, en efecto la resolución comentada —ya lo indicábamos más arriba (apartado 2)— que pudiera pensarse que la misma “introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria”, lo que podría originar dudas de constitucionalidad. Éstas, sin embargo, se obvian a continuación entendiendo que, por un lado, “el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE”; y, por otra parte, “la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (*ad exemplum*, STS 1101/1998) no considera aplicable a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad, que el texto del artículo 25.1 de la CE reserva a la legislación y el artículo 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias”. Lo primero comporta —como recuerdan los firmantes del voto particular, recogiendo la doctrina, en tal sentido, del mismo Tribunal Constitucional—

que los cambios jurisprudenciales se lleven a cabo “en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano jurisdiccional o que es fruto del voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso”; o, expresado en otros términos, “el cambio es legítimo cuando es razonable y con vocación de futuro (...), siendo ilegítimo si constituye tan solo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad” (STC 202/1999, de 28 de octubre, donde se citan otras resoluciones del Tribunal Constitucional en el mismo sentido). Ahora bien, aunque diéramos por buena la “razonabilidad” del nuevo criterio adoptado en la STS de 28 de febrero de 2006, y su vocación de futuro, colmándose así los presupuestos exigidos por el Tribunal Constitucional en orden a no considerar infringido el principio de igualdad ante la ley, resta por determinar si alcanza o no a la jurisprudencia la prohibición de retroactividad.

Es ésta una cuestión que ha sido objeto de intensa controversia en la doctrina alemana, a raíz especialmente de la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 9 de diciembre de 1966<sup>(13)</sup>, que rebajó la cantidad de alcohol en sangre necesaria para incurrir en el delito de conducción peligrosa, surgiendo inmediatamente la controversia de si los Tribunales podían, mediante la rebaja en el límite de la alcoholemia, penar hechos que, según la anterior interpretación jurisprudencial eran impunes; cuestión planteada por primera vez —y resuelta en sentido afirmativo— por el *Oberlandesgericht* de Karlsruhe en su sentencia de 5 de octubre de 1967<sup>(14)</sup>. También la doctrina española más reciente, tras el estudio pionero de MADRID CONESA, en 1982, se ha hecho eco de esta controversia en torno a la eventual aplicación retroactiva, en contra del reo, de los cambios jurisprudenciales. Desbordaría los límites que nos hemos impuesto un análisis a fondo del problema; nos limitamos, aquí, por el contrario, a una caracterización muy esquemática de los términos de la discusión<sup>(15)</sup>.

---

(13) BGHSt 21, 157, publicada también en *NJW* 1967, pp. 116 y ss.

(14) Publicada en *NJW* 1967, p. 2167. Cfr sobre estas resoluciones (la del BGH y la del OLG Karlsruhe), por todos, MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo*, Valencia 1982, pp. 9 y ss.

(15) Véase, para lo que sigue, la monografía de MADRID CONESA citada en la nota precedente y, del mismo autor, *La legalidad del delito*, Valencia 1983, pp. 91 y ss. Recientemente se ha ocupado de manera monográfica con estos problemas VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia

Expresando el parecer mayoritario, señala tajantemente ROXIN que “respecto a la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida”. Y califica, a continuación a la tesis opuesta —que reconoce “minoritaria, pero creciente”—, de “contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprudencia”, frente a la constitucionalización del principio de legalidad, que “parte necesariamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal”<sup>(16)</sup>. Tampoco entiende aplicable al ámbito de la jurisprudencia la prohibición de retroactividad nuestro primer monografista, MADRID CONESA, entendiendo que la solución al problema debe buscarse en una mayor exigencia, dirigida al legislador, para que cumpla el mandato de taxatividad o determinación inherente al principio de legalidad: “el problema de la posible irretroactividad de las variaciones en la interpretación jurisprudencial es, en realidad, un problema de mayor o menor determinación de la ley penal y su solución debe hallarse en este campo”<sup>(17)</sup>. Y, finalmente, tampoco nuestro Tribunal Supremo extiende a los cambios jurisprudenciales los principios que rigen en materia de sucesión temporal de leyes penales, si bien la mayor parte de los pronunciamientos se refieren a casos de modificaciones jurisprudenciales que favorecen al reo. Resultan paradigmáticas, en este sentido, las discusiones suscitadas a propósito de los cambios operados en relación a estas dos cuestiones: si la introducción de droga desde el exterior suponía incurrir en los delitos de tráfico de drogas y contrabando (como se estimaba antes) o sólo en el primero de ellos (como se entendió a partir de un Acuerdo de Sala de 24 de noviembre de 1997); y, por otra parte, la

---

2001, especialmente, pp. 99 y ss., 112 y ss. y 138 y ss. Cfr. asimismo, limitándonos a la literatura española, FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, pp. 186 y ss.; SUÁREZ COLLÍA, J.M., *La irretroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, 2005, pp. 55 ss. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Valencia 2004, pp. 72 y ss. y 164 y ss. Todos ellos con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

(16) Véase ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana y notas LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997, pp. 165-166, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(17) Véase MADRID CONESA, F., *La legalidad...*, ob. cit. (nota 15), p. 95 y, del mismo autor, *El principio...*, ob. cit. (nota 14), pp. 30 y ss.

decisión sobre el umbral a partir del cual se aprecia la cualificación por la “notoria importancia” de la “cantidad” de las sustancias que constituyen el objeto material del delito de tráfico de drogas (sensiblemente elevado a partir de un acuerdo de Sala de 19 de octubre de 2001). En relación a ambos supuestos, se vio obligado el Tribunal Supremo a aclarar que estos cambios jurisprudenciales favorables en modo alguno suponían la revisión de las sentencias firmes, apuntándose incluso expresamente en el último de los acuerdos mencionados, a la vía de la solicitud de indulto parcial de la pena impuesta para ajustarla a los nuevos criterios<sup>(18)</sup>.

La posición contraria, esto es, favorable a extender a las resoluciones judiciales los mismos principios que rigen para la sucesión temporal de leyes penales, se apoya en dos tipos de argumentos, como ha destacado entre nosotros MADRID CONESA<sup>(19)</sup>. Algunos autores, teniendo presente la importancia adquirida por la actividad judicial en la aplicación de la ley, observan cómo al individuo le resulta indiferente “que se le pene de forma imprevista e imprevisible por una ley que en el momento de realizar el hecho no existía, o que se llegue a ese resultado a través de una nueva interpretación jurisprudencial”; luego, o se vuelve a la prohibición de la interpretación, característica de la Ilustración, lo que es hoy inimaginable, o bien se extiende la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia, apelando a tal efecto al fundamento del principio de irretroactividad de la ley: “La protección de la confianza (*Vertrauensschutz*) de los ciudadanos en que no van a ser sorprendidos por actuaciones no previstas ni previsibles de los poderes estatales”<sup>(20)</sup>. Frente a esta propuesta —que MADRID CONESA caracteriza como “objetiva” o “constitucional”— de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables la prohibición de retroactividad, se argumenta, sobre todo —como hemos visto que lo hacen ROXIN o el mismo MADRID CONESA—, con la necesidad de separar conceptual y funcionalmente las actividades legislativa y jurisprudencial, expresando precisamente el principio de legalidad la vinculación del juez

---

(18) Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 150/1997, de 29 de septiembre, estableció que cuando se estima un recurso de amparo basado en el principio de legalidad penal porque se considera que la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional es constitucionalmente inadmisibles, se está declarando la inconstitucionalidad de tal interpretación, con la consecuencia de que deben revisarse las sentencias penales que se dictaron en el pasado en aplicación de la misma. Sobre el sentido y alcance de esta decisión del TC véase, por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), pp. 164 y ss., con ulteriores referencias.

(19) Cfr. para lo que sigue, MADRID CONESA, F., *La legalidad...*, ob. cit. (nota 15), pp. 91 y ss. y, del mismo autor, *El principio...*, ob. cit. (nota 14), *passim*.

(20) Las palabras entrecomilladas en el texto corresponden a MADRID CONESA, F., *El principio...*, ob. cit. (nota 14), pp. 14-15.

sólo a la ley. De ahí que ante el innegable problema de seguridad jurídica que comportan los cambios jurisprudenciales desfavorables, otros autores opten por una solución “subjetiva” o “jurídico-penal” —en la terminología de MADRID CONESA—, consistente en aplicar aquí las reglas del error de prohibición; solución que tampoco estaría exenta de reparos por lo que tiene de relativización de la respuesta a la cuestión planteada, al resolverla de manera individualizada <sup>(21)</sup>.

A la hora de tomar posición en este debate, es justo reconocer a quienes se oponen a la extensión de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales, que dicha extensión parece contradecir la idea misma del principio de legalidad. Claramente expresa NAUCKE esta paradoja cuando observa que “en términos propios, es decir, si se asumiera en sentido estricto el principio *nullum crimen sine lege*, no tendría que surgir en absoluto el problema de la prohibición de la retroactividad para la jurisprudencia” <sup>(22)</sup>. Pese a lo cual, y precisamente por las carencias en la realización plena del principio de legalidad, exige NAUCKE la irretroactividad en la aplicación del derecho, en los mismos términos que lo que sucede en la creación de la ley; es decir, “un precepto legal no puede interpretarse de modo diverso a como viene haciéndose de manera constante, en perjuicio del imputado, de forma retroactiva”. O, expresado en otros términos, “la jurisprudencia debería aplicar la concepción novedosa sólo para los casos acaecidos tras la modificación y la publicación de aquella concepción” <sup>(23)</sup>; afirmación esta última que apunta al modo de hacer efectiva la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales, como veremos después.

El principio de legalidad aparece, en efecto, como un postulado, cuya deficitaria realización amplía el ámbito de la actuación judicial en su doble función de integración (muy limitada) y de interpretación de las normas <sup>(24)</sup>, expresamente

---

(21) Más información en MADRID CONESA, F., lugares citados en la nota 19.

(22) Véase NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, 9. Aufl., Neuwied 2000, p. 66. Semejante, MADRID CONESA, F. (como en nota 19), cuando entiende que la solución al problema que estudiamos pasa por reforzar el principio de taxatividad de la ley penal.

(23) Véase NAUCKE, W., *Strafrecht...*, ob. cit. (nota 22), p. 66.

(24) Separa ambos cometidos, en el análisis del problema que nos ocupa, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia...*, ob. cit. (nota 15), pp. 108 y ss. y 137 y ss., respectivamente; aunque en la concreta cuestión del cambio en la interpretación de la ley en sentido desfavorable, no toma posición, reconociéndolo así: “Obviamente, no voy a entrar a determinar cuál es la solución correcta” (p. 146).

reconocida por el Tribunal Constitucional <sup>(25)</sup>, y que es asumida por el Tribunal Supremo de manera tan inequívoca, que le lleva a adoptar la discutible técnica de los “Acuerdos de Sala”, en Plenos no Jurisdiccionales, con el fin de fijar criterios de interpretación que observará después de manera vinculante, casando las resoluciones judiciales que no se ajusten a los mencionados acuerdos. Y ha llegado incluso, la Sala de lo Penal (en su sentencia de 11 de diciembre de 2001), a calificar de “resolución injusta”, a los efectos del delito de prevaricación judicial, a aquella que se aparte de la “doctrina consolidada” del Tribunal Supremo aplicable a la cuestión enjuiciada <sup>(26)</sup>. Siendo ello así, las mismas razones de seguridad jurídica que subyacen al principio de irretroactividad de las leyes <sup>(27)</sup>, son aducibles también en relación a los cambios jurisprudenciales desfavorables. Si se define —como lo hace LASCURAIN— la seguridad jurídica como “la *previsibilidad* para los ciudadanos *de las consecuencias jurídicas* de sus comportamientos que sean *relevantemente negativas* para ellos” <sup>(28)</sup>, se verá afectada aquella en igual modo por los cambios legislativos como por los jurisprudenciales. En palabras de FERRERES COMELLA, “si la seguridad jurídica padece cuando el legislador ejercita su competencia normativa promulgando con efectos retroactivos un nuevo texto más perjudicial para el reo, también queda afectada negativamente cuando es el juez quien, en uso de su poder interpretativo, sustituye, con efectos retroactivos, el criterio establecido hasta entonces por otro más desfavorable” <sup>(29)</sup>. O, como lo expresa, en la doctrina alemana, NEUMANN: “al acusado, que ha confiado en la impunidad de su conducta, le es indiferente si dicha confianza se ve frustrada por la promulgación de una ley penal de aplicación retroactiva o por la variación de una jurisprudencia constante” <sup>(30)</sup>.

(25) Véase, al respecto, por todos, FERRERES COMELLA, V., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), especialmente, pp. 153 y ss.

(26) Cfr. sobre ello, BENLLOCH PETIT, G., “¿Prevarica el juez que se aparta de la ‘doctrina consolidada del Tribunal Supremo’? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (‘caso Santiago Raposo’)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 11 (2003), pp. 305-338.

(27) No podemos detenernos aquí en el problema del fundamento de la irretroactividad de las leyes penales. Véase, por todos, MADRID CONESA, F., *La legalidad...*, ob. cit. (nota 15), pp. 81 y ss. y, más recientemente, SUÁREZ COLLÍA, J.M., *La retroactividad...*, ob. cit. (nota 15), pp. 83 y ss.

(28) Cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, p. 21 (cursivas allí).

(29) Véase FERRERES COMELLA, V., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), p. 194.

(30) Véase NEUMANN, U., “¿Pueden tener los cambios jurisprudenciales *in peius* de los Tribunales penales eficacia retroactiva?”, *Estudios de Derecho Judicial* n.º 20 (1999), pp. 101-117 (p. 105).

Insiste, por otra parte, este último autor, en dos datos de gran importancia en el contexto que nos ocupa. Por una parte, desvincula la cuestión relativa a la eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales del problema de si la jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho, saliendo así al paso del principal argumento aducido frente a quienes —como él mismo— pretenden extender a tales cambios jurisprudenciales la prohibición de retroactividad. Según lo expresa NEUMANN, “la discusión jurídica sobre la cuestión de la función de fuente del derecho de la jurisprudencia reiterada tiene una importancia limitada para la resolución del problema de la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales perjudiciales. Y ello debido a que no nos encontramos ante la cuestión de si se puede divergir de la jurisprudencia aplicada hasta ese momento, sino de si ello puede suceder de manera retroactiva. La cuestión relativa a si el derecho de los jueces constituye una fuente del derecho no es prejudicial a la hora de valorar la relevancia del argumento del principio de confianza, sobre el cual se basa principalmente la exigencia de una prohibición de retroactividad. La necesidad de protección de la confianza del ciudadano en la jurisprudencia no es función de la teoría de las fuentes del derecho” (31). Y tampoco resulta admisible —siempre según NEUMANN— “la supuesta divergencia entre la jurisprudencia, entendida como enjuiciamiento retrospectivo de un caso concreto, y la legislación, entendida como fijación de reglas para casos venideros”, pues los pronunciamientos judiciales no sólo deciden sobre un caso concreto, sino que establecen un criterio para los supuestos futuros; de modo que “un cambio jurisprudencial supone, de manera inevitable, la modificación de una regla” (...), “la sustitución de una máxima aplicada hasta ese momento por otra nueva”; lo que supone atribuir a las sentencias una cierta relevancia normativa en relación a supuestos venideros, al menos desde la perspectiva de la práctica de los tribunales (32).

Además de estos argumentos derivados de la idea de seguridad jurídica, se aducen también a favor de la extensión de la prohibición de retroactividad a los cambios jurisprudenciales razones que tienen que ver con el principio de impar-

---

(31) Véase NEUMANN, U., “¿Pueden tener...?”, ob. cit. (nota 30), p. 108. También para FERRERES COMELLA, V., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), p. 196, las razones a favor de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales “son operativas con independencia de cuál sea la tesis (...) que se sostenga acerca de si los jueces crean o no derecho al interpretar la ley”.

(32) Véase NEUMANN, U., “¿Pueden tener...?”, ob. cit. (nota 30), pp. 106-108. Se opone, por otra parte, este autor a afirmaciones como la de ROXIN —que recogíamos en el texto—, en el sentido de que la formulación de nuevas reglas jurídicas por los Tribunales no es tanto un acto de creación de derecho, cuanto de reconocimiento de la verdadera voluntad de la ley, previamente existente, pues rechaza NEUMANN que pueda hablarse de “veracidad” de una determinada interpretación (*ibidem*, pp. 109 y ss.).

cialidad del juez. Claramente lo expresa FERRERES COMELLA: “Si el cambio es desfavorable para el reo, ¿cómo garantizar que el tribunal cambia el criterio, no para perjudicar al acusado que tiene enfrente, sino para sentar una regla, más ajustada a Derecho? La respuesta es sencilla: *estableciendo que el cambio sólo producirá efectos prospectivos*” (33).

Cabe todavía una última observación a favor del criterio de extender a los cambios jurisprudenciales desfavorables la prohibición de retroactividad. Como hemos visto más arriba, nuestro Tribunal Supremo niega eficacia retroactiva a las modificaciones jurisprudenciales favorables, invitando incluso, de manera expresa, a acudir en tales hipótesis a la vía de la solicitud de indulto parcial. Resulta, entonces, sorprendente que se niegue eficacia retroactiva a los cambios favorables y se permita, sin embargo, la retroactividad de los desfavorables, mucho más problemática, por las razones que venimos evocando (34).

Cuestión diversa —y en la que no vamos a adentrarnos— es la de la vía adecuada para hacer efectiva esa irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo. Se discute, al efecto, en la doctrina alemana sobre la posible introducción en la sentencia de una cláusula “de-ahora-en-adelante” (*Von-nun-an-Klausel*), en la línea de la denominada *prospective overruling* del derecho anglosajón; es decir, se aplica el nuevo criterio sólo a los hechos que acaezcan después de su publicación (35). Ciertamente, se ha insistido en los problemas procesales que de *lege lata* comporta esta técnica, incompatible incluso, según muchos autores, con el derecho positivo alemán; pero, como apunta con razón NEUMANN, ello no obsta a la búsqueda, de *lege ferenda* de mecanismos procesales adecuados, pues “la existencia de dificultades técnicas procedimentales no puede justificar la limitación de principios fundamentales del Estado de Derecho” (36).

5. En los apartados precedentes hemos analizado las dos cuestiones nucleares que suscita la sentencia de 28 de febrero de 2006. Antes de cerrar esta contribución, debemos todavía poner de relieve algún otro problema concernido por dicha resolución.

---

(33) Véase FERRERES COMELLA, V., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), p. 195 (cursivas allí).

(34) Insiste en este dato VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia...*, ob. cit. (nota 15), pp. 163 y 169.

(35) Más detalles sobre estas técnicas en FERRERES COMELLAS, V., *El principio...*, ob. cit. (nota 15), pp. 186 y ss. y MADRID CONESA, F., *El principio...*, ob. cit. (nota 14), pp. 17 y ss.

(36) Véase NEUMANN, U., “¿Pueden tener...?”, ob. cit. (nota 30), p. 117.

En primer lugar, tanto el voto particular que la acompaña, como alguno de sus comentaristas, han destacado que podría incurrir en una *reformatio in peius*, lesiva del derecho de defensa pues, como nos recuerda MANZANARES SAMANIEGO, ni el recurrente, ni el Ministerio Fiscal al apoyar el recurso, suscitaron la cuestión de la redención de penas por el trabajo, limitándose a rechazar la formación, por la Sala de instancia, de dos bloques de condenas y a solicitar que se construyera uno solo, a los efectos de la “refundición” prevista en el artículo 988 de la LECrim. De manera que “ni el acusado ni el fiscal tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre una materia cuya resolución en contra del reo deja sin efecto práctico la estimación del recurso” (37).

Tienen también razón los magistrados que suscriben el voto particular discrepante, cuando denuncian que el “giro interpretativo” llevado a cabo en la sentencia, “tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto” y su eco “en los medios de comunicación y en la opinión”. Pero, como destaca VIVES ANTÓN, “la tan celebrada ‘interpretación novedosa’ no parece una victoria del Estado de derecho, sino más bien una grave claudicación de éste: una renuncia singular a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables y, también, una renuncia singular de la sumisión de los jueces a la ley” (38). Enlaza, en último término, esta resolución con aquellas medidas legislativas, incorporadas en la LO 7/2003, ya mencionada, que comportan un régimen de excepción en el tratamiento penitenciario del terrorismo y también entonces fue el mismo legislador quien, de manera muy controvertida, estableció el carácter retroactivo de los mecanismos restrictivos de acceso al tercer grado y a la libertad condicional, que entonces se introdujeron (39).

En definitiva, primero el legislador y ahora el Tribunal Supremo entran en la peligrosa vía de intentar soluciones *ad hoc*, de dudosa constitucionalidad, para salir al paso de la clamorosa falta de previsión legislativa en relación a un problema central de política criminal cual es el del tratamiento sancionatorio

---

(37) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), p. 4.

(38) Véase VIVES ANTÓN, T.S., “Una sentencia...”, ob. cit. (nota 12).

(39) Para una crítica de esta aplicación retroactiva, en contra del reo, de algunas de las previsiones incorporadas en la LO 7/2003 véase, entre otros autores, JUANATEY DORADO, C., “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho penal”, *La Ley Penal* 9/2004, pp. 5-30 (pp. 27 ss.); SANZ MORÁN, A.J., “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, *Revista de Derecho Penal* n.º 11 (enero 2004), pp. 11-40 (pp. 21-22) y VIDALES RODRÍGUEZ, C., “La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan. Razones para un debate acerca de su posible inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Penal* n.º 12 (mayo 2004), pp. 93-113 (pp. 104 y ss.)

adecuado del delincuente habitual peligroso de criminalidad media y grave, categoría a la que se adscriben también (pero no sólo ellos) los miembros de las organizaciones terroristas. De nuevo MANZANARES SAMANIEGO llama la atención sobre el hecho de que la situación que ha provocado esta “novedosa” resolución —la eventual excarcelación prematura de un peligroso delincuente— es algo que debió ser previsto hace tiempo por el legislador, que no sólo mantuvo, hasta 1995, una generosa redención de penas por el trabajo, que “reducía exageradamente la duración real de nuestras penas carcelarias”, sino que ni siquiera se ha planteado alternativas ante la ausencia de mecanismos que sí existen en otros sistemas legales como “la prisión perpetua con revisión tras algunos años de cumplimiento efectivo” (40) o, como hemos apuntado en alguna otra ocasión, la eventual previsión de medidas asegurativas adecuadas (41). No deja de ser sintomático, en este sentido, que buena parte de la argumentación desplegada por la STS de 28 de febrero de 2006, para justificar su novedosa interpretación, no consiste sino en criticar la situación legislativa existente. Pero la solución de ello compete al legislador, no al juez.

---

(40) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Apuntes de urgencia...”, ob. cit. (nota 3), p. 2.

(41) Véase SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid 2003, pp. 215 y ss. y “Reflexión de urgencia...”, ob. cit. (nota 39), pp. 18 y 29.

---

# DERECHO COMPARADO

---

# **LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL NUEVO MILENIO: ACERCA DE LAS POSIBILIDADES DE VIGILANCIA GLOBAL SOBRE LA POBLACIÓN DE LA NUEVA LEY ANTITERRORISTA FRANCESA**

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

*Doctor en Derecho*

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. CONTEXTO DE LA NUEVA NORMA: SITUACIÓN REAL EN FRANCIA.
  - III. UNA LEY POLÉMICA.
  - IV. CONTENIDO DE LA NUEVA NORMA.
  - V. OBJECIONES AL TEXTO NORMATIVO.
  - VI. CRIMINALIDAD E INTIMIDAD.
  - VII. ¿ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE LA VIDEOVIGILANCIA GLOBAL?
  - VIII. DIFERENCIAS ENTRE LA NORMATIVA FRANCESA Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.
  - IX. TERRORISMO Y VIGILANCIA *VERSUS* SEGURIDAD Y LIBERTAD.
  - X. CONCLUSIONES.
- 

Puede decirse que tras los atentados terroristas de Nueva York, Madrid y Londres nada va a ser igual en Derecho. Tras los últimos atentados de los días 7 y 21 de julio de 2005 en Londres se constató cómo la videovigilancia fue una de las armas esenciales para la detección y anulación del grupúsculo terrorista responsable de los macroatentados. Como consecuencia de este hecho, la

Asamblea Nacional y el Senado francés (amedrentados por la convicción de que el país galo es uno de los objetivos principales de futuros atentados islamistas) ha dictado una ley que posibilita no sólo el control global mediante la videovigilancia sino además la intervención formal de importantes aspectos de la vida de sus ciudadanos como son los datos externos relativos a sus comunicaciones telemáticas y telefónicas, con grandes potestades en relación a la manipulación de esta información. Como consecuencia, dicha norma ha creado una gran inquietud y alarma en los sectores doctrinales vinculados a la defensa de los derechos humanos. El presente artículo tras analizar el articulado de la ley, busca estudiar las raíces del problema que no es otro, que el eterno conflicto entre libertad y seguridad. Igualmente se analizan las posibilidades que puede tener un moderno Estado de Derecho para, conservando sus libertades y no decayendo en un mundo *orwelliano*, luchar de una forma eficaz contra el terrorismo utilizando las modernas tecnologías. Para ello es absolutamente necesario comprender qué es el terrorismo y cuáles son sus mecanismos de actuación.

## I. INTRODUCCIÓN

En los medios jurídicos, sobre todo en aquellos comprometidos con la defensa de los derechos fundamentales se ha creado cierto desasosiego e inquietud con la reciente aprobación de la ley francesa antiterrorista que facilita una vigilancia electrónica masiva sobre la población civil en determinadas áreas urbanas.

Esta preocupación por la protección jurídica se incardina dentro de la inquietud que genera la multiplicación y potencialidad de los procedimientos telemáticos susceptibles de vulnerar la intimidad como son, además de la videovigilancia, los medios técnicos de captación y transmisión de la imagen y del sonido. Del mismo modo y por consecuencia, también preocupa la utilidad que se puede dar a la acumulación y procesamiento de información en general y de los datos de carácter personal de amplias masas de grupos de ciudadanos.

Como sostiene WHITAKER,<sup>(1)</sup> las modernas tecnologías comportan una nueva visión de la intimidad. La revolución de la información y el auge de la sociedad informatizada están reconstruyendo actualmente las estructuras del poder a escala global. Como señala el autor “las nuevas tecnologías hacen cada vez más transparentes a las personas, y reducen sin cesar los espacios privados en los que la gente se retraía para refugiarse y dedicarse a sí misma”.

---

(1) Vid. WHITAKER, Greg, *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad*, (trad. Lluís Prat), Barcelona, 1999, en esp. pp. 29 y ss.

De otro lado, el siglo XXI ha amanecido conmocionado y amedrentado por el denominado terrorismo a gran escala. Como refiere VERDÚ<sup>(2)</sup>, las intromisiones globales sobre la intimidad que antaño nos parecían inconcebibles son actualmente aceptadas porque el terrorismo ha convertido a la seguridad en un valor en alza. Este fenómeno ha afectado de tal forma a nuestra época que ya ha merecido apelativos tales como “*sociedad de riesgos*”, denominación de BECK<sup>(3)</sup> o “*la era del terrorismo*” de GUELKE<sup>(4)</sup>, y sus iconos más representativos son los atentados de Nueva York, Madrid y Londres. Junto al dolor por las víctimas fallecidas, la sociedad constata cómo la seguridad global, que pareció haberse recuperado tras el fin de la guerra fría, se resquebraja paulatinamente tras cada nuevo macroatentado.

Fuera de todo planeamiento sociopolítico, para un analista jurídico el terrorismo es un delito, una contravención a las líneas fundamentales del Estado de Derecho. Por ello, el análisis de la videovigilancia como método de reacción contra el delito debe ser realizado desde un ángulo jurídico criminal, más que administrativo, filosófico o sociológico.

Que el delito evoluciona con la sociedad y la civilización es algo que puso ya de relieve NICEFORO<sup>(5)</sup> a finales del siglo XIX. La globalización está transformando también el concepto de la seguridad colectiva y los nuevos riesgos personales, familiares y colectivos demandan importantes transformaciones de las funciones y capacidades de las administraciones públicas. Fruto de la globalización, el terrorismo se ha “desterritorializado”, realmente ya no existe ninguna zona en el planeta que pueda considerarse excluida de dicha amenaza. La revolución de las comunicaciones hace que un atentado en Japón, Australia, Nigeria o Argentina tenga repercusión en otras zonas remotas del planeta<sup>(6)</sup>. El terrorismo es ya un fenómeno mundial, no existen ya determinadas “zonas

---

(2) Vid. VERDÚ, Vicente, *El estilo del mundo. La vida en el capitalismo de ficción*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2003, p. 168.

(3) Vid. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús Alborés Rey Jesús), Siglo XXI de España Ed. Madrid, 2002.

(4) Vid. GUELKE, Adrian, *The Age of Terrorism and the International Political system*, Londres/Nueva York, 1995, Caps. 1 y 2.

(5) Vid. NICEFORO, Alfredo, *La transformación del delito en la sociedad moderna*. (Trad. de Bernaldo de Quirós, prólogo de Rafael Salillas), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1902, p. 16.

(6) Sin embargo, como sostiene WALDMANN, Peter, “El terrorismo: concepto, estrategia y alcance”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. IX, 1998, p. 187, el efecto traumático que produce la explosión de una bomba en Lima o Caracas no puede equipararse al que produciría esa misma bomba en Berlín o Estocolmo.

calientes” donde se puedan focalizar los conflictos como ocurría en las décadas posteriores a la segunda guerra mundial<sup>(7)</sup>. Si el terrorismo es un atentado contra el orden y la seguridad, por su propia dinámica no puede permitir que existan zonas pacíficas en el planeta pues su objetivo primario es la desestabilización. Por lo tanto, supone un grave problema de miopía de los gobernantes contemplar el terrorismo como un problema de seguridad interna.

Tal como refiere ESPIGARES MIRA<sup>(8)</sup>, siendo el terrorismo un crimen transnacional, con hechos delictivos que se gestan en un país, se ejecutan en otro y con unas posibles consecuencias en terceros, ha de haber respuesta homogénea del conjunto de países implicados. Por ello considero que compartir la información y la coordinación de actuación entre los países es una de las piezas claves de la lucha terrorista.

El hecho de que Estados Unidos sea el objetivo principal del terrorismo internacional no es casual. Al constituirse y autoproclamarse el gobierno estadounidense como el “gendarme del planeta”<sup>(9)</sup>, el terrorismo (que anhela causar el mayor grado de desorden y confusión) percibe que desestabilizando al país que da soporte al orden mundial, es factible desestabilizar a todo el planeta. Una vez caído el gigante entienden que les será más fácil aplicar sus propósitos: un nuevo orden basado en una nueva fuerza.

Los riesgos humanos siempre han estado asociados a catástrofes naturales o a comportamientos de los propios humanos (guerras, criminalidad, sujeción a la arbitrariedad de otro, negligencias, enfermedades...). La sociedad de riesgos aparece cuando la amenaza terrorista a la sociedad es tan trascendental que perturba las bases fundamentales de la convivencia, al conseguir el objetivo

---

(7) En cuanto a la conexión internacional entre los grupos subversivos, coincido sin embargo con SANTOS ALONSO, Jesús (“El fenómeno terrorista: particularidades de la instrucción judicial en relación con los diversos grupos criminales”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal, CEJAJ*, Madrid, 2004, p. 1287) cuando explica que ésta, a veces, y sin fundamento alguno, ha sido imaginada como una conspiración mundial, y sin embargo, y con más modestia y rigor y con más cercanía a la realidad debe ser concebida como un circuito, una red o una fraternidad en la que los grupos se ayudan unos a otros y obtienen asistencia mutua.

(8) Cfr. ESPIGARES MIRA, Jesús, “Interpol y su intervención contra la delincuencia organizada”, *Estudios jurídicos del Ministerio fiscal*, Madrid, 2004, pp. 1487-1488.

(9) Sobre el papel de Estados Unidos en el nuevo orden mundial véase BREZ-ZINSKY, Zbigniew, *El gran tablero mundial: la supremacía estadounidense y sus imperativos geoestratégicos*, Paidós, Barcelona 1998 y FERGUSON, Niall, *Colossus. The price of the american empire*, Penguin, New York, abril de 2004.

básico de todo terrorista: crear el pánico y atemorizar a la población para condicionar la conducta de sus gobernantes<sup>(10)</sup>.

Los atentados son por definición traumatizantes. Las acciones terroristas repudian deliberadamente las convenciones morales y jurídicas vigentes, en especial el principio moral básico de toda convivencia (*alterum non laedere*), y a menudo se caracterizan por su crueldad, arbitrariedad y brutalidad. No es casual que RAPPORT<sup>(11)</sup> haya dicho en este contexto que se trata de “*una política de la atrocidad*”. Lo más inhumano del terrorismo es que las víctimas tienden a ser anónimas. Las personas sacrificadas en sí no cuentan para los terroristas, tienen únicamente un valor simbólico, son portadoras de un mensaje que dice que a cualquiera puede sucederle lo mismo, sobre todo a aquellos que se interpongan en su camino o se opongan a sus planes. Detrás de las acciones late “*un discurso de odio*” que tienden a transmutar lo irracional en racional<sup>(12)</sup>.

Por ello, existe una clara relación entre el terrorismo y la guerra: el terrorismo ve en la guerra a su hermana mayor, espejo en el que se refleja. Ambas ningunean el poder de la razón para dar paso al poder de la fuerza. Por ello, en el mundo anglosajón se suele referir al terrorismo como guerra de baja intensidad (*low intensity war*).

Las acciones terroristas están generalmente bien planeadas y se realizan desde la clandestinidad. Como refiere WALDMANN,<sup>(13)</sup> ambas características tienen una estrecha relación entre sí. Adelantándonos al fondo de la cuestión podemos anticipar que si el terrorismo tiene como esencia el comportamiento oscuro y las maquinaciones secretas, el punto esencial para destruir su alcance es precisamente la información. Si se iluminan esos espacios oscuros sobre los que actúan, se puede contemplar que se trata de grupos minúsculos débiles y fácilmente atacables, si quitamos el velo de las consecuencias de la atrocidad, descubrimos con cierta perplejidad que detrás del gran atentado sólo existen grupitos nada numerosos y fácilmente reducibles por las fuerzas de seguridad. La estrategia de las grandes bandas terroristas es confundir a la opinión pública

(10) Es muy ilustrativo en relación al terrorismo islámico JORDÁN, Javier, *Profetas del miedo, aproximaciones al terrorismo islamista*, Ed. Eunsa, Pamplona, 2004, en especial pp. 33 y ss.

(11) Vid. RAPPORT, David, “The Politics of Atrocity”, *Terrorism-Interdisciplinary Perspectives*, John Jay, 1977, pp. 46-61.

(12) Como comenta CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Violencia social y seguridad ciudadana, *Revista del Poder judicial* núm. Esp. VIII, p. 99 y ss.) la irracionalidad proclive al idealismo utópico, la violencia por el propio carácter exuberante y la hiperactividad del joven hacen a éste proclive a aceptar las doctrinas irracionales del terrorismo y a poner en práctica sus medios violentos.

(13) Vid. WALDMANN, Peter, ob. cit., p. 181.

y a sus gobernantes con una repetición de conductas, haciendo creer que tras la hilera de atentados se esconde la actuación de grandes masas de población. Mas ello no es así, porque si hubiera respuesta generalizada de la población, la lucha se transformaría a campo abierto. El terrorista radical e intolerante por definición se justifica y legitima afirmando que su brutal comportamiento es tolerado y aceptado por la mayoría del grupo.

Su estrategia asimétrica consiste en distorsionar el modelo de convivencia haciéndola inviable y obligando al Estado a considerarle como un igual en un futuro tratado de pacificación. Hasta ahora, en los Estados democráticos, este tipo de intentos de implantar un programa amplio que trastoque el orden social fracasan sobre todo por la resistencia de los ciudadanos que no se someten a este tipo de coerción. La escasez de sus éxitos refleja sobre todo el punto flaco de su manera de proceder, es decir, esa característica que PARIS<sup>(14)</sup> denomina “*dependencia de la reacción*”. Los terroristas no pueden contribuir directamente para, alcanzar la meta deseada y esto es la principal diferencia que existe entre el terrorismo y las demás estrategias violentas. Ellos pueden únicamente esperar que se presente una situación sociopolítica favorable para su propósito y dar un impulso en forma de mensajes violentos para provocar el proceso revolucionario que quieren conseguir, el resto depende de los actores colectivos relevantes, en particular del Estado, de determinados grupos de la población y de la opinión pública. En esto se encuentra la principal dificultad immanente a su estrategia. Si el Estado se percata de sus intenciones o si las masas no reaccionan ante su oferta de liberación, fallan sus cálculos y su proyecto queda en el aire.

Por ello, con acierto, afirma IVIANSKY<sup>(15)</sup> que terrorismo es la estrategia violenta preferida por los grupos relativamente débiles. Las organizaciones terroristas no son suficientemente poderosas como para ocupar una parte del territorio nacional, sea un barrio o una zona apartada, y ofrecer resistencia abierta al poder estatal. Por eso se sumergen en la ilegalidad y operan en secreto. Podemos así describir el terrorismo, siguiendo a Brian Michael JENKINS, como:

*“violencia o amenaza de violencia calculada para inspirar temor y para crear una atmósfera de alarma, la cual a su vez causará que la gente exagere la fuerza de los terroristas y la importancia de su causa”.*

---

(14) Vid. PARIS, Rainer, “Dar kurze Atem dar Provokation”, *Kölner Zeitschrift, für Soziologie und Sozialpsychologie*, año 41, 1989, pp. 33-52.

(15) Vid. IVIANSKY, Zeiev, “Individual Terror: Concept and Typology”, *Journal of Contemporary History*, núm. 12, 1977, pp. 43-63.

La estrategia del terror radica en ofuscar el racionamiento al infundir dentro de la población un sentimiento tan primitivo como el miedo. Su planteamiento es buscar y manipular la opinión pública, porque como señalaba BECCARIA <sup>(16)</sup> “*el verdadero tirano siempre comienza gobernando la opinión pública*”. Con el temor se resquebraja la línea fundamental sobre la que los gobernantes legitiman su actuación que es el mantenimiento del orden social.

Pues, uno de los fundamentos de la cohesión social, y por ello función esencial del Estado, ha sido siempre la provisión de servicios de seguridad y de prevención de riesgos. Pero lo característico de las sociedades globales y tecnológicas actuales es la intensificación y multiplicación de los riesgos como consecuencia del curso tomado por el desarrollo humano. Los riesgos ecológicos, nucleares, energéticos, infraestructurales, químicos, genéticos, demográficos, de guerra, de salud, alimentarios, de transporte, laborales, de ruptura social, y un largo etcétera no tienen parangón con los vividos en otras épocas. La sociedad tecnológica afecta también al terrorismo que evoluciona con ella. Por eso la respuesta a este nuevo tipo de terrorismo, para no constituir sociedades inermes, tiene que ser también tecnológica.

Cuando hablo de tecnología no me refiero sólo a avances mecánicos utilizados como instrumentos en los nuevos atentados. El terrorista por esencia busca el terror y éste sólo se puede producir si la gente es perfectamente consciente de lo que ha hecho, dicho de otro modo busca la mayor publicidad de sus acciones.

Por eso, MAC LUHAN afirmó, en una entrevista en el año 1978, que el terrorismo es un software y afirmó que “*sin comunicación no habría terrorismo*”. Del mismo modo, Jan SCHREIBER, miembro del Centro Harvard de Derecho Penal, afirma que:

*“se puede trazar el diagrama del proceso de la comunicación terrorista mediante un triángulo: el terrorista sería el sujeto, el Gobierno al que se opone, el objeto, y la víctima el medio”.*

Aunque sólo tocaremos este tema tangencialmente, sí puedo apuntar que la responsabilidad de los medios de comunicación es un tema esencial en el tema de la dinámica de desarrollo del fenómeno terrorista. Como apunta RODRIGO ALSINA <sup>(17)</sup> “*los medios de comunicación pueden crear, sobre todo a partir de la telematización, un clima de opinión de alarma social que, en determinados casos, reforzará la concepción de algunas personas sobre la inseguridad ciu-*

---

<sup>(16)</sup> Vid. BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (trad. Francisco Tomás y Valiente), Ed. Aguilar, 1982, Madrid, p. 160.

<sup>(17)</sup> Vid. RODRIGO ALSINA, Miquel, “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, 1999, p. 87.

*dadana*". El autor constata que estos delitos tienen "una estructura melodramática" que hace que nos enfrentemos con el dilema entre el negocio y la responsabilidad social de los medios de comunicación. En efecto hay algo de dramático en los escenarios calamitosos dibujados por el terrorismo, así THUILIER<sup>(18)</sup> los define como "una puesta en escena de la violencia". Basta examinar los atentados en las Torres Gemelas neoyorquinas para concienciarnos del alto grado de influencia del dramatismo de Hollywood en el comportamiento de los radicales islamistas. El terrorista busca ante todo comunicar a la población un mensaje, un mensaje dramático.

Como refiere HACKER<sup>(19)</sup> "fiat spectaculum percat mundos" cuanto más sensación mejor), el drama se justifica por su efecto propagandístico, sin perjuicio de las consecuencias, costes y víctimas.

Dicho mensaje cuajará mejor en la población cuanta mayor difusión tenga, así BARBIELINI<sup>(20)</sup> nos comenta cómo cada una de las distintas fases del secuestro del primer ministro italiano Aldo Moro por las Brigadas Rojas reportó un increíble éxito editorial en materia de ventas a la par que coadyuvaba en producir una auténtica conmoción a nivel nacional. Sea como fuere, como refiere OBACH<sup>(21)</sup> parece que es difícil romper la dinámica informativa porque esta atracción hacia lo negativo y hacia la violencia ya se ha incorporado en los hábitos profesionales de los periodistas.

Hace muchos años, un auténtico sabio, Blaise PASCAL afirmó "todo tiene dos caras". Como refiere LUCAS MURILLO DE LA CUEVA<sup>(22)</sup> "el progreso científico y los avances tecnológicos son susceptibles de un doble uso, a veces inconsciente. Son medios o instrumentos, cuyo sentido, desde el punto de vista

---

(18) Vid. THUILIER, François "La menace terroriste: essai de typologie", *Revue politique et parlementaire*, núm. 1028, 2004, p. 42.

(19) Vid. HACKER, Friedrich, *Terror. Mito-realidad-análisis*, (trad. Ana M.<sup>a</sup> de la Fuente) Plaza y Janes, Barcelona, 1975, p. 22.

(20) Vid. BARBIELINI, Gaspare, "Responsabilidad de los medios informativos II", *Terrorismo y medios de comunicación social*, Ministerio del Interior, Madrid, 1984, pp. 63-64.

(21) Vid. OBACH, Xabier, "La violència als informatius de televisió", *Quaderns del CAC*, núm. 2, octubre, 1998, p. 33. El autor sostiene que las cadenas de televisión emiten escenas impactantes de los hechos violentos como cebo para atraer la atención del público y para ganar más dinero.

(22) Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "Avances tecnológicos y Derechos fundamentales. Los riesgos del progreso", *Derechos Humanos y nuevas tecnologías (Colección jornadas sobre Derechos humanos)* núm. 6, Ararteko, Vitoria, 2003, p. 35.

*moral, dependerá de la finalidad que se apliquen. Cabrá, por tanto, que desplieguen efectos positivos, negativos o, más raramente neutros. Todo depende del objetivo que con ellos se persiga”.*

El problema de la videovigilancia electrónica como instrumento de represión global radica en cómo compatibilizar las exigencias de orden y libertad, que actualmente se traduce en cómo implantar unos sistemas de vigilancia electrónica que garanticen la seguridad colectiva y a la par respeten la intimidad individual. De otro lado la videovigilancia sólo tiene sentido si la contemplamos desde el punto de vista criminal, tanto *a priori* si lo contemplamos como medio de prevención general como *a posteriori* si lo contemplamos como una prueba lícita obtenida por las autoridades en el marco del proceso penal.

## II. CONTEXTO DE LA NUEVA NORMA: LA SITUACIÓN REAL EN FRANCIA

Como vimos históricamente Francia ha sido el país que ha tenido una mayor influencia no sólo en nuestra cultura sino también en nuestra forma de ser y los planteamientos filosóficos galos se han extrapolado a España con suma facilidad. Por lo tanto, un texto normativo como el recientemente publicado que replantea las relaciones entre individuo-Estado de esta envergadura no puede ser ninguneado dándole un carácter residual o minimizando su verdadero alcance.

Para entender esta ley, es preciso concienciarse de que existe una auténtica conciencia nacional en Francia y en los franceses, de que son un objetivo prioritario del terrorismo islámico. De hecho Francia fue, en 1986, el primer país occidental que sufrió en sus carnes las consecuencias de este nuevo género de violencia extremista. Prescindiendo de antecedentes remotos como la batalla de Poitiers (año 732), donde Carlos Martel frenó el imparable progreso árabe hacia Europa, el conflicto del país de Clodoveo con el Islam se remonta a muy lejos cuando Francia como abanderado de la cristiandad tiene un papel estelar en la época de las Cruzadas. Así fue en Francia el 27 de noviembre de 1095, último día del Concilio de Clermont, en Alvernia, cuando Urbano II proclama la Primera Cruzada, a las que seguirán otras ocho en casi todas las cuales Francia ocupa un papel principal, finalizando dicha era cuando Luis IX de Francia sucumbe víctima de una epidemia en Túnez (1270).

Posteriormente, tras la revolución de 1789, Francia muda su papel y se muestra al mundo como un país abanderado del laicismo. Paralelamente, los conflictos con el mundo islámico se intensifican el 5 de julio de 1830 cuando ocupa Argelia (que será colonia gala 132 años). A continuación Francia extenderá su poderío por todo el Magreb (Mauritania, la mayor parte de Marruecos países casi totalmente islámicos) y por numerosos países subsaharianos cuyos

habitantes, bien mayoritariamente bien en un alto porcentaje, profesan la religión de Mahoma<sup>(23)</sup>.

Igualmente, el fenómeno de la descolonización no fue en modo alguno pacífico, estando presente en la memoria de algunos la guerra de Argelia (y las acciones terroristas del GIA). Francia, directa o indirectamente, no ha dejado de estar presente militarmente en el norte de África. Paralelamente, como secuela de ese movimiento colonizador se produce el desplazamiento de amplias masas de población de los países colonizados a la metrópoli. Actualmente se constata la presencia de más de cinco millones de musulmanes en territorio franco (lo cual comporta como fenómeno natural la posibilidad de la existencia de grupúsculos de fanáticos de dicha religión). No hemos de olvidar que personajes como el Ayatolá Jomeini, hasta la caída del Sha, tomó el suelo galo como país de residencia y centro de operaciones de su movimiento integrista. Posteriormente surge la existencia de conflictos recientes como la normativa de 2004 que prohíbe el uso de signos religiosos ostentosos en las escuelas públicas francesas, entre ellos el conflicto del velo<sup>(24)</sup>, la participación de Francia en el conflicto de Afganistán, la adopción por Naciones Unidas, a iniciativa de París y Washington, de la resolución 1559 contra Siria, etc. A ello cabría añadir que con posterioridad a la norma la situación se ha complicado con la postura activa de cierto sector de la prensa francesa reproduciendo las tristemente famosas viñetas ofensivas hacia la figura del profeta Mahoma. En definitiva, un macroatentado terrorista en el territorio galo no podría ser considerado como una sorpresa.

El gobierno francés (y sus servicios de inteligencia<sup>(25)</sup>) parecen conscientes que este cúmulo de factores puede atraer sobre su país la ira de radicales

---

(23) Así cabe citar a Gambia (donde el 95% de los habitantes profesan el credo islámico), Senegal (el 90% son musulmanes), Guinea Conakry (85%), Níger (80%), Malí (70%), Chad (51%), Burkina Fasso (30%), Camerún (22%), Benín (15%), República Centroafricana (15%), Togo (10%), Congo (2%) y Gabón (2%).

(24) Realmente, más que al velo y al chador, la prohibición alcanza al *Island islamique* (un pañuelo que cubre el pelo y el cuello). La prohibición arranca del Avis del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1989 (n.º 346.893) Dicho Avis fue desarrollado por los Arrêts de 2 de noviembre de 1982 y de 14 de marzo de 1994. Consultan, respectivamente, la *Revue française* n.º 1/1990, (pp. 6-9), 1/1993 (pp. 118-119) y *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger* 1-1995 (pp. 245-250).

(25) En este sentido el vespertino *Le Monde* (jueves 15 de diciembre de 2005) asegura que la amenaza terrorista en Francia es “*especialmente elevada*”, citando un informe de la Unidad de Coordinación de la Lucha Antiterrorista (UCLAT). El organismo considera que cualquier argumento puede ser usado por un grupo radical para cometer y

islámicos, etc. Francia, país que a diferencia de Estados Unidos o Inglaterra, no ha sufrido ningún macroatentado, parece el objetivo. En esta clave debe ser entendido este paquete de medidas extraordinarias dirigidas a paliar en alguna medida la incertidumbre que genera dicho riesgo.

Por lo tanto, sería injusto desconocer que este menoscabo de las libertades civiles que se ha producido en Francia no es un fenómeno aleatorio o arbitrario, sino que por el contrario es proporcional a un riesgo cierto y evidente que señala al país galo como uno de los destinatarios principales de un ataque terrorista islámico. La nueva normativa francesa debe encuadrarse dentro del marco de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada en Sesión celebrada el 28 de septiembre de 2001, que ordenó a todos los Estados que forman parte de la Organización que adoptasen las medidas necesarias para prevenir y reprimir el delito de terrorismo <sup>(26)</sup>.

Desde ciertos sectores de la prensa, a mi juicio tan temeraria como injustamente, se ha llegado a afirmar que Francia ha dejado de ser un país respetuoso con la idea de la protección de los derechos fundamentales. Como refiere DÍEZ PICAZO <sup>(27)</sup>, es preciso deshacer un equívoco en materia de derechos fundamentales. Es frecuente recurrir a esta noción para clasificar a los países, así se los cataloga como respetuosos o irrespetuosos con los derechos fundamentales. Este uso del concepto toma como criterio, no las posibles vulneraciones de los mismos en casos singulares, sino la presencia o ausencia de lo que cabría llamar “macroviolaciones” de los derechos humanos. Dicho de otro modo, lo decisivo en esta materia es la actitud global y la política efectiva de los Estados hacia los derechos humanos. Con este significado, por ejemplo, debe ser entendido el artículo 6.º del TUE cuando establece entre otros el respeto a los derechos humanos como requisito de pertenencia a la Unión Europea.

---

justificar un atentado en Francia. La UCLAT alerta sobre todo de la integración del argelino Grupo Salafista para la Predicación y el Combate (GSPC) integrado en el movimiento internacional de Yihad (guerra santa). Según el referido informe, este grupo, que hace dos meses citó a Francia como su “enemigo número uno”, se ha aliado con radicales marroquíes y tunecinos para aumentar su fuerza. Otra razón de preocupación de los expertos en la lucha antiterrorista es la existencia de “*delincuentes comunes que se han convertido al Islam en la cárcel y que una vez fuera financian la causa islamista mediante la comisión a través de la delincuencia ordinaria*”.

<sup>(26)</sup> También es destacable la posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre la Aplicación de Medidas Específicas de Lucha Contra el Terrorismo, adoptada por la Unión Europea inmediatamente después de los atentados del 11 de septiembre y que contiene la primera definición europea de lo que se entiende por delito terrorista.

<sup>(27)</sup> Vid. DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 150.

Y es aquí donde es preciso deshacer el frecuente equívoco: un país respetuoso con los derechos fundamentales no es aquel donde no se produce limitaciones o vulneraciones en el contenido de los mismos, sino aquel donde se violan de una forma masiva y sistemática. Los derechos humanos no presuponen un comportamiento inmaculado e irreprochable por parte de los gobernantes y funcionarios públicos sino más bien parten de lo contrario: se basan en la convicción de quien detenta el poder tiende a abusar de él, y hay que imponerle límites en su ejercicio.

### III. UNA LEY POLÉMICA

Tras la aprobación en Francia, con Italia quizá la nación más afín culturalmente a España, de la "*Ley relativa a la lucha contra el terrorismo y que contiene diversas disposiciones relativas a la seguridad y a los controles fronterizos*", Ley núm. 64, de 23 de enero de 2006, se ha desencadenado un fuerte debate doctrinal por toda Europa. El aspecto más controvertido de dicha norma es que prevé un uso generalizado de la vigilancia electrónica así como una intervención administrativa de los aspectos formales de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y una consiguiente manipulación de la información obtenida.

El proyecto de la actual ley (núm. 2615, depositado el 26 de octubre de 2005) fue presentado en la Asamblea Nacional a iniciativa fundamentalmente del Ministro del Interior Nicolás Sarkozy. La Comisión legislativa convocada para debatirlo nombró con fecha de 19 de octubre de 2005 a Alain Marsaud como ponente quien realizó el preceptivo Informe (núm. 2681) que fue depositado el 16 de noviembre de 2005, tras la primera lectura por la Asamblea Nacional el 29 de noviembre de 2005 (TU núm. 506) y fue aprobado por la Asamblea Nacional después de la declaración de urgente<sup>(28)</sup>. Llevado el proyecto al Senado se nombró ponente del Proyecto núm. 109, el 30 de noviembre de 2005 al senador Jean-Patrick Courtois quien presentó su informe (núm. 117) con fecha de 6 de diciembre. Finalmente fue aprobado por el Parlamento el 22 de diciembre del mismo año sobre un texto de síntesis elaborado en comisión mixta paritaria (CMP) formada por catorce diputados y senadores. Desde la primitiva redacción del anteproyecto ya fue objeto de arduos debates<sup>(29)</sup>. Du-

---

(28) El Proyecto recibió el apoyo de los partidos conservadores gubernamentales (Unión por un Movimiento Popular y Unión por la Democracia Francesa).

(29) En el alegato de los más de sesenta senadores ante el Consejo Constitucional consideran el texto "liberticida" y contrario a la Carta Magna; postura compartida por diversas asociaciones de derechos humanos. En la Asamblea Nacional (Cámara de diputados), el grupo político conservador gubernamental UMP y la formación centrista liberal

rante la tramitación del proyecto el Ministro de Interior fundamentó la nueva ley “*en las exigencias de la seguridad pública cuyo deber es asegurar la seguridad de las personas*”. Asimismo consideró que era “*una polémica estéril*” las críticas al texto, rechazando las acusaciones de “*Estado policíaco*”. Ya desde el primer momento el ministro vinculó la nueva norma con la inquietud ocasionada por los atentados de Londres.

La norma, que fue objeto de consulta ante el Consejo Constitucional en sus artículos 6.º a 8.º y 19 por más de sesenta senadores pertenecientes al grupo mayoritario de la oposición, fue declarada conforme a la Constitución por él en su decisión (2005/532) de 19 de enero de 2006, y publicada por dicho órgano en el Diario Oficial núm. 20 con fecha de 24 de enero de 2006. Esta impugnación equivaldría en nuestro ordenamiento a un extinto recurso previo de constitucionalidad. Sin embargo el Consejo Constitucional declaró no conforme a la constitución la expresión “y reprimir” del artículo 6.º pues se consideró que no respetaba el principio de división de poderes y el artículo 19.

La ley debe ser enmarcada dentro del arsenal normativo galo de leyes contra el terrorismo. La Ley 2000-516, de 15 de junio reformó el artículo 706-16 del Código de Procedimiento Penal permitiendo prolongar a 48 horas en los supuestos de delito de terrorismo. A su vez cabe citar la Ley núm. 2001-1062, de 15 de noviembre de 2001 (que es reformada por la nueva ley), sobre seguridad cotidiana y la Ley núm. 66, de 19 de marzo de 2003 sobre seguridad interior. No debemos olvidar que esta Ley incrementó el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos, e incrementó la competencia estatal sobre el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas. También es destacable la Ley núm. 2000-719, de 1 de agosto de 2000, que modifica la Ley núm. 86-1067, de 30 de septiembre de 1986, relativos a la libertad de comunicación<sup>(30)</sup> y la Ley núm. 91-646, de 10 de julio de 1991, relativos al secreto de correspondencia emitidas por medio de comunicaciones electrónicas y la Ley 2003-239, de 18 de marzo de 2003<sup>(31)</sup>, para la seguridad interior.

Según el comunicado del Consejo de Ministros cuya cabeza es el premier Dominique de Villepin, la amenaza terrorista y las enseñanzas “operativas” imponen adoptar nuevos instrumentos jurídicos “*en el respeto del equilibrio necesario entre las exigencias de la seguridad y las de las libertades*”, consta-

---

UDF votaron a favor, los parlamentarios socialistas se abstuvieron, pero sus compañeros del Senado votaron en contra, al igual que los Verdes y los radicales de izquierda. Nada más aprobarse en la Asamblea la norma el diputado Jean-Pierre Sueur anunció la intención de su grupo de recurrir.

(30) Diario Oficial núm. 177, de 2 de agosto de 2000, pp. 11.903 y ss.

(31) Diario Oficial núm. 66, de marzo de 2003, pp. 4.761 y ss.

tando que “*Francia no está a salvo de ataques similares*” a los de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), reza el proyecto de ley.

#### IV. CONTENIDO DE LA NUEVA NORMA

La norma no se constituye propiamente como un cuerpo legal autónomo sino que la mayoría de sus disposiciones van dirigidas a la reforma de otras disposiciones. Se compone de 33 artículos (con once capítulos). A efectos de este trabajo resultan especialmente interesantes: el capítulo I (artículos 1.º y 2.º) “Disposiciones relativas a la videovigilancia”, el capítulo II (artículos 3.º a 6.º) “Control de desplazamientos y comunicación de los datos técnicos relativos a las comunicaciones telefónicas e informáticas de las personas susceptibles de participar en una acción terrorista” y el capítulo III (artículos 7.º a 10) “Disposiciones relativas a los tratamientos automatizados de datos de carácter personal”, el capítulo VII (artículo 22) “Disposiciones relativas al sector audiovisual”, el capítulo IX (Disposiciones relativas a las actividades privadas de seguridad y a la seguridad aeroportuaria) y el artículo 32 (incluido en el capítulo XI relativo a las Disposiciones finales) que otorga a la norma el carácter de derecho temporal, estableciendo que su vigencia se extingue el 31 de diciembre de 2008.

El capítulo I de la ley (Disposiciones relativas a la videovigilancia) modifica el artículo 10 de la Ley 95-73, de 21 de enero, sobre la orientación y programación de la seguridad que permite instalar cámaras de videovigilancia en el transporte público, estaciones de tren y metro, lugares públicos, comercios y centros de culto religioso. Asimismo se establecen facilidades para el acceso policial a los datos de los ciudadanos. La ley faculta a los servicios policiales a instalar sistemas de vigilancia fotográfica de vehículos, fotografiar a sus ocupantes y guardar las imágenes durante ocho días sin tener que pedir un mandato judicial.

Sacando las lecciones de los atentados de Londres de los días 7 y 21 de julio de 2005, donde las cámaras permitieron identificar *a posteriori* a los suicidas, la ley comienza abordando la regulación de la videovigilancia global. Conforme al artículo 1.º cuando exista un riesgo de comisión de actos terroristas, los prefectos, previa deliberación con la autoridad administrativa, tienen competencia para autorizar provisionalmente la instalación de cámaras en lugares públicos durante cuatro meses sin solicitar autorización judicial. La comisión departamental deberá ser informada inmediatamente de esta decisión. En el caso de lugares sensibles, como centrales nucleares, se faculta el uso de cámaras de vídeo como complemento de seguridad.

El capítulo II de la nueva norma instituye controles en los desplazamientos e intercambios telefónicos y telemáticos de las personas susceptibles de participar en una acción terrorista. Prevé facilitar los controles de identidad en los

trenes internacionales; precisa la definición de los operadores de comunicaciones electrónicos incluyendo a las personas que ofrecen al público con carácter profesional una conexión que permite una comunicación en línea. Igualmente se autoriza a los servicios de policía y gendarmería especializados en la prevención del terrorismo a hacerse comunicar en un marco administrativo algunos “datos técnicos” tenidos por los operadores de comunicaciones electrónicos.

Se contempla el control de los viajes a los llamados “países de riesgo”, como por ejemplo aquellos que forman la ruta de los musulmanes europeos que se incorporan a los grupos insurgentes en Irak. Las empresas de transportes (por vía terrestre, ferroviaria, marítima o aérea) están obligadas a entregar a las autoridades los datos de sus pasajeros y facilitar controles de identidad de los viajeros en los trenes transfronterizos, así como la vigilancia automática de vehículos. Se establecen facilidades para el acceso policial a los datos de los ciudadanos, asimismo un control de identidad en los trenes que circulen dentro del territorio cerca de las fronteras.

Asimismo, consciente del *modus operandi* de la actuación de los terroristas en los macroatentados de Nueva York, Madrid y Londres el texto refuerza el control de las comunicaciones por teléfono e Internet. El artículo 6.º introduce un nuevo apartado en el artículo 34.-L-1-1 del Código de puestos y comunicaciones electrónicas que obliga durante el referido período a las compañías de móviles y a los proveedores de Internet a almacenar, los datos de las conversaciones telefónicas o de las comunicaciones mediante correo electrónico<sup>(32)</sup>. La autoridad gubernativa no fiscaliza el contenido material de las comunicaciones, simplemente supervisa los aspectos formales o superficiales donde se desarrolla la comunicación<sup>(33)</sup>. Dichos datos son conceptuados por la ley bajo la difusa definición de “datos técnicos”. La lista de datos no es restrictiva, será necesario esperar al Decreto de aplicación para concretar su contenido preciso. Prescindiendo del antiguo requisito de autorización judicial, se introduce un procedi-

---

(32) En cuanto al coste de la conservación de los datos el artículo 6.º de la Ley 2006-64, anticipándose al texto de la próxima Directiva comunitaria sobre la materia que prevé “una disposición que obliga a los estados miembros a compensar a los proveedores de las comunicaciones electrónicas de los costes excesivos soportados por su obligación de conservación”. El referido artículo 6.º introduce en el artículo L. 34.1-1 del CPCE (Código de puestos y comunicaciones electrónicas) un apartado que dice “los costes excesivos identificables y justificados que expongan los operadores y demás personas comprendidas en esta ley serán objeto de compensación financiera”.

(33) Concretamente en Internet, se exige que se facilite las direcciones “IP”, las cuales asocian la fecha y la hora de la conexión, la transferencia de ficheros o blogs en la red y las peticiones de mensajes. En el marco de las comunicaciones telefónicas se exige que se facilite el número del teléfono comunicante y del receptor, la terminal utilizada, la fecha y la duración de la llamada.

miento por el que la autoridad administrativa (policía y gendarmería) pueden exigir a dichas empresas que le faciliten dicha información. No se controla el contenido de los mismos, sino los números marcados o el destinatario, la duración y fecha de la llamada o contacto y el remitente. Se asimilan los cibercafés a los operadores de comunicaciones electrónicas en lo que concierne a la obligación de conservación de los datos. Se exige que la demanda de los agentes deberá ser motivada y estar supeditada al criterio de una “*personalidad cualificada*”. Esta personalidad cualificada es elegida por el Ministro del Interior entre una terna de tres nombres propuesta por el CNIL (Comisión Nacional de Informática y las Libertades), y debe redactar un informe anual dirigido al CNCIS<sup>(34)</sup> (Comisión Nacional de Control de las interceptaciones de seguridad). La duración del cargo es por un período de tres años renovable.

Llegados a este punto es preciso destacar que estas dos comisiones administrativas (CNIL y CNCIS) son independientes, pero los poderes y competencias del CNIL<sup>(35)</sup> son más amplios que los de CNCIS<sup>(36)</sup>. De otro lado, se argumenta que el CNCIS, cuyos miembros son menos numerosos, presenta menos garantías de independencia. Viva muestra de la independencia del CNIL son las numerosas objeciones que planteó al proyecto de ley, objeciones que analizaremos posteriormente de una forma más detallada.

El Ejecutivo impone a los operadores telefónicos la obligación de conservar durante un año los datos de las conexiones, un período de tiempo que va en el sentido de la legislación que está elaborando los veinticinco Estados de la Unión Europea para mejorar la eficacia de la lucha antiterrorista.

Con todo, el nuevo artículo establece que los datos obtenidos son objeto de un nuevo control formal sobre la información obtenida (“*las solicitudes acompañadas de su motivo, son objeto de un registro y se comunican a la Comisión Nacional de control de las interceptaciones de seguridad*”).

El artículo fue recurrido ante el Consejo Constitucional pues se consideraba que atentaba contra el artículo 66 de la Constitución francesa donde se

---

(34) El CNCIS fue instituido por el artículo 13 de la Ley núm. 91-646, de 10 de julio de 1991, relativa al secreto de la Correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones.

(35) La Commission Nationale de l’informatique et des Libertés fue constituida por Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades, es un órgano análogo a nuestra Agencia de Protección de Datos, que goza en Francia de un gran prestigio y que actúa con gran independencia.

(36) Realmente las competencias del CNCIS son muy limitadas pues sólo puede proponer recomendaciones al ministro del interior cuando constata “un incumplimiento a las normas decretadas en el presente artículo o un ataque a los derechos y libertades” tal como establece el nuevo artículo L. 34.1 del CPCE (Código de Comunicaciones).

establece (tras prohibir la detención arbitraria) que: “*corresponde a la autoridad judicial, como garante de las libertades individuales, asegurar el respeto a las garantías individuales*”. Sin embargo, el Consejo Constitucional consideró que dicho artículo no vulneraba la norma pues se limitaba, como ya vimos, a establecer un procedimiento para requerir determinados datos a la autoridad administrativa y asegura la conciliación entre el respeto a las libertades individuales y la vida privada de las personas, de un lado y la prevención hacia actos terroristas del otro. Sin embargo el Consejo Constitucional, al amparo del principio de separación de poderes, exigió que se suprimiera la frase “*de reprimir*” pues, en efecto sólo la autoridad judicial esta facultada para castigar.

Dentro de este paquete de draconianas medidas, la nueva normativa en su artículo 8.º, permite instalar cámaras de videovigilancia en el transporte público, estaciones de tren y metro, lugares públicos, comercios y centros de culto religioso. Se posibilita a los prefectos la facultad para instalar cámaras en lugares públicos durante cuatro meses sin solicitar autorización judicial y las “*personas morales*” pueden filmar en los alrededores de sus edificios. En el caso de lugares sensibles, como en el metro, los aeropuertos, estaciones ferroviarias, centrales nucleares, grandes zonas industriales, pero también en las aceras de zonas comerciales o lugares de culto. Igualmente se posibilita el uso de cámaras de vídeo como complemento de seguridad. Los servicios policiales podrán también instalar sistemas de vigilancia fotográfica que controlen a vehículos, fotografiar a sus ocupantes y guardar las imágenes durante ocho días sin tener que pedir un mandato judicial.

El Consejo Constitucional entendió que el precepto garantizaba el equilibrio entre el respeto a la vida privada y la necesidad de salvaguardar el orden público. Sin embargo, se plantea en el horizonte la compatibilidad de la nueva norma francesa con la Directiva 2002/58 CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos de carácter personal y protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>(37)</sup>.

El capítulo III (artículos 7.º a 10) sistematiza las disposiciones sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal facilitados a los servicios de policía, especialmente encargados de prevenir las acciones terroristas, el acceso a la información y el posterior análisis de dichos datos, información recogida en

---

(37) También es necesario tener presente las dificultades de armonización de la nueva norma con la jurisprudencia del TEDH, así la STEDH Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000, la cual establece que no es lícita la conservación de fichas personales por los servicios secretos. Un interesante resumen del cuerpo jurisprudencial lo hallamos en la STEDH Rotaru c. Rumania de 4 de mayo de 2000.

el marco de los transportes de viajeros <sup>(38)</sup>. Refuerza el dispositivo de vigilancia automático de los vehículos en algunas zonas de riesgos y aumenta las posibilidades de consulta de algunos ficheros administrativos del Ministerio de Interior por los servicios de policía especialmente encargados de prevenir las acciones terroristas. Dentro de estos paquetes de medidas de control y fiscalización, se regulan los tratamientos automatizados, por el Ministerio de Interior, de los datos de carácter personal relativos a los viajeros de fuera de la Unión Europea en el marco de la lucha contra el terrorismo y contra la inmigración clandestina (artículo 7.º de la Ley 2006-64).

El artículo 9.º habilita a la gendarmería y a la policía encargadas de la lucha contra el terrorismo a tener acceso a diferentes ficheros y registros públicos (tales como tarjetas de identidad, matrículas de vehículos, datos relativos a la entrada en territorio por extranjeros, inmatriculaciones y permisos de conducción, pasaportes, etc.). Se prevé la autorización para examinar a los ocupantes de un vehículo, las condiciones de exploración y de tratamiento de estos datos.

De la misma forma se fortalece la represión contra la conspiración para realizar actos terroristas. En el artículo 33 de la Ley 2006-64 se prevé la creación de un servicio de policía y gendarmería especialmente dedicado a la prevención y represión del terrorismo que deban utilizar los dispositivos técnicos a los que se refiere la norma.

A la par, el artículo 23 (que modifica el artículo 564.1 del Código monetario y financiero) autoriza a congelar los bienes financieros de terroristas o presuntos terroristas durante seis meses renovables <sup>(39)</sup>. También se produce un endurecimiento de las penas (artículo 11 de la Ley 2006-64, que reforma el artículo 421.1 y 6 del CP francés): los jueces podrán imponer hasta 30 años de prisión a los jefes de bandas terroristas (antes la pena máxima era de 20 años) y 20 a sus integrantes (antes, 10 años).

Por otra parte, el artículo 17 de la Ley 2006-64 reforma el artículo 706-88 del CPP (Código de Procedimiento Penal) establece que la duración máxima de una detención preventiva en casos de terrorismo pasa de cuatro a seis días y asimismo se endurece la pena por el delito de asociación de malhechores con

---

(38) Sobre este particular es preciso analizar la compatibilidad de la disposición con el contenido de la Directiva 2004/82/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, sobre la obligación para los transportistas de comunicar los datos relativos a los pasajeros.

(39) Es necesario que el terrorismo como toda empresa humana que pretenda el éxito depende en grado sumo de la economía, la falta de recursos la precipita al fracaso. Por ello, la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada en Sesión celebrada el 28 de septiembre de 2001, en su apartado 1.a) decidió que los Estados debían “prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo”.

finés terroristas. Se establecen igualmente algunas garantías, el examen médico será realizado antes de toda prolongación de la detención provisional y los allegados serán obligatoriamente informados al cuarto día. El letrado se podrá entrevistar con su cliente el tercer y el quinto día. Además, un condenado por terrorismo podrá perder la nacionalidad francesa durante quince años desde su naturalización.

Ciertas disposiciones de la ley van acompañadas de garantías (como vimos, el acceso a datos privados deberá ser aprobado por una “*personalidad cualificada*”), las limitaciones a las libertades civiles estarán vigentes durante tres años iniciales: en efecto, y como ya anunciamos, el artículo 32 de la Ley 2006-64, establece que las disposiciones más polémicas (las referidas a los artículos 3.º, 6.º y 9.º) son aplicables hasta el 31 de diciembre de 2008, tras este término el Parlamento decidirá si se mantienen o no. El artículo 20 de la Ley contempla la indemnización de todas las víctimas de atentados terroristas en Francia, sea cual sea su nacionalidad.

De otro lado la norma precisa de un adecuado desarrollo reglamentario para concretar sus disposiciones, por ello el Ministro Delegado a la Ordenación del territorio Christian ESTROSI ha declarado “*El gobierno piensa aplicar bien la ley desde su adopción y de manera eficaz: por ello es intención del gobierno la inmediata redacción de los decretos de aplicación*”<sup>(40)</sup>. Del mismo modo, el Ministro de Interior se comprometió en colocar un grupo de trabajo sobre la creación de una comisión parlamentaria encargada de controlar la actividad de los servicios de inteligencia.

## V. OBJECIONES AL TEXTO NORMATIVO

Prescindiendo de la lógica obstrucción política del grupo de la oposición, que como vimos se materializó más en el Senado que en la propia Asamblea francesa lo importante para nuestro análisis son las objeciones jurídicas<sup>(41)</sup>.

(40) Declaraciones publicadas, *El País*, sección Internacional, 27 de octubre de 2005. Crónica de Martí Font J.M., desde París.

(41) El texto, elaborado por una comisión mixta de 14 senadores y diputados, fue aprobado con 202 votos contra 122, los de la izquierda francesa que se opuso al texto. Como vimos el Partido Socialista francés (PS) que se había abstenido de votar cuando el proyecto se presentó en la Asamblea Nacional, votó en contra en esta ocasión por considerarlo “una amenaza a las libertades fundamentales individuales”.

Los grupos de defensa de los derechos humanos así como las asociaciones de jueces, e incluso el CNIL en su Deliberación núm. 2005-208, de 10 de octubre, fueron muy críticos cuando el proyecto de ley de Sarkozy salió a la luz. La CNIL considera que comporta “*graves riesgos de atentar contra las libertades individuales*”, incluida la libertad de desplazamiento, punto donde centra la mayor parte de sus críticas. Concretamente la referida deliberación observa que “*la obligación de los operadores de comunicar, en el marco de los poderes de policía administrativa y fuera del control de las autoridades judiciales, los rastros de las conexiones de correo electrónico, cotejando con otros datos puede revelar la identidad de los usuarios de Internet, su navegación en la red y de manera más general, el uso privado que se hace de él en la red, deroga los principios fundamentales de protección de las libertades individuales*”.

La Unión Sindical de Magistrados, por su parte, calificó las propuestas de “*medidas excesivas de tipo estadounidense o británico*” y recuerda que es necesario “*mantenerse dentro del marco de una sociedad democrática*”. Como desde el momento de la publicación del Proyecto la inmensa mayoría de las asociaciones de derechos humanos criticaron el texto.

Para el Ministro de Interior, sin embargo, ésta es una polémica “*estéril, porque el nuevo marco legal no supone un recorte de los derechos y libertades de los ciudadanos*”. Estas afirmaciones sólo pueden ser catalogadas de sorprendidas pues con independencia de la oportunidad o no de la norma que propugna, es un hecho objetivo e irrefutable que sí refuerza el poder de acción del Estado sobre sus ciudadanos, con clara incidencia en sus libertades cívicas. Lo que sí es incontrovertible, tal como declara el Ministro de Interior, es que tras los atentados de Londres del pasado mes de julio, era preciso “*adaptar el dispositivo jurídico para proteger a los franceses*”<sup>(42)</sup>. Según el preámbulo de la ley, Francia no está a salvo de ataques similares a los de Estados Unidos, Madrid o Londres.

Del mismo modo, el presidente de la República, Jacques Chirac, defendió el proyecto de ley que proporcionará “*nuevos instrumentos de acción*” a las fuerzas de seguridad, argumentando que existe un riesgo “*real*” de que Francia sufra un atentado terrorista de grandes proporciones y hay que anticiparse a la amenaza y “*adaptar en cada momento nuestros dispositivos*” añadiendo “*debemos permanecer totalmente movilizados*”.

---

(42) Declaraciones publicadas por *El País*, 27 de octubre de 2005, p. 9.

## VI. CRIMINALIDAD E INTIMIDAD

Como escribe ÁLVAREZ CONDE<sup>(43)</sup> la superación del secreto, de lo desconocido, ha sido una constante de toda la historia de la humanidad. El progreso, el avance, la cultura y la liberación de la misma siempre han estado ligados al éxito de la aventura del conocimiento: el paso de lo ignorado o desconocido a lo conocido. El *mitos* y el *logos* han sido instrumentos (irracional y racional respectivamente) de reducir lo desconocido. El secreto existe para ser desvelado.

El anonimato es un dato esencial a toda actividad delictiva, pues el criminal en un Estado de Derecho trata siempre de eludir las consecuencias de su acción y eludir la respuesta estatal. Por ello, el delincuente necesita espacios opacos, oscuros, ajenos a la mirada recriminante de la colectividad para poder actuar libremente.

El factor principal de toda empresa criminal, en aras a su propia efectividad, es la búsqueda desesperada de la impunidad, el anonimato, continuar con su vida cotidiana como si nada hubiera ocurrido. Por ello los infractores tienden a despersonalizarse, a disfrazarse, a camuflarse y a ocultar su identidad.

Partiendo de este postulado, la herramienta principal para la lucha contra la criminalidad es hacer lúcidos los espacios oscuros, y esto se consigue mediante la vigilancia<sup>(44)</sup>. Este aspecto es más conocido en la lucha contra el terrorismo pero es perfectamente extrapolable a todo género de delincuencia.

Como muy bien pudo vislumbrar ORWELL en un Estado totalitario que tuviera un perfecto conocimiento telemático de la conducta de sus ciudadanos anularía o minimizaría en grado sumo el fenómeno del crimen. Visualizando todas las conductas se consigue anular las esferas de elección, y todos los comportamientos quedan condicionados por la inmediata respuesta. Sin embargo toda sociedad libre comporta la existencia de ciertos niveles inevitables de delincuencia. Así QUETELET (1796-1874) en un párrafo destacado de su *Física Social*, afirmaba que “*la sociedad contiene en sí misma los gérmenes de todos los delitos futuros. Se prepara, en cierto grado, para ellos y el criminal es tan sólo el instrumento que los realiza. Por tanto, todo orden social acondiciona de antemano cierta cantidad de diversos delitos que se producen como consecuencia necesaria de su organización*”.

---

(43) Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “El temor del príncipe o el temor al príncipe (Secretos de Estado y Constitución)”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997, p. 11.

(44) Tras el atentado de Londres una de las primeras resoluciones del gobierno francés (medida anunciada por el Ministro de transporte) fue triplicar el número de cámaras de vigilancia en los aeropuertos parisinos (que entonces era de 2.000).

Pero cuanto mayor sea la reducción de estos espacios opacos menor va a ser el grado de intimidad, y por lo tanto de libertad. Pues la intimidad comprende un ámbito de la persona “donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad”. Mediante la lesión de la intimidad, transgrediendo el derecho a mantener intacta la zona más reservada del ser humano, se ocasiona un ataque a la propia libertad. Fiscalizando la zona nuclear de la personalidad de un individuo, se puede instrumentalizar su comportamiento futuro, utilizando el conocimiento adquirido. Dicho de otro modo, si un individuo se siente observado su elección se haya condicionada y no es libre, pues la intimidad es un presupuesto de la libertad.

Estas ideas no son en absoluto originales. Ya BENTHAM<sup>(45)</sup> escribía en el Panóptico:

*“La inspección, este es el principio para establecer el orden y para conservarle... Estar constantemente a la vista del inspector es perder; en efecto, el poder de hacer el mal y casi el pensamiento de intentarlo”.*

BENTHAM busca el sistema más efectivo para evitar el crimen, y constata que invadiendo la intimidad del individuo, éste queda anulado y ya no puede elegir. Así los hombres, privados de su libertad, dejan de ser sujetos y pasan a ser objetos del control. Al no haber reacción por parte del sujeto, éste queda inerte y alienado. El ser humano permanece expuesto al constante control del Estado. Por consecuencia sí es viable crear un mundo sin delincuencia pero la empresa se llevará a cabo a costa de deshumanizarlo.

Poco importa quien ejerza el poder en la maquinaria del *Panóptico*, siempre funciona garantizando el sometimiento de los individuos sujetos a él. La plena luz y la mirada de un vigilante captan la información mejor que la sombra, que en último término protegía. FOUCAULT<sup>(46)</sup> afirma: *la visibilidad es una trampa*.

---

(45) Vid. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1979, pp. 35-37.

(46) Cfr. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1988, p. 204. Este efecto psicológico producido en la mente del vigilado, la situación de poder del inspector (“el que sabe”) es resumido en el siguiente párrafo del autor referido, que intenta describir las consecuencias del sistema: “*Se busca inducir al preso a un estado de visibilidad consciente y constante que garantice el funcionamiento automático del poder. Disponer las cosas de tal modo que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso aunque sea discontinua en su acción; que la perfección del poder tienda a hacer superfluo su influjo real; que este aparato arquitectónico sea una máquina para crear y mantener una relación de poder independiente de la persona que lo ejerce, en suma que los presos queden atrapados en una situación de poder de la que ellos mismos sean portadores*”.

Posteriormente, en los años treinta del siglo pasado, surgió un movimiento literario denominado “los antiutópicos” formados por autores de la talla de George ORWELL, Aldouse HUXLEY, Eugeniy ZAMIATIN (su creador) y Ray BRADBURY. Dicho movimiento buscaba dirigir un aviso a la sociedad de los peligros totalitarios que germinarían y culminarían en el caos mundial de la guerra de la década siguiente. Nunca unos fantasmas descritos por la literatura alcanzaron tal grado de tangibilidad como los manifestados por este movimiento.

Todos estos autores nos dibujan escenarios literarios donde el totalitarismo ha triunfado y las libertades individuales han sido desterradas. Se trata de mundos donde los seres humanos pululan por la vida de una forma inanimada, como meros objetos del Poder. Para erradicar cualquier brote de individualidad (yo diría incluso de dignidad humana), se hace necesario establecer los más estrictos controles y esto se consigue con la visualización global y constante de cada uno de los sujetos.

La intimidad es un bien jurídico cuya anulación lleva aparejada la deshumanización del individuo y, por tanto, comporta la pérdida de identidad como tal. Lo que, en el supuesto de experiencias masivas, nos llevaría al omnisciente Estado del mundo *orwelliano* expuesto en 1984 o al panorama alienante dibujado por BRADBURY en 451 grados Fahrenheit o al terrible “*mundo feliz*” de HUXLEY, etc. Aunque la vigilancia electrónica no debe incardinarse *per se* en el mundo *orwelliano*, nadie debería desconocer las enormes posibilidades que daría a un Estado totalitario este tipo de instrumentos. Pues como afirma FROMENT<sup>(47)</sup> más allá del mito del “Big Brother”, es incontestable que la introducción de las nuevas técnicas de vigilancia va a tener un claro reflejo en el ejercicio de ciertas libertades públicas.

Por ello LUZÓN PEÑA<sup>(48)</sup>, nos advierte del peligro de que el Estado caiga en la tentación *orwelliana* de convertirse en el “Big Brother” que vigile y controle por métodos tecnológicos todos los movimientos, comportamientos y manifestaciones, al menos de los delincuentes y sospechosos. Con ello quedaría en entredicho no sólo la intimidad y la libertad del sujeto, sino su propia dignidad personal que se vería comprometida si el sujeto fuese tratado por medios técnicos, no como persona con un mínimo de personalidad y margen de decisión

---

(47) Vid. FROMENT, Jean Charles, “L’assignation à domicile sous surveillance électronique, l’exécution de la peine et les libertés publiques”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénale*, núm. 2, 1996, p. 124.

(48) Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas penitenciarias Andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, p. 64.

sino, exclusivamente, como cosa o instrumento que proporcionase información sin poderlo evitar.

La regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en nuestro ordenamiento jurídico viene establecida en el artículo 18.4 de la CE (“*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”). Como comenta GONZÁLEZ MURUA <sup>(49)</sup> cuando el constituyente de 1978 redactó este precepto no podía vislumbrar el desarrollo tecnológico que sobrevendría después. La barrera que debe respetar la informática con respecto a los derechos fundamentales recibe el nombre doctrinal <sup>(50)</sup> de “*derecho de autodeterminación informativa*” (cuyo origen se encuentra en una construcción jurisprudencial germánica). Posteriormente en nuestro país la protección del arsenal de datos de nuestra vida privada que puede guardarse y utilizarse contra una persona se materializó primeramente en la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que fue derogada por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, sin entrar a fondo en el asunto sí debemos señalar que la primera norma causó una gran insatisfacción en la doctrina <sup>(51)</sup>. En cuanto a la normativa comunitaria es preciso tener presente el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de datos de 1981 y la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de datos y a su libre circulación.

---

(49) Vid. GONZÁLEZ MURUA, Ana Rosa, “La agencia de protección de datos como instrumento de garantía de los ciudadanos”, *Derechos Humanos y nuevas tecnologías (Colección jornadas sobre Derechos humanos)* núm. 6, Ararteko, Vitoria, 2003, p. 149.

(50) El primer autor que toma esta denominación en España es LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho de autodeterminación informativa*, 1990, también se hace eco de esta denominación JIMÉNEZ ESCOBAR, Raúl, en su artículo “Informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe derrumbarse”, *Jornadas sobre Abogacía e Informática*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 7 y 8 de mayo de 1993. Sobre su configuración como nuevo derecho fundamental autónomo véase ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 2001, pp. 1724-1731.

(51) A título de mero ejemplo de esta actitud crítica véase ACHA ITURMENDI, Juan José, “Situación actual de la informática y los datos personales. Algunas reflexiones sobre la aplicación real de la LORTAD”, *Revista de informática y Derecho* núms. 12-16, 1996, pp. 1219-1236. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.<sup>a</sup> Luisa, “El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los Derechos del artículo 18 de la Constitución”, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1999, pp. 523-544.

## VII. ¿ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE LA VIDEOVIGILANCIA GLOBAL?

Antes que nada es necesario constatar que la videovigilancia global no es fenómeno irreal sino, muy por el contrario algo que nos tendremos que enfrentar con el paso del tiempo. Como refiere VERDÚ <sup>(52)</sup>, el Reino Unido (lugar donde fueron localizados los terroristas de julio por las cámaras urbanas) es el principal laboratorio de la videovigilancia. Así en el año 2000, había instaladas más de 230.000 cámaras en 2.000 puntos públicos, a los que cabría añadir las cámaras con circuito cerrado en locales comerciales y privados.

En un Estado de Derecho esta pregunta sólo tiene cabida con espacios no cubiertos por la inviolabilidad del domicilio. Resulta palmario que el uso de dichas técnicas dentro de un lugar que tenga la consideración constitucional de domicilio, sólo será lícito si se observan las garantías previstas en el artículo 18.2 de la CE para el registro domiciliario.

La videovigilancia, en su dimensión parcial, no es un fenómeno nuevo en España. Empezó a utilizarse en nuestro país como un medio de lucha policial contra los desórdenes públicos en especial por los ocasionados por los grupos afines al terrorismo vasco. Con posterioridad, ha sido regulada y provista de amplias garantías en la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (donde se establecen fuertes limitaciones a su ejercicio tales como instaurar un órgano de supervisión con participación judicial, custodia y tiempo máximo de conservación de las grabaciones, etc.) <sup>(53)</sup>. La traba más importante que suele hacerse a la videovigilancia es que se dice que lesiona determinadas esferas del derecho a la intimidad. No debemos olvidar que el objetivo fundamental de la videovigilancia es obtener pruebas, y si se lesiona el derecho a la intimidad con este medio de investigación estaríamos consiguiendo una prueba ilícita con menoscabo de los derechos fundamentales irreproducible ante los tribunales (artículo 11 de la LOPJ). Pues bien, la aludida objeción es parcamente concluyente porque no parece que los comportamientos que se desarrollan en un lugar abierto al público, puedan ser considerados —al menos de un modo directo— como una parte de la vida privada ajena a los ojos de los demás.

---

(52) Vid. VERDÚ, Vicente, ob. cit., p. 167. Igualmente el autor refiere que después del agua, el gas y la electricidad y las telecomunicaciones se ha convertido en la quinta red urbana de Gran Bretaña, y pronto lo será en Estados Unidos.

(53) El artículo 2.2.c) de la LO 15/1999 excluye de su campo de aplicación los datos recogidos de la investigación del terrorismo y delincuencia organizada.

Así como afirma DÍEZ PICAZO <sup>(54)</sup> no puede reputarse público lo que se hace fuera del ámbito privado quien desee intimidad debería refugiarse en el marco de la vida privada. En apoyo de su tesis el autor cita la STC 37/1998 <sup>(55)</sup> que no consideró contrario a la Constitución el hecho de que la policía filmara un piquete de huelga del que se temía que pudiera originar alteraciones al orden público y la STS de 14 de octubre de 2003 <sup>(56)</sup> que da validez como prueba de cargo a la grabación realizada en la calle por cámaras de videovigilancia.

Sin embargo, y en contra de lo categóricamente mantenido por el anterior autor, sí existe una clara merma en la posibilidad de que un ciudadano anónimo pueda llevar una vida de la misma índole. Especulando sobre la naturaleza jurídica de la medida de captación de imágenes de personas, CHOCLÁN MONTALVO <sup>(57)</sup> llega a la conclusión de que nos encontramos ante *medidas instrumentales restrictivas de derechos*, constituyendo, fundamentalmente, una medida de investigación con posible función probatoria. Así junto a los efectos que despliega en la fase sumarial como instrumento de investigación del delito y averiguación de los culpables, el material videográfico puede constituir una pieza de convicción que, en su momento, deberá disponer el órgano que conozca de la causa y deba dictar sentencia. Por ello, aunque la videovigilancia no es propiamente en sí misma un medio de prueba sí constituye una fuente probatoria a introducir en el juicio oral a través de la prueba documental de ordinario. Por ello, en cuanto puede ser objeto de valoración judicial a los fines de fundar la convicción de culpabilidad debe verificarse su autenticidad, lo que, en buena medida depende de la forma de aportación al proceso del material de que se trate.

Así enfocado desde el punto de vista de la intimidad, DÍEZ PICAZO <sup>(58)</sup> se posiciona en el sentido de dar la razón a quienes afirman que la videovigilancia policial en lugar abierto al público no restringe el derecho a la intimidad. Bajo mi punto de vista, aunque sustancialmente dicha afirmación no falta a la verdad no puede desconocerse que la videovigilancia pese a que no ataca directamente el derecho a la intimidad sí viene dirigida a mermar ciertos corolarios de la misma. Y aquí parece necesario distinguir entre la videovigilancia global y sin garantías adoptada por el derecho francés donde uno no sabe si está siendo

---

(54) Vid. DÍEZ PICAZO, Luis María, ob. cit., p. 256.

(55) RTC 1998/37, (Sala 2.ª), de 17 febrero (Viver Pi-Sunyer).

(56) RJ Ar. 2002\8893, (Sala 2.ª) de 14 de octubre de 2002 (Bacigalupo Zapater).

(57) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", *Revista del Poder Judicial*, núm. 38, Junio 1995, pp. 47 y ss.

(58) Vid. DÍEZ PICAZO, Luis María, ob. cit., pp. 257-258.

observado y la vigilancia parcial en determinadas áreas y previo anuncio al vigilado de que está siendo observado. Equiparar ambas situaciones es un claro error, pues el derecho de todo ciudadano a llevar una vida anónima puede quedar anulado en el primer supuesto.

En opinión de REBOLLO DELGADO, <sup>(59)</sup> el TEDH ha sumido la *teoría de las esferas* para distinguir los espacios reservados a la intimidad y a la vida privada. Según esta teoría existe un ámbito de la persona en el que se desenvuelve lo que ésta no quiere dar a conocer a otras. Una segunda esfera la constituyen aquellos aspectos que comparte en un ámbito más genérico, pero en sí reducido, como la familia o los amigos. Finalmente, la tercera esfera estaría integrada por aquello que la sociedad puede conocer en una persona o lo que ésta quiere que conozcan de ella en su relación social. Pero sólo el primer ámbito o esfera se identificaría con la intimidad mientras los restantes aludirían a la vida privada. Por lo que hemos de decir que la videovigilancia afecta más a la vida privada o a un concepto extensivo de la intimidad que al derecho fundamental a la intimidad *strictu sensu*.

En este sentido el artículo 8.º del CEDH, después de reconocer a toda persona el derecho al respeto a su vida privada y familiar, entre otros, proclama que “*no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la confianza social, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás*”. Igualmente el artículo 8.º de la LO de 5 de mayo de 1982, prescribe que no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. El artículo 282 de la LECr autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes.

Con claridad y detalle se aborda el problema en la STS de 6 de mayo de 1993 <sup>(60)</sup> que contiene prácticamente toda la doctrina necesaria para el juicio de

---

(59) Vid. REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 224.

(60) RJ Ar. 1993/3854, (Sala 2.ª) de 6 de mayo de 1993 (Martín Pallín). Puede leerse en esta sentencia que “Las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas

validez de la prueba videográfica. De la lectura de los fundamentos de esta resolución pueden extraerse importantes conclusiones para el tema que nos ocupa:

1) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden, en sus labores de investigación del hecho criminal, captar las imágenes de las personas sospechosas de las que pueda pensarse su relación con el hecho que es objeto de la investigación y transferir esa percepción a un instrumento mecánico de grabación. No se resuelve, sin embargo el problema de la instalación de cámaras de vídeo con carácter previo a la comisión del delito en labores de prevención del mismo y no como investigación del hecho que se está cometiendo.

2) En todo caso, los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio lo que exige que la captación de imágenes tenga lugar sólo en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. A este requisito también se refiere la STS de 6 de abril de 1994<sup>(61)</sup>.

3) Sólo mediante la correspondiente autorización judicial motivada y proporcionada al hecho estaría autorizada la captación de imágenes o sonido que tuvieran lugar en el interior del domicilio mediante el emplazamiento de

---

con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial. No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse *dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio*. Los derechos establecidos por la LO de 5 de mayo de 1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *no pueden considerarse absolutamente ilimitado*. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundamentalmente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto, *no existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.*" (FJ 2.º).

(61) RJ Ar. RJ 1994/2889, (Sala 2.ª) de 6 abril de 1994 (Ruiz Vadillo).

aparatos de filmación dentro o fuera de aquel recinto donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.

En contra de la postura del TS que entiende que no afecta directamente a la esfera de los derechos fundamentales, DIEZ PICAZO <sup>(62)</sup> considera que la videovigilancia urbana debe tener dos tipos de cortapisas: los requisitos de legalidad y necesidad de la injerencia de la autoridad pública para una intromisión legítima en el ámbito de la intimidad de una persona.

De un lado es necesario la existencia de una cobertura legal para que la videovigilancia sea lícita (este presupuesto sí se da formalmente en el caso francés). Esta exigencia se debe al axioma fundamental de que en un Estado de Derecho la Administración no debe actuar en detrimento de sus ciudadanos sin una norma que le confiera potestades para actuar en semejante sentido. Así en nuestro país, sin la LO de 4 de agosto de 1997 la policía no tendría más facultades que un mero particular. Por ello, los artículos 7.5 y 8.2.a) del referido cuerpo legal son claros al excluir de que se puedan captar imágenes de personas carentes de notoriedad. Pues aquí no cabe aludir que el artículo 8.2.c) de la LO de 5 de mayo de 1982 posibilita que *“la información determinada de una persona aparezca como meramente accesoría”*; y ello porque ni la videovigilancia tiene una finalidad secundaria, ni la presencia de las personas en las correspondientes grabaciones puede considerarse como accesoría.

De otro lado la videovigilancia no puede dejar de ser considerada como una técnica de control del Ejecutivo sobre la conducta de los particulares, y por ello está sometida al principio de interdicción en la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE y por ello está obligada a superar las exigencias del principio de proporcionalidad. El problema del caso francés es que los artículos 1.º y 2.º han prescindido de la participación judicial en esta materia y están redactados en términos muy lapsos e imprecisos, problema análogo al del artículo 6.º sobre el control de los datos formales de las comunicaciones vía telefónica e Internet.

Ya dentro de la aplicación del referido principio hay un factor esencial a la hora de analizar esta materia: la posibilidad de que el individuo sea consciente y esté informado del control. Existe un derecho a ejercer una vida anónima, y por lo tanto, el ciudadano tiene derecho a conocer cuándo nuestro comportamiento está oculto a los ojos del Poder y cuándo puede ser visualizado. Por ello, el artículo 9.º de la LO 4/1997, de 4 de agosto, prevé que *“El público será informado de manera clara y permanente de la existencia de videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, y de la autoridad responsable”*. El conocimiento

---

(62) Vid. DIEZ PICAZO, Luis María, ob. cit., pp. 256-257.

de esta barrera permite conocer al ciudadano los límites de su libertad y por tanto su campo de autodeterminación fuera de las puertas de su domicilio.

#### VIII. DIFERENCIAS ENTRE LA NORMATIVA FRANCESA Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Aun faltando, a la hora de la redacción de este artículo, el necesario Decreto complementario que concrete los extremos previstos en la ley francesa, sí se puede adivinar que mientras la normativa francesa actual autoriza una vigilancia global en un catálogo tan numeroso como impreciso de instalaciones, en la legislación española se precisa una autorización y justificación “*ad hoc*” para cada caso concreto. Así el artículo 3.1 de la LO de 4 de agosto de 1997 establece que “la autorización para la instalación de videocámaras u otro medio técnico análogo se otorgará, en su caso, previo informe favorable de un órgano colegiado presidido por un Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración autorizante”. Además el artículo 3.2 reforzando este carácter casuístico refiere que: “*Las instalaciones fijas de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado serán autorizadas por el Delegado de Gobierno de la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe favorable de una comisión cuya Presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la misma comunidad*”.

De otro lado el artículo 4.º del texto legislativo se remite a la consideración del principio de proporcionalidad para recoger los siguientes criterios que se introducen como finalidad a tener en cuenta para autorizar la instalación de videocámaras fijas, a saber:

- a) Asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y sus accesos.
- b) Salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional.
- c) Constatar infracciones a la seguridad ciudadana.
- d) Prevenir la causación de daños a las personas y bienes.

Otras cautelas que rigen en nuestro ordenamiento son que en el caso de las videocámaras fijas, se exige la existencia de un *riesgo razonable* para la seguridad ciudadana, que será ponderado por la autoridad correspondiente, previo informe de la comisión citada en el artículo 3.º de la ley, y en el caso de las móviles se exige la presencia de un peligro concreto, utilizando la expresión recogida en el artículo 5.1, al referirse a la posibilidad de tomar imagen y

sonido, verdadera finalidad de las videocámaras móviles, mientras que, como ya hemos manifestado, cuando se trata de justificar la grabación de sonido con las fijas se alude a la existencia de un riesgo concreto y preciso, sin que se entienda el motivo de la diversa utilización terminológica para una cuestión que, en el fondo, tiene el mismo contenido.

Se establece otra limitación, en el sentido de impedir la toma de imágenes y sonido en el interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento de su titular o autorización judicial, ni en lugares abiertos cuando se pueda atentar grave y directamente a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada, aclarando que las imágenes y sonido obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente por quien tenga la responsabilidad de su custodia. En este caso, resulta importante que se determine la expresa prohibición de la intromisión en la esfera privada de las personas, en aras de garantizar la protección de los dos principios constitucionales que hacen expresa remisión a esta garantía tutelada por los poderes públicos, a saber, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

Finalmente el artículo 8.º de la ley dispone que *«Las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o procedimiento judicial o administrativo abierto»*. Con ello, se garantiza que las imágenes no van a quedar indefinidamente grabadas en un archivo, habida cuenta de que su auténtica finalidad era la de la persecución de hechos delictivos. El plazo es sensiblemente inferior al de la nueva legislación francesa antiterrorista (cuatro meses).

Por otro lado, se establece la obligación del debido sigilo, reserva y confidencialidad por parte de la persona que pueda tener acceso a las grabaciones, prohibiéndose la copia o cesión de las imágenes y sonidos obtenidos con estos medios técnicos. Proveyéndose sanciones administrativas en el artículo 10 de la referida LO, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales del artículo 413 CP.

El problema de la legislación francesa no es su existencia sino su indeterminación, la desconexión entre medios y fines parece más propia de un estado de alarma que de una normativa destinada a perpetuarse en el tiempo. No puede considerarse ilícito que en un momento puntual y por una duración limitada se adopten una serie de medidas excepcionales en el ámbito de la lucha contra un factor tan desestabilizador del Estado de Derecho como es el terrorismo, ahora bien cuando dichas limitaciones se hacen atemporales y sin límites ni garantías el riesgo de *orwellización* de la sociedad resulta palmario.

## IX. TERRORISMO Y VIGILANCIA *VERSUS* LIBERTAD Y SEGURIDAD

En contra de lo postulado por ROUSSEAU y los autores acráatas la falta de un orden en la convivencia humana no se traduce en nuevo orden basado en ideas filantrópicas, sino en el caos, el desconcierto y en la inseguridad generalizada. El filósofo iluminista tenía una idea demasiado utópica del funcionamiento de los pequeños grupos sociales. Las modernas investigaciones antropológicas<sup>(63)</sup> demuestran lo falso de los postulados de la bella leyenda del buen salvaje<sup>(64)</sup>, y cómo el corazón humano, lamentablemente, tiende más a la supervivencia y a imponer sus propios intereses que a la convivencia fraterna. El ser humano a la hora de organizar la pacífica convivencia, tiende a buscar estructuras de poder que le proporcionen seguridad y ansía encontrar referentes sólidos.

Para contrarrestar el caos originado y los resultados producidos, a menudo sangrientos, surge la respuesta de la “ley del más fuerte”. El titular de la ley, el tirano, ofrece a la colectividad la seguridad a cambio de su libertad (en cierta manera de su dignidad) y establece las bases de una nueva seguridad. Posteriormente, cuando la vida se hace más compleja, se produce en el grupo de los fuertes una tendencia hacia la democratización del poder, es la oligarquía cuando un grupo reducido comparte el poder sobre el resto del grupo.

Posteriormente, cuando la sociedad madura y nada teme, tiende a aparecer la democracia, cuando todos los miembros del grupo —incluso los más débiles— pueden participar en la elección del jefe. Pero este proceso puede igualmente viciarse cuando los miembros del grupo bien por temor, bien por ignorancia, bien por engaño no eligen al que con más efectividad puede velar por sus intereses. Cuanto más alto sea el nivel de conocimiento, cuanto menor sea el grado de miedo y si se me permite cuanto más dignos sean los miembros del grupo, más eficaz será el sistema. El descontento hacia las pseudodemocracias hace que ciertos miembros del grupo añoren la situación nihilista primitiva,

---

(63) Vid. WALTER, Eugene Victor, *Terror and resistance. A Study of Political Violence with Case Studies of Some Primitive African Communities*, Oxford University Press, New York 1969, pp. 27 y ss. El autor describe y analiza el funcionamiento de las tribus africanas cuya cohesión se basa permanentemente en sanciones violentas y su aplicación.

(64) Ni siquiera ROUSSEAU, Jean Jacques, parecía confiar demasiado en dicha leyenda: “No es empresa liviana el deslindar lo que hay de originario y de artificial en la naturaleza actual del hombre, y conocer bien un estado que ya no existe, que tal vez nunca ha existido jamás, y del que no obstante es necesario tener nociones precisas para juzgar bien sobre nuestro estado presente” [*Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres y otros escritos* (trad. Antonio Pintor Ramos), 5.ª Ed., Civitas, Madrid, 2005, p. 27 y ss.].

aquel estado donde no existía el poder. Ésta es la historia de la humanidad y, por tanto, de sus sistemas de organización.

Toda convivencia exige una ecuación entre dos variables libertad y orden-seguridad. El valor de la libertad tiene que venir acompañado de una responsabilidad de nuestro comportamiento hacia los demás. Si un hombre puede hacer libremente todo lo que quiere sin responsabilizarse de sus actos, entonces lo que hace es convertirse en un tirano. El déspota puede vivir sin ataduras y limitaciones a costa de los derechos de los demás, puede disfrutar de su situación privilegiada, pues ha vaciado el otro lado de la ecuación. Puede hacer todo aquello que desee, ser exageradamente libre y cuanto más poder tenga para imponer su arbitrio a los demás, más sátrapa será.

FRANKL<sup>(65)</sup> critica muy duramente que no se compatibilicen las ideas de libertad y responsabilidad pues desde que el ser humano no vive sólo debe aceptar unas mínimas reglas de convivencia para poder ejercer su libertad. Así propone compatibilizar las ideas de libertad y seguridad. El autor entiende que junto a la estatua de la libertad de Nueva York debería construirse otra de la responsabilidad en Los Ángeles pues el hombre no debe sobredimensionar la una sin la otra. Vivir en sociedad comporta compatibilizar ambos postulados, comprendiendo bien esta ecuación (libertad *versus* seguridad) comprenderemos bien la dialéctica en la que se desenvuelve el derecho. Como predica BECCARIA<sup>(66)</sup>, influido por el contrato social del propio Rousseau, los hombres cedemos determinados ámbitos de nuestra libertad para construir el orden social.

Por eso en Francia cuando perciben que se está atentando contra la línea básica del ordenamiento jurídico, la seguridad, se busca compensar la situación reduciendo los ámbitos de libertad. Detrás de la postura del gobierno de Dominique de Villepin late una profunda inquietud porque el Estado de Derecho se desestabilice.

## X. CONCLUSIONES

El analista en esta materia está llamado a mantener una visión coherente, clara y proporcional de los hechos y circunstancias que los envuelven. Los

---

(65) Vid. FRANKL, Víctor, *El hombre busca su sentido* (trad. Kopphulber, Cristine/ Insausti Herrero, Gabriel), Ed. Herder, Barcelona, 1979, pp. 110 y ss.

(66) Vid. BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, ob. cit., p. 72. Concretamente el autor escribe: "Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para conservar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad la constituye la soberanía de la nación".

terroristas, conscientes de su debilidad, buscan sobre todo distorsionar la realidad y confundir a la opinión pública. Por ello, la primera línea de ataque contra el terrorismo parte de mantener la calma, no permitir que la visión de la sangre ciegue nuestro raciocinio. En consecuencia, no se debe perder el norte, no debemos olvidarnos que no se puede sacrificar dos siglos de lucha por las libertades civiles por una serie de atentados. Lógicamente circunstancias extraordinarias exigen medidas concretas, inteligentes e innovadoras. El respeto a la vida humana y a la integridad física (y psíquica) del ser humano nos debe estimular para adoptar medidas adecuadas y perspicaces de prevención y represión. Indudablemente, pese a quien pese, la videovigilancia y el control telemático son idóneos en el marco de la lucha contra el terror pues proporcionan información sobre los grupos terroristas, y ésta es la pieza esencial para lograr su desarme. Sin embargo, hay medidas que son adecuadas en un momento contingente en el tiempo, pero estremecedoras e injustas si se perpetúan cuando las circunstancias que las motivaron varían, al modificarse el escenario que las originó. Por ello, si la legislación francesa, de marcado carácter excepcional, tiende a perpetuarse en el tiempo empañaremos nuestro modelo de convivencia, y paradójicamente nos acabaremos pareciendo más al modelo de coexistencia que los terroristas a los que combatimos tratan de imponernos.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal como refiere MAGRO SERVET <sup>(67)</sup>, la imposición de una norma repleta de garantías como la LO de 4 de agosto de 1997 se debió a una exigencia impuesta por el Tribunal Constitucional. En efecto, fue la STC 55/1990, en su FJ 5.º <sup>(68)</sup> la que estableció que:

*“Un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los excesos y abusos, con trascendencia penal, por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en el uso, en principio legítimo de la fuerza y los medios de coacción. El legislador ha de ponderar, pues, los valores constitucionales en juego, de modo que la protección de los medios de actuación de las Fuerzas de policía no puede suponer un sacrificio de bienes y derechos constitucionales y del propio respeto del Estado de derecho, ni una limitación efectiva de la posibilidad de verificar judicialmente los abusos o extralimita-*

---

(67) Vid. MAGRO SERVET, Vicente, “Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las videocámaras por las Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en los lugares públicos”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 47, Madrid, 1997, pp. 277 y ss.

(68) RTC 55/1990 (Pleno), de 28 de marzo (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

*ciones, por excepcionales que puedan ser, en que eventualmente incurran los miembros de las Fuerzas de la policía en el ejercicio de sus funciones”.*

Si circunscribimos con carácter permanente el ámbito privado al estrictamente domiciliario ya sólo nos queda un paso para la anulación de la individualidad del ser humano. El panorama alienante descrito por BRADBURY, ORWELL, ZAMIATIN y HUXLEY se iría paulatinamente materializando y cobrando vida. Una intromisión global sobre todas las esferas ajenas a la vida privada podría estar puntualmente justificada en momento de especial alarma social e inseguridad colectiva. Como afirma BIN<sup>(69)</sup>, no hay ningún derecho o interés por muy conectado que esté con los valores más profundos que no pueda ser comprimido en nombre de otro interés o derecho por muy alejado que esté del catálogo constitucional. Resulta claro que cuando la seguridad está en declive, su caída debe compensarse aflojando temporalmente otros derechos no menos significativos.

Como sostiene GONZÁLEZ RIVAS<sup>(70)</sup>, el sistema y la concepción de los derechos fundamentales ha experimentado a lo largo de los tiempos sucesivas transformaciones que obedecen a la necesidad de adecuar aquéllos a las nuevas concepciones políticas sobre los que se organiza la sociedad, habida cuenta de las mutaciones del Estado contemporáneo en donde se produce el tránsito de un Estado liberal a un Estado democrático y social de derecho, modelo vigente en las constituciones de la Europa occidental. La concepción del respeto a los derechos fundamentales va a asumir una serie de mutaciones y debe acoplarse a las exigencias de la llegada de la nueva sociedad de riesgos, pero ello no posibilita desfigurar su contenido hasta tal punto que no sean reconocibles, que pierdan su identidad.

El derecho a la intimidad debe ser ubicado en un nuevo tipo de sociedad. Una sociedad descrita por BAÓN RAMÍREZ<sup>(71)</sup> del siguiente modo: *“en la que el hombre puede ser contemplado como un ininterrumpido rastro de huellas informativas que cualquiera puede ir recogiendo con método y que luego puede utilizar a su capricho. Son datos personales que de una forma aislada no aportan una información sustantiva sobre su titular, pero debidamente agrupados e incluso manipulados, pueden ofrecer un perfil completo del individuo”.*

---

(69) Cfr. BIN, Roberto, “Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione”, en *Libertà e giurisprudenza costituzionale* (a cura di V. Angiolini), Giappichelli, Turín, 1992, p. 48.

(70) Vid. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, “Reflexión sobre la protección de los Derechos Fundamentales”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 11, 1992, p. 301.

(71) Cfr. BAÓN RAMÍREZ, Rogelio, “Visión general de la informática en el nuevo código Penal”, *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. XI, Madrid, 1996, pp. 77 y ss.

El problema que surge con la vigilancia electrónica (y el correlativo acopio telemático de datos) es que con ella las barreras de protección del individuo se permeabilizan en grado sumo. El *quid* de la cuestión está en fijar un marco jurídico concreto a las tecnologías de vigilancia que establezca unos límites claros a la intromisión estatal y que no abran la puerta a un proceso de despersonalización del individuo.

En consecuencia, prolongar sin garantías la videovigilancia como instrumento globalizado de represión sobre conductas ilícitas comporta un grave riesgo de desnaturalizar nuestro actual modelo de sociedad. La pregunta es qué clase de sociedad anhelamos tener: un orden social basado en el miedo y en la represión o, por el contrario, basado en el amor a la libertad, en la confianza y la autoresponsabilidad. Una sociedad donde los ciudadanos renuncien voluntariamente a determinadas esferas de su libertad en aras a garantizar el orden colectivo (no por coerción sino por convicción) o un sistema basado en el miedo a perder la seguridad, donde se sigan ciegamente las pautas marcadas por nuestros gobernantes.

Parece palmario que el gran instrumento para erradicar el terrorismo es poseer el mayor grado de información sobre sus integrantes, sistemas de organización, localización y actividades que configuran a una banda armada. Cuanto más detallados y concretos sean los datos sobre estos grupos marginales más endebles e inofensivos aparecen pues, en este campo, conocer es poder. Para FOUCAULT<sup>(72)</sup> la relación entre conocimiento y poder es íntima e interna y cada una implica y complementa a la otra. El término “*poder-conocimiento*” es una especie de taquigrafía conceptual que resalta estas interconexiones.

Los límites del conocimiento del Estado sobre la vida de sus ciudadanos, en la ya denominada “*sociedad de información*”<sup>(73)</sup>, aparece como el tema crucial a debatir en el siglo XXI. Y es que el gran argumento que posee el Estado para controlar inmensas masas de informaciones de sus ciudadanos es precisamente la seguridad colectiva.

Detrás del éxito de la videovigilancia como medio de represión contra la delincuencia laten dos fenómenos: la revolución tecnológica y las ideas que subyacen tras la “*cultura del control*” (GARLAND). Como afirma FOUCAULT bajo la palabra control se esconden trascendentes conceptos como

---

(72) Vid. FOUCAULT, Michele, ob. cit., p. 35.

(73) Sobre la sociedad de información, veáse, por ejemplo, SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, *Internet y la sociedad europea de la información. Implicaciones para los ciudadanos*, Publicación de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, en especial pp. 17 y ss.; CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, Madrid, 2000, 3 vols; BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad posindustrial*, Alianza, Madrid, 1975; TOURAINE, Alain, *La sociedad posindustrial*, Ariel, Barcelona, 1972.

“poder”, “conocimiento”, “normalización” y “disciplina”, términos que deben ser objeto de un detallado análisis<sup>(74)</sup>.

Es de todos conocido el aforismo de que quien no vive como piensa acaba pensando como vive. Pues bien institucionalizar la videovigilancia globalizada como un medio de actuación policial comporta una seria renuncia al modelo constitucional de libertades establecido en 1978. Por ello los políticos más que sopesar la utilización de la videovigilancia como instrumento adecuado para la lucha contra actos de terrorismo, lo que bajo mi punto de vista es irrefutable, deberán centrarse en las garantías.

Quizás la solución a este nudo gordiano provenga de la solemne declaración, con que comienza la exposición de motivos la LO 1/1992, de 21 de diciembre, de Seguridad Ciudadana. “*La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática*”. Por lo tanto como señala MARCHAL ESCALONA<sup>(75)</sup> se vislumbra en el futuro la necesidad de compatibilizar ambos postulados y la profunda necesidad de hallar un punto de equilibrio armónico. Pero ese punto de equilibrio no es abstracto o ideal sino que se corresponde casuísticamente con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar de cada sociedad. Las exigencias de seguridad colectiva no son las mismas en los años sesenta que la primera década del nuevo milenio, establecer un régimen de control como el actual en los años sesenta equivaldría a decaer en la tiranía, mas ciertas limitaciones a nuestras libertades individuales pueden estar proporcionales y justificadas, puntual y contingentemente, en un escenario de peligro colectivo.

Mas pasando de lo abstracto a lo concreto, ciertos aspectos de la LO de 4 de agosto de 1997, pueden admitir flexibilizaciones en base a los artículos 55.2 y 116 de la CE. En Francia, dado que la norma analizada es de carácter temporal (caduca el 31 de diciembre de 2008) lo importante es la posición del legislador llegados a tal fecha. Mas el peligro como señala FERRADOLI<sup>(76)</sup> consiste en incurrir en la tentación de la “perenne emergencia” donde la legislación excepcional se establece y pase a ser corriente y usual.

Reza un viejo refrán francés: “*de todas las desgracias se extrae algo bueno*”, quizá de los macroatentados terroristas se pueda sacar alguna experiencia

---

(74) Vid. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Trad. Sozzo, Máximo), Barcelona, 2005, en especial pp. 275-312.

(75) Vid. MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, “Videovigilancia e intimidad”, *Revista de Documentación*, núm. 20, 1999, pp. 11 y ss.

(76) FERRADOLI, Luiyi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo*, Trotta, Madrid, pp. 820 y 828.

positiva, como es la concienciación a la sociedad que el principio del mantenimiento del orden público (idea tan desprestigiada tras la revolución del mayo de 1968) es la base del desarrollo de la libertad. O como refiere, con más propiedad, RUIZ VADILLO <sup>(77)</sup> “*la armonía del ordenamiento jurídico es la plataforma indispensable del desarrollo de la persona humana*”.

Por ello será el tiempo, será la actitud social frente al terrorismo la que nos señale a qué tipo de sociedad deseamos pertenecer. No podemos exponer vidas inocentes al dislate del terrorismo. Por mucho que se ame las libertades, nadie puede exponer vidas humanas a la barbarie, nadie debería poner trabas a que *excepcional y puntualmente* se establezcan medidas que menoscaben las libertades, si este quebranto es racional y proporcional a las exigencias de la seguridad colectiva. Pero todo cambio en nuestro sistema de libertades deberá supeditarse al valor preferente de los derechos fundamentales, por ello, los responsables de la sociedad deberán ser conscientes de que las garantías son la base para que nuestro modelo social no quede perpetuamente hipotecado. Lo que IHERING denominaba “*la lucha por el derecho*” <sup>(78)</sup>, sigue vigente hoy en día: no podemos resignarnos y renunciar a las conquistas logradas en un duro y prolongado proceso reivindicativo en pro de conseguir más elevadas cotas de justicia y derechos humanos para todos.

Sino se guardan las debidas cautelas, si se desprecian las garantías, corremos el riesgo de que nuestra sociedad, al igual que el retrato de Dorian Grey, se vaya paulatinamente envileciendo, asemejándose cada día más al tipo de sociedad que los violentos anhelan imponer.

---

<sup>(77)</sup> Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *Derecho civil. Introducción al estudio teórico práctico*, 18.<sup>a</sup> Ed. Ochoa, Logroño, 1991-1992, p. 19.

<sup>(78)</sup> Vid. IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho* (trad. Posada, Adolfo), Civitas, Madrid, 1989. Aparte del ilustrativo título, el autor sostiene (en especial, pp. 23 y ss.) que pese a lo que pudiera parecer el Derecho surge, no de modo espontáneo como una materialización de un concepto de justicia, sino por el contrario, como una reacción frente a la injusticia.

---

# JURISPRUDENCIA

---

## ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

---

### A

#### **Abogado y procurador. Asistencia:**

— STC 339/2005, de 20 de diciembre ..... 123

#### **Acusador popular:**

— STS 1318/2005, de 17 de noviembre ..... 202

#### **Agravantes. Parentesco:**

— STS 1197/2005, de 14 de octubre ..... 158

#### **Artículos de previo pronunciamiento. Autos. Sobreseimiento libre:**

— STS 1401/2005, de 23 de noviembre ..... 213

### C

#### **Causalidad. Imputación objetiva:**

— STS 1299/2005, de 7 de noviembre ..... 184

#### **Ciudadanos extranjeros. Tráfico ilegal o inmigración clandestina:**

— STS 1304/2005, de 19 de octubre ..... 167

— STS 1465/2005, de 22 de noviembre ..... 204

#### **Coacciones:**

— AAP Madrid 558/2005, de 20 de octubre ..... 272

**Competencia de jueces y tribunales. Competencia territorial:**

— STS 1078/2005, de 22 de septiembre ..... 143

**Condena. Refundición:**

— STS 1327/2005, de 15 de noviembre ..... 199

**Constitución Española. Derecho a la información:**

— STC 11/2006, de 16 de enero ..... 126

D

**Declaración de los procesados. Coimputado:**

— STS 26/2006, de 20 de enero ..... 251

**Defraudación. Apropiación indebida:**

— STS 1210/2005, de 28 de octubre ..... 174

— STS 1013/2005, de 7 de noviembre ..... 189

— STS 1333/2005, de 10 de noviembre ..... 197

— SAP Asturias 217/2005, de 14 de octubre ..... 268

**Defraudación. Estafa:**

— STS 1609/2005, de 23 de diciembre ..... 236

— STS 1543/2005, de 29 de diciembre ..... 240

**Delito continuado:**

— STS 1173/2005, de 27 de septiembre ..... 148

**Delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico. Insolvencias punibles:**

— STS 1316/2005, de 9 de noviembre ..... 193

**Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social:**

— AAP Madrid 917/2005, de 7 de octubre ..... 263

— SAP Zaragoza 309/2005, de 10 de octubre ..... 266

**Delitos societarios:**

AAP Logroño 186/2005, de 23 de septiembre ..... 260

**Delitos. Prescripción:**

— STS 1173/2005, de 27 de septiembre ..... 148

— AAP Madrid 917/2005, de 7 de octubre ..... 263

	Página
<b>Derechos humanos. Derecho a la libertad:</b>	
— STC 322/2005, de 12 de diciembre .....	118
<b>Derechos humanos. Derecho a un juez imparcial:</b>	
— STC 313/2005, de 12 de diciembre .....	112
— STS 1372/2005, de 23 de noviembre .....	208
<b>Derechos humanos. Expulsión de extranjeros:</b>	
— STC 303/2005, de 24 de noviembre .....	109
<b>Derechos humanos. Libertad de expresión:</b>	
— STS 1284/2005, de 31 de octubre .....	178
<b>Derechos humanos. Presunción de inocencia:</b>	
— SAP León 97/2005, de 28 de diciembre .....	288
<b>Descubrimiento y revelación de secretos:</b>	
— SAP Toledo 53/2005, de 17 de octubre .....	270
<b>Documento. Falsedad Documental:</b>	
— STS 1078/2005, de 22 de septiembre .....	143
— STS 1609/2005, de 23 de diciembre .....	236
— SAP Asturias 217/2005, de 14 de octubre .....	268

E

<b>Eximentes. Ejercicio de derecho, cargo u oficio:</b>	
— STS 1401/2005, de 23 de noviembre .....	213
<b>Extradición. Procedimiento:</b>	
— STC 292/2005, de 10 de noviembre .....	100
— STC 30/2006, de 30 de enero .....	133

H

<b>Habeas Corpus. Procedimiento:</b>	
— STC 303/2005, de 24 de noviembre .....	109
<b>Homicidio. Imprudente:</b>	
— SAP Pontevedra 158/2005, de 14 de diciembre .....	287

I

**Injurias. A las Instituciones del Estado:**

- STS 1284/2005, de 31 de octubre ..... 178

**Insolvencia punible:**

- SAP Madrid 82/2005, de 14 de octubre ..... 267

**Intervención de las comunicaciones:**

- STC 259/2005, de 24 de octubre ..... 95  
 — STS 705/2005, de 6 de junio ..... 140  
 — STS 1390/2005, de 29 de noviembre ..... 219

J

**Juicio oral. Informes:**

- STS 1336/2005, de 21 de octubre ..... 169

**Juicio oral. Suspensión:**

- STS 1219/2005, de 17 de octubre ..... 163

L

**Lesiones:**

- STS 1299/2005, de 7 de noviembre ..... 184  
 — STS 1606/2005, de 27 de diciembre ..... 238

M

**Medidas cautelares. Quebrantamiento:**

- STS 1156/2005, de 26 de septiembre ..... 146

O

**Orden europea de detención y entrega:**

— STC 292/2005, de 10 de noviembre .....	100
— STC 339/2005, de 20 de diciembre .....	123
— STC 30/2006, de 30 de enero .....	133

**Ordenación del territorio. Construcción no autorizada:**

— SAP Ciudad Real 185/2005, de 25 de noviembre .....	277
--	-----

P

**Penas privativas de libertad. Libertad condicional:**

— STC 322/2005, de 12 de diciembre .....	118
--	-----

**Penas. Aplicación. Concurso ideal de delitos:**

— STS 1253/2005, de 26 de octubre .....	172
---	-----

**Penas. Aplicación. Razonamiento:**

— SAP Pontevedra 158/2005, de 14 de diciembre .....	287
---	-----

**Penas. Multa. Cuotas:**

— SAP Asturias 12/2006, de 19 de enero .....	289
--	-----

**Penas. Sustitución:**

— STS 1120/2005, de 28 de septiembre .....	152
--	-----

**Personación de acusación:**

— STS 1140/2005, de 3 de octubre .....	157
--	-----

**Presunción de inocencia:**

— STS 1289/2005, de 10 de noviembre .....	195
---	-----

**Principio acusatorio:**

— STS 1106/2005, de 30 de septiembre .....	154
— STS 1608/2005, de 12 de diciembre .....	224

**Principio de proporcionalidad:**

- STC 11/2006, de 16 de enero ..... 126

**Principio *non bis in idem*:**

- STC 334/2005, de 20 de diciembre ..... 121  
 — STS 15/2006, de 13 de enero ..... 246

**Protección de datos de carácter personal. Ficheros penitenciarios:**

- AAP Cantabria 352/2005, de 5 de diciembre ..... 282

**Pruebas. Auto de denegación:**

- STC 1299/2005, de 7 de noviembre ..... 184  
 — STS 8/2006, de 17 de enero ..... 249

**Pruebas. Peritos:**

- STS 1311/2005, de 14 de octubre ..... 160

R

**Recurso de apelación. Prueba:**

- STC 285/2005, de 7 de noviembre ..... 98  
 — SAP Madrid 529/2005, de 1 de diciembre ..... 281

**Responsabilidad civil subsidiaria:**

- STS 1433/2005, de 13 de diciembre ..... 226  
 — SAP Madrid 475/2005, de 27 de octubre ..... 274

**Responsabilidad civil. Vehículos a motor:**

- SAP Asturias 253/2005, de 15 de septiembre ..... 257  
 — SAP Madrid 1050/2005, de 4 de noviembre ..... 275  
 — SAP Madrid 1090/2005, de 14 de noviembre ..... 276  
 — SAP Toledo 70/2005, de 12 de diciembre ..... 284

**Responsabilidad criminal. Cómplice:**

- STS 1398/2005, de 28 de noviembre ..... 217

	Página
<b>Robo. Uso de armas:</b>	
— STS 15/2006, de 13 de enero .....	246

S

<b>Salud pública. Tráfico de drogas:</b>	
— STS 1398/2005, de 28 de noviembre .....	217
<b>Sentencia de conformidad:</b>	
— STS 58/2006, de 30 de enero .....	254
<b>Sentencia. Nulidad:</b>	
— STS 1536/2005, de 16 de diciembre .....	232

T

<b>Testigos. Prueba anticipada:</b>	
— STS 1177/2005, de 19 de octubre .....	166
<b>Tráfico. Conducción bajo los efectos de alcohol o drogas:</b>	
— SAP Madrid 475/2005, de 27 de octubre .....	274
— SAP Madrid 795/2005, de 25 de noviembre .....	280
— SAP Valladolid 367/2005, de 13 de diciembre .....	285
<b>Tribunal del Jurado. Procedimiento. Juicio oral:</b>	
— STS 1577/2005, de 21 de diciembre .....	234

V

<b>Violación. Agravantes:</b>	
— STS 15/2006, de 13 de enero .....	246

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 259/2005 de la Sala 1.<sup>a</sup> del TC de 24 de octubre de 2005  
(BOE 29 de noviembre de 2005) (Recurso de amparo 3325/2001)**

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA  
**Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.**

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

## SÍNTESIS

*Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por falta de motivación del auto habilitante y su adopción en el marco de unas diligencias indeterminadas de las que no se dio cuenta al Fiscal.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### 2. (...)

«Este Tribunal ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las

resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

(...)

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre,

FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5).»

**3.** La aplicación de esa doctrina general al análisis del caso exige, por tanto, determinar si en el momento de solicitar y autorizar la medida de intervención telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, así como datos objetivos que permitieran precisar que la línea de teléfono que se solicitó intervenir era utilizada por personas sospechosas de su comisión o por quienes con ella se relacionaban.

(...)

**4.** La mera lectura de la primera de las resoluciones judiciales, aun integrada con la solicitud policial a la que responde, permite afirmar que faltan elementos imprescindibles para poder aceptar la legitimidad constitucional de la intervención acordada, puesto que se limita a afirmar la existencia de un delito de tráfico de drogas y la participación en él de dos individuos, sin expresar, ni siquiera de modo genérico, qué datos objetivos pueden considerarse indicios de la existencia del delito, ni la conexión de esas personas con el mismo, más allá del hecho de que se trata de personas con antecedentes por tráfico de drogas.

(...)

Por tanto, ha de afirmarse que el citado Auto no contiene una motivación suficiente para poder afirmar la legitimidad constitucional de la medida, pues no incorporó —aunque existiera— ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio de la existencia del delito y de la conexión de la persona cuyas comunicaciones se intervienen con el mismo, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habili-

tante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, en consecuencia, ha declararse la lesión de este derecho fundamental.

(...)

5. Los demandantes de amparo se quejan también de que las resoluciones judiciales que acordaron las intervenciones telefónicas se adoptaron en el marco de unas diligencias indeterminadas, de las que no se dio cuenta al Ministerio Fiscal, no habiendo existido por ello posibilidad de control por parte de éste.

Este Tribunal tiene declarado que, aun cuando la naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y su misma lógica requieren, no solamente que la investigación y su desarrollo se lleven a cabo por el Juez de Instrucción, sino además que se realicen dentro de un proceso legalmente existente, el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial (ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE), como de otro posterior (esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla). Por ello hemos considerado que no se quiebra esa garantía cuando, adoptada la medida en el marco de unas diligencias indeterminadas, éstas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, «satisfaciendo

así las exigencias de control de cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto» (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5). En aplicación de la doctrina expuesta hemos considerado, por el contrario, que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica, pues con ello se impide «el control inicial de la medida... en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos» (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7).

Pues bien, en el caso ahora examinado, de las actuaciones se desprende que las intervenciones telefónicas se acordaron en el seno de las diligencias indeterminadas núm. 416/93, que éstas se unen sin solución de continuidad al proceso incoado en averiguación del delito, pero que ninguno de los tres Autos por los que se autorizaban fue notificado al Ministerio Fiscal, lo que impidió su intervención y, por consecuencia, un eventual control inicial de la medida por parte de éste. Por tanto, junto al defecto de motivación de las resoluciones judiciales del que se ha dejado constancia en los fundamentos jurídicos precedentes, por sí solo suficiente para declarar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es apreciable también, como causa concurrente de la lesión de este mismo derecho, la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas referidas, lo que ha impedido a aquél ejercer la función de promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos, art. 124.1 CE.

**Sentencia 285/2005 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 7 de noviembre de 2005  
(BOE 13 de diciembre de 2005) (Recurso de amparo 1012/2003)**

DERECHO DE ACCESO AL RECURSO. (LIMITACIONES PROBATORIAS EN SEGUNDA INSTANCIA)

**Arts. 24 CE; 790.3 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**

SÍNTESIS

*Necesidad de salvar la aparente contradicción existente entre las limitaciones legales a la prueba en segunda instancia y la doctrina de la STC 167/2002 (reproducida en el núm. 8 de la Revista) mediante una interpretación más favorable del derecho de acceso al recurso del art. 790.3 de la LECrim.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Denuncia el demandante de amparo que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la segunda instancia. A esta vulneración reconduce la de vulneración del derecho a la prueba por la declaración de impertinencia de las acordadas para el acto de la vista de la apelación, que habían sido admitidas en principio, porque la impertinencia por irrelevancia de las mismas se decide después, como consecuencia de la interpretación que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona otorga a la Sentencia de este Tribunal 167/2002, de 18 de septiembre, en relación al art. 795.3 LECrim; según dicha interpretación, de nada servirían las pruebas, dado que no podría, en ningún caso, revocarse en segunda instancia una Sentencia absolutoria en que se

haya oído en el juicio al acusado. El recurso estaba abocado al fracaso.

Por tanto, debe analizarse la interpretación que la Sala de Barcelona da a nuestra Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, en relación con el art. 795.3 LECrim, que le lleva a no entrar a conocer del fondo del recurso, pero no sin antes decir que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, si entendía que se producía una colisión entre nuestra doctrina, vertida en la expresada Sentencia y posteriores, y el art. 795.3 LECrim, de modo que quedaba vacío de contenido el recurso, debería haber planteado la supuesta inconstitucionalidad del precepto indicado, pues obviamente dicha interpretación, entendida como lo hace la Sentencia combatida, ha privado al recurrente del derecho a la segunda instancia, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso.

Así en la STC 173/2002, de 9 de octubre, hemos dicho: «Es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5). Ahora bien, tampoco cabe duda de que el art. 117.3 CE no faculta al Juez a que, una vez seleccionada la única norma aplicable al caso concreto, simplemente la inaplique, soslayando, por una parte, el procedimiento expresamente establecido en la norma suprema a tal fin (la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163) y desconociendo, por otra parte, el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3), y que es un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2). La norma legal, en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y por ello nula, está vigente (STC 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1)». Con ello la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, al dejar imprejuizado el recurso.

**3.** Una vez planteado el conflicto ante este Tribunal por el demandante de amparo, como ya hemos anunciado, debe analizarse la compatibilidad entre el precepto legal y la Sentencia enfrentada.

Establecía entonces el art. 795.3 LECrim (antes de pasar a ser el núm. 790.3 como consecuencia de la reforma parcial de la Ley de enjuiciamiento criminal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas) que: «En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en primera instancia, de las propuestas que

le fueron indebidamente denegadas, siempre que formulare en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión».

La Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, en lo que afecta a la presente recoge que «cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, § 32—, 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39—, 29 de octubre de 1991 —caso JanÅke Anderson contra Suecia, § 28—, 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, § 32—). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59—, que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de

apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal».

Aparentemente entre el precepto legal y la doctrina de la Sentencia 167/2002, ambos transcritos, parece existir una contradicción, pero ésta se salva fácilmente mediante una interpretación más favorable al derecho de acceso al recurso del art. 795.3 LECrim y acomodada a las exigencias constitucionales. En primer lugar, como ha indicado el Ministerio Fiscal, cuando la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, establece la exigencia de oír nuevamente al acusado absuelto en segunda instancia, para poder dictar Sentencia revocatoria, no lo concibe como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene derecho a volver a ser oído —ya sea para convencer al Tribunal de su inocencia, o para poder controvertir los argumentos de la acusación—; por ello es fácil concebir que pueda pedir el recurrente tal comparecencia personal para cumplir dicha garantía, al margen del resto de las pruebas, sin colisionar con el art. 795.3 LECrim, de modo que la Sala, citara

al acusado y si éste, no compareciera sólo a él fuera imputable dicha falta de audiencia.

Debemos, por tanto, concluir que la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona al no entrar a conocer sobre el fondo ni practicar la prueba ya admitida del recurso de apelación, en base a esa interpretación, la que además puede ser calificada de rigorista, del art. 795 LECrim ha privado al recurrente del derecho de acceso al recurso vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, en dicha vertiente.

4. En cuanto al alcance del fallo, hemos dicho en la STC 41/1997, de 10 de marzo, que «el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un “ius ut procedatur”, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, FJ 5, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2.

**Sentencia 292/2005 del Pleno del TC de 10 de noviembre de 2005  
(BOE 13 de diciembre de 2005) (Recurso de amparo 1827/2005)**

EXTRADICIÓN. CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN Y EURO-ORDEN  
**Arts. 13 y 24 CE; 6.1 Convenio Europeo de Extradición**  
Ponente: **Excma. Sra. Dña. Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

*Vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en virtud de extradición por aplicación de normas que en el momento de su concesión no habían sido publicadas*

*en el BOE incumpliendo las exigencias de tutela y de garantía de legalidad propias del procedimiento extradicional. (Se reproducen igualmente, los votos particulares.)*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**2.** Si bien la demanda se desglosa en diversos motivos de amparo, el núcleo de la controversia radica en la infracción del principio de legalidad extradicional contemplado en el art. 13.3 CE en el que habrían incurrido las resoluciones judiciales objeto de este proceso al conceder la extradición sin atender al principio de reciprocidad, en cuanto el cumplimiento de tal presupuesto se habría hecho efectivo en virtud de una normativa que, por no estar publicada en el «Boletín Oficial del Estado» en el momento de la adopción de la decisión de entrega, no era aplicable en España.

(...)

**3.** En todo caso, con carácter previo debemos considerar cuál deba ser, desde la jurisdicción constitucional, la perspectiva de enjuiciamiento de la queja en cuestión, ya que, mientras el demandante, invocando la STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3, considera vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), así como el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, el Ministerio Fiscal, con argumentos similares, considera vulnerado, aparte del derecho a la tutela judicial efectiva por una deficiente motivación, el principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE, conectándolo con el principio de certeza de las normas. Pues bien, para dar respuesta a la disyuntiva suscitada han de tenerse en cuenta las particulares características del procedimiento extradicional. Como dijimos en la STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3, ya citada, la extradición, en la

configuración que le otorga la Ley de extradición pasiva de 1985, «constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial, en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, 222/1997, 5/1998; AATC 307/1986, 263/1989, 277/1997). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado».

Desde este modo, y tal como afirma nuestra reproducida Sentencia, la pretendida infracción del principio de legalidad extradicional no ha de hallar acomodo en el artículo 25.1 CE, puesto que «este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales». Ello implica la ausencia de fundamento en la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad penal plasmado en el citado precepto, y que, en el caso concreto, se invoca en relación con la denunciada aplicación retroactiva de la ley.

Como señala el demandante de amparo, la STC 141/1998 situó como canon de enjuiciamiento del reproche relativo a la infracción del principio de legalidad extradicional el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE, considerando en su fundamento jurídico 4

que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE: tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Tal como recuerda la citada Sentencia, la garantía expresada en la máxima “nulla traditio sine lege” obedece a distintas finalidades. Por una parte, pretende que la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del art. 9.º de la Declaración universal de derechos humanos, del art. 5.1.f) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y del art. 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Por otra parte, supone subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes del pueblo la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega. Y, finalmente, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad (STC 141/1998, FJ 4), y que puede hacerlo también en su libertad de residencia.

La perspectiva constitucional citada para el tratamiento de la vulneración del principio de legalidad extradicional (derecho a un proceso con todas las garantías) converge con la propia del art. 24.1 CE. La decisión judicial de extradición sin soporte legal constituye un vacío de tutela en cuanto decisión no fundada en Derecho, tal como, de modo genérico, destacara la ya citada STC 11/1983, de 21 de febrero, FJ 1, y como ha establecido en ocasiones posteriores este Tribunal. En efecto, de las finalidades acabadas de mencionar se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva viene a configurar en realidad el primer filtro de re-

visión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, su incumplimiento —esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante— derivará “eo ipso” en un reproche de arbitrariedad por no estar fundada en Derecho.

(...)

Así lo afirmábamos para un supuesto de extradición en la STC 147/1999, de 4 de agosto, en la que recordábamos que «si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (SSTC 62/1996, FJ 2; 34/1997, FJ 2; 175/1997, FJ 4; 200/1997, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, FJ 4; 2/1999, FJ 2, entre otras). La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada, atendiendo al canon de motivación reforzado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional acabada de citar. Ello es consecuencia de que el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros fundamentales» (FJ 3). En aquel caso tal conexión se producía, «en primer lugar, con el derecho al proceso con todas las garantías, dado que el recurrente alegó contra la extradición solicitada la vulneración de sus derechos de defensa en el procedimiento en el que fue condenado, y, en segundo lugar, con el derecho a la libertad» (FJ 3), al igual que en la STC 87/2000, de 27 de marzo, que invoca también «el derecho a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado (art. 19 CE), puesto que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del recurrente a permanecer en España y, como eventual consecuencia, el cumplimiento de una pena privativa de libertad (SSTC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 203/1997, de 25 de noviembre, FJ 3 y 5; 147/1999, de 4 de agosto, FJ

3)» (FJ 5). Más recientemente, en el ATC 412/2004, de 2 de noviembre, aplicábamos también el canon descrito a un supuesto de extradición: en el análisis acerca de si las resoluciones judiciales impugnadas fueron o no respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente más primigenia de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, entendíamos que, al relacionarse «la motivación con derechos fundamentales sustantivos tales como el derecho a la libertad de residencia y a la entrada y salida en España, o el derecho a la vida y a la integridad física (arts. 15 y 19 CE)», debe exigirse «un plus de motivación que hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo (por todas STC 196/2002, de 28 de octubre), al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas» (FJ 5).

4. De la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento precedente se desprende que, dependiendo de las circunstancias del caso, los derechos proclamados en ambos párrafos del art. 24 CE resultan concernidos en un recurso de amparo referido a un proceso extradicional en el que se impugne la ausencia de base legal o convencional para sustentar el mismo. Al respecto, y como complemento indispensable de dicha doctrina en orden a su aplicación al presente caso, hemos de recordar también nuestra jurisprudencia relativa a la incidencia que sobre tales derechos tiene la publicación de la base normativa que sustenta la extradición.

La STC 141/1998, de 29 de junio, concluye que los «Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, es-

pecialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad», y que «una cláusula de un tratado —y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial» (FJ 6).

(...)

El art. 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales obliga a que la retirada de las reservas formuladas por otros Estados a los tratados multilaterales en que España sea parte, sea publicada en el “Boletín Oficial del Estado”. Pero, lo que es más importante desde el punto de vista constitucional, el art. 96.1 CE determina que formarán parte del ordenamiento interno aquellos tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez que hayan sido publicados oficialmente en España.»

En consecuencia, los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exigen que la concesión de la extradición, que sólo puede tener lugar «en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE), tenga su fundamento en una ley o en un convenio que formen parte del ordenamiento interno, lo que a su vez requiere que hayan sido objeto de publicación oficial en España.

5. En el presente supuesto, la extradición a Francia se ha fundamentado en el Convenio europeo de extradición de 1957 como norma prioritaria de aplicación, por lo que, “prima facie”, y dado que la extradición se produce entre dos Estados signatarios del citado Convenio, cabe afirmar la existencia de un marco legal habilitante. No obstante, la controversia gira en torno a si, en concreto, el Convenio habilitaba la extradición en este tipo de supuestos, de entrega de nacionales entre España y Francia, a la vista de la reserva de Francia al Convenio en este punto (reserva al art. 6.º) y de las

reglas de reciprocidad expresamente previstas en el propio Convenio (art. 26.3). En rigor, lo que se trata de dilucidar es si en relación con la entrega de nacionales entre España y Francia existía Convenio, lo que a su vez depende de si seguía existiendo la citada reserva y, en su caso, si su pérdida de eficacia, o la norma que se estimara que la comportaba, había sido publicada, lo que permitiría la aplicación por parte de los órganos judiciales de las cláusulas del tratado que en su día habían quedado sin vigencia por la reserva y que con tal publicación pasaban a formar parte del ordenamiento interno español. Debe recordarse en este punto, como lo hacíamos en el fundamento anterior con cita de la STC 141/1998, que las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el art. 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 (a la que España se adhirió el 2 de mayo de 1972, siendo su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de junio de 1980), y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el art. 32 del Decreto 801/1972 exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier «acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España».

La Audiencia Nacional considera que las modificaciones que el Estado francés ha efectuado en su legislación interna para adaptarla a la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, han dado lugar a la declaración francesa al Convenio europeo de extradición, registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 18 de octubre de 2002, según la cual, desde el 12 de marzo de 2004 para París y el 13 de marzo para el resto de Francia, las disposiciones re-

lativas a los mandamientos de detención europeos, cuando éstos puedan ser ejecutados, sustituirán a las disposiciones correspondientes del Convenio europeo de extradición. En su opinión, aquellas «modificaciones dejan sin efecto la reserva francesa al art. 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, siendo ya aplicables en la actualidad, y con independencia de la fecha de la Orden Internacional de Detención, que en este caso es de 14 de mayo del año 2001».

Entienden así los Autos recurridos que existe base convencional para la extradición, puesto que, al menos en lo que se refiere a su relación con España, Francia ha dejado sin efecto la reserva al Convenio que impedía la extradición de nacionales entre ambos Estados, o al menos ha producido una transformación del sistema de extradición que supone la pérdida de eficacia de tal reserva. Tal sistema de extradición sustentado en las normas del Convenio europeo, y no el sistema de entrega configurado por la euroorden, es, subraya el Auto recurrido del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el que se aplica «en esta resolución». Dichas «normas extradicionales ... deben aplicarse en bloque sin que sea admisible la aplicación parcial de un texto legal que no es aplicable a este caso» (razonamiento jurídico 4). Antes de analizar si este razonamiento que concluye en la pérdida de eficacia de la reserva y en la apertura del Convenio a la extradición de nacionales entre España y Francia es válido desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y respetuoso con la garantía de legalidad extradicional, corresponde, como "priors" lógico, analizar si la norma o normas utilizadas para construirlo eran normas que, en cuanto pertenecientes al ordenamiento interno por estar oficialmente publicadas, configuraban el marco normativo en cuyo cumplimiento podían fundamentar los órganos judiciales su decisión de conceder la extradición.

La respuesta ha de ser negativa si el apoyo se sustentara en las modificaciones de la legislación procesal interna de Francia. Y

no se altera de sostener la Audiencia que la falta de efectos de la reserva o su comunicación se contienen en la declaración francesa al Convenio europeo de extradición, registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa el 18 de octubre de 2002, pues dicha declaración no había sido publicada en la fecha en que la Audiencia Nacional tomó la decisión de entrega: la publicación de la declaración francesa se realizó en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de mayo de 2005 y el Auto por el que se accede a la entrega lleva fecha 28 de enero de 2005. Tampoco cabe una respuesta distinta a la cuestión clave de la publicación si la Audiencia Nacional hubiera entendido que se ha producido una transformación transitoria del sistema extradicional equivalente a la supresión de la reserva, pues, de nuevo, tal transformación transitoria, no contenida en la Decisión Marco que da lugar a la euroorden, vendría apoyada en los Autos ahora recurridos en la legislación interna francesa o en la declaración citada, publicada en España con posterioridad a la decisión impugnada en amparo.

**6.** En aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta (FJ 4), hemos de concluir que la reseñada falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma (FJ 5) ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Con independencia ahora de toda consideración acerca de la interpretación de dichas normas, las mismas, por su falta de publicación en el momento de su aplicación, no podían fundar la extradición acordada, por lo que no puede entenderse que esta decisión colme las exigencias de tutela y de garantía de legalidad propias del procedimiento extradicional.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005, RECAIDA EN EL RECURSO DE AMPARO 1827-2005, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS DON GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y DON ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL

**1.** (...)

Con el máximo respeto al autorizado criterio de mis colegas del Pleno me voy a limitar a desarrollar en este Voto particular dos de los argumentos que defendí, sin éxito, en las sucesivas deliberaciones de este asunto y que bastan para justificar mi discrepancia con el fallo de la Sentencia y con los criterios que lo sustentan. Son los siguientes: a) Francia no ha retirado reserva alguna al Convenio europeo de extradición del Consejo de Europa de 1957 ni tampoco la ha dejado sin efecto, por lo que la ratio decidendi de la Sentencia se sustenta en un hecho que no se ha producido y en una doctrina (la de la STC 141/1998, de 29 de junio) que carece de relieve para el caso. Y b) el único parámetro constitucional de control de las resoluciones judiciales de extradición pasiva impugnadas en este caso debe ser el de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con canon de motivación reforzado por el juego del derecho a la libertad personal.

Las decisiones recurridas en amparo superan claramente dicho canon de control y, por ello, no nos corresponde decir si la Audiencia Nacional se equivocó en la selección de los tratados internacionales y del Derecho interno francés aplicable al caso, en la hipótesis de que la Audiencia Nacional realmente se hubiera equivocado.

**2.** La razón de decidir de la Sentencia radica en lo que llama «la cuestión clave de la publicación» (FJ 5) y se funda en una extensa exposición de que la «falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma ha su-

puesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)» o que, «con independencia... de la interpretación de dichas normas, las mismas, por su falta de publicación en el momento de su aplicación no podían fundar la extradición acordada» (FJ 6).

Creo que la cuestión planteada en este caso no es tan compleja y no consiste en la retirada de una reserva a un convenio multilateral, en el sentido del artículo 2.1.d) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino en la distinta y sencilla de aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia en el tiempo, a que se refiere el artículo 30 de la misma Convención de Viena, sucediendo aquí el régimen de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre euroorden, al sistema del Convenio europeo de extradición.

La declaración de la República francesa al Convenio europeo de extradición de 1957 (publicada en el BOE de 11 de mayo de 2005) no es una retirada de la reserva al artículo 6.º del Convenio por la que se excluye la extradición de nacionales franceses, por la sencilla razón de que no se produce en aplicación del artículo 26.2 del expresado Convenio europeo (que las regula) sino del art. 28.3 del mismo (sobre disposiciones internas uniformes o recíprocas que regulen la extradición entre dos o varias Partes). La reserva no se ha retirado porque sigue, y seguirá, rigiendo respecto de los Estados parte en el Convenio que no son miembros de la Unión Europea y respecto de los mismos Estados miembros de la Unión Europea (entre ellos España) cuando, por el juego de las normas de Derecho intertemporal, les sea aplicable todavía el régimen pleno del Convenio europeo de extradición de 1957.

En cualquier caso parece evidente que la publicación o falta de publicación en el BOE de esa declaración (en el caso de que el alcance del art. 32 del Decreto 801/1972

no fuera —como creo— el de una simple publicidad material) lejos de ser la clave del caso resulta irrelevante para el mismo, pues en nada afecta a los Autos de la Audiencia Nacional impugnados: a) en primer lugar porque no modifica los efectos del artículo 6.º del Convenio entre Francia y España dado que, como queda dicho, no es una retirada de reserva y b) porque el régimen de sucesión de tratados en el tiempo, de que la repetida declaración da noticia, se refiere a las fechas de 12-13 de marzo de 2004 mientras que la Orden internacional de detención que se enjuicia es de 14 de mayo de 2001. La doctrina de la STC 141/1998 que se expone cuidadosamente en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la Sentencia es de indudable interés pero, dicho sea con todos los respetos, no resulta aplicable al caso.

Por último, una lectura atenta de los Autos recurridos no revela que, como sostiene la demanda de amparo y parece aceptar la Sentencia de la mayoría, los mismos consideren que los efectos de la repetida declaración de Francia al Convenio europeo de extradición haya implicado una retirada de la reserva de dicho Estado al convenio europeo de extradición. El antecedente de hecho 2, apartados b) y c), de la Sentencia de la mayoría muestra que el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —que sólo se transcribe parcialmente— insiste en fundar su decisión en las profundas modificaciones que se han producido en el ordenamiento francés y en otro Auto suyo (de 13 de octubre de 2004) de entrega a Francia de un nacional español. Hace referencia, sin duda, a la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, de adaptación de la justicia a la evolución de la criminalidad. El Auto del Pleno precisa en su FJ 1 que se refiere al título 10 del libro IV del Código de procedimiento penal. Coincide, en tal apreciación, con el Auto de la Sección Tercera de 29 de julio de 2004 cuando asevera que «las modificaciones legislativas producidas en ese país (Francia) a fin de adecuar su ordenamiento jurídico a la normativa comuni-

taria relativa a la euroorden» son las que justifican la entrega.

No me parece razonable exigir la publicación formal del ordenamiento interno francés en nuestro «Boletín Oficial del Estado» como condición para admitir que un Juez interno español pueda apreciar, tal vez en la posición que lo hace el propio Juez francés, el estado de la legislación francesa o los efectos en el sistema de fuentes de dicho ordenamiento —que no del español— de modificaciones como las producidas en el año 2004.

La falta de publicación en España de la declaración francesa al Convenio europeo de extradición tampoco demuestra que los Autos recurridos hayan operado sobre datos normativos carentes de eficacia interna por falta de publicación formal en nuestro ordenamiento. Y es que tampoco creo razonable exigir que, a efectos de una extradición pasiva, se deba insertar en nuestro «Boletín Oficial» la normativa de la Unión Europea, que se publica en el «Journal Officiel des Communautés Européennes». Como señala con acierto el Ministerio Fiscal (antecedente de hecho 7 de la Sentencia), el Auto del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional parece hacer referencia a la declaración efectuada por Francia respecto a los artículos 32 y 34 de la Decisión Marco, relativa a la orden de detención europea. La declaración relativa al artículo 32 ha sido publicada formalmente en la Unión Europea (Journal Officiel L-190, de 18 de julio de 2002) y lo mismo acontece con la propia Decisión Marco y con su artículo 32, lo que sin duda debe ser bastante a efectos de la doctrina del fundamento jurídico 4 de la Sentencia mayoritaria. En conclusión la falta de publicación oficial en España de normas (en que se apoya el FJ 6 de la Sentencia) no tiene relieve para anular los Autos recurridos en amparo.

**3.** Llegados a este punto, procede examinar el segundo de los argumentos que enuncié al principio, consistente en determinar cuál es el parámetro de control que, de acuerdo con nuestra doctrina, debemos em-

plear al controlar en amparo la actuación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, único órgano que tiene atribuido el conocimiento de los expedientes de extradición pasiva (art. 65.4 LOPJ), sin cruzar el umbral de la legalidad ordinaria e invadir las funciones jurisdiccionales que el artículo 117.3 CE le atribuye en exclusiva.

La Sentencia de la mayoría excluye (en el FJ 3) la tesis del Ministerio Fiscal de que la infracción del principio de legalidad de la extradición pueda hallar acomodo en el art. 25.1 CE y, buscando cobertura en la STC 141/1998, sitúa el parámetro de enjuiciamiento del reproche básico formulado en el recurso de amparo, relativo a la supuesta infracción del principio “nulla traditio sine lege”, en el derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE.

No es adecuado este encuadramiento que, además de modificar nuestra jurisprudencia, dificulta precisar con nitidez el alcance del parámetro de control de este Tribunal sobre la jurisdicción ordinaria en estos expedientes de extradición pasiva.

Se objetará que se aplica la STC 141/1998, cuya doctrina sigue la Sentencia de la mayoría, pero esa Sentencia constituía hasta hoy un precedente aislado en nuestra jurisprudencia que sólo se explica si se tienen en cuenta cuáles eran las quejas y las vulneraciones de derechos denunciadas en aquel caso.

(...)

Se trataba en el caso de una extradición de las llamadas ejecutivas o de condenado, en cuanto trataba de la entrega de un sujeto ya enjuiciado y condenado en Italia, para que cumpliera en dicho país un total de diecinueve años de reclusión. El recurrente invocaba en el proceso de amparo «violaciones indirectas» originadas por la actuación de los órganos judiciales italianos, entre ellas la condena en ausencia. Esa circunstancia es la que explica que en la STC 141/1998 se haya considerado vulnerado el art. 24.2 CE y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, pese a que

la razón de decidir de la Sentencia se funda en doctrina que debe encuadrarse claramente en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Confirma esta afirmación el hecho de que la doctrina de la STC 141/1998 haya sido claramente abandonada posteriormente en casos en los que —sin alegar «violaciones indirectas»— se discutía sobre la selección, interpretación y aplicación de las normas convencionales que rigen los procedimientos de extradición pasiva. Nuestra jurisprudencia, en concordancia con nuestra doctrina tradicional, volvió a abordar estos casos a la luz del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, que se encuadra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

(...)

4. No comparto, por lo que acabo de razonar, la afirmación del inicio del fundamento jurídico 4 cuando señala que «dependiendo de las circunstancias del caso, los derechos proclamados en ambos párrafos del art. 24 CE resultan concernidos en un recurso de amparo referido a un proceso extradicional en el que se impugne la ausencia de base legal o extradicional para sustentar el mismo», o que, como se afirma anteriormente, «la perspectiva constitucional citada para el tratamiento de la vulneración del principio de legalidad extradicional (derecho a un proceso con todas las garantías) converge con la propia del art 24.1 CE» (*sic* en FJ 3). El canon o parámetro de control que se construye en la Sentencia de la mayoría no tiene la precisión necesaria para efectuar un control seguro, por lo que se corre el riesgo de que esta jurisdicción de amparo se acabe convirtiendo, pura y simplemente, en una tercera instancia de control de las decisiones del Pleno de la Audiencia Nacional.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL  
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ  
ARRIBAS RESPECTO DE LA SENTENCIA  
DEL PLENO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2005,  
DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO  
1827-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia por las razones que fundo en las siguientes consideraciones.

El fallo del que discrepo y por el que se otorga el amparo al recurrente ciudadano español, anulando las impugnadas resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional que acordaron su entrega a Francia, tiene por “ratio decidendi” la falta de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» en el momento de la extradición (después se produjo dicha publicación) de la declaración de la República francesa por la que se retiraba la reserva de no entrega de sus nacionales, formulada en su día, al Convenio europeo de extradición, lo que conduce, por aplicación del principio de “nulla traditio sine lege”, a considerar vulnerado el principio de reciprocidad y con él el derecho a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías (art. 24, apartados 1 y 2 CE, respectivamente).

A mi entender, la referida declaración del Estado francés por la cual, desde el 12 de marzo de 2004 para París y el 13 de marzo para el resto de Francia, las disposiciones relativas a los mandamientos de detención europeos, cuando éstos puedan ser ejecutados, sustituirán a las disposiciones correspondientes del Convenio europeo de extradición, más que retirar la reserva anterior a dicho tratado, lo que hace es sustituir, a partir de las referidas fechas, el sistema de extradición por la llamada euroorden entre los países correspondientes que pertenezcan a la Unión Europea.

El Pleno de la Audiencia Nacional, para confirmar la entrega del ciudadano español, se basa en que las profundas transformacio-

nes de la legislación interna francesa y la declaración referida, revelan que Francia ya no se niega a la entrega de sus nacionales, con lo que tampoco hay obstáculo para que lo haga España.

La extensa y detallada argumentación que emplea el Pleno de la Audiencia Nacional para fundar su Auto, podrá compartirse o no, pero no puede ser tachada de arbitraria, carente de razonabilidad o incurso en error de hecho, ni tampoco deficitaria de motivación, con arreglo al canon reforzado de los casos en que está en juego la libertad de las personas y como quiera que las cuestiones relativas a la extradición son de lega-

lidad ordinaria, según ha reconocido en ocasiones anteriores este Tribunal y también lo son dentro de ellas, las que se refieren a la aplicación del principio de reciprocidad, que es sustancialmente una cuestión de hecho, y que tiene además del control judicial previo, el de oportunidad política que corresponde al Gobierno, en el sistema mixto que rige en España, creo que la Sentencia de cuya fundamentación y fallo me aparto, invade competencias que corresponden a los Juzgados y Tribunales a quienes la Constitución confía en exclusiva la función de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), conforme también tiene constantemente declarado este Tribunal.

**Sentencia 303/2005 del Pleno del TC de 24 de noviembre de 2005 (BOE 21 de diciembre de 2005) (Recurso de amparo 2182/2003)**

HABEAS CORPUS. INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

**Arts. 62.1 y 2 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 1 y 4 LO 6/1984, de 24 de mayo, de Habeas Corpus**

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

SÍNTESIS

*Las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial exigible para decretar la medida de ingreso en un centro de internamiento al amparo de la legislación de extranjería, equivalen a las que pueden alcanzarse por medio del Habeas Corpus, lo que hace redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional. (En el mismo sentido se pronuncian las posteriores sentencias 316/2005, 317/2005, 318/2005, 319/2005, 320/2005 y 321/2005, todas ellas de 12 de diciembre.)*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

## 2. (...)

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del habeas corpus, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que «cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el art. 6.º de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento». Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el art. 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de habeas corpus contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de habeas corpus dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares».

3. Ya en este punto, por lo que se refiere a las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, ha de señalarse que nuestras resoluciones en recursos de amparo se han referido a detenciones o retenciones gubernativas (así, SSTC

21/1996, de 12 de febrero; 174/1999, de 27 de septiembre; 179/2000, de 26 de junio), es decir, a privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería. Típico supuesto, pues, de privación de libertad necesitada de un control judicial “a posteriori” sobre su legalidad, articulado en nuestro Derecho —con carácter general y al margen de mecanismos específicos establecidos por la legislación de extranjería—, a través del procedimiento de habeas corpus.

Sin embargo, en la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1, en recurso directo, en lo que ahora importa, dirigido contra el art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, descartábamos la inconstitucionalidad de su apartado 2, que permitía el internamiento de extranjeros tras interesarlo del Juez de instrucción la autoridad gubernativa, haciendo una interpretación del régimen legal entonces vigente en la que concluíamos que «el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de habeas corpus del art. 17.4 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial» (FJ 1). Esta afirmación se hizo en un contexto en el que importaba dejar claro que «la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma». Por ello se subrayaba el estricto sometimiento de la autoridad gubernativa al control de los Tribunales, que no derivaba de forma terminantemente clara de la literalidad del texto legal.

Pero en el caso que ahora se examina, por virtud de la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vigente a la sazón, la medida de ingreso en un centro de internamiento, en la expresa dicción de su art. 62.1 y 2, exige: a) la «previa audiencia del interesado»; b) que sea el Juez de Instrucción competente el «que disponga [el] ingreso en un centro de internamiento»; c) que la decisión judicial se adopte «en Auto motivado»; y d) que sobre la base de una duración máxima de cuarenta días «atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso», el Juez «podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado». Añádase que la decisión judicial es recurrible —art. 216 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím).

Las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial que acaba de describirse equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus, lo que haría redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional, sólo justificable en el plazo de la estricta detención cautelar gubernativa (durante las primeras setenta y dos horas) o, en su caso, superado el plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento, si el extranjero continúa privado de libertad. El habeas corpus sólo es factible, por tanto, en los supuestos de privación de libertad que no tienen otro fundamento que la sola voluntad de la autoridad gubernativa, quedando excluido como remedio procesal para las situaciones de privación de libertad dispuestas por el Juez y en el espacio temporal por el que éste las haya autorizado. En consecuencia, un internamiento decidido judicialmente que se extienda más allá del plazo señalado en el Auto dictado al efecto pasa a ser una situación de privación de libertad que, por carecer ya del fundamento judicial que lo hizo constitucionalmente legítimo,

no tiene más apoyo que la voluntad gubernativa, lo que la hace objeto posible de una solicitud de habeas corpus, siendo éste el sentido cabal en el que ha de entenderse lo afirmado en la citada STC 115/1987 para la Ley Orgánica 7/1985, una vez que se proyecta sobre la nueva legislación en la materia.

(...)

5. Como deriva de todo lo expuesto, el mismo día 25 de marzo en que se promovió el habeas corpus, origen del presente recurso de amparo, el Juzgado de Instrucción había tomado declaración a la Sra. Zaitouni, quien contaba con la ayuda de intérprete y la asistencia de Abogado. En esa audiencia, la detenida pudo manifestar todo lo que podía convenir a sus derechos e intereses. Y, tras oírla, el Juzgado acordó su internamiento, basándose en que concurrían las circunstancias previstas por la Ley para adoptar la medida cautelar y fijando en cuarenta días como máximo la duración de aquel internamiento.

Sobre esta base, como con acierto advierte el Ministerio Fiscal en su segundo escrito de alegaciones, «es patente que la persona en cuyo nombre se pedía amparo se encontraba privada de libertad bajo control judicial, precisamente en el mismo Juzgado ante el que se promovía el procedimiento de habeas corpus, que, por tanto, se manifestaba “a limine” carente de objeto, ya que el control judicial de la privación de libertad que con el mismo se pretendía había sido realizado» con anterioridad: el Juzgado, «previa audiencia» de la Sra. Zaitouni, asistida de Letrado y con comprobación de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, mediante «Auto motivado», «dispuso» su ingreso en un centro de internamiento, fijando el «período de máxima duración» de aquél —art. 62.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000—, Auto este que por virtud de recursos de reforma y apelación dio lugar a dos nuevas resoluciones judiciales.

Así pues, la finalidad del habeas corpus, que no es sino la puesta a disposición judicial de quien puede haberse visto privado ilegalmente de su libertad, se había alcanzado ya con la aplicación al caso de la Ley de extranjería, de suerte que la denegación del habeas corpus no merece, por razonable y no arbitraria, ni siquiera en los términos del canon reforzado que supone la afectación del derecho a la libertad, tacha alguna de inconstitucionalidad. Nada acredita una situación de riesgo para la integridad de dicho

derecho. Y es que el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez.

Procedente será por consecuencia el pronunciamiento previsto en el art. 53.b) LOTC.

**Sentencia 313/2005 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 12 de diciembre de 2005 (BOE 12 de enero de 2006) (Recurso de amparo 114/2003)**

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR. RECUSACIÓN

**Art. 24.2 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez**

SÍNTESIS

Tras desestimar la pretensión del recurrente relativa a la vulneración del derecho al Juez imparcial, la Sala, haciendo un análisis comparativo de este caso con los casos Barberà, Messegú y Jabardo y Castillo Algar respalda la negativa del Tribunal Supremo a anular la sentencia condenatoria firme por causa de un fallo favorable del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente, bajo la invocación de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías —en su faceta relativa a la imparcialidad objetiva del juzgador— (art. 24.2 CE) y a la efectividad de la

tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), solicita la anulación del Auto dictado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de fecha 9 de diciembre de 2002, que desestimó su pretensión de nulidad radical ex art. 240, apartados 3 y 4, LOPJ de las Sentencias firmes dictadas por el Tribunal Central Mili-

tar y por el Tribunal Supremo [a las que nos hemos referido en los antecedentes de esta Sentencia, epígrafe 2, letras a) y b)] y de estas mismas Sentencias, que le condenaron a siete años de prisión, con las penas accesorias de pérdida de empleo y suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como consecuencia de haberse declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Perote Pellón c. España, de 25 de julio de 2002) la vulneración del derecho a un juicio justo, en su vertiente del derecho al juez objetivamente imparcial.

(...)

**2.** El primer motivo del recurso es también el primero que nos corresponde analizar desde la lógica de la subsidiariedad del recurso de amparo (vid., “inter allia”, la STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 2). Si resultara que al recurrente le asiste la razón y que el Auto desestimatorio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones no había sido dictado por un Tribunal plenamente imparcial, la radicalidad del defecto comportaría la nulidad de lo actuado en el citado incidente previsto en el actual art. 241 LOPJ y una retroacción en la causa que implicaría un sobrevenido carácter prematuro de la segunda y última queja de amparo.

El recurrente invoca la lesión del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) debido a que el Auto ahora impugnado ha sido dictado por una Sala compuesta por cinco Magistrados, tres de los cuales habían formado parte de la Sala que desestimó el recurso de casación núm. 75/97 en resolución que confirmó la condena dictada en primera instancia por el Tribunal Central Militar. De este hecho objetivamente constatable, el recurrente deriva su «sospecha... de no haber sido resuelta su pretensión anulatoria de forma imparcial.»

Con carácter previo al examen sobre el fondo de este motivo, es preciso dar puntual respuesta a la petición de inadmisión del Ministerio Fiscal por incumplimiento del

art. 44.1, letras a) y c) LOTC, esto es, de dos presupuestos procesales, consistentes, el primero, en la necesidad del previo agotamiento de la vía judicial a través de «todos los recursos utilizables», y, el segundo, en la invocación formal del derecho fundamental vulnerado (en este caso, el derecho al juez imparcial) en el proceso tan pronto como hubiere lugar para ello. El recurrente ha sostenido, a este respecto, en su escrito de demanda de amparo, que la circunstancia de no haberse ejercido la recusación por su parte no puede impedir que el actual motivo prospere «a la luz de la doctrina específica contenida en la ya citada STEDH de 28 de octubre de 1998, recaída en el caso Castillo Algar».

Este Tribunal no puede compartir dicha interpretación, pues dejaría vacías de contenido las normas imperativas previstas en nuestra Ley Orgánica respecto de los antes citados presupuestos procesales con los que el legislador, desarrollando la norma consagrada en el art. 53.2 de nuestra Constitución, pretende garantizar el principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional con el fin de que sean los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial los que procedan, en primer lugar, a reparar la lesión del derecho fundamental.

(...)

En relación con el examinado presupuesto procesal, es cierto que este Tribunal, a la hora de su interpretación conforme con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales —art. 10.2 CE—, ha flexibilizado la vigencia del principio de subsidiariedad, al considerarlo cumplido cuando, al margen del necesario ejercicio de la recusación por parte del recurrente en amparo, los órganos judiciales ya se han pronunciado sobre la lesión del derecho fundamental. Si la posible vulneración del derecho al juez imparcial ha sido objeto de enjuiciamiento, de oficio o a instancia de otras partes, existiendo, por tanto, un previo pronunciamiento judicial al respecto, este Tribunal ha estimado cumplido el principio

de subsidiariedad (SSTC 39/2004, de 22 de mayo, FJ 2; 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; en ambas se cita el caso Castillo Algar c. España —§ 35 de la STEDH— y, en la segunda de ellas, además, los casos Van Oosterwijck c. Bélgica —Sentencia de 6 de noviembre 1980, §34 y ss.—, Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Países Bajos —Sentencia de 23 de febrero de 1995, §§48 y 49— y Botten c. Noruega —Sentencia de 19 de febrero de 1996, §36).

Por el contrario, si el órgano judicial autor de la resolución impugnada, debido a la actitud pasiva o, en su caso, negligente de la parte afectada a la hora de invocar su derecho al juez imparcial, no se ha pronunciado al respecto, sin que tampoco le fuera exigible hacerlo de oficio al no existir causa legal de abstención, ha de entenderse incumplido, no sólo el presupuesto procesal consistente en el previo agotamiento de la vía judicial —art. 44.1.a) LOTC—, sino, también, el relativo a la invocación formal del derecho fundamental en el proceso al haber tenido ocasión para ello —art. 44.1.c) LOTC—.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, tiene razón el Ministerio Fiscal al interesar la inadmisión de este motivo, porque el recurrente conoció con anterioridad la intervención de los tres Magistrados de cuya imparcialidad objetiva se queja ahora, hasta el punto de que solicitó expresamente que fuera «esa» precisa Sala y no otra la competente para resolver el incidente de nulidad por él planteado, y porque, además, no existía obligación legal alguna de alterar la composición de la Sala al no verse afectado el art. 24.2 CE.

(...)

La mera sospecha del ahora recurrente basada en el hecho incontestable de que tres Magistrados integrantes de la Sala autora del Auto impugnado hubieran formado parte del Tribunal que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia condenatoria no es, pues, motivo bastante para estimar lesionado el derecho al juez legal imparcial desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, al no existir preven-

ción alguna en el ánimo de los mencionados Magistrados ante el diferente carácter del objeto procesal a resolver en el recurso de casación —dirigido a impugnar una Sentencia de condena dictada en la primera instancia con base en los motivos tasados previstos en la ley procesal de aplicación— y en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, utilizado para anular las Sentencias firmes con base en la ejecución “in integrum” de una Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo.

En este mismo sentido se ha pronunciado, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas ocasiones. Así, en el reciente caso Fehr c. Austria (Sentencia de 3 de febrero de 2005, § 30), dicho Alto Tribunal también ha recordado, luego de poner de manifiesto que el demandante no había planteado (al igual que ahora) argumento alguno en relación con la imparcialidad objetiva del Juez del cual sospechaba, que «el solo hecho de que el mismo Juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquél» (ver “mutatis mutandis”, Diennet c. Francia, Sentencia de 26 de septiembre de 1995, § 38; Ringeisen c. Austria, Sentencia de 16 de julio de 1971, § 97; y Thomann c. Suiza, Sentencia de 10 de junio de 1996, § 63). Igualmente, en el caso Faugel c. Austria (Auto de 24 de octubre de 2002), el Tribunal de Estrasburgo, puso también de manifiesto «que de la obligación de ser imparcial no se deduce una regla general que imponga a un tribunal superior que anule una resolución administrativa o judicial a remitir el caso a una autoridad jurisdiccional diferente o a una Sala de dicha autoridad compuesta de distinta forma» [SSTEDH Ringeisen, de 16 de julio de 1971, § 97; Gillow c. Reino Unido, de 24 de noviembre de 1986, § 73; Acuerdo de 1 de julio de 1991, G. c. Austria, demanda núm. 15975/90; Auto de 6 de abril de 2000, O.N. c. Bulgaria, asunto 35221/97].

Por todas estas razones, ha de inadmitirse el primer motivo de la demanda de amparo

en virtud del incumplimiento de los presupuestos procesales previstos en las letras a) y c) del apartado primero del art. 44 de la LOTC, dado que el recurrente tuvo puntual conocimiento de la exacta composición de la Sala y, por tanto, disfrutó de la ocasión de plantear, en debido tiempo y forma, la recusación en la vía judicial previa, al no existir causa legal alguna que incluyera semejantes sospechas basadas en el único dato objetivo de la previa intervención de los mismos en la Sentencia desestimatoria del recurso de casación.

**3.** En el segundo y último motivo del presente recurso de amparo se invoca la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, cometida por la Sala Quinta del Tribunal Supremo al desestimar, en el Auto impugnado, el incidente de nulidad radical de actuaciones incoado por el recurrente contra las antes mencionadas Sentencias firmes y la consiguiente petición de retroacción de actuaciones al instante inmediatamente posterior a la conclusión del sumario, como consecuencia de haberse declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 25 de julio de 2002) la existencia de una vulneración del derecho a un juicio justo, en su vertiente del derecho a un juez objetivamente imparcial. La desestimación del incidente por parte del Tribunal Supremo significa, en opinión del demandante, la consolidación en la vía judicial de la infracción declarada por el Tribunal de Estrasburgo del derecho del recurrente a un juicio equitativo, así como a su honor, a su permanencia en el ejercicio de las funciones públicas en las condiciones legales y, eventualmente, a su libertad (arts. 18.1, 23.2 y 17.1 CE).

(...)

No obstante los notables esfuerzos argumentativos realizados por el recurrente para acercar su caso al resuelto por este Tribunal en la Sentencia del Pleno 245/1991, de 16 de diciembre (caso Barberà, Messegué y Jabbardo).

(...)

No es posible, sin embargo, compartir los paralelismos alegados por el recurrente con el caso resuelto en la STC 245/1991. En esa ocasión este Tribunal estimó un recurso de amparo basado en la primera Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con un proceso penal celebrado en España. En esa Sentencia se realizaron una serie de declaraciones que, ahora, catorce años después, todavía siguen estando vigentes. Así, se declaró que las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo carecen de eficacia ejecutiva, «pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio» (FJ 2). En aquél entonces se citaron los casos *Marckx* y *Pakelli*, jurisprudencia que ha sido mantenida por el Tribunal Europeo hasta el día de hoy, no obstante la importante reestructuración operada en el Convenio como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 a fines de 1998 [cfr. “*inter alia*” los casos *Olsson c. Suecia* (núm. 2), Sentencia de 27 de mayo de 1992, §§ 93 y 94; *Ribemont c. Francia* (aclaración de la Sentencia de 10 de febrero de 1995), Sentencia de 7 de agosto de 1996, §§ 19 y 21 a 23; *Hentrich c. Francia* (aclaración de la Sentencia de 3 de julio de 1995), Sentencia de 3 de julio de 1997, §§ 13 a 16; *Scozzari y Giunta c. Italia*, Sentencia de 13 de julio de 2000, § 249; *Mehemi c. Francia* (núm. 2), Sentencia de 10 de abril de 2003, § 43; *Assanidza c. Georgia*, Sentencia de 8 de abril de 2004, § 198; *Ócalan c. Turquía*, Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, § 210].

Del mismo modo se afirmó que «desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judi-

ciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal» (FJ 2). Y es que el Tribunal internacional de Estrasburgo, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio (actual art. 46, rubricado «fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias»), tan sólo ostenta una potestad declarativa, puesto que la fase de ejecución de sus Sentencias es encomendada al Comité de Ministros, órgano encargado de «velar» por su ejecución.

En relación con el problema de fondo planteado, en el caso Barberà, Messegué y Jabardo este Tribunal estimó, no obstante lo antes afirmado, el recurso de amparo por la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías al considerar que: «declarada por Sentencia [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] una violación de un derecho reconocido por el Convenio europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno» (FJ 3). En el caso entonces examinado se constató, (...) «la violación del art. 6.1 declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere en el presente caso a unas condenas penales de pérdida de libertad pendientes aún de cumplimiento, de modo que la continuación de efectos de las Sentencias condenatorias, que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada, supone el mantenimiento de esa lesión del derecho reconocido en el Convenio, que es una violación especialmente cualificada, a consecuencia de una serie de irregularidades que han permitido al Tribunal Europeo llegar a la conclusión de que el procedimiento penal en cuestión tomado en su conjunto no satisfizo las exigencias de un juicio justo y público... De este modo, la declara-

ción de la violación del art. 6.1 del Convenio europeo declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, implica el hecho de la existencia y el mantenimiento de una condena penal impuesta con violación del derecho reconocido en el art. 24.2 CE, y, además, al tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, resulta también lesivo del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE».

En el presente recurso, y a diferencia del antes citado caso Barberà y otros, no cabe sostener el carácter actual o subsistente de dicha violación. La citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en efecto, la vulneración del art. 6.1 CEDH en su concreto aspecto del derecho a un Tribunal objetivamente imparcial, pero también es preciso subrayar que, con carácter previo, acordó, mediante resolución de 10 de febrero de 2000, la inadmisibilidad de todas las demás lesiones alegadas por el recurrente, esto es, de las relativas al art. 6.º (derecho a un proceso equitativo y público, sometido a los principios de contradicción y de igualdad de armas, a la utilización de los medios de prueba de descargo, y a la presunción de inocencia), al art. 7.º (rubricado «no hay pena sin ley») y al art. 14 («prohibición de discriminación»), razón por la cual el Tribunal de Estrasburgo afirmó, a renglón seguido de la constatación de la violación del art. 6.1 CEDH «en la medida en que el tribunal militar central no fue objetivamente imparcial», que:

«Esta constatación no implica necesariamente que la condena del demandante estuviera mal fundada, teniendo en cuenta que las otras quejas del demandante relativas al art. 6.1 del Convenio fueron declaradas inadmisibles el 10 de febrero de 2000. Conforme a su práctica constante en los asuntos civiles y penales, y relativos a la violación del artículo 6.1 por la falta objetiva o estructural de independencia y de imparcialidad, el Tribunal no considera apropiado conce-

der una compensación al demandante por las pérdidas alegadas. En efecto, el Tribunal no podría especular sobre el resultado al que hubiera llegado el proceso si no se hubieran incumplido las exigencias del Convenio... No se ha observado ningún vínculo de causalidad entre la violación constatada y el perjuicio material alegado... En la medida en que el demandante solicita la concesión de una indemnización justa por la privación de libertad sufrida, el Tribunal señala que no ha constatado que la privación de libertad en cuestión haya constituido una violación del Convenio. En consecuencia, no puede concederse ninguna indemnización justa al respecto... El Tribunal concluye con que, en las circunstancias del litigio, la constatación de violación que figura en la presente sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral» (§§ 58 a 61 de la Sentencia).»

Aunque el recurrente sostiene en su demanda que estas afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos únicamente se refieren a su pretensión de obtener una satisfacción equitativa, lo cual resulta evidente, también lo es que el Tribunal de Estrasburgo tuvo en consideración la escasa entidad de la única violación constatada al desestimar, en su totalidad, la petición del Sr. Perote de obtener una satisfacción equitativa cercana a los ochocientos mil euros por el daño moral y material a su juicio padecido. De nuevo conviene recordar que dicho Tribunal no hizo lo propio en el asunto Barberà y otros; al contrario, debido a la especial gravedad de la lesión declarada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió «que la cuestión de la aplicación del art. 50 [satisfacción equitativa] no está en condiciones para resolverse, de suerte que procede reservarla, teniendo en cuenta la posibilidad de un acuerdo entre el Estado demandado y los demandantes».

No es posible, pues, compartir la tesis del recurrente, dado que la lesión del derecho fundamental al juez objetivamente impar-

cial —a la que vincula las quejas amparadas en los arts. 23.2, 18.1 y, eventualmente, en el 17.1 CE—, constatada por el citado Alto Tribunal, no subsiste en el momento actual porque el Tribunal de Estrasburgo así lo declaró en su Sentencia al concluir que «la constatación de violación que figura en la presente Sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral». En definitiva, fue el propio Tribunal internacional el que dictó una Sentencia exclusivamente limitada a constatar la lesión del derecho a un juez objetivamente imparcial en el Tribunal autor de la Sentencia condenatoria dictada en la instancia, pero sin reconocer que dicha resolución estuviera necesariamente mal fundada, ante la imposibilidad de establecer, dadas las específicas circunstancias del litigio a las que antes nos hemos referido (en particular, la previa declaración de inadmisibilidad de todas las restantes quejas formuladas por el actor), una relación de causalidad entre la vulneración del derecho fundamental constatada y la condena impuesta, desestimando, por ello, en su totalidad, la pretensión de obtener una indemnización por los daños alegados por el actor y no constatados por el Tribunal de Estrasburgo.

b) Al no ser de aplicación la doctrina específica emanada de la STC 245/1991 tan citada, el presente motivo ha de ser resuelto desde el parámetro o canon tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva, al que también se refiere el recurrente en su demanda de amparo. Como ya hemos afirmado, este motivo de impugnación es prácticamente idéntico al caso Castillo Algar, que fue inadmitido por el Pleno de este Tribunal mediante el Auto 96/2001, de 24 de abril. En esa ocasión el recurrente también pretendía (si bien acudiendo con carácter previo al proceso de revisión de la Sentencia firme en lugar de al incidente excepcional de nulidad de actuaciones) la nulidad de las resoluciones judiciales firmes que le condenaron como autor de un delito contra la hacienda pública en el ámbito militar con base en la

Sentencia del Tribunal Europeo de 28 de octubre de 1998, que declaró la violación del art. 6.1 CEDH en relación con el derecho al juez imparcial en su vertiente objetiva. En ese caso este Tribunal concluyó que la respuesta judicial obtenida satisfacía plenamente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial (FJ 3), y lo mismo hemos de decir ahora, coincidiendo con el criterio del

Ministerio Fiscal, tras el atento examen del Auto cuya nulidad pretende el demandante, pues es una resolución que respeta nuestra jurisprudencia sobre el grado de motivación exigible a las resoluciones judiciales al no ser arbitraria, manifiestamente irrazonable ni estar incurso en un error patente. El motivo ha de ser, por tanto, desestimado y, con ello, el presente recurso de amparo.

**Sentencia 322/2005 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 12 de diciembre de 2005 (BOE 12 de enero de 2006) (Recurso de amparo 4439/2003)**

DERECHO A LA LIBERTAD

**Art. 17 CE**

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

SÍNTESIS

*Se otorga el amparo frente al auto que ordena el ingreso en prisión del demandante de amparo, en situación de libertad condicional, a efectos de realizar la liquidación de condena que determine —una vez computada la redención de penas por el trabajo— si ha extinguido ya la condena.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto un Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha de 9 de junio de 2003, ordenando el ingreso en prisión del recurrente y trae causa de su petición de que, a efectos del cumplimiento de la pena de prisión que le había sido impuesta por Sentencia firme de esa misma Sala de 17 de diciembre de 2001, se tuvieran en cuenta las redenciones de pena por el trabajo a que se había hecho

acreeador durante el tiempo que había permanecido en situación de preso preventivo, así como el tiempo transcurrido en dicha situación, lo que a su entender conducía necesariamente a declarar cumplida la referida pena.

Esta misma petición había sido presentada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, declarándose el mismo incompetente, por Autos de fecha 1 de marzo y 23 de abril de 2002, para proceder a la aprobación de las mencionadas redenciones

alegando al respecto que no podía realizar la valoración pretendida «dado que el interno está en libertad, esto es, el art. 273.h) del Reglamento Penitenciario (RP) impide realizar propuestas de redenciones virtuales o futuras», así como que era posible que careciera de competencia territorial a la vista de que el peticionario no estaba ingresado en ningún centro penitenciario de la región sino en situación de libertad provisional. Esta última alegación relativa a la falta de competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia fue confirmada en apelación por Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad de 26 de junio de 2002, remitiendo dicha resolución al demandante de amparo al Tribunal que le condenó para que le fuera practicada la liquidación solicitada y añadiéndose en ella que «a tenor del art. 58 del Código Penal, la práctica de la liquidación exige el previo ingreso en prisión del condenado».

Llegado por este camino el asunto ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, la Sala decretó, por providencia de 3 de marzo de 2003, el ingreso en prisión del recurrente, razonando en su Auto dictado en súplica con fecha de 9 de junio de 2003 que «sin entrar a determinar si la pena está o no cumplida, no se puede eludir por tal cauce el ingreso en prisión del penado dado que la aplicación de los beneficios penitenciarios, en aplicación de lo dispuesto en el art. 100 del CP de 1973, corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, siendo necesario para ello que el condenado se encuentre cumpliendo condena».

Con independencia de los distintos matices o argumentos desarrollados en ellas, así como de las muy variados fundamentos legales en los que pretendían apoyarse, todas estas resoluciones coincidían en un punto esencial: para la aprobación de las redenciones de pena ordinarias o extraordinarias que el demandante de amparo tenía en su haber —y para el consiguiente cómputo y abono de las mismas al efecto de declarar extinta la

condena que le había sido impuesta— resultaba absolutamente necesario su previo ingreso en prisión. Condición esta *sine qua non* que el recurrente estima lesiva de su derecho a la libertad personal dado que insiste en que la aplicación de los indicados beneficios penitenciarios conducía a considerar cumplida en su integridad la pena de prisión a la que había sido condenado, por lo que su nuevo ingreso en prisión sería a todas luces contrario a lo establecido en el art. 17.1 CE.

El Ministerio Fiscal participa de esta misma opinión, considerando arbitraria tal decisión de ingreso en prisión sin haber comprobado la Sala con carácter previo si la pena en cuestión estaba efectivamente extinguida.

**2.** Como ha quedado expuesto, del contenido del precitado Auto de 9 de junio de 2003 se desprende inequívocamente que, para la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, las redenciones de pena obrantes a favor del demandante de amparo no podían serle abonadas sino por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y ello tan sólo a condición de que previamente ingresara en prisión. Lo que, en definitiva, equivalía a afirmar la necesidad de que se produjera el ingreso en prisión —y la consiguiente privación de la libertad ambulatoria de quien alegaba haber cumplido ya la pena privativa de libertad que le había sido impuesta por Sentencia firme; alegación que, por lo demás, no fue cuestionada en ningún momento por los distintos órganos judiciales que intervinieron sucesivamente en el complejo *iter* procesal seguido por el actor para conseguir que le fueran formalmente reconocidos unos beneficios penitenciarios cuya concesión es automática, dado su carácter de consolidados (STC 174/1989, de 30 de octubre), y para, de esta manera, lograr que quedase acreditado formalmente el cumplimiento íntegro, y consiguiente extinción, de la referida pena privativa de libertad.

Tal necesidad de ingreso en prisión a los efectos indicados pretendidamente se apoyaba, en todas las resoluciones anteriormente mencionadas, en distintos fundamentos legales o reglamentarios. No podía ser de otra manera puesto que, no obstante ser el demandante de amparo un condenado a pena privativa de libertad cuyo cumplimiento obviamente justificaría su ingreso en prisión, el hecho de que dicha pena hubiera de entenderse ya cumplida en su totalidad por aplicación de los beneficios penitenciarios que reiteradamente venía solicitando hacía que su situación fuera diferente a la de un penado que ha de ingresar en un centro penitenciario para cumplir la pena de prisión que le ha sido impuesta, siendo en cambio análoga a la de quien, una vez cumplida la referida pena, goza de nuevo plenamente de su derecho a la libertad personal de la que, en consecuencia, no puede ser privado, según se establece en el art. 17.1 CE, sino «en los casos y en la forma previstos en la ley».

**3.** En este caso concreto es preciso, para determinar si ha de darse la razón al recurrente en lo tocante a la invocada vulneración de su derecho a la libertad personal —o, por el contrario, negársela— resulta imprescindible examinar la normativa esgrimida como fundamento para justificar la decisión de su ingreso en prisión tanto por el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia recurrido en amparo, como por las distintas resoluciones que, dictadas por otros órganos judiciales distintos, han sido mencionadas en los antecedentes de hecho ya que, si bien no han sido expresamente impugnadas en la demanda, no carecen de relevancia a la hora de resolver la cuestión planteada toda vez que formaron parte del camino procesal recorrido por el demandante de amparo.

Pues bien: una vez examinada dicha normativa, hemos de concluir que, en las aludidas circunstancias, el ingreso en prisión del actor no venía impuesto ni, en consecuencia, justificado por imperativo legal alguno.

En efecto: ni del art. 273.h) del Reglamento penitenciario, ni del art. 58 del Código Penal vigente —esgrimido como fundamento por el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de junio de 2002—, ni de los arts. 65 a 73 del Reglamento de prisiones de 1956 —expresamente declarados vigentes por la disposición transitoria primera del actual Reglamento de prisiones en los casos de cumplimiento de condena de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal de 1973, con la consiguiente aplicación del beneficio de la redención de penas por el trabajo— ni, finalmente, del art. 100 del Código Penal de 1973, puede deducirse, a partir de una interpretación constitucional de tales disposiciones conforme a lo establecido en el art. 17.1 CE, la exigencia de que, para poder proceder a la aprobación del mencionado beneficio, el beneficiario haya de encontrarse necesariamente ingresado en un centro penitenciario.

Como señala el Ministerio Fiscal, pueden efectivamente darse supuestos de hecho como el presente en los que la suma de los días pasados en situación de prisión provisional y de los días de pena redimidos por el trabajo sea igual o superior a la duración temporal de la pena privativa de libertad finalmente impuesta. En tales casos, dicha pena habrá de declararse extinguida a cuyo efecto, si resulta necesaria la previa aprobación de dicho beneficio por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deberá éste pronunciarse con total independencia de si el condenado se encuentra o no ingresado en prisión, ya que, como es obvio, para cumplir un requisito legal o reglamentario no puede procederse a una privación indebida —y, en consecuencia, ilegal— de la libertad ambulatoria, por más que la misma no hubiera de tener una duración excesiva.

Debe por consiguiente concluirse que el ingreso en prisión del recurrente, ordenado por el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de junio de 2003, vulneró el derecho del actor a la

libertad personal, reconocido en el art. 17.1 CE, al tratarse de una privación de libertad que carecía de toda base legal. Ello implica que dicha resolución haya de declararse

nula, retrotrayéndose las actuaciones a fin de que la Sala dicte una nueva resolución que sea respetuosa con el mencionado derecho.

**Sentencia 334/2005 de la Sala 1.ª del TC de 20 de diciembre de 2005 (BOE 20 de enero de 2006) (Recurso de amparo 3581/2001)**

“NON BIS IN IDEM”

**Art. 25 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps**

SÍNTESIS

*Reproduce el criterio sostenido en la STC 2/2003 (publicada en el n.º 9 de la Revista de Derecho Penal) en el sentido de que se salva la garantía expresada en el principio “non bis in idem” cuando en la condena penal se toma en cuenta y se procede a descontar el contenido de la sanción administrativa previa, pero en el caso presente se extiende este criterio a un supuesto de concurencia de pena y sanción disciplinaria.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. En cuanto a la vulneración aducida del principio “non bis in idem”, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del “non bis in idem” reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reite-

ración punitiva constitucionalmente proscribida cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concorra una sanción desproporcionada (FJ 6). Igualmente en la citada STC 2/2003 también hemos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio “non bis in idem”, que “la interdicción constitu-

cional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de 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” (FJ 8); de tal 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.

En el presente caso, tal como se ha destacado en los antecedentes y queda acreditado en las actuaciones, el recurrente, con fundamento en los hechos acontecidos el día de autos, fue sancionado, en primer lugar, por resolución administrativa dictada el mismo día en que se elevó el parte denunciando los hechos y tras la sustanciación de un procedimiento oral en que se tomó declaración al recurrente y tres testigos, como autor de una infracción leve de desobediencia del artículo 8.33 de la entonces vigente Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las fuerzas armadas (LODFA de 1985), a la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad. Y, en segundo lugar, por resolución judicial firme tras la tramitación de un pro-

cedimiento penal, como autor de un delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar (CPM), a la pena de nueve meses de prisión y accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos.

En atención a ello, y sin necesidad de entrar a analizar siquiera si concurren en ambas sanciones la identidad de sujeto, hecho y fundamento o la eventual influencia que sobre la interdicción constitucional de incurrir en “bis in idem” plantea la existencia de determinadas relaciones administrativas, debe descartarse que se haya incurrido en la vulneración aducida tanto desde la perspectiva material como procesal de este principio. En efecto, materialmente no concurre en este caso el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, pues se ha previsto expresamente en la resolución impugnada que para el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa, habiéndose hecho también expreso que le había sido cancelada al recurrente la nota desfavorable por falta leve. Con ello se evidencia que la resolución impugnada ha procedido a solventar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora. Del mismo modo, y desde la perspectiva procesal, tampoco concurre en este caso la posibilidad de equiparar el procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal como presupuesto necesario para apreciar la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador, habida cuenta de la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez en la tramitación de dicho expediente disciplinario, que es oral y se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de los testigos presenciales.

**Sentencia 339/2005 de la Sala 1.ª del TC de 20 de diciembre de 2005 (BOE 20 de enero de 2006) (Recurso de amparo 4760/2004)**

ASISTENCIA LETRADA. EURO-ORDEN

**Arts. 24.2 CE; 13 Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega**

Ponente: **Excma. Sra. Dña. M.ª Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la asistencia letrada al impedirsele al recurrente ser asistido por abogado designado libremente en vez del de oficio en la comparecencia prevenida en el procedimiento de la orden europea de detención y entrega.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**4.** (...)

Reducido, pues, nuestro enjuiciamiento, a los Autos (de 24 de mayo y 14 de junio de 2004) relativos a la entrega, hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11.a)], «es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido»; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la

asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5.º y 6.º del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y arts. 9.º y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, FJ 11.a).

**5.** Concretado el objeto de nuestro análisis en esos términos, hemos de iniciar el análisis recordando que, como hemos manifestado en la ya citada STC 165/2005, de 20 de junio, citando anteriores pronunciamientos de este Tribunal, «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2; 12/1993, de 18 de enero, FJ 3). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b; 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 130/2001, de 4 de junio, FJ 3)» [FJ 11 b)].

De otra parte, hemos de señalar que el art. 13 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega establece: «1. La detención de una persona afectada por una Orden Europea de Detención y Entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Y el art. 14.1 de la misma Ley dispone: «la audiencia de la persona detenida se celebrará ante el Juez Central de Instrucción, en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, con asistencia del Ministerio Fiscal, del Abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal». El art. 14.2 de dicha Ley determina el objeto de la comparecencia que consiste básicamente en determinar si el detenido se opone o no la entrega, si aduce causas de denegación y solicita se

practiquen pruebas al efecto y si renuncia al principio de especialidad. Por su parte, el art. 504 bis.2 LECrim exige que «desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decreta su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer».

De conformidad con los artículos mencionados de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, y la remisión que efectúan a la Ley de enjuiciamiento criminal no cabe ninguna duda de que la comparecencia a efectos de la Orden europea de detención y entrega debe efectuarse con el Letrado designado por el detenido, pues ninguna restricción del mismo consta en ella; ausencia de restricción legal que se aviene con nuestros pronunciamientos, habida cuenta de que, como ya hemos dicho, «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el art. 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2)» (STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 in fine).

Desde dicha perspectiva, no puede ser asumida la argumentación acogida por la Audiencia Nacional en su Auto de 14 de junio que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, al rechazar la alegación en virtud de que el recurrente estuvo asistido de Letrado que le atendió en todo momento y no se produjo indefensión. El fundamento que sostiene la idea de que no existe vulneración del derecho a la asistencia de Abogado si la asistencia técnica ha sido efectiva fue establecida por la jurisprudencia del Tri-

bunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico c. Italia, parágrafo 33), y tenía por finalidad dotar de contenido material la garantía dispuesta en el art. 6.3.c) del Convenio europeo de derechos humanos, estableciendo que no basta con la designación de Abogado de oficio para considerar salvaguardado el derecho, sino que es preciso que el Abogado de oficio asista efectivamente al procesado y que ejerza de modo efectivo la defensa. En este sentido, la efectividad de la defensa y de la asistencia ejercida, en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 6.º CEDH y el art. 24.2 CE, constituye una garantía complementaria a la obligación de nombramiento del Abogado de oficio, pero no puede ser utilizada para prescindir de la voluntad manifestada por el demandante de amparo de designar un Letrado de su elección y justificar la asignación de un Letrado de oficio, produciendo una restricción injustificada, sin apoyo legal para ello, del derecho a la libre designación de Abogado.

La asistencia letrada, libremente designada o asignada de oficio, se configura, en ciertos casos, tanto en el art. 6.3.c) CEDH como en los preceptos de la Ley procesal que desarrollan las exigencias del art. 24.2 CE, además de como un derecho subjetivo, como una institución dirigida a asegurar las debidas garantías del proceso (por todas, STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); de modo que constituye una exigencia estructural del proceso a cuya observancia quedan obligados los órganos judiciales. Ahora bien, la libre designación de Abogado, salvo muy excepcionales circunstancias que permitan su restricción, previstas por la ley y proporcionales al fin, constitucionalmente lícito, perseguido, debe siempre primar sobre la asignación de oficio. A dicha primacía nos hemos referido en la STC 130/2001, de 4 de junio, FJ 3, entre otras, afirmando que «en el proceso penal el órga-

no judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención (SSTC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 3)».

De otra parte, la única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de incomunicación del detenido o preso contemplada en el art. 527.a) LECrim, cuya constitucionalidad ha sido declarada por este Tribunal en STC 196/1987, de 11 de diciembre, ya citada, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos. Pues bien, no concurriendo las circunstancias excepcionales previstas en el art. 527.a) LECrim y no estando previsto en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, debemos concluir que los Autos impugnados han vulnerado el derecho invocado, al haberse designado un Abogado de oficio al recurrente para la audiencia del procedimiento de euroorden pese a su expresa designación de Letrado.

Siendo subsanable tal vulneración, procede la retroacción de actuaciones al momento anterior a la audiencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, a fin de que vuelva a celebrarse con respeto del derecho fundamental a la libre designación de Letrado en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías.

**Sentencia 11/2006 de la Sala 1.ª del TC de 16 de enero de 2006  
(BOE 15 de febrero de 2006) (Recurso de amparo 5310/2002)**

DERECHO A LA INFORMACIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD  
**Arts. 20 CE; 128 RP**

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

SÍNTESIS

*Deniega el amparo solicitado por un preso condenado por terrorismo a quien el establecimiento penitenciario le retuvo ejemplares de una revista, entendiendo el Tribunal Constitucional que no se trata de una medida desproporcionada y, en cuanto tal, lesiva del derecho a obtener una información veraz.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La delimitación del objeto del presente recurso de amparo que acaba de hacerse, lejos de reconstruir la demanda de amparo, permite reconducir su resolución al problema que subyace realmente a la misma y que ha presidido el debate suscitado en la vía previa. Se trata, en definitiva, de pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de una medida concreta, la retención de tres números de la revista «Kale Gorria» por parte del centro penitenciario en que está interno el recurrente, que incide negativamente en el derecho fundamental de éste a recibir información [art. 20.1.d) CE]. La condición de preso del recurrente o la naturaleza y gravedad de los delitos por los que ha sido condenado no permiten poner en duda que el mismo sea titular del derecho a recibir información, pues, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en la naturaleza de la relación

de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE, las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del título I de la Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.ª; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3). Desde tal perspectiva, pues, han de ser analizadas las vulneraciones que achaca el recurrente a las resoluciones administrativas e, indirectamente, a los órganos judiciales.

Por otro lado, también cabe advertir que el requisito de la veracidad de la información a que se refiere el art. 20.1.d) CE tampoco permite cuestionar la incidencia de

este precepto en el presente caso, por la sencilla razón de que la veracidad de la información se refiere al emisor de la información y no a su receptor o destinatario.

Hechas las precisiones que anteceden, se trata ahora de determinar si la retención de los números 1, 2 y 3 de la revista «Kale Gorria» por parte del centro penitenciario ha vulnerado el derecho del recurrente a recibir información [art. 20.1.d) CE], lo que exige analizar si dicha medida tiene cobertura legal, ha sido suficientemente motivada y resulta idónea, necesaria y proporcionada para alcanzar la finalidad perseguida por la misma (por todas, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, y 123/1997, de 1 de julio, FJ 4).

**3.** Aunque en algún momento de la vía judicial previa ha existido confusión respecto a la base legal concreta que da cobertura a la retención de la revista, es lo cierto que esta medida se encuentra formalmente amparada por el art. 58 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP), a cuyo tenor «Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento». Lo dispuesto en el citado precepto legal se reitera en su desarrollo reglamentario, contenido en el art. 128.1 del Reglamento penitenciario (RP) que añade que el interno podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contra la resolución del centro penitenciario que establezca limitaciones a dicho derecho. Además el art. 128.2 RP precisa que no se autorizará en ningún caso la tenencia de publicaciones que carezcan de depósito legal o de pie de imprenta (con excepción de las editadas en el propio centro penitenciario), «así como las que atenten a la seguridad y buen orden del establecimiento». En la medida en que la remisión del art. 25.2 CE a la ley penitenciaria, cuya regulación atiende a las características, tan singulares, de la propia relación especial de

sujeción a que están sometidos los presos, impide hablar de reserva absoluta de jurisdicción en relación con medidas restrictivas de los derechos fundamentales como la aquí analizada, es evidente que el centro penitenciario responsable de la medida de retención de la revista podía adoptarla formalmente amparándose en el art. 58 LOGP, desarrollado por el art. 128 RP.

Por otra parte, las irregularidades procedimentales aducidas por el recurrente, relativas a la inexistencia de la resolución motivada previa a que se refieren el art. 58 LOGP y el art. 128 RP, carecen de relevancia constitucional en el presente caso, teniendo en cuenta el carácter necesariamente cautelar de la retención de los efectos contenidos en los paquetes dirigidos a los presos. En este sentido, cabe señalar, por un lado, que las normas que disciplinan la recepción de tales paquetes (arts. 50 y 51 RP) contemplan la posibilidad de que el centro penitenciario no autorice la entrada de objetos contenidos en su interior siempre que puedan suponer un peligro para la seguridad o la ordenada convivencia del centro, sin que ello requiera ningún informe previo. Pero además, en el presente caso ha quedado acreditado que un día después de la retención de la revista ahora reclamada el director del centro penitenciario comunicó al recurrente que dicha medida se produjo «por razones de seguridad», razones que no fueron concretadas en este momento, pero que, como se razonará a continuación, pueden considerarse complementadas por el informe remitido por dicho director al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

**4.** Descartado que la retención de la revista haya supuesto una vulneración de las exigencias derivadas del principio de legalidad, el segundo requisito que debe ser analizado es el de su motivación a la luz del principio de proporcionalidad. El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de to-

das las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la “ratio decidendi” de la resolución judicial. La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.

La fundamentación constitucional de este principio a partir del concreto derecho fundamental afectado y la simultánea vinculación de las exigencias de motivación de cualquier medida restrictiva al propio derecho restringido nos han permitido poner de manifiesto la ya mencionada conexión entre la motivación de dicha medida y las posibilidades de su control jurisdiccional. En coherencia con ello, y dado que el recurrente fundamenta su pretensión no en la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales recurridas, sino en su insuficiencia desde un punto de vista constitucional, ambos elementos deben ser analizados conjuntamente. Teniendo en cuenta, sin embargo, que el origen del recurso de amparo se encuentra en la medida de retención adoptada por el establecimiento penitenciario en que está cumpliendo condena el recurrente, el análisis de esta dimensión formal del principio de proporcionalidad debe realizarse teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos habidos en relación con su motivación.

5. Como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todas, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10), el “prius” lógico del principio de proporcionalidad radica en la finalidad de la medida controlada. Sólo a partir de la identificación y licitud constitucional de la misma es posible, en efecto, analizar si dicha

medida restringe proporcionadamente o no el derecho fundamental afectado. En el caso que nos ocupa, no cabe hacer ninguna objeción a la finalidad perseguida por la dirección del centro penitenciario al retener el ejemplar de la revista que ha dado lugar al presente recurso. Tal y como se explicita en la diligencia de notificación firmada por el director del centro penitenciario que obra en las actuaciones, son «razones de seguridad» las que motivaron dicha medida. Aunque el art. 58 LOGP únicamente aluda a las «exigencias del tratamiento individualizado» como fundamento de las limitaciones al derecho de acceso de los internos a las publicaciones que cuentan con depósito legal y son de libre circulación en el exterior, es evidente que el régimen disciplinario a que están sometidos los presos, que se encuentra directamente conectado con la peculiaridad específica de la regulación constitucional y legal de la situación de sujeción especial que caracteriza su relación con la Administración penitenciaria (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.º; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre otras muchas), contempla la seguridad interna como uno de sus objetivos principales (art. 41.1 de la propia LOGP). De ahí que el art. 128.2 RP, en desarrollo del referido precepto legal, si se refiera a la prohibición de que los internos tengan a su disposición publicaciones (incluso si cuentan con depósito legal) que «atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento» penitenciario. En consecuencia, la medida de retención de revista que se cuestiona no resulta objetable desde el punto de vista del principio de legalidad, pues resulta incuestionable que la seguridad del centro y, por tanto, del personal que presta servicios en el mismo y, en su caso, de los restantes internos, constituye un objetivo constitucionalmente no sólo legítimo, sino incluso justificado en el contexto de la relación especial de sujeción que preside la actuación de la Administración penitenciaria, así como de la propia dimensión positiva del art. 15 CE.

Por otra parte, como se apunta en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que resuelve el recurso de queja contra la medida de retención de la revista, las anteriores consideraciones sobre los objetivos generales del régimen penitenciario nos llevan a afirmar que la medida aquí analizada también tenía como finalidad la de contribuir al tratamiento individualizado del recurrente (art. 58 LOGP) y, en definitiva, a su reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Si bien lo que se discute en este punto es si dicha medida resulta proporcionada, no puede dejar de reconocerse que, como en el caso de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario, este segundo objetivo no sólo es constitucionalmente legítimo, sino también necesario. Pretender, en efecto, favorecer la reinserción del recluso no permitiéndole el acceso a publicaciones cuya lectura pudiera provocar en el ánimo del interno una justificación o enaltecimiento de las actividades delictivas por las que fue condenado, o, al menos, dificultar su distanciamiento de las mismas, resulta una finalidad irreprochable en términos de constitucionalidad.

En efecto, la precedente consideración, predicable en relación con cualquier actividad delictiva, resulta especialmente aplicable en el caso de delitos relacionados con el terrorismo. No sólo porque, como señalamos tempranamente (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 2) «el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático», de cuya existencia ha sido consciente el propio constituyente a través del art. 55.2 CE, sino porque se trata de un fenómeno basado en la legitimación del terror y en su carácter sistemático, reiterado y organizado, cuya realidad tiene una larga historia en nuestro país, como hemos recordado en la STC 5/2004, de 16 de enero.

**6.** Entrando ya en el análisis de la proporcionalidad de la medida cuestionada en el presente recurso de amparo, debemos re-

cordar que hemos destacado (por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada (juicio de necesidad); y, por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La concurrencia de estos tres requisitos debe verificarse respecto de la concreta medida de retención de revista impugnada y a la luz de las razones alegadas para fundamentarla y de las características del contexto del fenómeno terrorista que está en su origen.

**7.** Por lo que respecta a la idoneidad de la medida impugnada, no cabe duda que la retención de una revista susceptible de poner en peligro la seguridad del centro penitenciario, de los trabajadores del mismo o el tratamiento individualizado de su destinatario constituye en principio un medio adecuado para conseguir esta finalidad. En el presente caso, sin embargo, lo que se discute es si la retención de la revista «Kale Gorria» resulta idónea teniendo en cuenta la motivación alegada por el centro penitenciario y por los órganos judiciales que han confirmado la legitimidad de dicha medida.

Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal sostienen que la motivación de la medida de retención resulta insuficiente por escueta e indeterminada. Y así, ciertamente, la diligencia de notificación dirigida al recurrente se limita a invocar genéricamente «razones de seguridad» sin mayores preci-

siones. Sin embargo, el informe del director del centro penitenciario emitido a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria contiene ya una doble motivación: por un lado, se remite a la comunicación realizada por Coordinación de seguridad penitenciaria el 19 de septiembre de 2001, en la que se informaba que la revista «Kale Gorria» puede considerarse sucesora de la publicación «Ardi Beltza», que dirigiera un periodista vinculado con la banda terrorista ETA, y que fue clausurada por un Juez de la Audiencia Nacional el día 27 de abril de 2001; y, por otro, a la comunicación de Coordinación de seguridad penitenciaria en el sentido que «revisado el contenido de los números 1 y 2 de la citada revista ... no se considera conveniente por razones de seguridad su entrega a los internos destinatarios». Por su parte, los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impugnados confirman la legitimidad de la medida de retención, mencionando su idoneidad tanto por razones de tratamiento como por razones de seguridad y buen orden del centro penitenciario, mientras que el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia desestimatorio del recurso de apelación también invoca el «contenido y significación» de la revista retenida, así como su conexión con la revista «Ardi Beltza» para señalar que «resulta evidente ... que no parece oportuno por elementales razones de seguridad y buen orden de un establecimiento penitenciario» que se permita la libre circulación de la misma en el centro.

Es cierto que en ningún momento las resoluciones impugnadas se pronuncian sobre los contenidos específicos de la revista retenida en relación con los motivos concretos que justifican la adopción de la medida (tratamiento del interno y seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario), pero no puede dejar por ello de reconocerse que las ya mencionadas particularidades del fenómeno terrorista, sobre todo su carácter organizado y estable, así como la práctica contrastada en el pasado de enviar mensajes cifrados a los presos de la banda terrorista a

la que pertenece el recurrente o de alentar comportamientos concertados de resistencia en el interior de las prisiones, permite considerar idónea una medida como la impugnada a los efectos de garantizar la seguridad en el centro penitenciario y el tratamiento individualizado del recurrente. Parafraseando lo que hemos señalado, entre otras, en la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 4, en el ámbito del secreto de las comunicaciones de internos condenados por delitos de terrorismo, «en supuestos como el presente, en los que es de general conocimiento que la organización a la que pertenece el demandante de amparo es especialmente peligrosa para la seguridad del centro penitenciario, ya que en numerosas ocasiones ha atentado contra la seguridad de las prisiones y la vida y libertad de sus funcionarios y trabajadores», no puede considerarse inidónea una medida como la aquí impugnada.

Como señala el Abogado del Estado, pretender una motivación más precisa, que revelase qué expresiones o artículos concretos de la revista ponen en peligro la seguridad del centro (o afectan negativamente al tratamiento del interno), además de que podría resultar imposible en alguna hipótesis (v.gr., en caso de mensajes encubiertos), resultaría contradictoria con la propia finalidad limitativa de la divulgación de la publicación entre los internos, pues una motivación como la que se pretende, que implica calificar los contenidos de la revista, implica necesariamente su divulgación y conlleva la frustración de la finalidad perseguida por los arts. 58 LOGP y 128 RP. En este contexto, las menciones contenidas en el informe del centro penitenciario en relación con los precedentes de la revista (en especial su conexión con la revista «Ardi Beltza», clausurada por orden judicial), deben considerarse suficientes a los efectos del juicio de idoneidad, puesto que revelan la existencia de riesgo potencial para la seguridad y buen orden del centro penitenciario, así como para el tratamiento del interno, que puede ser evitado a

través de la adopción de la medida impugnada.

Según hemos señalado en ocasiones anteriores, en supuestos como el presente la necesaria individualización de la motivación puede entenderse cumplida cuando implícita o explícitamente se hace alusión a una característica de su destinatario, como es su pertenencia a una organización terrorista que de forma reiterada ha llevado a cabo acciones que ponen en peligro la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios. En efecto, «el dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios supone, en este caso, una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que en efecto puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del centro. Como se ha dicho anteriormente, individualizar las circunstancias que explican por qué la medida es necesaria para alcanzar el fin legítimo que se propone no significa que deban concretarse unas circunstancias exclusivas y excluyentes del penado. Estas circunstancias justificativas las puede compartir con los miembros de un determinado grupo y cuando, como en el presente caso, esto es así, basta para justificar la medida hacer referencia explícita, o implícita pero incontrovertible, a esta circunstancia común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente. No se justifica, pues, la intervención por el tipo de delito cometido, ni por la pertenencia a un grupo delictivo, ni siquiera por la pertenencia a un grupo terrorista, sino, más concretamente, porque ese grupo ha llevado y continúa llevando a cabo acciones concretas que efectivamente ponen en peligro la seguridad y el orden en los centros. Se individualiza, pues, la circunstancia común a los miembros del grupo que justifica la medida al concurrir en uno de sus componentes» (SSTC 200/1997, de 24 de noviem-

bre, FJ 5; 141/1999, de 22 de julio, FJ 6, y 106/2001, de 23 de abril, FJ 8).

**8.** Del mismo modo ha de entenderse cumplido el juicio de necesidad, esto es, la inexistencia de medidas alternativas que sean igualmente idóneas para conseguir el objetivo propuesto, pero que resulten menos gravosas para el derecho fundamental restringido, en este caso el derecho a recibir información. Y es que, en efecto, al margen de que no se ha alegado nada al respecto, resulta difícil imaginar una medida alternativa a la cuestionada, teniendo en cuenta que la revista en cuestión fue enviada por los familiares del recurrente en el paquete de ropa que periódicamente pueden hacerle llegar de acuerdo con la legislación penitenciaria. De este modo, o se retiene la revista o no se retiene. *Tertium non datur*.

**9.** Reconocidas la idoneidad y la necesidad de la medida impugnada a los efectos de alcanzar la finalidad perseguida por la misma, es preciso analizar su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, determinar si resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Pues bien, a la luz de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de concluirse que la medida de retención de un número concreto de una revista no sólo tiene cobertura legal (arts. 58 LOGP y 128 RP) y responde a finalidades constitucionalmente legítimas, es idónea para cumplir dichos propósitos y necesaria, sino que también resulta equilibrada, por lo que no puede apreciarse que haya sido lesionado del derecho del recurrente, interno en un centro penitenciario, a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE].

Como se ha señalado anteriormente, los objetivos perseguidos por el centro penitenciario al retener la revista «Kale Gorria» (proteger la seguridad y buen orden del centro penitenciario y contribuir al tratamiento individualizado del recurrente) son no sólo constitucionalmente legítimos, sino también

obligados. No debe olvidarse que el recurrente cumple condena por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo de la banda ETA, fenómeno de incuestionable gravedad «cuya realidad se remonta más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho», como advertimos en STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 18.

Que la medida de retención afecte a una revista de circulación legal contra la que en ningún momento se han abierto diligencias por su posible ilicitud penal no es óbice, en contra de lo sostenido por el recurrente y por el Ministerio Fiscal, para que la medida cuestionada deba considerarse en este caso como ajustada al principio de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que dadas las especiales características del fenómeno terrorista y, como se ha señalado anteriormente, el hecho que en el pasado se haya constatado que publicaciones legales pueden ser utilizadas para enviar mensajes encubiertos, para alentar comportamientos concertados en el ámbito de los centros penitenciarios o incluso para señalar objetivos terroristas justifica que no resulte exigible explicar pormenorizadamente qué contenidos concretos de los números de la revista «Kale Gorria» retenidos al recurrente son susceptibles de poner en peligro las finalida-

des constitucionalmente legítimas que se pretenden conseguir con dicha medida.

**10.** En suma, en el presente caso la restricción del derecho a recibir libremente información, consistente en la retención de unos números concretos de una determinada revista a un interno perteneciente a una organización terrorista que ha tenido y tiene, entre otros repudiables objetivos, el de atentar contra la vida y la libertad de los funcionarios de prisiones, como hemos constatado expresamente (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 5; 141/1999, de 22 de julio, FJ 6, y 106/2001, de 23 de abril, FJ 8, antes citadas), aparece como justificada para la preservación de derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, como son los derechos a la vida e integridad física de otras personas (art. 15 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE), así como el tratamiento de los recursos en orden a su reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y la preservación de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario (art. 58 LOGP), en cuanto que razonablemente cabe entender que los números de la revista retenidos por el centro penitenciario podían contener subrepticamente alguna información, dato, instrucción o mensaje destinado al demandante o a otros internos, que comprometiesen directa o indirectamente los referidos derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, por lo que debe rechazarse la pretendida lesión del derecho fundamental garantizado por el art. 20.1.d) CE.

**Sentencia 30/2006 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 30 de enero de 2006  
(BOE 11 de marzo de 2006) (Recurso de amparo 202/2005)**

EXTRADICIÓN. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EURO-ORDEN

**Art. 13 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**

SÍNTESIS

*Siguiendo el criterio establecido en la STC 292/2005, de 10 de noviembre (BOE 13-12-2005), recogida también más arriba, se establece el alcance que cobra el principio de legalidad en materia extradicional, abordando complementariamente otras cuestiones relacionadas, como la opción de la Sala de instancia por la Ley 3/2003, reguladora de la orden europea de detención, en lugar del sistema extradicional, o el alcance de los principios de reciprocidad y no entrega del nacional.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Delimitados los motivos y alcance de la pretensión de amparo procede ya entrar en el fondo de las quejas que no han quedado relegadas por el óbice procesal, las cuales, a pesar de formularse tanto desde el derecho a la legalidad penal como desde el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, deben ser reconducidas a este último cauce de enjuiciamiento. Ello es así porque, tal como hemos puesto de manifiesto en relación con la extradición —y es plenamente aplicable al procedimiento de euroorden—, en el proceso extradicional «no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto

afectado. Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado» (SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3). Desde esta perspectiva la pretendida infracción del principio de legalidad extradicional consagrado en el art. 13.3 CE no halla acomodo en el artículo 25.1 CE, puesto que este principio se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, no a las procesales (STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3). Ello implica, por tanto, la ausencia de fundamento de la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad penal plasmado en el citado precepto, tal como viene invocado en el caso concreto en relación con la denunciada aplicación retroactiva de la ley, y la necesaria reconducción del reproche relativo a la infracción del princi-

pio de legalidad extradicional a los parámetros establecidos en el art. 24 CE.

A este respecto, en la reciente STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3, siguiendo la ya citada STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 4, hemos puesto de manifiesto que la primera y más fundamental garantía del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 CE: tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad, obediendo la garantía expresada en la máxima «nulla traditio sine lege» a distintas finalidades. Por una parte pretende que la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del art. 9.º de la Declaración universal de derechos humanos, del art. 5.1.f) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y del art. 13 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Por otra parte supone subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes del pueblo la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la adopción de la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega. Y, finalmente, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida, como la extradición, que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad.

Pues bien, y reiterando lo afirmado en la STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3, de las finalidades acabadas de mencionar se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE configura el primer filtro de revisión constitucional del respeto al principio de legalidad extradicional, en la medida en que si tal principio exige que la extradición sea acordada con arreglo a tratado o ley, con la finalidad de aportar mayor seguridad jurídica y someter

a reglas jurídicas el procedimiento de entrega, su incumplimiento —esto es, acceder a la entrega sin la cobertura legal habilitante— derivará «eo ipso» en el reproche de no estar la decisión judicial que así proceda fundada en Derecho y ser, en consecuencia, arbitraria. En este sentido hemos afirmado en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6, en relación con el control de la legalidad extradicional, que, «sin perjuicio de que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución, y que ello es igualmente aplicable aun cuando se trate de la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales o de la posible contradicción entre éstos y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3), no puede desconocerse que la cuestión, como en otros contextos ha declarado este Tribunal, puede tener relevancia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la selección judicial o la interpretación de la norma aplicable incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4) o sea fruto de un error patente (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 45/1996, de 25 de marzo, FJ 6)». Tal es, en consecuencia, el canon a aplicar al presente caso.

5. Como ha sido ya puesto de manifiesto, la controversia gira en torno a la indebida aplicación por parte de la Audiencia Nacional de la Ley 3/2003, reguladora de la orden europea de detención, en lugar del sistema extradicional y, como consecuencia de lo anterior, a la indebida decisión de entregar a Francia a la recurrente, dado que, en virtud del principio de reciprocidad plasmado en el art. 13.3 CE, España no habría de extraditar a sus nacionales a Francia, en tanto en cuanto Francia, según la reserva efectuada al Convenio europeo de extradición de 1957,

no extradita a los suyos. Más concretamente, la cuestión que debemos analizar es si la selección de la normativa aplicable efectuada por la Audiencia Nacional puede hacerse acreedora del reproche de ser manifiestamente irrazonable, debida a un error patente o fruto de la arbitrariedad.

Como ha recordado la STC 167/2004, de 4 de octubre, FJ 4, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).

En ese sentido, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal, hemos establecido que tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si el razonamiento que la funda incurre en tal grado de arbitrariedad, irrazo-

nabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación (por todas, STC 195/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), si bien, estando afectado el derecho a la libertad personal en el proceso extradicional (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5) o de euroorden, es aplicable un canon de motivación reforzado, sin que, en cualquier caso, ello permita extender nuestra competencia a comprobar el grado de acierto de las resoluciones judiciales o indicar la interpretación que deba darse a la legalidad ordinaria (SSTC 237/1993, de 12 de julio, FJ 3; 194/1999, de 25 de octubre, FJ 5; y 201/2004, de 15 de noviembre, FJ 3).

**6.** En el Auto de 30 de diciembre de 2004, objeto del presente recurso, la Audiencia Nacional, ante la queja de la recurrente ahora reiterada en amparo, fundamenta la decisión de aplicar la normativa correspondiente a la euroorden en la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, según la cual la citada ley «será aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieren a hechos anteriores a la misma». En el presente caso la orden europea de detención y entrega enviada por Francia tiene fecha de 1 de julio de 2004, siendo emitida el 16 de agosto de 2004 y recibida en dicha fecha en el Juzgado Central de Instrucción, por lo que indudablemente debe considerarse emitida con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2003, que tuvo lugar el 18 de marzo de 2003. Desde esta perspectiva puede afirmarse, de una parte, que la resolución impugnada contiene las razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, al venir la decisión expresamente apoyada en la citada disposición transitoria, que permite la aplicación del procedimiento de euroorden a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley.

Afirmada la existencia de una motivación suficiente debe, de otra parte, rechazarse que la fundamentación ofrecida sea arbitraria, fruto del mero voluntarismo del órgano judicial, que habría actuado al margen de todo fundamento jurídico, ya que, como acabamos de poner de manifiesto, el Auto combatido responde a unos criterios cuya juridicidad resulta evidente. Tampoco cabe entenderlo fundado en error patente, puesto que la controversia se suscita respecto de una cuestión jurídica —la selección de la normativa aplicable—, siendo así que, con arreglo a la consolidada doctrina de este Tribunal —recordada entre otras en la STC 26/2003, de 10 de febrero, FJ 2—, para que se aprecie vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de haber incurrido la resolución impugnada en error patente es preciso que «se trate de un yerro, de carácter fáctico, que sea patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales».

7. Resta, en consecuencia, por plantear si la decisión de la Audiencia Nacional de aplicar el procedimiento de euroorden en lugar del extradicional debe considerarse manifiestamente irrazonable. En concreto tal reproche, según la lectura de la demanda, habría de fundarse en que la selección de la norma aplicable se habría efectuado sin atender al principio de reciprocidad, ignorando que Francia, como Estado ejecutor, habría aplicado el Convenio europeo de extradición y, por tanto, no habría entregado a sus nacionales. A este respecto, si bien este Tribunal no ha conformado una doctrina acerca del principio de reciprocidad plasmado en el art. 13.3 CE —dado su limitado ámbito de competencia en materia de legalidad extradicional, circunscrito al canon del art. 24.1 CE—, sí hemos tenido ocasión de afirmar que «la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso

identidad, de los supuestos de hecho que constituye el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad» (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 7; 102/2000, de 10 de abril, FJ 10). Más genéricamente, la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE) ha sido interpretada por este Tribunal, en las citadas Sentencias, como una garantía de protección de determinados bienes jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, los derechos del ciudadano sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, sólo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación.

Dicha concepción es la que debe presidir el control que desde este Tribunal cabe efectuar sobre alegaciones que, como la presente, se proyectan sobre el tratamiento asignado al principio de reciprocidad por parte de la Audiencia Nacional, por cuanto, no estableciendo el art. 13.3 CE derechos susceptibles de ser objeto de protección directa a través del recurso de amparo, la decisión de en qué grado haya de atenderse a la reciprocidad en la decisión de entrega es una cuestión que cae del lado de la legalidad ordinaria, la cual, por tanto, y salvo que la desatención de la reciprocidad comprometa la salvaguarda de derechos fundamentales del reclamado, o bien que su aplicación venga presidida por una motivación manifiestamente irrazonable o de todo punto arbitraria, queda extramuros de nuestra competencia. A este respecto no está de más recordar que, como hemos afirmado en ocasiones anteriores, este Tribunal no es el Juez de la extradición, sino el órgano de control, en materia de garantías constitucionales, del Juez de la extradición. Es decir, al ejercer la función de salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos no nos corresponde decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto sino, únicamente, si en el procedimiento previo a la decisión judicial que la autoriza o declara

improcedente, o con la decisión misma, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos. Por tanto, cuando en un proceso de amparo se impugna una decisión judicial sobre extradición, nuestro ámbito de conocimiento no es necesariamente coincidente con el objeto del procedimiento extradicional (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3).

En el presente caso la controversia acerca del principio de reciprocidad se plantea en tanto en cuanto, a juicio de la recurrente, hubiera de ser relevante, como factor en función del que decidir la normativa aplicable, considerando la Audiencia Nacional, por el contrario, que la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003 ha de llevar a la aplicación de la misma y no, en cambio, al Convenio europeo de extradición de 1957. Pues bien, desde nuestro limitado ámbito de cognición ningún reproche de contenido constitucional puede oponerse a la decisión adoptada por la Sala de la Audiencia Nacional, no pudiendo ser considerado manifiestamente irrazonable aplicar, en cumplimiento de la citada disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, el procedimiento de euroorden, teniendo en cuenta que el principio de reciprocidad, carente de criterios uniformes de aplicación, no se proyecta en el presente caso sobre un aspecto concreto que pudiera involucrar a derechos fundamentales de la recurrente en caso de entrega, sino sobre la más genérica decisión relativa a la selección de la norma aplicable, cuestión respecto de la cual viene atribuida la correspondiente competencia a los Tribunales ordinarios en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE.

Esta conclusión viene a ratificarse si reparamos en el fondo de la pretensión de la recurrente, consistente en la invocación de su condición de nacional española como causa obstativa a la entrega, en la medida en que, si fuera de aplicación el Convenio europeo de extradición, y por vía del principio de reciprocidad, entraría en juego la reserva efectuada por Francia a su artículo 6.º, según

la que no entrega a sus nacionales. A este respecto, procede poner de manifiesto, de una parte, que la prohibición de entrega de nacionales, presente en la Ley de extradición pasiva de 1985, y que en el presente caso no es de aplicación, carece en nuestra legislación, a diferencia de otros países de nuestro entorno, de rango constitucional. De otra parte, que, como hemos afirmado, «la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma ... no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio » (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 102/2000, de 10 de abril, FJ 8). Del citado planteamiento genérico, y del análisis de los hechos concretos, puede concluirse que la cuestión relativa a la entrega de nacionales, sobre la que, en última instancia, se proyecta en el presente caso la pretensión de la solicitante de amparo, no compromete derechos fundamentales de la recurrente, salvo, lógicamente, los inmediatamente implicados en la decisión de entrega a Francia y en la condena —revisable ante los Tribunales del Estado galo— que pende sobre ella, como serían el derecho a la libertad, incluida la libertad de residencia (STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3), por lo que, cumplidas plenamente, como hemos contrastado, las exigencias derivadas del art. 24.1 CE, procede desestimar esta vertiente de la queja.

**8.** Y a idéntica conclusión hemos de llegar en relación con la respuesta ofrecida por la Audiencia Nacional a la recurrente acerca de la superación del plazo para la entrega previsto en el art. 19 de la Ley 3/2003. Tal como se expuso en los antecedentes la

Sala responde a dicha queja de la recurrente —alegada en el recurso de súplica interpuesto y satisfecho, por tanto, el requisito de admisibilidad recogido en el art. 44.1.c) LOTC— afirmando que, de una parte, el incumplimiento del plazo de sesenta días en modo alguno incide en la admisión o denegación de la entrega solicitada por Francia; de otra, pone de manifiesto que la dilación sufrida está plenamente justificada, al ser debida al cumplimiento de la petición de la recurrente de que se solicitaran del Estado emisor reseñas de identidad en aras a confirmar la corrección de los datos de la orden europea de detención y entrega.

En efecto, ninguna irrazonabilidad o arbitrariedad cabe imputar a la citada argu-

mentación seguida por la Audiencia Nacional, pues de la lectura de la Ley 3/2003 se desprende con claridad que la cuestión relativa al cumplimiento del plazo de sesenta días —para el caso de la ausencia de consentimiento de la reclamada— previsto en su art. 19 ninguna relevancia posee para la decisión sobre la procedencia de la entrega, estableciendo el citado precepto en su apartado cuarto que, en caso de sobrepasar el plazo previsto, incluida la prórroga de treinta días, la autoridad judicial de ejecución deberá informar a Eurojust de las razones de la demora, lo que efectivamente llevó a cabo la Audiencia Nacional. Procede, en suma, desestimar en su integridad el recurso de amparo.

## TRIBUNAL SUPREMO

### Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del TS de 31 de enero de 2006

*Primer asunto: Prueba de ADN.*

Acuerdo:

“La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.”

*Segundo asunto: Unificación de doctrina en materia de Vigilancia Penitenciaria.*

Acuerdo:

“Para las redenciones extraordinarias previstas en el antiguo Reglamento del Servicio de Prisiones, el tipo de trabajo no es en sí mismo un dato decisivo, pues lo que importa es si en su desempeño concreto, es posible apreciar las notas de especial laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo, según la documentación disponible por el Tribunal”.

*Tercer asunto: Cuestiones de competencia negativa en relación con el artículo 15 bis de la LECrim. incorporado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*

Acuerdo:

“El domicilio a que se refiere el artículo 15 bis de la LECrim. es el que tenía la víctima al ocurrir los hechos.”

**Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 28 de febrero de 2006**

*Asunto: Delito de estafa y contrato de descuento bancario.*

Acuerdo:

“El contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato.”

**Sentencia 705/2005, Sala de lo Penal del TS, de 6 de junio de 2005**

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

**Arts. 579 LECrim.; 18.2 CE.**

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

SÍNTESIS

*Escuchas telefónicas: doctrina general sobre el empleo de sus resultados frente a terceros inicialmente ajenos al proceso penal y cuyo teléfono no ha sido intervenido pero receptores de las llamadas procedentes de otro sujeto cuyo teléfono sí lo ha sido.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Marcos

**Decimoséptimo.**—El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ al haber sido vulnerado el art. 18.3 de la CE derecho al secreto de comunicaciones telefónicas salvo resolución judicial, citando en su apoyo la

STC Pleno de 29-10-2003 que con base a diversas sentencias del TEDH. (SS 24-8-2000 caso Lambert, 16-2-2000, caso Armann) declaró la inexistencia de norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación, sino porque los recurrentes al amparo no eran ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas, sino personas con quienes se pusieron en contacto te-

lefónico aquellos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron, por lo que se afectó su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas, sin que el art. 579 de la LECrim. habilite expresamente dicha inferencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal, y añadiendo otros aspectos de las intervenciones telefónicas cuya falta afecta a la constitucionalidad de la medida, como son: el adecuado control judicial y la motivación de las resoluciones judiciales que acordaron las intervenciones telefónicas.

Respecto a la primera cuestión, es cierto que el Tribunal Constitucional y esta misma Sala ha puesto de manifiesto que el art. 579 de la LECrim. adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 de la CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 del Convenio Europeo Derechos Humanos. En la STC 49/1999, de 5 de abril, se concretan dichas exigencias en: “la definición de las categorías susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad.

De la lectura del art. 579 de la LECrim. dice la STC 184/2003, de 23-10, resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar, la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en

virtud de cuya investigación pueden acordarse, el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación de los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 de la LECrim. no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 de la CE).

Pero además, tampoco regula expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 de la LECrim. sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al Legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afectación de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales corrientes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como es el caso de abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional [art. 24.2 par. 2 y 20.1.d) de la CE], o en el caso de diputados o senadores el derecho al ejer-

cicio de su cargo de representación política (art. 23.2 de la CE), y su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 de la CE).

Ahora bien, como precisa la reciente sentencia de esta Sala Segunda de 11-4-2005, “Ahora bien, una cosa es el caso de los interlocutores escuchados ‘por azar’ en calidad de ‘partícipes necesarios’ de una conversación telefónica registrada por las autoridades, y otra distinta cuando sobre la base de una conexión existente, objetivamente manifestada, la persona titular del teléfono se relaciona con terceros que participan en los hechos investigados, aun cuando su identidad sea conocida como consecuencia de las escuchas telefónicas, de forma que pueda apreciarse razonablemente la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, como sucede en el presente caso”.

Igualmente la S 16/2001, de 22-1 nos recuerda que “la intervención telefónica requiere que la medida sea necesaria, proporcionada y motivada. Si estos requisitos se cumplen carece de relevancia que la medida haya sido dispuesta en unas diligencias en las que los recurrentes no eran perseguidos ... los hallazgos casuales no carecen de validez como prueba, cuando han sido obtenidos de una manera jurídicamente no objetable”. Sentencia esta que recoge la doctrina ya sentada con mayor amplitud en la S 1313/2000, de 21-7; al precisar que “en el derecho penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El parágr. 100.b) de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los

casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPPr (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa”.

**Decimoctavo.**—A mayor abundamiento si bien se ha afirmado en las SSTC 123/2002, de 20-5 y 56/2003, de 24-3, que el concepto de secreto de la comunicación cubre, no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de forma que “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien jurídico protegido es así —a través de la imposición a todos del ‘secreto’— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por el destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de ‘secreto’, que aparece en el artículo 18.3, 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 interlocutores o de los corresponsales” pero en el caso que nos ocupa los autos que acuerdan las intervenciones telefónicas y sus posteriores prórrogas de fechas 12-1-2001, 23-1-2001, 6-2-2001, 2-3-2001 y 5-4-2001 se refieren tanto a las llamadas salientes como entrantes en los teléfonos que se intervenían. Por ello si el hoy recurrente llama a los titulares o usuarios de los teléfonos intervenidos, emite voluntariamente una opinión o

un secreto a su contertulio, sabiendo de antemano que se despoja de sus intimidades, exponiéndose a que quienes le escuchan puedan usar su contenido sin incurrir un reproche jurídico, dado que jurisprudencialmente tanto por el Tribunal Constitucional 114/84, de 29-11, como por el Tribunal Supremo, SS 11-5-94, 30-5-95, 27-11-97 y 18-10-98 se admite que si la grabación de conversación telefónica sostenida con otros, no autorizada judicialmente implica vulneración del derecho del secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 de la CE, la grabación de una conversación telefónica sostenida con otro que es quien la recoge y graba por cualquier medio, no integra lesión del mencionado derecho fundamental. Siendo así, esta doctrina debe aplicarse analógicamente a casos como el presente en el que el interlocutor tiene el teléfono intervenido por orden judicial. Autorización judicial que vendría a sustituir la decisión del titular o usuario del teléfono de grabar la conversación “con otro”. A ello cabe añadir que, tal y como se señala en la STDEH de 25-9-2001 (caso P.G. y S.H. contra Reino Unido) “la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referi-

das al período de tiempo de las llamadas telefónicas”.

Consecuentemente la afirmación del recurrente de que al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública mediante la intervención de los teléfonos de determinadas personas, se estuvo investigando al recurrente mediante la intervención de las conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica, los nuevos hechos descubiertos lo que constituye además del derecho de secreto de las comunicaciones una violación del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 de la CE, no puede ser compartida por la Sala, no sólo por no ser del todo cierta dado que en el oficio de 5-4-2001 por el que se solicitó la prorrogación de los teléfonos usados por Claudio y Franco, se transcriben las llamadas en los que interviene Marcos, pendiente aún de su completa identificación, y se señala su íntima relación con los anteriores, sino por la imposibilidad que podría producirse en algunos supuestos para intervenir las llamadas telefónicas de ese tercero, al que le bastaría comunicar desde un teléfono público con la persona cuyo teléfono estuviera intervenido, para evitar que esas conversaciones grabadas, que si podrían utilizarse contra su interlocutor, no pudieran serlo contra el mismo.

### Sentencia 1078/2005, Sala de lo Penal del TS, de 22 de septiembre de 2005

PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN. FALSEDAD DOCUMENTAL

**Arts. 23.3.f) LOPJ; 392 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*De conformidad con lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, la Sala considera no punible el uso en España de un*

*documento oficial falsificado en el extranjero, salvo que se presente en juicio o se use para perjudicar a otro, por no “perjudicar directamente al crédito o intereses del Estado”, según exige el art. 23, núm. 3, letra f) de la LOPJ. Uno de los magistrados discrepa en voto particular de esta interpretación del mencionado precepto.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Decimoquinto.**—Sólo nos queda por examinar este recurso articulado en dos motivos con idéntico contenido.

Ya dijimos al principio cómo este señor viene condenado por un delito continuado de falsificación en documento oficial del art. 392 en relación con el 390.1.2.º y 74 todos del CP por haberse hallado en su domicilio múltiples documentos falsificados, si bien la condena se impuso sólo por dos permisos de conducir uno nacional y otro internacional. Ambos permisos aparecen como expedidos en Polonia a favor de Alvaro y en el penúltimo de los párrafos del relato de hechos probados de la sentencia recurrida —pág. 12— se dice que este señor “encargó a una persona de Aluche que le hiciera los permisos de conducir a su nombre”, esto es, los dos documentos falsos ya referidos. Termina tal párrafo penúltimo diciendo que “el resto de los documentos no consta que hubieran sido alterados o falsificados en España”. Con lo cual y con lo luego expuesto en el fundamento de derecho 7.º queda claro que tal condena viene relacionada exclusivamente con esos dos permisos de conducir que aparecen relacionados casi al final de la pág. 11 de tal sentencia, con exclusión de los demás documentos falsos que aparecen en la mencionada relación. Y ello porque viene a entenderse que fueron los únicos que se falsificaron en territorio español.

Tales dos motivos de este recurso en definitiva denuncian la falta de jurisdicción en los tribunales españoles para conocer de es-

ta clase de delitos de falsedad cuando son cometidos en el extranjero, de modo que no cabe aplicar el art. 23.3.f) LOPJ al no poder entenderse que esta clase de infracciones pudieran haber causado algún “perjuicio directo al crédito o intereses del Estado”, so pena de dar a esta expresión un sentido y una amplitud en todo caso incompatible con las más elementales reglas que deben inspirar la interpretación de las normas penales, como podemos leer en el fundamento de derecho 2.º de la sentencia de esta sala 170/1998 de 6 de febrero. Véanse también las sentencias 2026 y 2384, ambas de 2001, citadas por el recurrente en su escrito.

En tales dos motivos la falta de jurisdicción referida se fundamenta en la inexistencia de prueba de que alguna de tales dos falsificaciones se hubiera cometido en España.

Veamos cómo no hay prueba apta para condener relativa al extremo de que la falsedad de esos dos permisos de conducir se realizara en España.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL  
EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN  
GIMÉNEZ GARCÍA, RESPECTO DE LA  
SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE  
CASACIÓN N.º 1049/2004P, INTERPUESTO  
POR JESÚS CARLOS, BRAULIO, GONZALO,  
PABLO Y ÁLVARO, CONTRA LA DICTADA  
POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE  
MADRID, SECCIÓN II, DE FECHA  
25 DE JUNIO DE 2004

El presente Voto Particular se refiere exclusivamente a la absolución efectuada en la

sentencia al recurrente Álvaro, respecto de las falsedades en documentos oficiales efectuados por el argumento de carecer la jurisdicción española de atribuciones para su enjuiciamiento de conformidad con el art. 23.3.º f) de la LOPJ.

La sentencia aborda esta cuestión en el F.J. decimoquinto.

Se trata de la falsificación de dos permisos de conducir, uno nacional y otro internacional, que aparecen como expedidos en Polonia a favor de Álvaro que le fueron ocupados en un registro, quien fue condenado en la instancia y absuelto en esta sede casacional.

La sentencia de cuyo particular disiento, sigue escrupulosamente el acuerdo no jurisdiccional del Pleno del día 27 de marzo de 1998 en el que se acordó considerar atípico el uso en España de un documento de identidad, y en general de un documento oficial, falsificado en el extranjero, a salvo que se presente un juicio o se use para perjudicar a otro.

El apoyo legal se encuentra en el art. 23.3.º f) de la LOPJ que declara competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por extranjeros o españoles fuera del territorio nacional cuando, tratándose de falsificaciones, se perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, estimándose en la interpretación efectuada en el Pleno indicado, que la falsificación de tales documentos efectuada fuera de España no afectaba a los intereses o crédito del Estado.

De acuerdo con esta decisión se dictaron numerosas sentencias desde entonces, 16 de abril de 2001, 28 de noviembre de 2001, 19 de septiembre de 2002, 24 de junio de 2003 ó 29 de mayo de 2003, y a algunas de ellas se refiere la presente sentencia.

No obstante, creo llegado el momento de someter a crítica dicha interpretación y la decisión subsiguiente en la medida en que no puede seguir sosteniéndose que no se perjudica el crédito o los intereses del Estado dejando impune el hallazgo en poder de

personas investigadas de documentos oficiales falsos con carácter identificatorio.

Hoy día, existe un interés evidente de ámbito internacional y más concretamente dentro del marco de la Unión Europea en impedir el tráfico de personas que aparezcan identificadas con falsos documentos, con independencia del lugar donde se haya podido efectuar la alteración y aquel en el que sean ocupados.

Dentro del ámbito de los pactos de Schengen de 14 de junio de 1985, a los que se adhirió España en virtud del Protocolo de 25 de junio de 1991, se establece en el art. 6.2.b) la específica obligación de las partes contratantes de efectuar un control de las personas "... que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje...". Desde esta específica obligación creo que no puede seguir sosteniendo que el hallazgo de documentos identificatorios falsificados en poder de las personas objeto de investigación judicial, no afectan a los intereses del Estado, en materia de seguridad cuando el actual concepto de seguridad no se circunscribe a las fronteras territoriales, sino que se confunde con la de los propios países firmantes de los Pactos, que imponen un específico deber de identificación, e incluso con los de la Unión Europea, y por lo mismo también quedaría afectado el crédito del Estado en la medida que el despreocuparse de la correcta identidad de quienes estuviesen en su territorio, y la indiferencia ante el hallazgo y utilización de documentos falsos de identidad, supone la aceptación de espacios de impunidad incompatibles con las políticas comunitarias en materia de seguridad, máxime desde la realidad del artículo 29 del Tratado de la Unión que define a la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia, con evidente perjuicio para los intereses credibilidad y seriedad de dicho Estado.

De este nuevo enfoque se pueden citar las SSTS 1089/2004, de 10 de noviembre, Auto de Cuestión de Competencia de 25 de marzo de 2003, Recurso de Casación 54/2002, así como la Sentencia 66/2005, de 26 de enero.

Especialmente expresivo es el Auto referido de 25 de marzo de 2003 que declara la afectación de los intereses del Estado, su crédito, en general en cualquier caso en que alguien se le encuentre en territorio español con estos documentos falsificados, y en el mismo sentido, la sentencia 1089/2004 antes citada afirma en su FJ primero que la falsificación de pasaporte constituye un su-

puesto delito que afecta al interés del Estado Español en conocer la identidad de las personas que se encuentran dentro de su territorio.

En conclusión, considero que debía haberse mantenido la condena contra Álvaro como autor de un delito de documento oficial.

### Sentencia 1156/2005, Sala de lo Penal del TS, de 26 de septiembre de 2005

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ALEJAMIENTO DE LA VÍCTIMA

**Arts. 39 y 468 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*Dada la peculiaridad de la medida cautelar de alejamiento en las hipótesis de violencia doméstica entiende la sentencia que la reanudación de la convivencia extingue aquélla por lo que no se realiza el tipo del quebrantamiento previsto en el art. 368 del CP.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Quinto.**—(...)

No cabe duda de la naturaleza de pena —pena privativa de derechos— que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la LO 14/1999, así como de la naturaleza delictiva

de su incumplimiento, según el art. 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. En concreto, la medida que se le impuso al recurrente el 31 de julio tuvo esa naturaleza y la impuesta en el fallo de la

sentencia sometida al presente control casacional tiene naturaleza de pena.

No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicán de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende —y esto es lo característico— de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima —en cuya protección se acuerda— de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello su-

pondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener —en su caso— otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.

Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetivado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la compañera de que el recurrente no se le

acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal.

Procede estimar esta parte del motivo y absolver al recurrente del delito de quebrantamiento, lo que se acordará en la segunda sentencia.

**Sentencia 1173/2005, Sala de lo Penal del TS, de 27 de septiembre de 2005**

PRESCRIPCIÓN. DELITO CONTINUADO

**Arts. 74 y 131 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se ratifica la tesis jurisprudencial que toma en consideración a los efectos de fijar el plazo de prescripción del delito, la agravación facultativa de la pena derivada de un carácter de delito continuado. El mismo ponente presenta un voto particular que cuestiona este criterio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

La Sala de instancia se ha opuesto a considerar prescrito el delito de estupro de pre-  
valimiento continuado por el que condena al recurrente, al entender que la exasperación de la pena producida al amparo del art. 69 bis del Código Penal, que desplaza la prevista como básica en el art. 434 de aquel texto legal hasta el grado medio de la superior, hace que el plazo de prescripción del delito sea de 10 años.

Según los hechos probados de la sentencia, los abusos de que fue víctima Mercedes,

que son los que aquí interesan, concluyeron en fecha indeterminada del año 1993. Y la primera denuncia de abusos se produjo el 8 de abril de 1999, por tanto transcurridos más de 5 años desde que tuvo lugar la última acción perseguible de las aludidas.

El Tribunal sentenciador funda su decisión en el criterio expresado en la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 1992, conforme al cual, el hecho de que el art. 69 bis C Penal 1973 prevea como facultativa la elevación de la pena, en ese caso la básica del art. 434 C Penal 1973, no hace perder a la norma resultante de la integración de ambas disposiciones el carácter de "lex certa".

El que recurre cuestiona esta opción jurisprudencial, oponiendo la expresada en STS 2039/2002, de 9 de diciembre.

Pero lo cierto es que esta Sala ha resuelto en diversidad de ocasiones en el mismo sentido que lo hizo la de instancia. Así, SSTS 2074/2001, de 22 de abril, 222/2002, de 15 de mayo, y las que en esta última se citan. Siempre con el argumento de que la posible exasperación de la pena en los términos que permite la previsión legal del art. 69 bis C Penal 1973 satisface las exigencias de seguridad jurídica a que debe responder el instituto de prescripción. Y esto puesto que se trata de una facultad legalmente reconocida y circunscrita en sus límites temporales. En el mismo sentido podemos contabilizar las SSTS n.º 1823/2001, de 25 de mayo, 1937/2001 de 26 de octubre, 1590/2003, de 22 de abril —caso Intelhorce—, 862/2002, de 29 de julio —caso Banesto—, que cita el Acuerdo General de Sala de 29 de abril de 1997, según el cual había de estarse a la pena en abstracto imponible al delito, a los efectos de determinar el plazo de prescripción, concluyendo con la declaración de no estar prescrito el delito de apropiación indebida ya que al tratarse de delito cometido en la modalidad de continuidad delictiva, había de tenerse en cuenta la pena imposible en abstracto y por tanto teniendo en cuenta la potestativa exasperación punitiva dada la continuidad delictiva.

Si esta doctrina de la Sala ya era la aplicable en relación al C Penal de 1973, con mayor motivo hay que sostenerla en relación al C Penal de 1995 pues la expresión que en él se contiene en el art. 131 “...la pena máxima señalada al delito...” no viene a suponer ningún cambio legislativo sino el expreso reconocimiento de lo que ya la Jurisprudencia de esta Sala había fijado en relación a la expresión “...cuando la Ley señalase al delito la pena de...” —art. 263 C Penal 1973—, como expresamente se recoge en las STS 71/2004 de 2 de febrero ó la 96/2004, de 30 de enero.

En resumen, hay que concluir afirmando que en los casos de continuidad delictiva, ya

bajo la vigencia del art. 69 bis —aplicable al caso enjuiciado— como al art. 74 del vigente C Penal, hay que estar a la pena que la Ley imponga como máxima posibilidad, con independencia de la pena que se imponga en concreto, no padeciendo el principio de *lex certa* en la medida que tal pena exacerbada por la continuidad, satisface las exigencias de la certeza de la Ley, y además, resulta más respetuosa con el principio de proporcionalidad y gravedad de los delitos, pues no cabe duda de la mayor contumacia, gravedad y persistencia en el delito que ofrece la situación de quien durante un tiempo más o menos determinados comete idéntico hecho delictivo reiteradas veces, multiplicando sus efectos en las víctimas por aquella intensificación, que aquella otra situación que de forma episódica comete una aislada infracción delictiva.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL  
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A  
LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO  
DE CASACIÓN NÚMERO 1359/2004

Mi discrepancia de la sentencia guarda relación con el segundo motivo de los del recurso, aunque, dado que lo que postulo es la apreciación de la prescripción de los delitos que fundan la condena, su alcance tendría asimismo proyección sobre los demás formulados.

El que recurre cuestiona la opción jurisprudencial de la sala de instancia —que es también la de la sentencia de que discrepo— oponiendo la expresada en STS 2039/2002, de 9 de diciembre. En esta resolución, dictada en un caso idéntico al aquí contemplado, se entendió que la pena a tomar en cuenta para decidir acerca de la prescripción del delito debía ser la señalada a éste por la ley con carácter general en el momento de su tipificación, y no “la facultativa y no preceptiva” resultante de operar al amparo del art. 69 bis C Penal 1973, invocando al respecto el apoyo de constante jurisprudencia de esta sala.

Hay consenso doctrinal en que el instituto de la prescripción del delito y de la pena se funda en la desaparición de la necesidad de perseguir, consiguiendo al transcurso de un excesivo lapso de tiempo entre el hecho incriminable y la respuesta institucional. Pues tal desfase cronológico produce el efecto de difuminar o eliminar de la memoria colectiva el recuerdo del delito y sus efectos, según una máxima de experiencia que se concreta de forma plástica en el dicho popular de que “el tiempo todo lo borra”.

Desde este punto de vista, y puesto que el ejercicio legítimo del ius puniendi precisa como fundamento un acuerdo de la comunidad social acerca de su necesidad actual, la presuposición de que tal acuerdo habría dejado de existir produciría el evitable efecto deslegitimador de la proyección concreta de la aludida potestad estatal.

A partir de este antecedente, es pacífico que la prescripción es un dispositivo jurídico de naturaleza esencialmente sustantiva o material, cuya trascendencia práctica suscita obvias exigencias de rigor al fijar los presupuestos de aplicación. Esto es, reclama el máximo de claridad y predeterminación de los requisitos condicionantes, por evidentes razones de seguridad jurídica. Principio éste bien presente en la “mens legis”, según se desprende del minucioso establecimiento de plazos y circunstancias, y que, por lo mismo, ha de inspirar de la manera más exigente la interpretación del cuadro normativo de referencia.

Por otro lado, no puede olvidarse que el legislador distingue dos clases de prescripción, la del delito y la de la pena. Diferenciación que en el plano conceptual, e incluso intuitivamente, remite, en el primer caso, a la previsión básica de aquél y de sus consecuencias, y, en el segundo, a la sanción concretamente impuesta en la sentencia.

En el caso a examen, y según resulta de la propia resolución impugnada y del planteamiento del motivo, cabe identificar dos opciones. Una, la consistente en estar a la pena del tipo base, para, a partir de ella, elegir la

norma de aplicación, entre las del art. 113 C Penal 1973. Otra, la resultante de integrar la primera con las que puedan incidir en particular en la determinación final de la pena, a tenor de parámetros como el aquí representado por la calificación del delito como continuado.

Según se ha visto, estas dos opciones se proyectan en dos líneas jurisprudenciales, incidentes en el tema objeto de este motivo.

Dice el tribunal de instancia, haciéndose eco de una sentencia de esta Sala que cita, que este segundo término de la alternativa no se daría en perjuicio de la exigencia de operar con la “lex certa” que demanda el imperativo de seguridad jurídica. Pero no repara lo suficiente en que la asociación (aquí) del art. 69 bis al art. 434, ambos del C Penal 1973, implica una clara disminución de la previsibilidad y de la certeza de la solución legal. Pues sobre la rígida fijación del límite máximo de la pena proyecta el coeficiente de incertidumbre representado por el eventual ejercicio de poder discrecional de exasperación de la misma que propicia el primero de esos preceptos. Así, de aceptarse que la resultante de ese juego aplicativo sea una “lex certa”, se habrá de convenir también que es sensiblemente menos cierta que la que se seguiría de estarse únicamente a la pena del tipo básico. Más cuando el propio Código Penal de referencia da motivos bastantes (art. 49) para entender que pena señalada por la ley es la que ésta concretamente asocia al tipo penal de que se trate. Criterio que, además, halla un consistente refuerzo en el dato de que el legislador de 1995, al tratar de los plazos de prescripción en el artículo 131 —equivalente al art. 113 del derogado, que es el que aquí cuenta— ha pasado a hablar de la “pena máxima señalada al delito”. Introduciendo así una precisión no indiferente, en la que es difícil no ver la pretensión de salir al paso del problema interpretativo suscitado por la anterior regulación.

Por tanto, en presencia de dos posibles lecturas del Código Penal en la materia, no hay duda de que se ha de optar por la que

lleve al máximo de optimización de la función de seguridad jurídica que preside el instituto de que se trata; que, además, conduce a la aplicación de la ley, no sólo más cierta, sino también más favorable para el acusado.

De este modo, la elección del otro término de la alternativa impone al que la haga una especial carga de justificación, consistente en demostrar que es el que mejor responde a la inspiración constitucional y legal de la prescripción, que —hay que insistir— consiste en aportar el máximo de seguridad jurídica a la aplicación de la ley penal.

Pues bien, lo cierto es que, ni en la sentencia del tribunal de instancia ni en la de esta sala en las que encuentra apoyo, se da ese paso. Y la consecuencia es que no se sepa en virtud de qué razón de derecho debe prevalecer una propuesta interpretativa que defiere la concreción de la regla legal a un ejercicio de discrecionalidad judicial, sobre otra que produce ese efecto, sin asomo de imprecisión, ya en la propia formulación del texto.

No se me oculta que la aplicación del criterio que defiende obliga a plantearse otras cuestiones objetivamente asociadas al tema aquí planteado, como, por ejemplo, la del momento hábil para suscitar la cuestión de la prescripción en supuestos de delito continuado. Y, tampoco, que del tratamiento de la prescripción que postulo podría derivarse cierta injusticia material, al seguirse de él una ventaja para los responsables de una

pluralidad de delitos. Pero entiendo que en el plano estrictamente jurisdiccional —que es en el que, como no podría ser de otro modo, se mueven estas consideraciones— nada de esto puede representar un obstáculo cuando se trata de atribuir a una disposición el sentido que mejor se ajusta a sus propios términos, al contexto de referencia, y a la línea de principio que debe informar el instituto de la prescripción. Éste, en fin, está, por definición, orientado a reducir la intervención judicial a la mera constatación del transcurso de un determinado lapso de tiempo, en supuestos excepcionales en los que la ausencia de persecución efectiva ha hecho perder interés social al castigo del delito o delitos en presencia. Cerrando, por tanto, el proceso a partir de una sencilla apreciación judicial ex ante de la concurrencia del supuesto legal. Pues bien, de seguirse el criterio de la mayoría, el juego de la prescripción quedaría subordinado al previo desarrollo del enjuiciamiento, y su eventual aplicación sería el resultado de una estimación “ex post”, esto es, no automática sino posterior al juicio, bien poco compatible, pues, con el efecto que aquélla pretende como institución.

Es por lo que, en línea con el criterio expresado en la citada STS 2039/2002, de 9 de diciembre, y, en virtud de todo lo expuesto, debe entenderse prescrito el delito por el que se condenó al recurrente, con estimación del motivo, lo que haría innecesario el examen de los dos restantes.

**Sentencia 1120/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de septiembre de 2005**

SUSTITUCIÓN DE LA PENA. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

**Arts. 787 LECrim.; 89 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Siro F. García Pérez**

SÍNTESIS

*No vulnera el principio acusatorio ni tampoco el derecho de defensa la negativa del Tribunal de instancia a sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional, sustitución a que se extendía la conformidad alcanzada por las partes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El recurrente deduce su único motivo de casación al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española (CE) en lo que atañe al principio acusatorio en relación con los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva. Todo ello porque, a pesar de que el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite otra excepción a la vinculación del Tribunal por la conformidad de las partes que la señalada en el número 5.º, ajena al presente caso, la Audiencia ha declarado no haber lugar a sustituir las penas impuestas a Jose María por la expulsión del territorio nacional, sustitución a que se extendía la conformidad entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado y él mismo.

**Segundo.**—Ciertamente que el Ministerio Fiscal, tras calificar definitivamente los he-

chos como constitutivo de delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal (CP) y de delito de falsificación en documento oficial del art. 392 del CP y reputar autor a Jose María, interesó penas de prisión inferior a seis años, además de multa, y que, al amparo del art. 89.1.º del CP, interesó la sustitución de las penas solicitadas por la expulsión del territorio nacional; y también es cierto que, según consta en la correspondiente acta, “El acusado muestra su conformidad. La defensa no considera necesaria la continuación del juicio, manifestando la intención de no recurrir la sentencia. El acusado manifiesta que está conforme con la expulsión”.

Pero no cabe desconocer que el art. 787 de la LECr. ha de ponerse en relación con el art. 89 del CP. Ni la doctrina que esta Sala viene sentando para casos como el que ahora nos ocupa; al no existir razones que permitan ahora modificarla.

**Tercero.**—Tal doctrina, recogida en la sentencia del 08-07-2005 con extensas citas de la del 08-07-2004, a la que habrían de añadirse las del 28-10-2004 y 21-12-2004, puede ser resumida en los siguientes puntos:

a) La excepción que el art. 89 del CP prevé a la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio español, para los extranjeros no residentes legalmente en España, y que consiste en que el Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ha de comprender los casos de conformidad entre el Ministerio Fiscal y el acusado, salvo que éste haya condicionado la conformidad con los hechos y con la sanción penal a la opción de expulsión.

b) La motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales.

c) El acuerdo sobre la sustitución no puede venir justificado por la conformidad con los hechos y las penas que comprenda la acusación pública.

**Cuarto.**—La Audiencia expone que el acusado, de 21 años, nacido en Colombia, poseía permiso, aunque inauténtico, de residencia y trabajo en España; y ello muestra un propósito de vincularse al territorio español, confirmado por la declaración de Jose María respecto a que llevaba tres años en España, donde había llegado tras su novia. Y el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida detalla razones para no acordar la sustitución: "... el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé la conformidad en este punto y el art. 89 del Código Penal confiere al Tribunal la facultad de valorar, excepcionalmente y de forma motivada, la conveniencia de que la pena

impuesta sea cumplida en un centro penitenciario en España. Consecuentemente con ello, este Tribunal entiende que concurren en el supuesto de autos determinados factores que justifican apreciar la excepcionalidad a que se refiere el mencionado precepto. Así, al acusado se le intervino en total la no despreciable cantidad de 230,9 gr de cocaína pura, parte de la cual portaba para su venta en el momento de su detención y otra parte guardaba en su domicilio. Igualmente en su domicilio le fueron ocupados multitud de útiles aptos para el corte y distribución de la sustancia, lo que pone de manifiesto no una actividad ocasional, sino una verdadera dedicación a la distribución de sustancia a terceras personas haciendo de ello su medio de vida, con la grave repercusión que ello supone para la salud pública y desde luego la alarma social que ocasiona este tipo de delitos. Tampoco debe olvidarse la gravedad de la pena pactada para el delito contra la salud pública, de cinco años de duración, y próxima al límite de los seis años que señala el precepto comentado. Además, la aplicación automática del art. 89 del Código Penal está y ya promoviendo la comisión de delitos graves dentro del territorio español que quedan impunes desvirtuándose así el efectos de prevención general y especial que tienen las penas y ocasionando evidente discriminación respecto a españoles, extranjeros legalmente residentes en España y ciudadanos de la Unión Europea. Consecuentemente con lo expuesto, como antes se expresaba, este Tribunal considera improcedente la sustitución de las penas que se imponen al acusado Jose María, pues sólo su ejecución garantiza los fines de rehabilitación, reeducación y reincidencia que debe cumplir toda pena, que se haría ilusoria con la simple aplicación mecánica y automática de la expulsión del territorio nacional, sin la contemplación de factores que, como los expresados, hacen repudiable que se aluda, por tal vía, el cumplimiento de las penas impuestas".

**Quinto.**—Resulta así que, ajustándose al art. 89 del CP, la Audiencia ha motivado

cumplidamente, en relación con la naturaleza del delito y atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, lo justificado de que el condenado cumpla en España las penas de prisión. Además, el Ministerio Fiscal y el acusado han sido oídos sobre la expulsión y no consta en el acta que el acusado condicionara su conformidad a la opción, que aceptaba, de expulsión.

Por todo ello, debemos reputar, como hace el Ministerio Fiscal en la casación, que no se ha violado el principio acusatorio dada la correlación entre acusación, sobre la que el encartado fue informado, y fallo en conexión con el art. 89 del CP, ni han sido quebrantados los derechos a la defensa o la tutela judicial efectiva.

**Sentencia 1106/2005, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2005**

PRINCIPIO ACUSATORIO

**Arts. 24.2 CE; 5.4 LOPJ**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del principio acusatorio a consecuencia de la mutación esencial en el relato fáctico de la sentencia respecto del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—El segundo motivo del recurso conjunto de ambos recurrentes denuncia, por la vía autorizada en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción del derecho constitucional de defensa en lo referente al principio acusatorio, exclusivamente conectado con el delito de falsificación de placas de matrícula por el que han sido condenados aquéllos.

Nuestras precedentes sentencias (1470/2003 y 1153/2004), ya citadas, habían exigido que el Tribunal sentenciador diera oportuna respuesta a esta cuestión, particularmente referida al número concreto que de las distintas modalidades delictivas que describe el art. 390 del Código Penal, había sido objeto de acusación, pues exclusivamente el Ministerio Fiscal había citado el art. 390 del propio Cuerpo legal, así como la razón de la introducción en el acta de acusación de la agravación definida en el art. 574 del Código Penal, que —como deci-

mos— no figuraba en el escrito de acusación del Ministerio Público.

La sentencia ahora recurrida se pronuncia finalmente sobre esta cuestión para dar a entender que, de la literalidad del relato fáctico del Ministerio Fiscal, de cuyo cambio de redacción trataremos seguidamente, y “en relación con las pruebas propuestas y practicadas en el juicio oral se deduce que es el número 1, apdo. 1.º del art. 390 del CP”.

Este modo de proceder es censurable, pues el Tribunal de instancia no puede deducir de las pruebas practicadas puestas en relación con la redacción del escrito del acusación, cuál es el concreto precepto por el que se acusa, ni introducir de oficio, aunque nada haya dicho al respecto, la agravación específica que se contiene en el art. 574 del Código Penal.

De manera que, primeramente, la introducción de oficio de preceptos penales que ha supuesto el Tribunal de instancia que son los empleados por la acusación para deducir su pretensión punitiva, es algo que vulnera el principio acusatorio, porque quiebra la imparcialidad del juzgador, fundamento de dicho principio.

En segundo lugar, el Tribunal “a quo” ha llevado a cabo una modificación del acta de acusación, completamente reprochable. Y ello con perfecto conocimiento del cambio en la “literalidad del relato de hechos del Ministerio Fiscal”, al que se refiere la Sala sentenciadora en el cuarto de sus fundamentos jurídicos.

En efecto, en el escrito de acusación del Ministerio fiscal se exponía lo siguiente: “el día 18 de junio de 2001 se intervienen por la policía judicial dos placas de matrícula inauténticas con número NJ-....-IX que estaban escondidas en el Puerto de Echegárate (Guipúzcoa), a disposición de los procesados” (folio 59) y se les acusa de un delito de falsificación de placas de matrícula (exclusivamente) del art. 392 del Código Penal (sin mención concreta a cuál de los números del art. 390 viene referida). En cambio, en la Sentencia dictada (en las dos primeras oca-

siones) se lee en los hechos probados lo siguiente: “en el puerto de Echegárate (Guipúzcoa), los acusados... cambiaron las dos placas de matrícula con el n.º NJ-....-IX que portaba el vehículo Fiat, que la cúpula de ETA les había entregado en Francia cargado de explosivos, por otras de Navarra, llegando con este vehículo hasta Logroño para la comisión de un atentado por cuyo hecho se siguen diligencias aparte”. Obsérvese que desaparece la mención de inauténticas, para referirlo la Sala sentenciadora al cambio de matrículas.

Sin embargo, en esta Sentencia (la tercera dictada por la Audiencia Nacional), vuelve a haber otra mutación, disponiéndose en el tercero de los hechos probados, lo siguiente: “en la primera quincena del mes de junio de 2000, en el puerto de Echegárate (Guipúzcoa), los acusados ... cambiaron las dos placas de matrícula con el número NJ-....-IX que portaba el vehículo Fiat, que la cúpula de ETA les había entregado en Francia cargado de explosivos, por otras de Navarra inauténticas (las MI-....-UM), llegando con este vehículo hasta Logroño para la comisión de un atentado por cuyo hecho se siguen diligencias aparte”.

Ni siquiera sabemos por qué ahora se expone en la primera quincena del mes de junio de 2000, cuando los hechos por los que se acusa a los recurrentes suceden en 2001, y se refieren al hallazgo de las placas en el puerto de Echegárate, que ocurre el día 18 de junio de 2001, después del cambio de placas, lo que en efecto puede situarse a principios de tal mes de 2001.

Es evidente que la falta de respuesta a cuestiones estrictamente jurídicas y los déficits de motivación sobre determinadas cuestiones, ordenado por esta Sala, no autorizaba el cambio del relato fáctico de la resolución judicial impugnada.

Aun así se ha infringido del principio acusatorio introduciendo en el “factum” elementos de hecho que no se encontraban en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, pues en éste únicamente se les imputaba tener a su disposición unas placas de matrículas.

la inauténticas, pero no su misma falsificación, ni siquiera su utilización. Siendo ello así, es evidente que tales hechos no encajaban en el apartado 1.º del número 1 del art. 390 del Código Penal (alteración de elementos esenciales de un documento), del que deducía la Sala habían sido acusados los ahora recurrentes.

El principio acusatorio cuya violación denuncia aquí el recurrente exige, conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir, “en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación” (v. SSTC núms. 134/1986 y 43/1997). Esta Sala, por su parte, tiene declarado sobre la cuestión aquí examinada que “el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado”, de ahí que “la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse” (v. S. 7 diciembre 1996); y que “el establecimiento de los hechos constituye la clave de la bóveda de todo el sistema acusatorio del que el derecho a

estar informado de la acusación es simple consecuencia” (v. S. 15 julio 1991). “Los hechos básicos de la acusación constituyen elementos sustanciales e inalterables y la sentencia tiene que ser congruente respecto de los mismos, sin la introducción de ningún nuevo elemento del que no existiera posibilidad de defensa” (v. SS. 8 febrero 1993, 5 febrero 1994 y 14 febrero 1995, entre otras). En suma, como se precisa en la Sentencia de 26 febrero 1994, es evidente: “a) que sin haberlo solicitado la acusación, la sentencia no puede introducir un elemento ‘contra reo’ de cualquier clase que sea; b) que el derecho a ser informado de la acusación exige su conocimiento completo; c) que el inculpado tiene derecho a conocer temporalmente y oportunamente el alcance y contenido de la acusación a fin de no quedar sumido en una completa indefensión; y, d) que el objeto del proceso no puede ser alterado por el Tribunal de forma que se configure un delito distinto o una circunstancia penológica diferente a las que fueron objeto del debate procesal y sobre la que no haya oportunidad de informarse y manifestarse el acusado”.

Profundizando aún más en la cuestión fáctica que analizamos, la Sentencia de esta Sala de 29 de junio de 1999, declaró que el principio acusatorio prohíbe condenar por un hecho diferente al acusado (v. S. de 17 de marzo de 1997); es necesario, pues, una identidad sustancial en los hechos imputados y los sentenciados. Y la de 18 de noviembre de 1998, que “son los hechos asumidos por la calificación definitiva de la acusación los que marcan los límites entre lo prohibido y lo permitido”.

La mutación llevada a cabo en el relato fáctico de la sentencia recurrida, en el aspecto relativo a la falsedad documental indicada, desborda esa identidad sustancial, cualquiera que sea el sentido con que interpretemos la facultad de precisar los elementos fácticos de toda resolución judicial para adecuarlos a extremos ofrecidos por la práctica de la prueba en el juicio oral, al punto de convertir un acto preparatorio (tener a dis-

posición), en un verdadero delito de falsificación de placas de matrícula, de cuya perpetración, ciertamente no fueron acusados.

En consecuencia, el motivo tiene que ser estimado, y ha de dictarse segunda sentencia en donde se les absuelva de este delito.

**Sentencia 1140/2005, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2005**

PERSONACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

**Arts. 109, 110 y 785.3 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

*Doctrina general sobre el límite temporal para la personación en la causa de la acusación particular, con análisis comparativo de la regulación resultante tras la reforma operada por la Ley 38/2002.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Flor (...)

**Cuarto.**—En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se dice producida tal vulneración constitucional al haberse admitido la intervención de una acusación particular fuera del tiempo legalmente permitido para ello.

Como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, su intervención se limitó a la ad-

hesión a la calificación del Ministerio Fiscal, sin que se le admitiera una calificación independiente, por lo que en modo alguno se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva que corresponden a los acusados, que es un derecho complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, a obtener una resolución sobre el fondo, a obtener una respuesta motivada y fundada, a los recursos establecidos en la ley, a la defensa contradictoria de las partes, que incluye la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos, a la igualdad de armas, a que el fallo se cumpla y en definitiva al proceso debido, y todo ello se ha cumplido en la presente causa, habiendo ejercitado los acusados sus derechos de defensa sin restricción alguna.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, no se puede olvidar, como recuerda la Sentencia de esta Sala 170/2005, de 18 de febrero, que la regulación del modo y manera en que las víctimas pueden personarse en el procedimiento ha sufrido modificación en el transcurso de este procedimiento. El antiguo artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remitía a los artículos 109 y 110 del mismo texto legal, lo que llevaba a la interpretación de que su personación sólo se podía realizar antes del trámite de calificación. Esta interpretación, excesivamente rigurosa, no encaja con el principio de igualdad de armas, tanto de la acusación como la defensa, por lo que debe ser analizado en el momento de producirse la personación cuando todavía no había entrado en vigor la actual redacción. El vigente artículo 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal soluciona el problema, ajustándose más a la previsión constitucional y exigiendo que, en todo caso, aunque la víctima no sea parte en el proceso deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de la celebración del juicio. Con la actual regulación quedan si efecto las

previsiones del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación “apud acta” incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. En todo caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones.

Así las cosas y por todo lo que se deja expresado, el motivo debe ser desestimado.

## Sentencia 1197/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de octubre de 2005

CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

### Art. 23 Código Penal

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

## SÍNTESIS

*Después de la modificación introducida por la L.O. 11/2003, hay que entender, frente a la anterior interpretación de la Sala, que la circunstancia de parentesco encuentra también aplicación una vez roto el vínculo matrimonial (o análogo). Se expone el sentido en la evolución jurisprudencial al respecto.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El motivo ha sido formalizado por el cauce autorizado por el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 23 del Código Penal, circunstancia mixta de parentesco, actuando en este caso como agravante, al incidir sobre un delito contra la integridad física de quien era de facto pareja (relación sentimental) con el acusado.

El relato histórico de la sentencia recurrida declara probado que dicha pareja mantuvo diversos domicilios en diferentes localidades de la Comunidad de Madrid, y que “el afecto que en su momento pudieron haberse tenido fue desapareciendo con el tiempo, sustituyéndose el mismo por una relación de claro enfrentamiento”, hasta que se produjeron los hechos enjuiciados, datados el día 19 de enero de 2004. Y en la fundamentación jurídica (FJ 3.º), que “es dudoso que las emociones y sensibilidades derivadas de la mencionada relación existieran en el momento de tener lugar el hecho”, por lo que el Tribunal de instancia, aplicando la doctrina jurisprudencial resultante, entre otras de la STS 3-10-2002, niega la aplicación de la citada circunstancia con el carácter de agravante.

En realidad, la jurisprudencia de esta Sala Casacional, antes de la modificación operada en el art. 23 del Código Penal, por la LO 11/2003, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003, ya había interpretado dicho precepto en el sentido de que no todo deterioro de las relaciones personales extinguía de por sí, la posibilidad de su aplicación agravatoria. Así la STS 288/2005, de 4 de marzo, razonaba del siguiente modo: “confunde el recurrente lo que es una ruptura definitiva de las relaciones afectivas con lo que puede ser un mero deterioro de las mismas, mostrado a través de algunos incidentes puntuales o algunas discusiones. Esto último es perfectamente compatible con

esta circunstancia agravatoria, pues entender lo contrario conduciría a la imposibilidad de ser aplicada, ya que cuando se produce una agresión por parte de los que conviven de la envergadura de la aquí contemplada es obvio que en ese momento la afectividad se había roto, aunque en verdad había existido con anterioridad a través de la mutua convivencia, como lo demuestra el hecho demostrado de que lo que realmente llevó al acusado a realizar tan execrable hecho tuvo por causa principal los celos, celos que son difíciles de entender sin la existencia de un previo cariño o afecto”. Y el caso tiene paralelismos con el ahora enjuiciado, en tanto que de los hechos probados se deduce que el episodio agresivo no parece ser ajeno a un sentimiento de celos, activado por la recepción de una llamada telefónica por parte de María Dolores.

Es cierto que la Sala Plena (no jurisdiccional) de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, acordó el 18 de febrero de 1994, por mayoría, la exclusión del art. 405 del anterior Código Penal, en los casos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor. Así se recogió en las Sentencias 660/1994, de 28 marzo, 1899/1994, de 31 octubre, 1433/1994, de 12 julio, 914/1995, de 25 septiembre y 1222/1995, de 24 noviembre. Y se declaró estimar la agravación cuando la convivencia no se había interrumpido —Sentencia 407/1996, de 11 mayo— o cuando subsistía la “*affectio maritatis*” —Sentencia 353/1995, de 8 marzo— añadiéndose en la STS 682/1996, de 11 octubre, que la cesación de la convivencia en el caso no significaba desafección, pero exigiéndose, en todo caso una concurrencia de afecto —Sentencias 631/1997, de 6 mayo, 849/1997, de 13 junio, 812/1997, de 30 abril y 1475/1997, de 2 diciembre—.

Véase a tal respecto, y con reseña de pronunciamientos históricos de esta Sala Casacional, la STS 1519/2004, de 27 de diciembre, en donde se termina por leer que “aún cuando esta circunstancia mixta es debatida su justificación en la doctrina científica y por la jurisprudencia de esta Sala, con múltiples pronunciamientos a este respecto, para su concurrencia es necesaria una notoria desafección sentimental, no el simple deterioro de las relaciones personales, que tenga una cierta duración temporal y, en ocasiones, se ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio conyugal”.

No obstante, la modificación del artículo 23 del Código Penal, en la fecha indicada, y vigente ya en el momento de producirse estos hechos, dice textualmente: “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente” (LO 11/2003, de 29 septiembre, de medidas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2003).

La jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modifi-

cación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 de la Constitución Española: imperio de la ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos. Por esta vía se había adentrado ya el legislador al modificar el art. 153 del Código penal, en la redacción dada por la Ley 14/1999, de 9 junio, al incorporar la fórmula “sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad”, lo que permanece, tras la LO 11/2003, en el precepto vigente, según modificación por LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

En consecuencia, al haber sucedido los hechos enjuiciados, vigente la norma legal contenida en la LO 11/2003, el motivo tiene que ser estimado, dictándose segunda sentencia en donde individualizaremos penológicamente la dosimetría aplicable al caso.

### **Sentencia 1311/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de octubre de 2005**

ADN. OBTENCIÓN DE MUESTRAS

**Arts. 363 y 778.3 LECrim; 11.1.º LOPJ**

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

#### SÍNTESIS

***Cuestionada la ausencia de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas obtenidas a través de restos de saliva expulsados inadvertida-***

*mente por el sospechoso en Comisaría. La Sala desestima la petición de nulidad invocada por el recurrente y niega la necesidad de que medie intervención judicial previa para su validez.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los tres primeros motivos que denuncian la vulneración de derechos fundamentales tienen un denominador común. Todos giran en torno a la ilegalidad de la prueba del ADN, que constituyen el soporte más fuerte de la condena.

1. La prueba fundamental está constituida por el análisis y comparación de restos genéticos en un prenda recogida en el lugar de los hechos que según todos los informes inmediatos que se reciben llevaba puesta la persona o una de las personas que incendió el cajero automático. La pertenencia de la prenda al acusado no es discutida en el presente recurso que centra su impugnación en la ausencia de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas que se obtienen de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fue recogida por la policía.

Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos y sobre todo las huellas genéticas que se observan en la camiseta que se usó a modo de pasamontañas para tapar el rostro mientras se ejecutaban los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

Suscita, con carácter general, si la huella genética, una vez analizada y codificada, constituye un indicador identificativo no sólo de la persona sino de sus posibles patologías con la consiguiente lesión o deterioro de sus derechos a la intimidad.

Profundizando en argumentos legales, mantiene que los laboratorios de la Ertzainza y los bancos de datos genéticos derivados del ADN, no se ajustan a las previsiones de la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. Reconoce que la Ertzainza regula los protocolos de actuación en estos casos en virtud de una Orden de 2 de septiembre de 2003. No obstante insiste en que la forma de recogida de datos sólo se puede hacer a través de la información facilitada libremente por el interesado, en virtud del derecho de autodeterminación informativa, después de un consentimiento suficientemente informado o, en su caso, en virtud de requerimiento judicial.

En consecuencia, sostiene que se produce el efecto cascada previsto en el artículo 11, 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su opinión el vicio inicial insubsanable, arrastra o acaba con su virtualidad probatoria y su utilización como prueba de cargo. Advierte que, los peritos analizaran la prueba que les llega, anonimizada, ya que ignoraban su procedencia y además había sido obtenida subrepticamente.

2. Como pone de relieve el propio recurrente no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el

control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial.

3. Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3.º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

4. El primer aspecto que se denuncia es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no sólo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna. Es más, la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita

su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

5. En cuanto a la autodeterminación o "habeas data" informativa creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales. Ahora bien, una vez más, hemos de repetir que la forma en que se recoge la muestra es absolutamente inesperada como pudiera suceder si se encuentra en una colilla, un cepillo de dientes o en un vaso en el que haya bebido el sospechoso.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8.º, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.

Si relacionamos este precepto con el artículo 8.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.

La Ley de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajada la nulidad absoluta del análisis practicado.

La orden de 2 de septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un

indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecablemente legal, respeta el principio de autodeterminación de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez más insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.

El recurrente admite que los protocolos de obtención, método de tratamiento de la muestra, clase de análisis realizado e inclu-

so su conservación, se ha ajustado a las previsiones establecidas por orden de la misma unidad policial que actúa. La impugnación de sus resultados sólo era posible sometiendo a una discusión técnico-científica el resultado del análisis y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

**Sentencia 1219/2005, Sala de lo Penal del TS, de 17 de octubre de 2005**

SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL

**Art. 840.4 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*No suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de uno de los coacusados determinante de la nulidad del juicio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Undécimo.**—(...)

El art. 850.5 LECrim. previsto originalmente para el procedimiento ordinario, establece como motivo de casación por quebrantamiento de forma, la no suspensión del juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiera causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

Este precepto ha sido complementado por la modificación introducida en el art. 746, pár. final LECrim. realizada por Ley 26-5-1978, en el que se dispone que no se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los acusados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimase, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acto del juicio, las razones de su decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia (STS. 2029/2000, de 30-12).

Por ello, partiendo de que como precisan las SSTS de 11-11 y 18-11-1996, la regla general en el sistema procesal vigente es la celebración del juicio oral con la asistencia de todos los acusados, salvo que lo impida la situación de rebeldía de alguno de ellos, excepcionalmente para que las audiencias puedan ejercer la facultad encaminada a evitar suspensiones inmotivadas es menester:

a) que un proceso o procesados, entre otros varios, no hayan comparecido por causa de enfermedad o por otro motivo;

b) que hayan sido citados personalmente, a cuya citación debe y puede equipararse cuando se hallan en prisión por la misma causa o por otra distinta, la citación a su Procurador y la orden de conducción desde el establecimiento penitenciario;

c) que la Audiencia antes de decidir o inmediatamente después de anunciar su propósito de no suspender el juicio, oiga a las partes personadas;

d) exponga explícitamente y así se haga constar en el acta del juicio, la razón de su determinación;

e) que existan elementos de juicio suficientes para poder juzgar a los procesados presentes, con independencia de los ausentes, esto es que no sea necesaria la declaración del coacusado ausente para formar criterio suficientemente fundado —en cuanto a la acusación formulada frente a los que están presentes—.

f) que su incomparecencia no cause indefensión a los acusados comparecidos por no haber podido someter a contradicción el testimonio del incomparecido.

En esta dirección la STS 1724/2000, de 9-11, recuerda que en los supuestos en que se cuestiona la posibilidad de celebración parcial del juicio, lo verdaderamente trascendente es que la opción que quebranta la unidad de acto para todos los procesados —con independencia de sus incidencias formales— aparezca fundada en razones concluyentes, explicitadas y suficientes para

eliminar situaciones de indefensión material. A tal fin deben ponderarse los intereses en conflicto entre los que no es desdeñable el de evitar la nueva celebración de un juicio complejo o la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24 de la Constitución Española.

Por ello la valoración de las posibilidades de celebrar el juicio en ausencia de alguno de los acusados, corresponde al órgano juzgador que deberá velar, en todo caso, por la salvaguardia del derecho de defensa de los acusados comparecidos, a los que puede afectar la celebración del juicio, sin la comparecencia de un coacusado, cuyas declaraciones pueden ser determinantes de la inculpabilidad de los presentes (STS 1568/2000, de 16-10). Por ello, el órgano sentenciador, ponderará las circunstancias del caso, en función del contenido y alcance de la acusación y de las especiales características del material probatorio acumulado, a lo largo de la investigación judicial previa.

Para ello, deberá escuchar las alegaciones de las partes y decidir, en función de todos estos factores, si se puede celebrar el juicio o se debe suspender.

Esta decisión se debe incorporar al acta del juicio oral, pero no es necesario que se desarrolle de forma amplia y exhaustiva siendo suficiente con una previa deliberación y su posterior consignación, pero en todo caso, como precisa la STS 12-6-1995, “el acuerdo denegatorio de la pretensión de suspensión del plenario por incomparecencia de testigos, ha de ser suficientemente motivado. Dicha exigencia, derivada de lo previsto en el artículo 120.3 de la Carta Magna, si bien, como norma general y como más ortodoxo, debe llevarse a cabo en el momento de rechazo de la postulación, esto es en el acto de la vista oral, cabe no obstante estimarla cumplida, igualmente, si se realiza en el momento posterior de motivación de la sentencia final, pues en ambas ocasiones se acatan y verifican las funciones esenciales del razonamiento justificado, ni más ni menos que dar a conocer a las partes la causa, móvil y el porqué de la decisión y

facilitar al órgano jurisdiccional ‘ad quem’ el control sobre la corrección o incorrección de la resolución adoptada al respecto”.

En definitiva la ausencia en el juicio oral de una persona acusada en el proceso sólo podrá tener relevancia para el recurrente si tal ausencia hubiera frustrado su posibilidad de interrogar al ausente y esto hubiera sido necesario para su defensa (STS 2029/2000, de 30-12), con vulneración del derecho a le acuerdo el art. 6.3.d) TEDH, y el 24.2 CE, debiendo precisarse en qué puede haber obstaculizado la no suspensión del juicio oral su derecho de defensa (STS 32/1995, de 19-11).

**Duodécimo.**—En el caso sometido a nuestra revisión, el acuerdo de la Sala consignado en el acta del juicio oral “por no romperse la continencia de la causa” y no desarrollado en la fundamentación jurídica de la sentencia difícilmente pueda entenderse que cumpla con la exigencia de motivación programada en el art. 120.3 CE. En este sentido el Tribunal Constitucional con carácter general, ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de necesidad de motivación de las resoluciones judiciales, implica que éstas deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y que su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no arbitraria, irracional, o manifiestamente errónea de la legalidad (por ejemplo SSTC 31-10-2001 y 10-2-2003), haciendo especial incidencia en reforzar la obligación de motivar en los supuestos de resoluciones judiciales en el ámbito penal por la trascendencia de los derechos fundamentales que quedan implicados en este tipo de procesos (SSTC 14-1 y 11-11-2002 y 10-2-2003 por todas).

El fundamento de dicha exigencia de motivación se encuentra en la necesidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las par-

tes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; y otro, en la posibilidad de garantizar el control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan (SSTC 29-5-2000 y 10-2-2003), y en el supuesto enjuiciado el Tribunal de instancia no especifica el porqué llega a su conclusión, esto es que no se rompe la continencia de la causa por juzgar sólo a los acusados presentes, en ausencia del otro coacusado —que obviamente deberá ser juzgado en otro momento posterior—.

El Ministerio Fiscal impugna, no obstante el motivo, accediendo a razones de necesidad de la prueba de la declaración del ausente, considerando que no se han vulnerado los derechos de la defensa, al resultar al menos aventurado, partir de que la declaración del incomparecido, hubiera supuesto la exculpación de este acusado, dadas las pruebas practicadas.

Esta razón no puede ser atendida por esta Sala Casacional, pues no puede denegarse la práctica de una prueba bajo el pretexto del incierto resultado de la misma, a la que tiene derecho, sino satisfacer el contenido completo del derecho constitucional que todos tienen “a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE)”.

Y en el caso que se analiza que la presencia y la declaración del incomparecido Ismael era necesaria y que no existían elementos suficientes para su enjuiciamiento independiente se desprende del contenido del propio escrito de acusación del Ministerio Fiscal de 12-12-2000 (folio 2672), en él se hace constar como Ismael fue a Marruecos para acompañar al acusado, el conductor del camión Rafael, y ayudarle para que la carga del hachís se efectuara sin incidencias. Como al regreso a Almería los dos contactaron con el acusado Íñigo, que en unión de un individuo no identificado y por orden del acusado José Enrique, estaban allí para darles apoyo —o como a continuación Ismael acompañó a Rafael en el camión de regreso a Murcia—, yendo detrás el turismo C.... AM conducido por Juan, y como en un área de servicio Ismael se bajó del camión y

se subió al turismo de Íñigo, continuando sólo Rafael hasta que fue detenido ese mismo día.

**Decimotercero.**—De las anteriores circunstancias fácticas se constata que la declaración de este coimputado ausente era necesaria para formar un criterio fundado de la participación del resto de los acusados, por lo que su incomparecencia ha causado indefensión a los comparecidos que no han

podido someter a contradicción su testimonio y sin que la Sala haya motivado de forma razonable y suficiente su decisión de no suspender.

Por lo expuesto, procede con estimación del motivo por quebrantamiento de forma referido, declarar la nulidad de la sentencia y que una Sala constituida por distintos Magistrados, proceda a celebrar de nuevo el juicio.

## Sentencia 1177/2005, Sala de lo Penal del TS, de 19 de octubre de 2005

PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA

**Art. 448 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*La omisión formal de lo prevenido en el art. 448 de la LECrim. en lo relativo a la presencia de los imputados en el interrogatorio de la testigo menor de edad, no provocó indefensión material y no priva de validez a la prueba anticipada así practicada.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—En los motivos terceros de los recursos de Luz y Pedro Enrique, por el mismo cauce de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, se dice otra vez que hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en base a que se violaron los arts. 448 LECr y 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de lo que deriva una clara prohibición de valoración de la prueba que se practicó anticipadamente al impedir-

se al propio detenido interrogar a la testigo de cargo.

Rechazamos estos motivos con la argumentación siguiente:

A) Es cierto que formalmente hubo una vulneración de lo dispuesto en el art. 448, pues, conforme consta en el texto de la exploración de la menor que tuvo lugar en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Tarancón, tal diligencia se practicó con el carácter de prueba anticipada con intervención del Ministerio Fiscal y de los letrados de las dos personas entonces imputadas, contra las

cuales ya se habían acordado, el día antes, sendos autos de prisión (folios 123 y ss.); pero sin intervención personal de tales dos imputados, Pedro Enrique y Luz (folios 140 y 141), como era obligado por lo dispuesto en el citado art. 448, que ordena la “presencia del procesado”, expresión que, ahora, tras la supresión del auto de procesamiento para algunos de los procedimientos penales por delito y tras la modificación del sistema de instrucción penal que ha adquirido carácter contradictorio desde su inicio (art. 118 LECr), ha de entenderse referida a “presencia del imputado”.

B) Ahora bien, tal omisión formal no produjo en el caso presente indefensión alguna, pues, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, modificado tal art. 448 con el añadido de su párrafo último (LO 14/1999) referido a los casos en que el testigo sea menor de edad, como ocurrió en el presente, es difícil pensar que, a tales dos detenidos, el Juez les hubiera permitido realizar preguntas a la testigo de manera directa; habida cuenta de que es precisamente de esto de lo que se quejan los recurrentes en estos motivos terceros: de haber privado a los entonces presos de interrogar por sí mismos a la

menor María Luisa. Entendemos que, por la naturaleza de este delito (relativo a la prostitución) y la mencionada minoría de edad, fue suficiente, para asegurar la contradicción exigida para la validez de esta exploración como prueba anticipada, la presencia en el acto de tal exploración, de los abogados de los luego acusados, cumplido asimismo, como se cumplió (folios 315 vto. y 316) el requisito de la lectura de tales folios 140 y 141 en el juicio oral conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECr. Y lo aquí expuesto vale también para la denuncia de infracción del art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en los mismos términos del art. 14.3.e) del Pacto Internacional de Nueva York, se refiere al posible interrogatorio del testigo de cargo por parte de los propios acusados.

C) En conclusión, hubo infracción formal del art. 448 LECr, pero sin indefensión material para las partes ahora recurrentes que vieron suficientemente atendido su derecho a interrogar a tal testigo de cargo con la actuación de sus letrados defensores, uno de los cuales efectivamente hizo preguntas a dicha menor en la mencionada diligencia sumarial (folio 141).

## Sentencia 1304/2005, Sala de lo Penal del TS, de 19 de octubre de 2005

INMIGRACIÓN CLANDESTINA

**Art. 318 bis Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*De la interpretación sistemática del art. 318 bis del CP, concluye la sentencia que es atípico el alojamiento de inmigrantes, incluso mediando precio, que aparece desligado de la entrada o tráfico ilegal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El motivo primero se plantea por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal manteniendo que se le ha aplicado indebidamente el artículo 318 bis del Código Penal.

1. Comienza prometiendo respeto al hecho probado pero después dedica todo su esfuerzo impugnativo a desmenuzar las numerosas pruebas existentes a lo largo de las actuaciones. Esta tarea resulta inútil y entra en contradicción con sus propias argumentaciones.

2. Para afrontar la tesis del recurrente debemos trasladarnos al relato fáctico y comprobar sobre que hechos o actuaciones se asienta la calificación jurídica aplicada.

Se afirma que, ante la denuncia de que tenía en su casa unos quince inmigrantes ilegales, se realizó una vigilancia externa observándose por los funcionarios gran número de personas en la misma. Ante la presencia de la policía salieron precipitadamente algunos de ellos que fueron detenidos e identificados comprobándose que los ciudadanos marroquíes carecían de documentación que les habilitara para entrar y permanecer en el territorio español, circunstancia conocida por el acusado.

Esta Sala no duda que el acusado conocía de manera total y completa que estaba alojando en su casa a ciudadanos marroquíes que habían entrado ilegalmente en España, por lo que lógicamente carecían de papeles acreditativos de su residencia.

3. El tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal, contempla conductas de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas. Aislando esta expresión del resto del contenido de los numerosos apartados del mencionado artículo es evidente que acoger a ciudadanos extranjeros que entraron ilegalmente, supone una prestación, de ayuda o auxilio, remunerado

o no, que se concreta en el albergue o acogimiento de extranjeros sin papeles.

El tipo penal se construye sobre un elemento nuclear que no es otro que el tráfico ilegal de personas desde o hacia el territorio español.

A partir de esta base se va componiendo un andamiaje que soporta diversas conductas que amplían y agravan el tipo básico.

4. En primer lugar, se agrava el reproche cuando los actos típicos se realizan con ánimo de lucro o por medio de violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Es evidente que esta conducta no concurre en el acusado, ni tampoco existe engaño o violencia. Una interpretación contextual del tipo nos lleva a conectar necesariamente el alojamiento con una fase posterior de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal. En una segunda fase, se puede cooperar ofreciendo la estructura del alojamiento clandestino para eludir los controles callejeros de la policía. Este dato no se da en el caso presente o en todo caso, no se concreta en el relato fáctico.

5. El segundo aspecto agravatorio del tipo nos sitúa también ante la conducta típica de promoción u organización del viaje, ya que no se podría comprender muy bien cómo una conducta de alojamiento, de las características de la que estamos examinando, puede poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas si no se refiere a la fase de entrada. No nos encontramos ante unas condiciones de alojamiento infrahumanas, ni consta la existencia de detenciones ilegales. Una interpretación lógica y sistemática del precepto nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el paso ilegal de personas extranjeras.

Si complementamos esta argumentación con el texto general de la Ley de Extranjería, el artículo 54.1 de la Ley 8/2000 nos da

una clave interpretativa, al considerar como infracción administrativa muy grave, inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito. Es decir, el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas pero si no se prueba esta conexión el alojamiento, sin otras connotaciones, es un acto penalmente impune. Si el bien jurídico protegido

es la protección de los intereses y derechos de los extranjeros frente a las conductas que se describen en el tipo del artículo 318 bis del Código Penal, no existe lesión alguna por albergar a éstos, mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

## Sentencia 1336/2005, Sala de lo Penal del TS, de 21 de octubre de 2005

IMPUGNACIÓN DE INFORMES OFICIALES

**Art. 242 CE**

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

### SÍNTESIS

*Impugnación por la defensa de la analítica de drogas efectuada en el sumario que, de acuerdo con la doctrina general de la Sala, conduce a la estimación del recurso por vulneración del derecho a contradecir la prueba de cargo.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

Es un dato que ofrece la práctica judicial que de manera no infrecuente por la defensa se suelen efectuar genéricas impugnaciones de los informes relativos a la analítica de la droga ocupada con la sola y exclusiva finalidad de provocar la presencia del autor del informe o de un responsable del gabinete oficial que efectuó el mismo, para, ante el

conocimiento de la presencia del Sr. perito, renunciar al dictamen, pero interesando la suspensión si el perito no comparece.

Esta situación provoca evidentes distorsionamientos en la normal actividad de los laboratorios oficiales que afectan gravemente a su operatividad ante el elevado número de análisis que se efectúan y el correlativo número de analíticas que se efectúan.

De entrada, debemos recordar —SSTS de 6 de julio de 1990, 1395/2000, 1997/2000,

2083/2001 y 962/2004, entre otras muchas— que de la legislación internacional existente en materia de drogas y de las obligaciones derivadas de su aceptación, la entrega y analítica de la droga aprehendida debe, obligatoriamente de efectuarse en un único servicio oficial autorizado, que por lo que se refiere a España, se concreta en la Unidad Administrativa del Ministerio de Sanidad y Consumo, con delegaciones en todas las Provincias.

Obviamente la condición pública de tal analítica, así como el marchamo de imparcialidad que le acompaña, no impide el derecho a contradecir dicha prueba por parte de la defensa en la medida que tal derecho a contradecir debe estimarse como un derecho fundamental en todo sistema procesal penal de una sociedad democrática, y en tal sentido está reconocido en el art. 14.2.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el art. 6.2.d) del Convenio Europeo de 1950.

Con el fin de resolver el conflicto entre el legítimo derecho de la parte de someter a contradicción la analítica de la droga ocupada en la causa correspondiente, y que, de ordinario, es la prueba fundamental para la condena, y, de otro lado evitar esa situación claramente abusiva de impugnar para provocar la presencia del perito y verificada su presencia, renunciar a su informe, el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 23 de febrero de 2001 vino a reafirmarse en el anterior acuerdo de 21 de mayo de 1999, según el cual siempre que exista una impugnación manifestada por la defensa en el escrito de conclusiones provisionales se practicará el dictamen oficial en el juicio oral. La jurisprudencia posterior en base a este acuerdo ha venido entendiendo que en casos de disconformidad con el resultado de la pericia, o de la competencia o imparcialidad profesional debe estimarse como suficiente a los efectos de precisar la comparecencia de los peritos en el Juicio Oral, a los efectos de ratificar, aclarar o complementar su dictamen. Por ello mismo cuando la defensa no expresa en su escrito de calificación provi-

sional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna, debe entenderse dicho informe pericial, por su carácter de oficial, por la condición de sus autores de funcionarios públicos con alta cualificación y sin interés en el caso concreto, por aparecer adornado con las notas de objetividad, imparcialidad e independencia, debe ser estimado como prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal, de forma implícita. SSTs 1642/2000 de 23 de octubre, 1521/2000 de 3 de octubre y de 14 de marzo de 2003, entre otras. Por lo mismo, se ha estimado que no es conforme con la buena fe procesal que también debe serle exigible a la defensa, que después de haber conocido y guardado silencio durante toda la instrucción de la causa incluida la calificación provisional, en el Plenario, de forma sorpresiva lo impugne por primera vez --STS de 10 de junio de 1999--. Criterio que ha sido aceptado por la doctrina del Tribunal Constitucional SSTC 127/90 de 5 de julio y 24/91 de 11 de febrero.

El tema no es baladí, y ello lo demuestra una singular reforma de la LECriminal efectuada al socaire de la LO 9/2002 de 10 de Diciembre sobre sustracción de menores --BOE de 11 de diciembre de 2002-- en la que en su disposición adicional tercera, sin referencia alguna en la Exposición de Motivos, se añade un párrafo segundo al art. 788.2 de dicha Ley, según el cual "... en el ámbito de este procedimiento —abreviado— tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por los laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas...".

No es el momento de analizar el alcance de esta novación efectuada "ex lege" en cuanto a la naturaleza del Informe Pericial de drogas, y sólo respecto del Procedimiento Abreviado.

Una posible solución que evitaría de un lado las impugnaciones de las pericias "pro

forma” de naturaleza claramente abusiva y dilatoria, y de otro lado respetar escrupulosamente el derecho de la parte a impugnar todo informe y a contradecirlo, pudiera ser la sistemática petición del Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales de solicitar la presencia del Sr. perito “ad cautelam” sólo para el caso de que en el trámite de conclusiones provisionales de la defensa dicho informe sea impugnado por ésta.

Esta Sala ya ha hecho referencia a esta estrategia de manera clara y con términos que vale la pena recordar.

Dice el FJ tercero de la STS 68/2004, de 21 de enero que:

“... El Fiscal, que sin duda alguna conoce este criterio jurisprudencial, puede y debe preveer que la defensa del acusado impugne o repudie los análisis periciales practicados en instrucción por los laboratorios oficiales, lo que, por cierto, no es nada inhabitual, por lo que, en tal caso, tales dictámenes carecerán de eficacia probatoria si los analistas (o alguno de ellos que formen parte del equipo de especialistas que los elaboró) no comparecen al Juicio Oral para ratificar esos dictámenes en las mismas condiciones que cualquier prueba pericial.

De suerte que, cuando la acusación pública, una vez formulado su escrito de acusación, se desentiende de la evolución del proceso y de la eventual impugnación que pueda formular el Letrado defensor al suscribir el escrito de defensa, deberá cargar con las consecuencias. Consecuencias, por lo demás, fácilmente evitables, bien proponiendo como prueba en el escrito de acusación, con previsora diligencia, la comparecencia en el plenario de los peritos (a la que siempre podrá renunciar una vez comprobado que los Informes no han sido cuestionados); o bien tomándose la molestia de examinar las actuaciones en la Secretaría del órgano jurisdiccional juzgador para verificar si el defensor ha impugnado o no los repetidos dictámenes periciales, a fin de que, de ser así, usar el trámite procesal del art. 793.2 LECr.

para llevar al juicio a alguno de los especialistas que elaboraron los Informes analíticos para practicar en ese acto la ratificación de los mismos con inmediación y contradicción, en los términos exigidos por la Ley para la validez de la prueba pericial...”.

**Segundo.**—Entrando ya en el estudio de la concreta denuncia efectuada, desde la doctrina expuesta, verificamos que en el escrito de conclusiones provisionales del recurrente, obrante al folio 110 de la encuesta judicial se impugnan expresa y motivadamente los folios 22 a 24, 83, 84 y 89.

Dichos folios se corresponden con la analítica de la droga efectuada, y cuya lectura había sido solicitada por el Ministerio Fiscal como documental en su escrito de conclusiones provisionales, obrante al folio 96.

En esta situación es clara la exigencia de que el perito concurra al Plenario para que pueda ser contrainterrogado por el letrado de la defensa.

Ciertamente que la sentencia sometida al presente trance casacional motivó su decisión de rechazar la impugnación efectuada en el FJ segundo con el argumento de que se trataba de una impugnación genérica que en realidad encubría una mera ficción. No es esta la opinión de la Sala que verifica en este control casacional que el recurrente impugnó el informe porque “... carecen de las debidas garantías ya que no han sido practicadas por el organismo correspondiente y no queda acreditada la naturaleza de substancia estupefaciente...”.

Si se observa el folio 83 verificamos que en él se dice que los análisis “... son realizados por técnicos analistas de la Dependencia de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla...”, sin ninguna explicación ni razonamiento.

La droga se aprehendió en Almería y debió haberse analizado —en principio— en la Unidad de Sanidad de dicha Provincia, no es que sea nulo el informe porque éste sea emitido por otra Unidad Provincial correspondiente, más limitadamente lo que se afirma que ante este cambio inexplicado, y la

impugnación efectuada por la defensa, ésta tenía pleno derecho a inquirir las razones de tal cambio y a obtener una respuesta y la misma podía tener incidencia relevante en la resolución del asunto. Al no haberse accedido a su petición, se ha causado una violación en el derecho a contradecir una prueba

de cargo, y en esas condiciones, sólo cabe concluir con la efectiva existencia de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación al derecho a la contradicción, y en consecuencia tal prueba no puede ser tenida en cuenta.

**Sentencia 1253/2005, Sala de lo Penal del TS, de 26 de octubre de 2005**

PRETERINTENCIONALIDAD

**Art. 77 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Entre otros muchos problemas, que no son objeto de atención aquí, resume la sentencia la doctrina jurisprudencial en torno al fenómeno de la preterintencionalidad y su tratamiento legal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—(...)

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar en lo que se refiere a la preterintencionalidad que en el actual Código Penal no se recoge como tal, a diferencia del anterior en el que se regulaba en el art. 9.4, la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

Pues bien, pese a la imprecisión que ha venido caracterizando, doctrinal y legalmente, el tema de la preterintencionalidad (STS 25-10-1994), tanto en el orden estructural y ontológico como en el axiológico o valorativo, se coincide en caracterizar a la preterintencionalidad homogénea como hipótesis de superación de designio del autor

por la realidad del resultado, pero siendo adscribibles uno y otro a un mismo género de delitos, mejor, a una misma figura delictiva. En la preterintencionalidad heterogénea la conducta dolosa se encamina a un determinado resultado (“minus delictum”), verificándose uno más grave (“maius delictum”) no entrevisto aunque significativo en el área de la previsibilidad. Como subraya la STS 19-2-1990, nos hallamos ante supuestos de intensificación dañosa situados más allá de la intención, que desarmoniza y hace quebrar la normal correlación entre la intención y efecto. Es parecer consolidado de la jurisprudencia el de que, acusado un supuesto de preterintencionalidad heterogénea, la unidad conceptual del delito viene a desdoblarse en dos infracciones, una de naturaleza dolosa correspondiente a lo que

quiso hacer —o, al menos previo y aceptó— y se hizo, y otra, de índole culposa, mediante la cual se sanciona el resultado que el delincuente no tuvo intención de causar pero que estaba obligado a prevenir, a prevenir y a evitar (SS. 21-1-1985, 12-3-1986, 27-11-1987, 19-2-1990, 10-5 y 15-6-1992, 22-5-1993).

En la STS 11-5-1995, con ocasión de un empujón que determinó la caída del agredido y la causación de lesiones se sostenía que hubo dolo directo en cuanto al tipo de la falta de maltrato de obra, porque éste se produjo de modo intencionado, pero no respecto a las lesiones. Ha de estimarse que existió previsibilidad en cuanto a la fractura del tobillo porque no había de reputarse como un hecho extraño o anómalo el que una caída de esas características produzca la rotura de algún hueso, añadía la citada sentencia que actualmente estos supuestos de malos tratos de obra con resultado de lesiones no intencionadas, han de ser penados con preterintencionalidad heterogénea, es decir, como una falta dolosa de malos tratos en concurso con la correspondiente infracción culposa.

La STS 21-1-1997, estudia de una forma pormenorizada y detallada tanto el dolo eventual, la imprudencia como la frontera con la culpa consciente y la preterintencionalidad, afirmando respecto a esta última figura jurídica que: “El delito preterintencional surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido, situado, como se ha dicho gráficamente, en su “misma línea de ataque”. La reforma operada en el Código Penal por LO 8/1983, de 25 de junio, influyó de modo notable en el planteamiento de la preterintencionalidad heterogénea. Ante las reformas operadas en el artículo 1.º —el principio de culpabilidad adquiere su oficial y máximo reconocimiento—, supresión del artículo 50, pérdida de contenido del artículo 8.8.ª, y la redacción ofrecida por el artículo 6 bis.b), ante la problemática suscitada por el binomio lesiones-homicidio, constante el presupuesto antes referido, la

tesis del concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas y otro de homicidio culposo, con aplicación de las reglas penológicas contenidas en el artículo 71 del CP, se ha estimado como la más acertada, recibiendo su pláceme y acogimiento por parte del Tribunal Supremo. Como síntesis de la doctrina sentada por esta Sala en sus ya plurales sentencias pronunciadas al respecto después de la reforma del Código Penal de 1983, puede afirmarse que la preterintencionalidad heterogénea ha de encontrar su correspondencia técnica y su sanción punitiva en las reglas generales del concurso de delitos, viniendo atribuido el segundo de ellos a título de culpa.

El “ultra propositum” o “plus in effectum”, al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor de una infracción dolosa en cuanto lo que quiso ejecutar y sin embargo produjo. En general se destaca que en el delito preterintencional se da cita una especie de “mixtura de dolo y culpa”, es decir, nos hallamos ante un hecho base de contornos intencionales, entrevisto y aceptado en su fundamental “subtratam”, y otro hecho consecuencia que, escapando a las previsiones del agente, aunque ciertamente previsible (culpa inconsciente) o previsto pero no aceptado (culpa consciente), acaba por imponerse, sin que se eche de menos, naturalmente, el preciso nexos causal. Así, entre muchas, sentencias de 9 de febrero, 28 de marzo y 12 de julio de 1984; 21 de enero y 23 de abril de 1985; 12 de marzo y 25 de octubre de 1986; 24 de julio de 1987; 19 de febrero de 1990; 11 de mayo y 15 de junio de 1992; 22 de mayo de 1993; 30 de mayo de 1994, y 8 de febrero de 1995, solución que es la más respetuosa con el principio de culpabilidad, que no sólo impide la sanción criminal respecto de aquellos resultados que han de reputarse fortuitos, sino que también obliga a sancionar a título de dolo sólo hasta donde la intención alcance y como culpa únicamente hasta donde llegue el deber de evitar el daño previsible.

Sentencia 1210/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de octubre de 2005

APROPIACIÓN INDEBIDA

Art. 252 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

SÍNTESIS

*Tras pormenorizar los elementos constitutivos del delito de apropiación indebida —no “homogeneo” con el de estafa, a los efectos del principio acusatorio— señala “obiter dicta” que la expresión “cualquier otro activo patrimonial”, contrapuesto a “cosa mueble”, permite entender también comprendidos los bienes inmuebles como objeto material del delito.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

Entre las más recientes, las SSTS n.º 362/1998, de 14-3, 1280/1999, de 17-9, y 1776/1999, de 16-12, han sostenido la heterogeneidad entre ambos tipos delictivos. La citada en segundo lugar, fundamento jurídico décimo, señala que la doctrina de esta Sala, con alguna excepción, sostiene la heterogeneidad de ambas figuras, añadiendo que “así se había declarado en las sentencias de 28 de febrero, 5 de marzo y 14 de septiembre de 1990; 2 y 4 de diciembre de 1991, y 23 de diciembre de 1992. La de 25 de enero de 1993 pareció iniciar un criterio distinto, al sostener la homogeneidad, que sin embargo no llegó a consolidar al reiterarse en las sentencias siguientes el criterio hasta entonces mantenido. Tal fue el caso de las sentencias del mismo año 1993, de 18 de marzo y 4 de junio. Esta última (S 4-6-1993) reproduce la doctrina expresada en las de 28 de febrero de 1990 y 2 de diciembre de 1991, al

decir que “examinados ambos tipos delictivos y no obstante estar los dos comprendidos dentro del mismo capítulo del CP (‘De las Defraudaciones’), y remitirse un precepto al otro en cuanto a la penalidad, entendemos que esas figuras delictivas tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión; así, en la estafa (art. 528, hoy 248) es imprescindible el requisito del ‘engaño’, mientras que la apropiación indebida (art. 535, hoy 252) se define más bien a través de lo que se podía llamar ‘abuso de confianza’, aspectos subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación y subsiguiente defensa han de tener en pura lógica un tratamiento totalmente distinto”. La 1776/1999 afirma que “la consumación también corresponde a hechos distintos según se trate de uno u otro delito, pues en la estafa se produce desde que el dinero queda a disposición de los acusados, siendo los actos posteriores propios de la fase de agotamiento, mientras que en la apropiación la consumación co-

mienza donde los otros acaban. Es cierto que la más reciente STS 646/2001, de 17-4, se ha ocupado de esta cuestión refiriéndose a la homogeneidad de la estructura tipológica de ambos delitos, pero sin desconocer la diferencia existente entre los mismos y, sobre todo, porque en dicho caso el acusado pudo contradecir y defenderse en la medida que la acusación introdujo una calificación alternativa.”

En contra de lo mantenido en el escrito de recurso, en base a la doctrina expuesta, hemos de entender aquí que no existe la mencionada homogeneidad entre los delitos de estafa y apropiación indebida, pues entre ambos hay diferencias en cuanto a sus elementos constitutivos, lo que determina que, para defenderse de uno u otro, la estrategia correspondiente pueda ser diferente. La actividad de engaño en el sentido en que es requerida en el art. 248.1 CP no existe en el delito de apropiación indebida. Y la exigencia de haber recibido la cosa en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, específica de este delito del art. 252, no existe en el delito de estafa.

(...)

**Sexto.**—(...)

Partiendo de los propios términos utilizados por este art. 252 del Código Penal, como exige el necesario respeto al principio de legalidad, y limitándonos a los mismos, vamos a distinguir cuatro elementos en el delito de apropiación indebida.

1.º Se dice que es necesario haber recibido dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos.

Constituye el presupuesto o supuesto lógica y cronológicamente previo a la acción delictiva, que confiere a esta infracción penal el carácter de delito especial, porque autor en sentido estricto sólo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada si-

tuación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres requisitos:

A) Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.

B) La cosa ha de ser dinero, efectos, valores o cualquier cosa mueble o activo patrimonial.

C) Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título respecto del cual ha de razonarse más ampliamente.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La ley penal relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión o administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La jurisprudencia de esta Sala ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el art. 252, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las estableci-

das por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación.

2.º La acción delictiva, aquella que justifica la antijuricidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro.

Como antes se ha dicho hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, cuya violación es requisito imprescindible, pero no suficiente, para la existencia de la acción delictiva propia de esta norma, porque hay usos que pese a ser ilícitos por rebasar el contenido del título de recepción, no integran este delito al no impedir de forma definitiva que la cosa pueda entregarse o devolverse. Sólo aquella conducta ilícita, que por haber llegado ya a un punto sin retorno implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierra un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye). Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito

se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido quedando confundida con los demás objetos de su propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque a una cosa, que se toma en propiedad precisamente por su carácter fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado.

El art. 252, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones “apropiaren o distrajeren”, usa la frase “o negaren haberlos recibido”, que debe precisarse en un doble sentido:

A) Porque no puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinados, ya que cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

B) Porque, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.

La ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de tercero, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue

inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados.

3.º Como elemento del tipo, por la referencia que el art. 252 hace al 248, ha de entenderse el que la cuantía ha de sobrepasar las 50.000 pts. (ahora 400 euros) para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad (art. 623.4.º), debiendo hacerse la valoración correspondiente, tanto para la mencionada distinción entre delito y falta, como para la aplicación de la agravación específica del art. 250.1.6.º (especial gravedad atendido el valor del objeto del delito), teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero.

4.º Con lo antes expuesto han sido explicados los términos que utiliza el art. 252 del Código Penal para definir el delito de apropiación indebida propiamente dicho. Baste ahora simplemente añadir que, junto a ellos necesariamente ha de concurrir el dolo que como requisito genérico de carácter subjetivo ha de acompañar a la acción que el tipo nos describe. Ha de existir conocimiento en cuanto a los diversos elementos objetivos ya referidos, y una actuación realizada con ese conocimiento, es decir, hay que obrar sabiendo que se tiene una determinada cosa con obligación de entregarla o devolverla y de que se viola esta obligación con el acto de apropiación o distracción. Y en esto simplemente consiste el “animus rem sibi habendi” que viene reputándose por la doc-

trina y la jurisprudencia de esta Sala como el elemento subjetivo propio de este delito, pero que, como decimos, no es otra cosa que la traslación a esta figura penal del concepto ordinario del dolo genérico que necesariamente ha de concurrir en todos los delitos dolosos.

(...)

Causa cierta sorpresa comprobar cómo el CP 95, en su art. 252, cuando nos define el delito de apropiación indebida, al concretar el objeto material sobre el que esta infracción penal puede recaer, aparte del concepto “valores”, ha añadido otro nuevo —“activo patrimonial”— a los que figuraban en el art. 535 CP anterior, cuando, al final de esa breve relación de objetos termina diciendo: “o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial”. Contrapone así este último concepto (“activo patrimonial”) al de “cualquier otra cosa mueble”, con lo cual como ha dicho algún autor al comentar esta norma penal, tendremos que acostumbrarnos, por extraño que pudiera parecer, a casos en los que este delito, siempre referido a bienes muebles, pueda cometerse respecto de inmuebles.

Según el diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, el término “activo”, en cuanto nombre sustantivo en el uso del comercio, significa “el importe total del haber de una persona natural o jurídica”. Con el adjetivo patrimonial parece que ha de referirse a la totalidad de los bienes o derechos de un determinado patrimonio.

**Sentencia 1284/2005, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2005**

INJURIAS AL REY. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

**Art. 490.3 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

*Se trata de la sentencia recaída en un caso sobradamente conocido y en ella se analizan minuciosamente los límites a la libertad de expresión en el contexto de la eventual comisión de un delito de injurias. Entiende la Sala que dicho derecho constitucional no ampara expresiones como las proferidas en el caso enjuiciado. Recogemos también un voto particular que entiende fundada la absolución decretada por la Sala de instancia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Pasamos a examinar la infracción legal invocada por el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

En ellos se dice que el acusado, en la tantas veces citada conferencia de prensa, manifestó, entre otros extremos, “¿Cómo es posible que se fotografien hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?”

El Ministerio Fiscal entiende, como antes se ha dejado mencionado, que debió apreciarse un delito de injurias graves a SM el Rey.

El Tribunal Constitucional nos recuerda, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que si bien la legislación penal otor-

ga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del “animus iniuriandi” tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 25 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre;

297/2000, de 11 de diciembre; y 2001, de 15 de enero). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1.a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1.a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 30 de diciembre). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero; 185/2003, de 27 de octubre).

Y ese enfoque, a la hora de abordar la conducta del acusado, es el que vamos a seguir en el presente caso.

Por ello, en primer lugar, se debe examinar si las frases proferidas por el acusado, que se recogen en los hechos que se declaran probados, están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión, como se defiende en la sentencia de instancia.

Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han reiterado el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, en la que se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico funda-

mental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar. Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, ‘sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar’ (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido, y de 8 de julio de 1986 caso Lingens contra Austria).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera —Cfr. STC 101/1990, de 11 de noviembre— que las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia 38/2004, de 27 de mayo, caso Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia, al interpretar el artículo 10, declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia Lingens contra Austria de 8 julio 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las ‘informaciones’ o ‘ideas’ acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una ‘sociedad democrática’ (Sentencias

Handyside contra Reino Unido de 7 diciembre 1976, y Jersild contra Dinamarca de 23 septiembre 1994. Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias Observer y Guardian contra Reino Unido de 26 noviembre 1991; Jersild contra Dinamarca, anteriormente citada; Janowski contra Polonia; Nielsen y Johnsen contra Noruega).

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (Cfr. Sentencia 26 de abril de 1991) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de “valores superiores de su ordenamiento jurídico” (art. 1.º CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Pero no es menos cierto que la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce —art. 20.4— que no es un derecho ilimitado y absoluto, y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor.

Ello igualmente ha sido recogido en Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta propia Sala del Tribunal Supremo.

Así, en la STC 39/2005, de 28 de febrero, se dice que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información ‘no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, sola-

mente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente’ (STC 171/1990, de 12 de noviembre). E igualmente se declara que ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (SSTC 190/1992; y 105/1990)” (STC 336/1993, de 15 de noviembre). También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH, SSTEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986 y caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999), y el honor, porque estos derechos “constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar” (SSTC 232/2002, de 9 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; y 76/2002, de 8 de abril). Sigue diciendo que, en efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien “el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del

caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre)”.

Asimismo ha declarado que hemos excluido del ámbito de protección de dicha libertad de expresión las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000 de 17 de enero y 158/2003, de 15 de septiembre).

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio, en la que se expresa que el art. 20.1.a) CE no tutela un pretendido derecho al insulto, pues la “reputación ajena”, en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Barfod, de 22 de febrero de 1989; caso Castells, de 23 de abril de 1992; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia 22/2003, caso Perna contra Italia, declara que la injerencia en el derecho del demandante a la libertad de expresión podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática con el fin de proteger la reputación ajena, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión y en la Sentencia de 26 de abril de 1991, que apreció la existencia de un delito de injurias a

SM el Rey, se dice que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afectan al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros. La singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afectación resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones más hirientes sin afectar el aspecto del honor que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona. Consecuentemente, cuando la expresión del menosprecio se extiende a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no sólo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE.

Y en la STS 192/2001, de 14 de febrero, se dice que es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión —también el derecho a la información— no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997).

**Tercero.**—Aplicando la doctrina jurisprudencial que se ha dejado mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 CE cumple con las exigencias del principio de propor-

cionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.

Las frases proferidas por el acusado, y que se recogen en los hechos que se declaran probados, constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, sin que opere el límite interno de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con los hechos (Cfr. SSTC 107/1998 y 101/1990).

El acusado opina que SM el Rey es “el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia” y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas.

Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases, en modo alguno pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas —no hay que olvidar, como consta en al folio 225 de las actuaciones, que las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreseídas, al no deducirse de las pruebas practicadas, incluido informe médico, la existencia de indicios de la comisión por parte de la Guardia Civil de

torturas, ni que fueran sometidos a prácticas vejatorias ni degradantes—, ni por la afirmación de que estaban dirigidas al Lehendakari y no al Rey, ya que de la lectura de lo que se declara probado se infiere todo lo contrario, ni como reacción a un debate o contienda política que indudablemente no existió con SM el Rey.

Por todo lo que se deja expresado, las frases pronunciadas por el acusado en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión.

**Cuarto.**—Ante la ausencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, procede examinar si, en el presente caso, se dan los elementos de tipicidad y de ilicitud penal del delito previsto en el artículo 490.3 del Código Penal.

El artículo 208 del mismo texto legal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Es de reiterar lo que se ha dejado mencionado con anterioridad para rechazar el invocado ejercicio de la libertad de expresión. Como antes se dijo, las manifestaciones del acusado expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad.

No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra SM el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa sino que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones

ejecutadas. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra insito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. No se puede olvidar que propio Tribunal de instancia, entre otras calificaciones, las considera ofensivas y oprobiosas.

Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a SM el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL  
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A  
LA SENTENCIA NÚMERO 1284/2005,  
DICTADA EN FECHA 31 DE OCTUBRE, QUE  
RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN  
NÚMERO 1047/2005

Como la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia a examen, entiendo que la acusación recae sobre una manifestación de naturaleza y alcance exclusivamente políticos. En tanto que debida al exponente de una formación de este carácter —miembro de la Asamblea Legislativa de su comunidad autónoma, en el momento de los hechos— y producida, además, en el contexto de un pronunciamiento acerca de la actitud del jefe del Gobierno Vasco ante una visita real. Por ello, a mi juicio, en el tratamiento del asunto tendría que primar el derecho a la libertad de expresión, pues, como bien dice el tribunal de instancia, “no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado”. De ahí que su honor —valor personalísimo, que es el bien jurídico objeto de tutela de los delitos de injuria y calumnia a los que remite el art. 490.3 C. Penal— no se habría visto aquí afectado.

En efecto, la declaración del imputado que recoge los hechos está referida al Rey

de España en su papel institucional, exclusivamente. Y éste, que lleva asociada la condición de jefe del Ejército, es lo que —en el criterio del ahora recurrido— le haría “responsable de los torturadores” y de “impone [r]” el “régimen monárquico (...) mediante la tortura y la violencia”.

Dado el tenor de estas manifestaciones, es patente que en ellas no hay atribución al Rey de España de decisiones o actuaciones relacionadas con actos concretos de tortura. Lo que allí se afirma es que su colocación en el vértice de la estructura del Estado le depararía una implicación objetiva en acciones de esa clase —se afirma que— perpetradas en alguno de sus aparatos.

En tal modo de decir, por tanto, no hay ofensa ni mortificación de la persona, sino un burdo parecer negativo sobre el rol de la institución. Juicio que guarda plena coherencia con la actitud política del emisor y del grupo por él representado, en ese momento dentro de la legalidad.

Como es notorio, el uso de la libertad de expresión se amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones, dado que éstas no gozan de ese atributo exclusivo de la persona que es el honor. Y, por tanto, su presencia en la esfera pública tiene lugar en un régimen de protección de intensidad menor que la reconocida a los particulares. Se trata de una opción de fondo, de una connotación estructural de las democracias, con traducción, como no podía ser de otro modo, en la política penal.

La vigencia de este planteamiento, que subyace sin asomo de duda al diseño constitucional, no queda subordinada a que el discurso objeto de consideración responda a un cierto estándar de calidad. Pues si así fuera sólo sería tolerable la palabra medida y dotada de algún rigor argumental.

Por el contrario, tratándose de manifestaciones animadas de una exclusiva intencionalidad política, la Constitución abre el más amplio espacio a la discrepancia; hasta el punto de admitir exteriorizaciones torpes de desafecto a las instituciones, si se limitan al plano verbal. Es por lo que en tal espacio

tienen cabida, incluso, declaraciones como las contempladas, que por su total negatividad y su ausencia de rigor intelectual y de finura dialéctica, son una suerte de desahogo subcultural o de exabrupto. Sin nada que ver, desde luego, con el ejercicio de la crítica racional, pero que aquí fueron la forma de expresión de una de las opciones políticas en presencia.

El punto de vista que sostengo encuentra apoyo en conocida jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, de forma paradigmática en la STC 190/1992, de 16 de noviembre, en la que, al hilo de una reflexión comparativa entre la actitud del, en su momento, senador Castells (favorecido por la sentencia del TEDH de 23 abril 1992) y la del solicitante de amparo —que fue denegado— en el

caso, hace hincapié en la existencia de un “salto cualitativo” entre la actitud consistente en realizar imputaciones genéricas de actuaciones ilegítimas, como una especie de recurso retórico, y la que se cifra en la atribución de precisas responsabilidades por la intervención en actos delictivos concretos de tortura y asesinato.

Y es, precisamente, este criterio el mismo que se refleja en una sentencia de esta sala de 17 de mayo de 1990 —también citada en la de instancia— confirmatoria de la absolución de un delito de injurias, supuestamente cometido al calificar de torturador al jefe del ejecutivo.

Es por lo que entiendo que la resolución impugnada tendría que haberse confirmado.

### Sentencia 1299/2005, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2005

LESIONES. CAUSALIDAD. CAMBIO DE CALIFICACIONES. DENEGACIÓN DE PRUEBA

**Arts. 147 Código Penal 1973; 786.2 y 788.4 LECrim.**

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

#### SÍNTESIS

*Entre otras cuestiones abordadas por la Sala en esta sentencia destaca, desde el punto de vista procesal, la negativa a la nulidad solicitada ante el cambio de calificaciones que, teóricamente, podría afectar a un cambio de procedimiento (aunque no a la competencia del Juzgador) y la constatación, no obstante, de un quebrantamiento de forma por la indebida denegación de la prueba solicitada en este trance, generadora de indefensión. Por otra parte, y desde el punto de vista material, se imputan a título de lesiones dolosas las causadas a la propia mujer que ante las reiteradas amenazas de muerte termina tirándose por la ventana. Hay imputación objetiva y existe asimismo dolo, según lo explica la sentencia. Por otra parte, se interpreta restrictivamente la agravación referente a la “enfermedad grave” como resultado de las lesiones.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—En el motivo 6.º, por el mismo cauce procesal del art. 5.4 de la LOPJ, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión del art. 24.1 de la CE. Se funda en que las acusaciones, en el trámite de formulación de las conclusiones definitivas, cambiaron su calificación con relación al delito de lesiones solicitando la aplicación del art. 149 del CP y pidiendo la acusación particular doce años de prisión, mientras el Ministerio Fiscal solicitó ocho años y seis meses. Ante tal modificación, la defensa del acusado pidió nulidad de actuaciones para que se iniciara procedimiento ordinario, en lugar del abreviado que hasta entonces se había aplicado, con retroacción de las actuaciones hasta el trámite del sumario. Aunque esto no queda claro en la exposición de esta parte, parece que lo que se pedía era la vuelta del procedimiento hasta la fase de instrucción para dictar auto de procesamiento y posterior seguimiento de la causa por las normas del referido procedimiento ordinario, con lo cual la pericial habría de practicarse con dos peritos por lo dispuesto en el art. 459 de la LECrim.

Según consta en el acta del juicio oral tal petición se hizo por el letrado del acusado al iniciarse la segunda de sus dos sesiones.

Al final de la primera de ellas se hicieron las modificaciones de conclusiones antes referidas, que luego se concretarían por escrito en los términos expuestos (folios 220 a 222 y 230). Ante tal modificación, el tribunal planteó la posibilidad de que el letrado de la defensa se acogiera a lo establecido en el art. 793.7 de la LECrim. (ahora 788.4) que prevé un aplazamiento de la sesión del juicio a petición de la defensa en los casos, entre otros, en que la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, que es lo que aquí había ocurrido. La defensa solicitó efectivamente tal aplazamiento que la Sala de instancia acordó. Fue al reanudarse el jui-

cio oral, repetimos, cuando se planteó la petición de transformación del procedimiento antes referida, petición que se denegó con la consiguiente protesta de la parte que la había formulado.

Ahora se impugna tal decisión de la Sala de instancia, decisión que nosotros consideramos adecuada.

Esta incidencia no aparece regulada expresamente en la LECrim.

El art. 793.8 (ahora 788.5) se refiere al caso en que las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del órgano que está conociendo del asunto (Juzgado de lo Penal) para ordenar que dé por terminado el juicio con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial. Sin que nada diga para los casos en que la modificación de la calificación únicamente hubiera de afectar al cambio de procedimiento (del abreviado al ordinario). Con lo cual entendemos que está queriendo decirnos que en estos últimos casos, no planteándose problema alguno de competencia objetiva, debe continuar conociendo la propia Audiencia Provincial hasta dictar sentencia.

El art. 48.3 de la Ley del Jurado, para un caso semejante al que estamos examinando, ordena que el mismo tribunal continuará conociendo, por supuesto aplicando las mismas normas del procedimiento conforme a las cuales se estaba tramitando.

Así pues, no tiene razón aquí la defensa del acusado. La Sala de instancia resolvió correctamente el denegar la pretendida nulidad de actuaciones con la consiguiente retroacción del procedimiento a su fase de instrucción sumarial. El art. 769 de la LECrim., que se refiere a los casos de cambio de procedimiento, no era aplicable al presente supuesto, puesto que el trámite ya se encontraba prácticamente terminado y porque, salvo supuestos excepcionales, no permite retroceder en el procedimiento.

(...)

**Sexto.**—En el motivo 10.º, por la vía procesal del art. 850.1.º de la LECrim., se denuncia, lo mismo que en el 7.º, denegación de prueba, ahora con relación a una propuesta de la defensa del acusado relativa a una segunda pericial médica, propuesta que se hace al inicio de la segunda sesión del juicio oral, tema ya aludido en los motivos 7.º y 8.º y que hemos de tratar aquí con el debido detalle.

Esta parte (defensa del acusado), haciendo uso del derecho a proponer prueba reconocido en el 793.7 (ahora 788.4), propuso tal pericial médica para que la Sala designara un perito especialista en traumatología a fin de reconocer a D.ª Lina y determinar las lesiones sufridas y sus secuelas. El Ministerio Fiscal se opuso a tal prueba y el Tribunal la rechaza por dos razones: 1.ª Por no haberse propuesto la prueba de modo que pudiera practicarse en el mismo acto (que es el criterio del art. 793.2 —ahora 786.2— a propósito del llamado “turno de intervenciones”, que permite exponer determinadas cuestiones en el trámite inicial del juicio oral, entre otras, proponer pruebas para practicarlas en el acto). 2.ª No haber designado perito la propia parte al proponer la prueba en los términos del art. 656 que manda presentar listas de peritos y testigos en las que se expresarán sus nombres, apellidos, apodo en su caso, y domicilio o residencia. Ante tal denegación, la parte hizo constar su protesta a efectos del recurso de casación.

Entendemos que estas razones no son válidas para justificar el rechazo de la prueba propuesta, partiendo de lo que constituye la idea central del legislador en este punto: evitar la indefensión del acusado en estos casos de cambio de tipificación penal y demás previstos en el citado art. 793.7.º:

A) Estimamos que el caso presente no es equiparable a esa propuesta de prueba prevista en el referido “turno de intervenciones”, actuación preliminar del juicio oral en el llamado procedimiento abreviado, en el que la proposición de prueba aparece como un trámite procesal complementario de la

proposición principal que es la que tiene lugar en los escritos de calificación provisional. El supuesto aquí examinado constituye una modificación sustancial de la calificación anterior, realizada por las partes acusadoras (cambio de tipificación penal, mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancia de agravación). En estos últimos casos nos encontramos ante la posibilidad de que la defensa proponga “nueva prueba” que nada tiene que ver con la prevista para el citado turno de intervenciones. Entendemos no aplicable aquí el límite de que tuvieran que proponerse de modo tal que pudieran practicarse en el mismo acto, con lo que queda de manifiesto la no validez de la primera de esas dos razones por las que se denegó en la instancia la prueba pericial a que nos estamos refiriendo.

B) La otra razón se funda en el incumplimiento de lo exigido en el art. 656 de la LECrim., que manda a las partes que propongan pruebas para el juicio oral presentar las listas correspondientes de sus testigos y peritos con expresión de nombres y apellidos, apodo en su caso, y domicilio o residencia; es decir, por lo que a peritos se refiere, la parte que propone la pericial ha de buscar al que haya de acudir al juicio y ha de manifestar al tribunal sus datos identificadores.

Pero esta regla general tiene una excepción en los casos, como el del acusado Ángel Jesús, en que existe un derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuyo contenido material se halla expresado en el art. 6.º de su ley reguladora, Ley 1/1996, de 10 de enero, el cual en su apartado 6 se refiere al derecho a la “asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos, o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas”.

Es decir, si, como aquí ocurrió, la defensa tiene reconocido su derecho a la asistencia jurídica gratuita, no cabe exigir a la parte que sea ella la que busque y designe perito o

peritos, sino que, en tales casos, ha de acudir al órgano judicial para que sea éste el que proceda a hacer la designación correspondiente por esta vía del art. 6.6 mencionado.

(...)

**Octavo.**—Examinados ya los motivos del recurso del condenado relativos a quebrantamiento de forma y a las cuestiones de hecho, pasamos ahora a tratar los cuatro primeros referidos a la calificación jurídica.

El primero, fundado como todos ellos en el art. 849.1.º LECrim., alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 149 del CP.

Hemos de estimarlo en una de las partes en que hemos de dividir su exposición para una mayor claridad.

A) En su segundo apartado, que por razones de método examinamos primero, se dice que no hubo relación de causalidad entre el comportamiento de D. Ángel Jesús y el hecho de que D.<sup>a</sup> Lina se tirara por la ventana, produciéndose así esas graves lesiones a las que se aplicó tal art. 149.

Sabido es cómo (art. 884.3.º de la LECr), cuando un motivo de casación se funda en este art. 849.1.º, es obligado respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, salvo que éstos hubieran tenido que modificarse antes por la vía del art. 849.2.º o por la relativa a la presunción de inocencia. Por ello, hemos de prescindir aquí de todos los alegatos que se apartan de tal respeto impugnando esos hechos. Ya hemos examinado el motivo 5.º relativo a la presunción de inocencia.

En su fundamento de derecho 1.º la sentencia recurrida se refiere a esta cuestión con un razonamiento adecuado. No vamos a repetir la forma en que ocurrieron los hechos. Sólo recordamos que él se tomó una dosis de heroína en presencia de ella, sin duda para favorecer su resolución de hacer lo que hizo y para aumentar el miedo de la señora que se encontraba amenazada de

muerte con la catana y el cuchillo que había exhibido para dar fuerza a tal amenaza expresada verbalmente. Tras pasar una hora aproximadamente en la que Lina trató de convencer a Ángel Jesús para que la dejara marcharse por la puerta que éste había cerrado, la señora, conocedora del propósito firme de su marido de matarla si no se tiraba por la ventana, optó por precipitarse al vacío desde un cuarto piso.

Nos dice el actual art. 147.1 del CP que el delito de lesiones puede cometerse “por cualquier medio o procedimiento”, entre los cuales, sin duda, se encuentra el de causar miedo a la víctima para que ésta, con su voluntad así viciada, llegue a arrojar por una ventana al vacío desde un cuarto piso, que es lo aquí ocurrido.

En la instancia se había rechazado la petición del Ministerio Fiscal de que se cambiara el procedimiento, de abreviado a ordinario, para perseguir el delito como homicidio en grado de tentativa (pudo existir en D. Ángel Jesús un dolo eventual al respecto). Tal petición quedó desestimada y el tema no volvió a plantearse, razón por la cual a partir de entonces sólo se viene hablando de lesiones.

La causa de ese miedo sufrido por ella se encuentra en esas amenazas de muerte tan seriamente manifestadas y mantenidas durante una hora aproximadamente. Y si ese miedo fue la razón de la precipitación de ella al vacío, hemos de afirmar que objetivamente ha de atribuirse a la conducta de él las lesiones sufridas por ella (imputación objetiva).

La doctrina actual suele distinguir entre la relación de causalidad, que existe siempre que hay un nexo natural entre un suceso y un resultado, y la imputación objetiva, que es la atribución concreta de ese resultado al autor de ese suceso por no haber existido ninguna causa ajena que pudiera haber impedido esa atribución.

Por lo expuesto, queda claro que existió esa relación de causalidad. Y lo mismo hemos de decir respecto de la imputación ob-

jetiva. Nos hallamos ante el caso que la doctrina considera como paradigmático al respecto: la creación de un riesgo no permitido.

En efecto, aquí el marido, al producir el miedo en ella mediante esas amenazas, no dejándole otra opción que recibir la muerte o tirarse por la ventana, está creando ilícitamente el peligro de que ella se arroje al vacío. Y es en el ámbito de ese peligro donde se realiza el acto voluntario de ella, con esa voluntad viciada por el miedo, como ya hemos dicho.

B) En este motivo 1.º, hemos de hacer un segundo apartado para replicar a lo expuesto en su página 5 en relación con la existencia de dolo, que entendemos ha de deducirse de la forma en que ocurrieron los hechos.

Y decimos esto simplemente porque él actuó con conocimiento de ese riesgo que estaba creando para que ella se arrojara por la ventana. Este conocimiento de los elementos objetivos que constituyen el tipo de delito, seguido de la actuación correspondiente para que tal ocurriera, constituye el dolo en cuanto elemento constitutivo de la infracción en todos los delitos dolosos.

C) Como ya hemos anticipado, hay que estimar parcialmente este motivo 1.º Y ello en relación con el apartado inicial de los expuestos aquí por el recurrente, el relativo a la inclusión de la condena en el art. 149 del CP, norma que la propia sentencia recurrida concretó en uno de los conceptos allí recogidos: el de “grave enfermedad somática o psíquica”, gravedad que hemos de interpretar con un criterio estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto: prisión de 6 a 12 años, muy superior a las demás previstas para estos delitos de lesiones en los arts. 147 y ss. del CP.

Desde luego nos parece lícito el sistema de sumar unas a otras las diversas secuelas producidas, incluso las somáticas a las psi-

quicas, para ver si existió o no esa “grave enfermedad”. Pero, incluso así, entendemos que los hechos aquí ocurridos no debieran haberse incluido en esta norma por lo siguiente:

a) Los propios resultados no aparecen como definitivos, pues se dice que “hay lesiones en la actualidad pendientes de curación” y luego se añade “restando secuelas por determinar”. Estos resultados no son propiamente secuelas y no pueden tenerse en cuenta a la hora de valorar éstas para ver si constituyen la enfermedad grave. Así lo exige el principio “in dubio pro reo”.

b) De los varios conceptos relacionados en este art. 149, sólo podemos utilizar aquí el citado de “enfermedad grave”, el único en el cual se funda la sentencia recurrida para la aplicación de esta norma. No seríamos respetuosos con el principio de contradicción si actuáramos de otro modo. Tal principio ha de ser respetado en cada una de las instancias del procedimiento penal. No cabe acudir al de “grave deformidad”, al no haber sido debatido.

c) Siguiendo el criterio restrictivo antes referido, entendemos que ninguna de esas lesiones que se especifican como definitivas (secuelas) en los hechos probados de la sentencia recurrida sirve para aplicar este art. 149, ni siquiera sumando unas y otras. Son las siguientes:

- Artrosis en el tobillo con cojera permanente.
- Rigidez lumbar superior al 30%.
- Diversas cicatrices quirúrgicas.
- Estrés postraumático.

Entendemos que basta tal relación para que quede de manifiesto su insuficiencia a los efectos de su consideración como enfermedad grave.

**Sentencia 1013/2005, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2005**

APROPIACIÓN INDEBIDA

**Art. 252 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Analizada la jurisprudencia al respecto y sus oscilaciones, concluye la sentencia en la posibilidad de apreciar el delito de apropiación indebida entre cónyuges en relación a dinero o efectos pertenecientes a una sociedad de gananciales no disuelta todavía. Recuerda también la sentencia las distintas modalidades de apropiación indebida, entre las que se encuentra la administración desleal del patrimonio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—1. En el segundo de los motivos denuncian la indebida aplicación del art. 252 del Código penal, arguyendo que la disposición económica se realizó constante en el matrimonio, por lo tanto ejerciendo la administración del capital que pertenecía a su sociedad de gananciales, la cual no había sido ni disuelta, ni liquidada.

El tema planteado ha sido objeto de escasos pronunciamientos de esta Sala y, en ocasiones, la solución no ha sido uniforme. Así, en algún pronunciamiento se ha negado la tipificación en la apropiación indebida entre esposos respecto de dinero o efectos pertenecientes a una sociedad de gananciales, cuando la misma no ha sido liquidada, porque “no se da el supuesto típico de la tradición o entrega, en virtud de alguno de los títulos a los que hace referencia el artículo 252 del Código Penal, por lo que la cuestión debe ser dilucidada en la vía civil” (STS

1216/2003, de 29 de septiembre), o porque, al no estar liquidada, no puede hablarse de propiedad de uno de los cónyuges y no resulta posible hablar de un delito de apropiación indebida desde el momento que el sujeto activo de dicha infracción penal nunca podrá ser quien es titular de la cosa y por tanto no la tiene en su poder por alguno de los títulos que el Código Penal prevé como título que produzca obligación de devolver la cosa. Estos pronunciamientos, y en parecidos términos los de Audiencias provinciales, se han apoyado en una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que tiene establecido, al tratar el tema de las cuentas corrientes indistintas, que “la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determi-

nado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta” (SSTS 8-II-1991, 7-VI-1996, 29-IX-1997, 5-VII-1999 y 29-V-2000, todas de la Sala I del Tribunal Supremo).

Otras Sentencias, STS 111/2005, de 1 de febrero, en sentido contrario, confirman una condena por apropiación indebida, señalando que “plantea [el recurrente] que no se han realizado liquidaciones. La doctrina de esta Sala tiene señalado (véanse sentencias de 27-12-2002 y anteriores que cita) que la incidencia, para la calificación jurídica penal de una conducta, de la inexistencia de una previa liquidación de cuentas entre las partes depende de cada caso particular, tratándose de apropiación indebida. Y, en el supuesto que nos ocupa, la Audiencia ha contado con elementos suficientes, que específica, para concluir que el resultado de la liquidación implica, de todas maneras, una apropiación o distracción por el acusado, mandatario, de bienes patrimoniales muebles que debía haber reintegrado a Guadalupe, y que la cuantía de esa defraudación excede del mínimo legal”.

También en la STS 112/2004, de 5 de febrero, se razona sobre la tipicidad de la disposición de bienes gananciales por el marido, cuando se han revocado los poderes de disposición, en el delito de apropiación indebida. “No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del art. 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa.... Consecuentemente: la subsunción practicada en la sentencia recurrida es errónea, pues no se da ninguno de los elementos del tipo de la estafa. Ello no quiere decir que la conducta del recurrente, que no ha negado en ningún momento haber hecho las compras que fueron

cargadas en la cuenta de la perjudicada, sea penalmente irrelevante, toda vez que su acción constituye una distracción del dinero en el sentido del art. 252 CP.

Esta disparidad de soluciones dio lugar a que la Sala encargada del conocimiento del recurso acordara la elevación de la cuestión al Pleno no jurisdiccional de la Sala II para unificar los criterios dispares, reunión que tuvo lugar el pasado día 25 de octubre, que acordó que “el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal”.

2. La jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, STS 31-5-1993, 15-11-1994, 1-7-1997, 26-2-1998 y otras, que conforman una dirección jurisprudencial consolidada, (SSTS 31-1-2005, 2-11-2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. STS 31-1-2005. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 2000, se declaraba que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición actúa. En esta segunda mo-

dad de apropiación, consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (cfr. STS 16 de septiembre de 2003), sin que sea precisa la incorporación al propio patrimonio de los distraído, aunque normalmente así ocurra.

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código Penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extrema fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Señalado lo anterior, analizamos la impugnación desde el hecho probado y su subsunción en el art. 252 CP. En síntesis el relato fáctico declara que el marido, en plena crisis matrimonial, que determinó la presentación de una demanda de separación, ejercitando las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales, los desvía de su destino propio y, además, los incorpora a su patrimonio. Para analizar la subsunción hemos de atender al régimen del sistema de gananciales dispuesto en el Código Civil. La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses, etc. de acuerdo al art. 1347 del Código Civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de ganancia-

les (art. 1375 Cc.), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344) (STS Sala I, 12-6-1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts. 1362 y ss. del Cc. las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código Civil.

Del relato fáctico observamos que el acusado, a través de su madre como instrumento que actúa sin dolo, conforme hemos expuesto en el anterior fundamento, realiza actos de disposición de los bienes gananciales en dos momentos, tres días antes y tres días después de la presentación de la demanda de divorcio ante los tribunales de residencia del matrimonio en Suiza, por lo tanto sabedor de la inminente disolución de la sociedad de gananciales, en los hechos del 17 de junio, y cuando las facultades de administración habían cesado, por aplicación del art. 102 del Código Civil, respecto a los hechos del 24 de junio, pues el día 20 se había presentado la demanda de separación. Los actos de administración han de ser reputados fraudulentos, en todo caso con manifiesta infidelidad respecto a las exigencias de administración de los bienes comunes integrados en la sociedad de gananciales, pues realiza actos, desde la administración que ostenta, que perjudican el patrimonio de la sociedad en un depósito a plazo fijo por un importe de 12 millones de pesetas que hace desaparecer y, al tiempo, las inminentes expectativas de la esposa de atribución de la mitad de los bienes de sociedad. En puridad es la sociedad de gananciales la perjudicada en la

apropiación de los bienes por el acusado, pues es a la sociedad a la que se detrae el dinero existente en la cuenta corriente y a ella debería serle reintegrado los 12 millones distraídos, pero la sentencia impugnada, desde la vinculación de los escritos de acusación ha anticipado la disolución de la sociedad atribuyendo por mitad los bienes de la sociedad.

No procede la pretensión de liquidación de la sociedad de gananciales, como premisa previa a la existencia del delito de apropiación, pues desde los hechos probados el contenido de la apropiación por administración desleal aparece claro en la desviación de la masa ganancial de los 12 millones de pesetas que a ella pertenecían y de la que el acusado se apropió en los términos establecidos. Tal liquidación pudiera ser necesaria si en la instrucción de la causa se alegara, o resultara, unas actuaciones que indicaran una actuación dirigida a la compensación patrimonial, pero nada de esto se ha alegado ni resulta de la causa. Por el contrario, el acusado, que nada alega al respecto que pueda ser considerado como principio de prueba de una causa de justificación de la distracción, el atender cargas de la sociedad, por ejemplo, se limita a negar su intervención en los hechos, que imputa a su madre y a manifestar su creencia sobre la desaparición en un robo.

La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código Civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge. En otros términos, los hechos

probados, la disposición fraudulenta de bienes gananciales, son típicos del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, pues las facultades del administrador son empleadas en fraude de la masa ganancial y, a la postre, del otro cónyuge.

Este planteamiento es general para toda administración fraudulenta de bienes gananciales, y afectará tanto a las deslealtades producidas en situaciones de crisis de la convivencia, como a situaciones de normalidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el Código prevé la excusa absoluta del art. 268 para los supuestos de delitos patrimoniales entre esposos que no estuvieren separados legalmente, o de hecho o en proceso legal de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, por lo que la responsabilidad penal desaparece, pese a la tipicidad de la conducta, en los supuestos de constante matrimonio o de relación de análoga significación, en los términos que fue aprobada en la reunión del Pleno de esta Sala de 1 de marzo de 2005.

Consecuentemente, los hechos que se declaran probados están correctamente subsumidos en el tipo de la apropiación indebida. Además, la conducta descrita en el hecho probado se enmarca en lo que, desde alguna legislación penal moderna, se ha tipificado como delitos de violencia intrafamiliar, en su manifestación de violencia patrimonial, en los supuestos en los que uno de los cónyuges, abusando las competencias de administración de los bienes comunes, los detrae en perjuicio de la masa común, en un primer momento, y del otro cónyuge, en definitiva.

**Sentencia 1316/2005, Sala de lo Penal del TS, de 9 de noviembre de 2005**

QUIEBRA

**Art. 260 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Tras recordar la autonomía existente entre las calificaciones civil y penal en este terreno de las insolvencias, se especifican los elementos constitutivos del delito de quiebra, previsto en el art. 260 del CP.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—(...)

La parte recurrente sostiene en síntesis que el auto recurrido hace caso omiso a lo ordenado por esta Sala y vuelve a fundamentar el archivo de las actuaciones con el mismo fundamento de la sentencia civil de calificación de la quiebra, al insistir en que, a pesar de ser cierto que, en principio, la calificación civil de la insolvencia no vincula a la predicción penal, no lo es menor que una cosa no puede ser al mismo tiempo desde un punto de vista valorativo, aunque el juicio sea realizado por distintas ramas del derecho. En definitiva, aunque con otras palabras insiste en que la quiebra civilmente culpable es penalmente atípica.

Ciertamente del contenido de los apartados 3 y 4 art. 260 del CP, se infiere que a los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo esencial no es ya el dato jurídico, formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al Juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto.

Naturalmente esto no quiere decir —como ya precisó la anterior sentencia de esta Sala 682/2004, de 28 de mayo— que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional.

Separación entre los ilícitos civiles y penales que establece la actual Ley concursal 22/2003, en el art. 163.2, cuando dice que “el concurso se calificará como fortuito o como culpable”, pero que “la calificación no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdicción penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Afirma-

ción que coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 del CP. en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y la desaparición a la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 del CP 1973. Ahora tanto “este delito” como “los delitos singulares relacionados con él” (v.gr. falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.), “podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste”. A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el CP de 1995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que “la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre”, esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 Ley Concursal).

**Quinto.**—Ahora bien, el núcleo del delito lo constituye la acción maliciosa y fraudulenta, concretado en agravar dolosamente la situación de crisis económica de la empresa (STS 28 de abril de 2003), y requiere los siguientes requisitos, citados en la STS 25 de octubre de 2002 y ATS 27 de febrero de 2003:

1) Que la quiebra, concurso o suspensión de pagos —en la actualidad tras la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, se ha suprimido los términos “quiebra” y “suspensión de pagos”— haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra.

2) El fraude, que requiere actuación dolosa, esto es, dolo directo concretado en actos que exterioricen una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores.

3) Que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia.

4) El perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo.

En este sentido la jurisprudencia, Auto de 27 de febrero de 2003, citando la STS 87/2003, de 23 de enero, señala que el tipo penal del art. 260, “no exige determinar o individualizar el perjuicio causado a los acreedores que no forma parte de la estructura típica sino que —como explícitamente indica el n.º 2 del precepto— es un elemento que juega a los meros efectos de graduación de la pena, pero en todo caso sí que será preciso precisar y probar los actos fraudulentos realizados”... Y en la STS 452/2002, de 15 de marzo, que “que en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente —a diferencia de los modelos del derecho europeo— carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y cesación de pagos, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la ‘prisión por deudas’ y el efecto de irradiación del art. 38 de la CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal”, añadiendo esa misma STS que “la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Una administración

inadecuada al fin económico, que sea calificada, como hace la sentencia recurrida, de ‘arriesgada gestión’ es suficiente para configurar el tipo objetivo del delito. En particular un plan para adquirir una posición deter-

minada en el mercado, basado en un cálculo económico y financiero erróneo no es todavía insuficiente para configurar los elementos del tipo objetivo del delito del art. 260.1 del CP”.

**Sentencia 1289/2005, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2005**

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**Art. 24.2 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan A. Sánchez Melgar**

SÍNTESIS

*Impugnada en casación la Sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia que estimó la vulneración de la presunción de inocencia del condenado, la Sala se ocupa de diferenciar los conceptos de “valoración probatoria” y “comprobación probatoria” que llevan a cabo, respectivamente, el Tribunal de instancia y el de apelación.*

*Además, y aunque en el caso resulta absolutamente clara la corrección del Tribunal de apelación al considerar vulnerada la presunción de inocencia, la Sala, con cita de la STS 138/2005 (reproducida en el n.º 16 de la Revista de Derecho Penal) expresa sus dudas al control en casación de esa previa sentencia absolutoria dada la confrontación de intereses fundamentales en juego —presunción de inocencia del acusado y tutela judicial efectiva de la acusación— con prevalencia del primero.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

En suma, el tema que plantea el recurrente reside en la estimación por el Tribunal “ad quem” (el referido Tribunal Superior de Justicia), acerca de la infracción del derecho fundamental a la presunción inocencia, que estimó parcialmente, eliminando ciertas menciones fácticas del relato histórico de la

sentencia recurrida, y particularmente que la “dinámica comisiva ha quedado huérfana de toda prueba, y por ello resulta completamente desprovista de base probatoria la parte del relato de hechos probados, que afirma que el acusado actuó de manera sorpresiva y rápida y sin darle posibilidad de defensa” a la víctima. Recordemos que tales hechos probados narran que, en la noche de autos, Rogelio se abalanzó sobre su compañera, María Angeles, tapándole la boca con una

mano, a la par de que con la otra le asfixiaba hasta darle muerte. El Tribunal del Jurado había declarado probado que tal acción se produjo de manera sorpresiva y rápida, sin darle posibilidad de defensa ni de auxilio de terceros, asertos fácticos que fundamentaban la circunstancia agravante de alevosía, que cualificaba el asesinato por el que fue en primer grado condenado el acusado.

Es cierto que el Tribunal Superior de Justicia, al estudiar un motivo por vulneración de la presunción de inocencia, no podía combatir el aspecto relativo a la percepción sensorial de la prueba, porque ésta corresponde en exclusiva al Tribunal que ha visto el juicio, con inmediación, pero, en cambio, podía controlar la estructura racional del proceso lógico-inductivo de tal valoración probatoria. Y dentro de dicho apartado, razonó que no existía prueba alguna que acreditase que se privó de cualquier tipo de defensa a la víctima, o de la ayuda de terceras personas, incluso de la propia dinámica comisiva (sorpresiva), más allá del estrangulamiento, porque se encontraban solos en casa, en aquel momento, el acusado y su víctima. Para refutar este razonamiento el recurrente entresaca algunas frases del acta del juicio oral, que no son concluyentes, pues no hacen sino poner de manifiesto que víctima y acusado se encontraban solos la noche de autos, sentados en un sofá, uno frente al otro. No realiza, pues, el Tribunal de apelación valoración probatoria alguna, sino constata si hubo, o no, prueba de cargo que sostuviese las afirmaciones que se contienen en el acta del veredicto. Es cierto que ambas operaciones son muy próximas, pero pueden establecerse diferencias sustanciales. En efecto, la valoración probatoria requiere la apreciación de las fuentes de prueba (personales o reales), otorgándoles un contenido y significado, de uno u otro signo, incriminatorio o de descargo, e incluso irrelevante para la decisión de la causa, operación intelectual que se fundamenta esencialmente en el contacto con aquellas fuentes, lo que se traduce en la virtualidad del principio de inmediación, aplicando e incorporan-

do a esa percepción, los criterios de ciencia, de experiencia o de psicología que le llevan a una determinada convicción judicial, reforzado todo ello por los criterios apreciativos científicos que proporciona la prueba pericial, que se practica en el acto del plenario, en su caso. En cambio, la constatación probatoria que dimana del planteamiento de un motivo por vulneración de la presunción de inocencia, supone la simple comprobación (que no valoración), acerca de la existencia de fuentes de prueba que conduzca a la plasmación por el Tribunal "a quo" de un determinado resultado probatorio. Para ello, dicho Tribunal, sin adentrarse en la mera percepción sensorial de la prueba, que corresponde en exclusiva al Tribunal que presencié el juicio oral, en virtud de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, controla no solamente el proceso racional lógico-intelectivo de tal apreciación probatoria, sino que, como primera operación, revisa si en la causa existe, en efecto, alguna fuente probatoria de donde deducir tal proceso intelectual. Dicho de otra manera, no puede valorarse lo que no existe.

Una vez dejado esto sentado así, el segundo problema es discernir si tal proceso intelectual que lleva al Tribunal de la apelación a estimar que se ha vulnerado la presunción de inocencia del recurrente, por existencia de un patente vacío probatorio, es controlable o no, en esta sede, en el seno de un recurso de casación. La cuestión es problemática, porque esta Sala Casacional ha declarado con cierta frecuencia que no existe un derecho a la presunción de inocencia invertido. De modo que la única línea de posible de control casacional, por vía de vulneración constitucional, lo ha de ser a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se proclama en el apartado primero del art. 24 de la Constitución Española, aspecto éste, por cierto, no reprochado por el ahora recurrente. A través de tal derecho, puede controlarse la racionalidad del proceso deductivo de toda resolución judicial, particularmente desde la ver-

tiende de la motivación judicial, que rezuma igualmente del contenido del art. 120.3 de nuestra Carta Magna. Y aun así, existe alguna sentencia de esta Sala, como STS 138/2005, de 15 de febrero, que considera la desigualdad de derechos fundamentales en juego, concretamente entre el de presunción de inocencia y el de tutela judicial efectiva de la acusación particular, que resuelve a favor de aquél, impidiendo la celebración de un nuevo juicio, cuando la resolución judicial es finalmente absolutoria, concediendo un mayor rango constitucional al primero.

Pero, aun partiendo de la base de que es

posible este control casacional, como así lo ha formulado el Ministerio fiscal en esta instancia, apoyando el motivo, es lo cierto que no existe razón alguna para su estimación. El razonamiento del Tribunal Superior de Justicia es impecable en lo concerniente a la vulneración de la presunción de inocencia del entonces recurrente, el acusado en la instancia, al señalar que no existe prueba directa de cargo, ni tampoco indiciaria, que permita tener por probado que la agresión se produjo de manera sorpresiva y rápida, ni que el acusado evitó toda posibilidad de defensa de la víctima.

### Sentencia 1333/2005, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2005

APROPIACIÓN INDEBIDA

**Art. 252 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*Entiende la sentencia que el arrendamiento con opción de compra ni es un contrato atípico ni equivale a una compraventa a plazos, por lo que constituye título suficiente que engendra obligación de entregar o devolver en los términos previstos en el delito de apropiación indebida del art. 252 del CP.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

2. En el hecho probado se declara que 53 vehículos no fueron devueltos a Banesto renting a la finalización del plazo de 6 me-

ses pactado en el contrato de alquiler, ni abonado íntegramente el valor residual de los mismos, habiendo procedido los acusados a la venta de, al menos 5 de ellos, en Alemania.

La parte recurrente admite que cobró dos pignoraciones que se habían entregado en

garantía del cumplimiento del contrato de arrendamiento y además recibió otras cantidades para terminar solicitando que se incluyan en el hecho probado que: estos 4 abonos redujeron a 65.758.858 pesetas el importe del valor residual de los 53 vehículos no devueltos a Banesto Renting, cantidad final en la que se ha visto perjudicada dicha entidad.

3. La sentencia recurrida no discute esta cantidad reclamada sino que basa su absolución en que no consta la existencia de un título contractual que origine la obligación de entregar o devolver. Asimismo la sentencia admite que nos encontramos ante un “arrendamiento de vehículos de motor a largo plazo” lo que suponía que llegado el día de la finalización del contrato los acusados venían obligados a la devolución del vehículo o el abono de su valor residual.

Para reforzar su decisión absolutoria se basa en que nos encontramos ante unos contratos de alquiler de vehículos a largo plazo absolutamente atípicos. Considera la sentencia que los cincuenta y tres vehículos por los que se reclama entran dentro de una misma operación que se refería a otros treinta y cuatro vehículos que se pagaron entregando el precio de su valor residual. Declara que no se pagaron los cincuenta y tres objeto de esta causa pero razona que ello no supone nada más que un incumplimiento contractual.

Da un valor relevante a un testigo empleado de la casa concesionaria de los automóviles que manifiesta que la operación se planteó para obtener los mejores descuentos pero que ya se sabía que Banesto iba a vender los vehículos a la empresa de conductores que pertenecía a los acusados. Concluye, no afirmando tajantemente la existencia de un contrato de compraventa sino exponiendo sus dudas sobre la naturaleza del título (alquiler o compraventa) por lo que no sabe si existía o no obligación de devolución, lo que le obliga a decantarse por el “in dubio pro reo”.

En definitiva consideramos necesario incorporar al hecho probado la parte del con-

trato que fija la cantidad en que se cifra lo que, por la sentencia, se denomina, impropriamente, incumplimiento contractual.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

**Segundo.**—El motivo segundo entra en el fondo de la cuestión y suscita el debate sobre la calificación que corresponde a los hechos que se consideran probados.

1. La sentencia recurrida como ya ha quedado expuesto admite la existencia de un contrato de arrendamiento de largo plazo con opción de compra y se hace eco del debate en la doctrina sobre la naturaleza de esta clase de relaciones jurídicas nacidas de la voluntad contractual de las partes, para terminar afirmando que nos encontramos ante un contrato “absolutamente atípico” por lo que en la duda se decanta por la absolución.

2. Partiendo de la declaración general del artículo 1091 del Código Civil es incontestable que las obligaciones que nacen de un contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos.

Nuestro sistema contractual es abierto y flexible eliminando cualquier rastro de estrechos formalismos y de “*numerus clausus*” en las formas contractuales. El artículo 1255 da paso a la libre creación de formas contractuales permitiendo toda clase de pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

3. Ni la doctrina ni la jurisprudencia ha puesto en duda la validez de los contratos de origen sajón que se denominan “leasing” o “renting” y que constituyen, según nuestra terminología, arrendamientos con opción de compra al final del plazo de la cesión del uso arrendaticio. Con un criterio excesivamente rígido, algún sector doctrinal y jurisprudencial se resistió a admitir figuras procedentes de otros sistemas. Se consideraba que la fórmula no era sino una versión simulada de venta de bienes muebles a plazo. De

esta forma se convertían las cláusulas de arrendamiento en una venta con lo que cualquier consecuencia derivada de la desaparición de la cosa se convertía en un incumplimiento contractual a solventar por la vía civil.

4. El comercio no podía cerrar el paso a estas nuevas fórmulas de cesión de uso de bienes muebles que algunas veces cuando afectan a sofisticada y importante maquinaria de obras puede alcanzar sumas muy relevantes.

Por otro lado era evidente que si no existía adquisición por parte de las empresas que usaban los bienes se podían plantear cuestiones de contabilidad de activos, de cuotas tributarias y períodos de tributación. Por ello, desde el punto de vista tributario se dictaron varias normas complementarias de la Ley General Tributaria. Se exigió además que las empresas que se dedicaran a esta clase de operaciones se constituyeran siempre bajo la forma de Sociedades Anónimas y que el capital mínimo desembolsado fuera de cien millones de pesetas.

5. No obstante la jurisprudencia desconfiaba de la naturaleza contractual y advertía que, a través de la fórmula del arrendamiento con opción de compra, se podían encubrir verdaderas ventas a plazos, con las

diferentes consecuencias a ello inherentes, entre ellas la no despreciable consecuencia en los casos de concurso de acreedores, en orden a su clasificación dentro de la masa deudora del insolvente.

No puede sostenerse, salvo que se detecte un fraude de ley o simulación de contrato, que el modelo contractual que estamos examinando sea una compraventa a plazos. Por las disposiciones legales a las que hemos hecho referencia de forma genérica con anterioridad y con arreglo a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988, la entidad arrendadora conserva el pleno dominio de los automóviles legal y administrativamente por lo que la voluntad apropiatoria se explicita inequívocamente cuando, sin ejercitar la opción de compra, se dispone de los automóviles y se difumina una masa de bienes de más de cincuenta millones de pesetas que había que devolver en las circunstancias que se derivan del contrato, tal como se recoge en el hecho probado. Se dan por ello, sin necesidad de cambiar totalmente el hecho probado, retocándolo solamente a efectos de fijar la responsabilidad civil con la adición del párrafo anteriormente recogido.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

**Sentencia 1327/2005, Sala de lo Penal del TS, de 15 de noviembre de 2005**

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

**Art. 988 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

*Tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa a los presupuestos y límites de la refundición de condenas, se extiende sobre el momento “ad quem” para proceder a la refundición, que lo fija en la fecha de la sentencia,*

*sin exigir, por el contrario, su firmeza. Con posterioridad, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005 (recogido en el n.º 17 de esta Revista), ratifica este mismo criterio.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Primero.**—(...)

La acumulación de condenas conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la LECrim. tiende a hacer efectivas las previsiones del Código Penal en lo referente a los tiempos máximos de cumplimiento efectivo en los supuestos de condenas diferentes por varios delitos, según los límites que vienen establecidos en el artículo 76 del Código Penal, que consisten, de un lado, en el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido y, de otro lado, en veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según los casos, (STS n.º 128/2003, de 31 de enero).

Tales previsiones se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente el contrario a los que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad, (STS n.º 1996/2002, de 25 de noviembre). Sin embargo, la resocialización del delincuente no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros reconocidos fines de la pena, como la retribución o especialmente, en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial. Por ello, la interpretación de los citados preceptos debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad y evitando que pudiera generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros en aquellos casos en los que las pe-

nas impuestas en las primeras sentencias superasen los límites máximos establecidos en la ley. Por otra parte, los distintos grados previstos en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario, pueden permitir, a través de su correcta aplicación, el avance posible en cada caso en la reinserción del delincuente, lo cual no debe ser incompatible con el respeto a aquellos diversos fines asignados a la pena, aun cuando la duración total de la privación de libertad, considerando las penas refundidas y las que no puedan serlo, se prolongue más allá de los límites generales del artículo 76 ante la imposibilidad de proceder a la acumulación de todas las penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos periodos temporales. El Estado de Derecho no puede permitir que se sitúe en una posición de impunidad para eventuales delitos futuros aquel que, al haber sido condenado a penas graves en virtud de hechos gravemente atentatorios a bienes penalmente protegidos, haya superado los límites señalados en dicho artículo 76. En esos casos la respuesta de la sociedad mediante la imposición y cumplimiento de la pena no es incompatible con los fines de resocialización previstos en el artículo 25 de la Constitución, aplicando las previsiones de la legislación penitenciaria relativas a la ejecución de las penas privativas de libertad, cuando sean procedentes en atención a las particularidades del caso concreto.

La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hayan podido ser enjuiciados

en un solo proceso de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior al tercero, por lo que sólo se debe excluir cuando los hechos de la sentencia posterior ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las anteriores (SSTS 15 de abril y 23 de mayo de 1994, 20 de febrero de 1995, 15 de julio de 1996 y 11 de enero de 1997), señalando la Sentencia de 30 de mayo de 1997 que en la refundición de condenas debe seguirse una interpretación generosa a favor del reo y que únicamente se deben excluir de la refundición aquellas condenas cuyos hechos ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las sentencias anteriores, ya que ello impide que pudiera seguirse en una misma causa (STS 26 de mayo de 1998).

Por lo tanto, lo relevante, más que la analogía o relación de los delitos entre sí, es la conexión temporal, es decir, que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. En este aspecto se ha discutido si la fecha determinante es la de la sentencia o la de la declaración de firmeza, existiendo resoluciones jurisprudenciales en ambos sentidos. En realidad, lo que el artículo 988 de la LECrim. dispone es que los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso. El artículo 17 de la misma Ley, al que el anterior se remite, considera delitos conexos los que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados. Y el artículo 76.2 del Código Penal, al establecer los límites máximos de cumplimiento hace una referencia expresa a la posibilidad de que los hechos pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso.

La jurisprudencia de esta Sala, como hemos dicho, ha mantenido ambos criterios. Como se dice en la STS n.º 748/2000, de 8 de mayo, “en una primera fase, después de las sentencias de 15 de abril de 1994, 27 de abril de 1994 y 23 de mayo de 1994, se consideró que la fecha límite para permitir la

acumulación de una pena a otra correspondiente a un delito de comisión anterior, era la de la firmeza de la sentencia, de tal modo que si la pena había sido impuesta por un delito cuya fecha de comisión era posterior a la de la firmeza de una sentencia anterior, la acumulación quedaba excluida. Tal punto de vista tenía en cuenta que una sentencia no declarada firme podía ser dejada sin efecto, lo que, se entendía, debía ser considerado como decisivo si se partía del efecto de advertencia sobre el autor del delito que estaba en el fundamento de la tesis de aquellas sentencias.

Sin embargo, la jurisprudencia posterior consideró que la posibilidad real de que unos hechos hubieran sido juzgados en un mismo proceso no dependía de la firmeza de la sentencia que en el mismo había recaído, sino simplemente de la fecha de la sentencia dado que una vez dictada la sentencia, cualquiera que fuera su suerte posterior, ya no cabía ninguna posibilidad de incluir nuevos hechos en ese proceso. Esta corrección de la inicial renovación de los principios que regían en esta materia, ha sido la que hoy en día puede ser considerada predominante, sin perjuicio de algunas decisiones de esta Sala en las que el resultado de las acumulaciones resultante pueda resultar contradictorio con las prescripciones del art. 25.2 de la CE”. En el mismo sentido la STS n.º 838/2002, de 10 de mayo y la STS n.º 1175/2003, de 17 de septiembre.

Es por eso que la fecha determinante es la de la sentencia, aunque no haya sido declarada su firmeza, pues desde ese momento no sería posible el enjuiciamiento en un único proceso.

Por otra parte, como se decía en la STS n.º 355/2001, de 5 marzo, “con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, no obstante la amplitud y generosidad con que ha interpretado estos supuestos de acumulación de condenas, cuando se trata de penas impuestas con arreglo a los dos Códigos referidos no cabe tal acumulación si no se ha procedido antes a la revisión de las mismas para aplicar la normativa más favorable”.

De otro lado, “es igualmente doctrina de esta Sala, conforme con el acuerdo adoptado en el Pleno de esta Sala de fecha 27 de marzo de 1998, que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia deberá, asimismo, acordar lo que proceda respecto a las acumulaciones entre sí de las penas correspondientes a las restantes causas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no se conside-

ren acumulables a las que emanen de la causa propia del Tribunal que dictó la última sentencia”, (STS n.º 24/2002, de 15 enero).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impiden un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación.

## Sentencia 1318/2005, Sala de lo Penal del TS, de 17 de noviembre de 2005

ACUSACIÓN POPULAR. COSTAS PROCESALES

### Art. 123 Código Penal

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

#### SÍNTESIS

*Apartándose del criterio jurisprudencial consolidado que estima que el ejercicio de la acción popular no puede dar lugar a una repercusión de las costas debido a su iniciativa procesal, la Sala condena al pago de tales costas en atención al tipo de delito perseguido (contra el medio ambiente) y a su repercusión sobre intereses difusos o bienes colectivos.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Invocando asimismo el art. 849.1.º LEcrim., se denuncia como infringido el art. 123 C. Penal, relativo a la imposición de costas a quienes resulten criminalmente responsables por los hechos enjuiciados, al no haberse incluido entre las mismas las devengadas por la acusación popular. El argumento es que la Asociación recurrente ha tenido un decisivo papel en las actuaciones.

La Audiencia funda el aspecto de la decisión que se examina en la simple afirmación de que a esta parte no le asiste derecho alguno en tal sentido y cita al respecto la sentencia de este Tribunal de 28 de abril de 2001.

Efectivamente, es cierto que esta Sala ha declarado con reiteración que el ejercicio de la acción popular, en tanto que prevista para personas físicas o jurídicas no directamente afectadas por los hechos delictivos, no puede dar lugar a una repercusión de las costas debidas a su iniciativa procesal.

Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que, en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, cuando se trata de delitos como el contemplado, que afectan negativamente a los que se conocen como “intereses difusos”. En efecto, el daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados “de tercera generación”, de difícil encaje en la categoría del derecho subjetivo convencionalmente entendido (forma jurídica habitual de los bienes penalmente tutelados), que, en general, presupone como titular al individuo singularmente considerado, o en todo caso, individualizado o identificable como tal. En cambio, esta otra aludida categoría de derechos vive en una dimensión que es siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, integrantes de grupos humanos indeterminados y abiertos. En algunos casos, puede decirse que, en rigor, lo hacen a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente.

Siendo así, es patente que tratándose de delitos relativos a este género de derechos el criterio aludido en materia de costas no es el más pertinente. Y lo mismo puede decirse del propio concepto de acusación particular, que presupone la existencia de un inmediatamente ofendido. Mientras, en cambio, la acción popular, es decir, la de los genéricamente afectados, se adecua perfectamente a la naturaleza de estas infracciones.

No sólo, la experiencia abona que con frecuencia, en estos años, si alguna protección penal se ha dispensado a tal clase de intereses, más aún, si éstos han llegado a encontrar acogida en la legislación criminal,

ha sido, las más de las veces, merced a iniciativas de esa procedencia.

Por tanto, y en general, puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más natural para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Es decir, de la misma forma en que les conciernen las acciones criminales de referencia.

Y siendo así, en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del art. 124 C. Penal.

Es cierto que el instituto de la acción popular puede ser y ha sido objeto de abuso y de diversos usos instrumentales, en el contexto de estrategias políticas y de otra índole. Pero esto es algo ajeno objetivamente al mismo y que no debe gravar la posición de quienes, haciendo de él un uso acorde con sus fines constitucionales, contribuyan eficazmente a dar efectividad al orden jurídico. Siendo éste un aspecto que debe quedar a la apreciación prudencial expresa que en cada caso deberá hacer el Tribunal de quien dependa la decisión.

En lo que hace al papel desempeñado por la Asociación Proyecto Sierra de Baza, institución de carácter altruista, nacida para contribuir a la protección del medio natural de ese mismo nombre, es de señalar que ha cumplido a plena satisfacción esas exigencias. Pues, en efecto, ha actuado de forma eficaz y plenamente correcta en el plano procesal, todo en cumplimiento de sus fines sociales específicos, como lo acredita la existencia de no menos de medio centenar de intervenciones documentadas en el trámite, en el que ha tenido un papel fundamental. Es por lo que debe darse lugar al motivo.

**Sentencia 1465/2005, Sala de lo Penal del TS, de 22 de noviembre de 2005**

INMIGRACIÓN CLANDESTINA

**Arts. 313 y 318 bis Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

*A propósito de un supuesto de introducción clandestina de mujeres extranjeras en España con la finalidad de someterlas al ejercicio de la prostitución, analiza con detalle la sentencia el alcance de las figuras delictivas previstas en el art. 318 bis del CP y su separación frente al tráfico ilegal de mano de obra del art. 313 del CP.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—Como motivo de casación único, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., invoca el Ministerio Público infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 318 bis del Código Penal, en sus apartados primero y segundo, preceptos que configuran, dentro del Título XV Bis y bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España con propósito de dedicarlas a la explotación sexual.

Respetando íntegramente el “factum”, cuyo contenido ha quedado consignado en los hechos de la presente resolución, el órgano “a quo” subsumió aquéllos en el tipo penal del artículo 188.1 del Código Penal y, consecuentemente, condenó a cada uno de los acusados por dos delitos de determinación al ejercicio de la prostitución mediante el empleo de violencia, intimidación y engaño, con abuso asimismo de la situación de necesidad en que se encontraban ambas víc-

timas. Por el contrario, rechazó la calificación de los hechos —también sostenida por la acusación pública— como constitutivos de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto en el artículo 318 bis. El desarrollo sobre tal convicción de la Sala de instancia se encuentra en el tercer fundamento de derecho de la sentencia impugnada, precisando que, al haber sido formulada acusación únicamente por dicho precepto sustantivo y entendiéndose que no concurren sus elementos tipificadores, sino los del artículo 313 del Código Penal, por aplicación del principio acusatorio no resulta factible condenar al amparo de este último sin quebrantar tal principio procesal, ante la divergencia de bien jurídico protegido, que en el primero de los tipos penales cuestionados consiste en el interés del Estado en mantener controlado el flujo migratorio con respeto de los derechos de los emigrantes sin distinción entre ellos, mientras que en el segundo viene enmarcado por la rúbrica del Título XV, como delito contra los derechos de quienes ostenten la condición de trabajadores, y que castiga a cuantos

promuevan o favorezcan su inmigración clandestina. Considera el Tribunal “a quo” que los hechos no revisten los caracteres del delito previsto en el artículo 318 bis, porque las perjudicadas, de nacionalidad rumana, no penetraron ilegalmente en territorio español, dado que viajaron voluntariamente a través de un medio de transporte convencional y con empleo de la documentación oficial que constituyen sus pasaportes personales, sin burlar así ningún control administrativo. A ello añade su condición de trabajadoras, pues la determinación de viajar a España vino motivada por el acceso a un empleo en calidad de empleadas del hogar, aun careciendo de los permisos administrativos a tal fin, si bien finalmente la efectiva colocación consistió en el ejercicio coactivo de la prostitución. Ante tal ausencia de homogeneidad delictual, concluye la Sala de instancia con un fallo absolutorio respecto del delito previsto en el artículo 318 bis del que venía siendo acusado Santiago, por ausencia de adecuado ejercicio de la acción penal, si bien sin haber hecho uso en el plenario del planteamiento de la “tesis”, amparada por el artículo 733 de la LECrim.

En el recurso interpuesto contra dicho pronunciamiento, el Ministerio Fiscal considera que tal fallo absolutorio resulta inadecuado frente al relato de hechos declarados probados, los cuales no constituirían un delito del artículo 313 del Código Penal, sino del artículo 318 bis, tal y como fue mantenido por la acusación con carácter definitivo. En apoyo de su argumentación, el Fiscal sostiene que el bien jurídico del artículo 313 consiste en un conjunto de intereses concretos y generales protectores de la indemnidad de la propia relación laboral, sancionando las conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. En cambio, estima que el bien jurídico protegido en el apartado segundo del artículo 318 bis lo constituye, además del interés general de controlar los flujos migratorios previsto en su apartado primero, un interés mediato de proteger la libertad, la

seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes.

Procede adelantar ya que el juicio valorativo ofrecido por el Ministerio Público ha de entenderse acertado y conlleva la estimación del motivo interpuesto. Ciertamente, la interpretación jurisprudencial de los preceptos cuestionados requiere un análisis de sus contenidos, en búsqueda de la “voluntas legis” sobre el bien jurídico protegido en cada caso, para lo cual resulta imprescindible partir de la evolución del Derecho positivo español y de las modificaciones legislativas al respecto en el vigente Código Penal, atinentes a los tipos penales en conflicto. Señalar, previamente, que en la fecha de los hechos —26 de octubre de 2003— se encontraban plenamente vigentes ambos preceptos en su redacción actual.

Esta Sala determinó —entre otras, en SSTs n.º 995/2000 y n.º 1330/2002, citadas a su vez en la reciente STS n.º 994/2005— que el Título XV, único entonces vigente, tenía por bien jurídico los derechos de los trabajadores, entendidos como “conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atenten contra las condiciones laborales de los trabajadores”. Como ha corroborado recientemente la STS n.º 1/2005, el artículo 313.1 pretende, en particular, “proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida, para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos”.

La novedosa redacción actual del Título XV Bis —reformado por Ley Orgánica 11/2003 y con entrada en vigor el 1 de octu-

bre de dicho año— castiga en el artículo 318 bis del Código Penal, y al margen de la anterior conducta, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con ligeros matices respecto de su redacción original, introducida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Ello ha planteado una problemática aún mayor a la hora de delimitar los respectivos ámbitos de aplicación de los dos Títulos del Libro II y, en particular, la colisión y posible interconexión entre el artículo 318 bis y el artículo 313.1, relación que puede estimarse como de género a especie, al protegerse en el 313.1 los derechos laborales del colectivo de trabajadores, nacionales o extranjeros, que sean objeto de tráfico ilegal o inmigración clandestina, como fase previa a su posible contratación abusiva y precaria, mientras que el artículo 318 bis ampararía de forma residual cualquier otro comportamiento incardinable en el concepto de tráfico ilegal o inmigración clandestina no vinculada a una relación laboral, si bien en este caso ha de ser necesariamente de personas no nacionales. Es decir, este segundo precepto ha venido a tipificar todo tráfico ilegal o inmigración clandestina de extranjeros, sin que sea precisa en el sujeto pasivo la condición de trabajador. Frente a él, el artículo 313.1 estima punible la explotación laboral en cualquier actividad, al contratarse a trabajadores procedentes del extranjero y carentes de permiso de trabajo y/o de residencia, bajo un amplio concepto de ocupación laboral que jurisprudencialmente ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución (SSTS n.º 2205/2002, n.º 739/2003, n.º 1045/2003 y n.º 1092/2004).

No obstante, efectuada una primera aproximación, hemos de adentrarnos en el concreto contenido del Título XV Bis del Código Penal y, por ende, del artículo 318 bis. Su introducción vinculada a la LO n.º 4/2000, de 11 de enero, ha llevado a algunos sectores doctrinales a interpretar que el bien jurídico protegido por el legislador lo constituyen sin más los flujos migratorios,

atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos. Ahora bien, de “lege data” ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas—, dado que, vistos los acuerdos internacionales sobre la materia, parece desprenderse una “mens legis” orientada hacia un plano supranacional de protección, a modo de interés difuso articulado no sólo para el mantenimiento del orden socioeconómico, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral.

No se trata, pues, de una mera protección penal del interés público en someter a control administrativo el citado y cada vez más frecuente flujo migratorio, cuya criminalización quebrantaría así el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Profundizando en el perfil humano del precepto, tampoco consiste únicamente en una sanción punitiva frente a la lesión del derecho a la integridad moral que impide tratar a los seres humanos como “mercancías”, con un peligro añadido en ocasiones para su vida o integridad física, siendo la conducta punible aun en los supuestos de consentimiento válidamente prestado por el inmigrante extranjero, incuestionable sujeto pasivo del delito cuya tutela penal se pretende en una protección supranacional de los valores individuales. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral —cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP— y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP.

La clandestinidad a que se refieren ambos tipos penales (coincidentes en este extremo) no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto de los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser. En el caso de autos, resulta probado que las dos ciudadanas rumanas, procedentes de su país de origen, accedieron a territorio Schengen, si bien sin que especifique la sentencia —si consta en sus declaraciones— que lo hicieran a través de los puestos fronterizos establecidos al efecto para el control de viajeros, ni la condición en la que accedieron (turismo u otros). No obstante, ello resulta intrascendente, dado que sí consta la voluntad constante de las víctimas de alcanzar una ocupación laboral digna, si bien careciendo por entonces de permisos de estancia o residencia y de trabajo. Cualquiera que fuere la efectiva colocación, podrían así ser consideradas “trabajadoras” en el sentido amplio que ya viene estimando esta Sala y que se extiende, incluso, al ejercicio de la prostitución. Desde tal punto de vista, los hechos revestirían además los caracteres de inmigración clandestina, como señaló el órgano “a quo”, pues no consta que ninguno de los sujetos intervinientes revelaran a las Autoridades fronterizas la auténtica razón de su viaje a territorio nacional. El Juzgador únicamente especifica que las dos mujeres llegaron a España en un viaje concertado con el acusado Santiago, por el que se comprometían a abonarle la cantidad de 500 euros a cambio del transporte y de que les facilitara una colocación como empleadas del hogar en España, careciendo de permiso de residencia en nuestro país y dependiendo así de quienes después explotaron su situación, llegando a privarlas de los únicos documentos oficiales que les habrían permitido regresar legalmente a Rumanía —sus pasaportes—, al tiempo que elevaron a 2.500 euros la cifra que aquéllas debían abonarles.

La conducta del artículo 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigra-

ción con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo —como acontece con frecuencia en los coloquialmente llamados “inmigrantes sin papeles”—, circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo, generalmente con el carácter lucrativo que prevé su apartado tercero, y que, en el caso del apartado segundo, los convierte en víctimas idóneas de una explotación sexual no consentida, lograda mediante el empleo de métodos coactivos de la más diversa índole. Ha determinado recientemente la STS n.º 1304/2005, que el mero alojamiento de inmigrantes sin otras connotaciones es un acto penalmente impune, no existiendo lesión alguna en el hecho de albergarlos mientras tratan de regularizar su situación. Pero éste, evidentemente, no es el supuesto de autos donde el recurrente favorece la entrada clandestina, dándoles alojamiento, con el propósito añadido además de destinarlas a la prostitución.

Así pues, la amplia interpretación del concepto de trabajador que ha venido aplicando esta Sala de casación —entendido como cualquier ciudadano, español o extranjero, potencialmente apto para desarrollar una actividad productiva y que acceda a nuestro territorio para tal fin, con inclusión del ejercicio de la prostitución—, merece una nueva consideración tras la expresa mención de la explotación sexual en el apartado segundo del artículo 318 bis —cuya aplicabilidad, en caso contrario, sería ilusoria, al absorber el 313.1 a todo “trabajador”— y ha de conllevar un rechazo de la interpretación de la Sala de instancia. El genérico tráfico ilegal o inmigración clandestina de extranjeros previsto en el párrafo primero del artículo 318 bis aparece seguido en su apartado segundo por un subtipo especial, agravado por el específico elemento subjetivo del injusto concurrente en el sujeto activo, presidido por la finalidad de destinar a la explotación

sexual a los extranjeros cuyo tráfico ilegal o inmigración clandestina se haya efectuado, y con independencia de que el sujeto pasivo protegido haya prestado o no su aquiescencia. Esa intencionalidad obliga a desplazar la conducta punible desde el aparentemente aplicable apartado primero del artículo 313 hacia el artículo 318 bis 2 cuando se trate —como sucede en el caso de autos— de extranjero traído clandestinamente a España para destinarlo a la prostitución, conducta merecedora de un mayor reproche penal por el fin último —situado en el arcano íntimo del acusado y deducible de las circunstancias concurrentes que señala la sentencia impugnada— de conseguir mediante engaño el inicial consentimiento de ambas inmigrantes a ser trasladadas a España, bajo la errónea creencia de que les iba a ser facilitado un trabajo digno. En cambio, una vez en territorio nacional, se emplearon diversos

métodos coactivos sobre ellas para lograr doblegar su voluntad hasta alcanzar la pretendida finalidad de explotarlas sexualmente con ánimo de lucro, finalidad perseguida por Santiago desde un primer momento que permite considerar la acción descrita como típica y subsumible en el artículo 318 bis en sus apartados 1 y 2 del Código Penal.

En otro orden de cosas, la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del artículo 318 bis.2, dando lugar para el acusado Santiago a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del artículo 188.1 del CP.

Por todo ello, el motivo debe ser estimado y la sentencia de instancia casada en este punto.

### Sentencia 1372/2005, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2005

RECUSACIÓN. IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Arts. 219.11.º LOPJ; 786.2 LECrim.; 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

#### SÍNTESIS

*Ausencia de imparcialidad del Juzgador que conduce a la anulación del juicio, pese a que el recurrente no hizo uso del mecanismo de la recusación en cuanto vía específicamente prevista para su denuncia, denunciándola con carácter previo al juicio oral y en el turno de intervenciones a su inicio.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En orden a la garantía de la imparcialidad, la Ley prevé los mecanismos

de la abstención, que se refiere a la actuación que debe desarrollar el Juez que entienda que concurre alguna causa de las previstas expresamente en el texto legal, y de la

recusación, que atribuye la iniciativa a la parte que considere que tales circunstancias concurren de forma que impiden la imparcialidad del Tribunal.

En el caso actual, el recurrente no ha acudido al mecanismo de la recusación para plantear esta cuestión en la instancia, cuando tuvo conocimiento de la situación de la que ahora se queja, sin que nada se lo impidiera.

Por lo tanto, la primera cuestión a resolver es si es posible plantear la cuestión relativa a la imparcialidad del Juez en el recurso, en este caso en casación, cuando pudo ser planteada con anterioridad y sin embargo no lo fue.

La jurisdicción del Tribunal Supremo en el recurso de casación es esencialmente revisora, lo que implica que las cuestiones que ante él se planteen han debido ser cuestionadas y resueltas previamente en la instancia. Es cierto que la doctrina de esta Sala acerca de las llamadas cuestiones nuevas admite algunas excepciones y que éstas se refieren en muchos casos a las vulneraciones de derechos fundamentales, precisamente en atención a la naturaleza del derecho que debe ser protegido. Pero esa doctrina no ignora que en algunos casos se trata de derechos de configuración legal, en la cual se pueden establecer los requisitos que deben ser cumplidos y el momento adecuado para su ejercicio. Tales aspectos deben ser observados, salvo que sean de tal naturaleza que afecten a la propia esencia del derecho para restringirla indebidamente (artículo 53.1 de la CE), en cuyo caso podría ser pertinente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, bien por esta Sala o por el propio Tribunal Constitucional, en su caso (artículo 55.2 de la LOTC).

En nuestro derecho interno, el artículo 223.1 de la LOPJ dispone que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. De manera que será inadmisibile un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado. Esta es la

línea seguida, entre otras, en la STS n.º 1288/2002, de 9 de julio, que cita abundante jurisprudencia y en la STS n.º 1431/2003, de 1 de noviembre.

Las citadas normas contienen una configuración legal del derecho al Juez imparcial referida expresa y detalladamente al modo y momento de su ejercicio que condicionan la estimación de la queja a su cumplimiento previo. La ley orgánica establece cuál es el momento adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial, y también la sanción para el caso de no hacerlo así, consistente en el rechazo liminar de la pretensión. La posibilidad de plantear la cuestión en casación sin su cumplimiento previo supondría negar validez a tales previsiones normativas.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa de conformidad con lo que antes se ha dicho. La ley, con rango de ley orgánica, configura el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un Juez que no considere imparcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde. La exigencia es radical, habida cuenta que la sanción para caso de incumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión (“no se admitirá a trámite”, artículo 223.1 de la LOPJ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite de recurso, la resolución debería ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

(...)

**Tercero.**—Sin embargo, en materia relativa a la protección de los derechos fundamentales, no es posible condicionar su eficacia a criterios formalistas. Es cierto que la LOPJ exige el planteamiento tan pronto se conozca la causa de recusación. Pero ha de entenderse que lo relevante es que la cuestión pueda ser resuelta en la instancia tan pronto como sea posible por el órgano jurisdiccional que pueda poner remedio a la vulneración denunciada, pues no tendría senti-

do aceptar como criterio válido de actuación la adopción del silencio sobre el particular para pretender la anulación de todo lo actuado al final del proceso, es decir, al interponer el último recurso procedente. Tal forma de proceder afectaría a las exigencias de la buena fe procesal, (artículos 11.1 y 11.2 de la LOPJ).

Por lo tanto, lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no sólo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales.

Pero el procedimiento abreviado contiene otras normas respecto a la posibilidad de realizar alegaciones sobre la vulneración de derechos fundamentales.

El artículo 786.2 de la LECrim. prevé la apertura de un turno de intervenciones al inicio del juicio oral en el ámbito del procedimiento abreviado, con la finalidad de permitir el tratamiento previo de algunas cuestiones, entre las cuales se refiere expresamente a la posible vulneración de algún derecho fundamental. Una vez constituido el Tribunal responsable del enjuiciamiento, e incluso ya iniciado el juicio oral, aunque no se haya hecho uso del mecanismo de la recusación en la forma prevenida por la ley, nada debe impedir que la parte que lo considere oportuno ponga de manifiesto su criterio acerca de la vulneración del derecho al juez imparcial, poniendo de relieve la existencia de una causa de abstención, utilizan-

do para ello el referido trámite previsto en el citado artículo 786.2 de la LECrim. Es cierto que si no ha hecho uso de la recusación en el momento procesal pertinente, el Tribunal no está legalmente obligado a dar cumplimiento a las previsiones legales relativas a su tramitación. Pero ello no es óbice para que el Tribunal examine la pertinencia de la abstención, en atención a los argumentos desarrollados por la parte, dando a la cuestión propuesta una respuesta motivada.

En definitiva, aun cuando la cuestión no haya sido planteada a través del mecanismo de la recusación, y, por lo tanto, no se hayan seguido los trámites legales específicamente previstos para la tramitación de aquella, si la parte hace uso de las posibilidades que el citado artículo 786.2 de la Ley Procesal le concede en orden a denunciar la vulneración de algún derecho fundamental, debemos entender que la cuestión ha sido propuesta en la instancia en condiciones de ser resuelta adecuadamente por el Tribunal, y que, por lo tanto, es posible plantearla nuevamente en el recurso que se interponga contra la sentencia.

**Cuarto.**—En el caso, el recurrente, como se reconoce en el motivo, no hizo uso del mecanismo de la recusación. Ello determinó la imposibilidad de plantear su pretensión por los trámites legales que regulan aquella. Sin embargo, cinco días antes del juicio oral dirigió un escrito a la Audiencia poniendo de relieve su opinión acerca de la concurrencia de una causa de abstención, la prevista en el artículo 219.11.<sup>a</sup> de la LOPJ, al haber resuelto sobre el archivo de la causa, valorando el material probatorio disponible y ordenando al Juez la incoación de procedimiento abreviado en contra del criterio del Juez instructor y del Ministerio Fiscal, citando el auto dictado por los mismos Magistrados que componen el Tribunal el 16 de diciembre de 2002. El Tribunal no adopta ninguna resolución, y al inicio del juicio oral, en el trámite previsto en el artículo 786.2 de las LECrim., el recurrente insiste en su planteamiento, entendiendo el Tribu-

nal que no existen razones para la abstención, ante lo cual hace constar su protesta.

Por lo tanto, aunque no haya hecho uso del mecanismo de la recusación, como vía específicamente prevista al efecto, el recurrente planteó la concurrencia de la causa de abstención que ahora alega como determinante de la pérdida de la imparcialidad objetiva de los Magistrados integrantes del Tribunal. En consecuencia no puede ser atendida la objeción relativa a la falta de planteamiento en la instancia de la cuestión relativa a la imparcialidad del Tribunal.

**Quinto.**—Procede entonces examinar si, como denuncia el recurrente, puede apreciarse falta de imparcialidad en el Tribunal que dictó la sentencia. O dicho más correctamente, si es posible considerar como objetivamente justificadas las razones que el recurrente tenía para dudar de la imparcialidad del Tribunal, aun cuando ninguna tacha personal pudiera oponerse a los jueces concretos que lo integran. La causa que el recurrente alega es la prevista en el artículo 219.11.ª de la LOPJ, esto es, haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

Hemos dicho en otras ocasiones (STS n.º 1084/2003, de 18 de julio) que “respecto de la imparcialidad objetiva en el proceso penal,” (...), “en el entendimiento que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional, su sentido ‘no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa (SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 138/1991, 151/1991, 113/1992 y 136/1992), por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusadores (STC 180/1991) o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso (STC 230/1992)’ (STC n.º 157/1993, de 6 mayo)”.

Sin duda ha de tenerse en cuenta que “el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones con anterioridad al proceso no puede, en sí mismo, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad”. (Sentencia Hauschildt y STEDH de 25 de julio de 2002, Caso Perote Pellón contra España). Es necesario atender al contenido material de la actuación en el caso concreto para valorar si tiene relevancia suficiente para poder generar en el ánimo del Juez determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que puedan influir a la hora de sentenciar (Cfr. STC 98/1997, de 20 de mayo), de tal forma que lo inhabiliten para formar parte del órgano que ha de conocer de la fase de enjuiciamiento.

Por lo tanto, ha de valorarse, caso por caso, el contenido de tales decisiones con la finalidad de constatar si suponen, en cada supuesto concreto, una toma provisional de posición respecto de la culpabilidad del denunciado que pueda condicionar la imparcialidad con la que el Tribunal debe acercarse a la cuestión que se somete a su consideración.

Es evidente que la previa intervención resolviendo recursos contra decisiones del juez instructor, no siempre determina una afectación negativa de la imparcialidad. Con carácter general la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél. En este sentido, no puede apreciarse, generalmente, prejuicio alguno cuando el Tribunal se limita a comprobar la racionalidad de la argumentación y la corrección legal de la decisión de la que conoce en vía de recurso. Por el contrario, su imparcialidad puede verse comprometida cuando adopta decisiones que suponen una

valoración provisional de la culpabilidad que no han sido previamente adoptadas por el Juez instructor, pues ello implica una toma de contacto con el material instructorio y una valoración del mismo desde esa perspectiva. En esas condiciones, el acusado puede abrigar sospechas racionales acerca de la imparcialidad del Tribunal, lo que puede afectar negativamente a su derecho.

Cuando se trata del procesamiento la doctrina jurisprudencial distingue entre aquellos supuestos en los que la Audiencia se limita a resolver un recurso interlocutorio contra el procesamiento acordado por el juez instructor, confirmando dicho procesamiento sobre la base de un relato que el Tribunal no ha construido ni preparado, no habiendo tenido contacto alguno con el material de hecho objeto de investigación, en cuyo caso se estima que no queda afectada su imparcialidad objetiva (Sentencias 1186/1998, de 16 de octubre, o 1405/1997, de 28 de noviembre, entre otras) o aquellos otros supuestos en que es la propia Audiencia Provincial la que dicta un procesamiento «ex novo», u ordena dictarlo, sobre la base de imputaciones que no han sido formuladas o aceptadas por el juez de instrucción (Auto de 8 de febrero de 1993, caso de la presa de Tous y Sentencia de 8 de noviembre de 1993), en los que sí cabe apreciar dicha pérdida de imparcialidad”.

En el caso actual, la queja del recurrente se concreta en la actuación que los Magistrados integrantes del Tribunal tuvieron con anterioridad al juicio oral al resolver, mediante el Auto de 16 de diciembre de 2002, un recurso de apelación interpuesto por la representación de la acusación particular contra el auto denegatorio de la reforma del auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juez instructor, lo cual puede entenderse equiparable a la previsión legal relativa a “haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”.

Según se recoge en el referido Auto, el Juez instructor acordó el sobreseimiento provisional de las diligencias sobre la base

de que no constaba la identidad de la persona que supuestamente falsificó la firma, ni que el imputado utilizara el documento con conocimiento de dicha falsedad. Respecto del delito de falsedad, se dice por el instructor que al exigirse el perjuicio de tercero es necesario que se practique previa liquidación y rendición de cuentas entre los socios.

El Tribunal argumenta que discrepa del criterio del Juez instructor y señala que existen indicios de que las firmas no han sido estampadas por el perjudicado y de que el imputado ha podido utilizar dichos documentos a sabiendas de su falsedad con el objeto de poner fin a la concesión ostentada por NIPOCAR y su posterior concesión a otra mercantil. Examina a continuación la importancia económica de la concesión y de su pérdida, y finaliza señalando que debe “ser revocado el auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de instrucción, ordenando, al amparo del lo dispuesto en los artículos 779 y siguientes, que se dicte auto incoando procedimiento abreviado, en principio y sin perjuicio de las ulteriores calificaciones de las partes, por los presuntos delitos de falsificación y estafa contra Carlos Francisco”. Lo cual, efectivamente acuerda en la parte dispositiva de la resolución.

La decisión del Tribunal implica, pues, un examen de las actuaciones y una valoración de la prueba existente sobre los hechos y sobre la intervención del imputado, distinta de la realizada por el Instructor, para llegar a la conclusión de que procede continuar el procedimiento, ordenando directamente al instructor la incoación de procedimiento abreviado contra el imputado por unos concretos delitos. Ello supone la exteriorización de una valoración de los elementos disponibles que puede ser considerada por el acusado, de forma objetivamente justificada, como una posición inicial favorable a su culpabilidad, lo que le autoriza a dudar de la imparcialidad del Tribunal y a afirmar la vulneración de su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial.

**Sentencia 1401/2005, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2005**

EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO (USO DE ARMAS). SOBRESEIMIENTO LIBRE

**Arts. 20.7.º Código Penal; 637.2, 779.1.1.ª y 848 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Se recogen en la sentencia los requisitos que legitiman el uso de armas por parte de los agentes de la autoridad. Y ello pese a haberse constatado previamente, aplicando la doctrina general plasmada en el Acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2005 (reproducido en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal) que el auto de sobreseimiento impugnado no era susceptible de casación por lo que debió de ser inadmitido.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

El art. 848 LECrim. establece que contra los autos definitivos dictados por las Audiencias “sólo procede el recurso de casación y únicamente por infracción de Ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso”, por lo que es precisa una disposición concreta de la Ley estableciendo la pertinencia de tal clase de recurso. Dispone a continuación que “a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuera libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallase procesado como culpable de los mismos”.

1) Dos son por consiguiente, tratándose de procedimiento ordinario, los requisitos precisos para que sea admisible el recurso

de casación contra estos autos, cuando se trate de sobreseimiento libre:

a) Que la resolución judicial declare que los hechos de que se trate no son constitutivos de delito, es decir, el supuesto del art. 637.2 de la LECrim. dado que es el único caso de los relacionados en el art. 637 en el que el Tribunal, aunque se le solicite la apertura del juicio oral, puede no obstante acordar el sobreseimiento de la causa (art. 645, párrafo 2 de la LECrim.).

No obstante esta limitación de los autos recurribles a los de sobreseimiento del art. 637.2, no impide que también sean recurribles los del art. 637.3, cuando se hubiera aplicado indebidamente el n.º 3 en vez del n.º 2. En otras palabras, en los casos en los que la exención de responsabilidad criminal del procesado pudiera dar lugar a que se considerase que el hecho no es constitutivo de delito (por ejemplo por aplicación de una causa de justificación: legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el

ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), debe concluirse que la resolución pudiera haber sido el n.º 2 del art. 637 y en consecuencia, será recurrible. De manera que únicamente debe aplicarse el art. 637.3 en los supuestos de imputabilidad y de inculpabilidad, en cuyo caso no será recurrible en casación.

b) Que alguna persona estuviere procesada como culpable de los mismos; esta exigencia para que el auto sea recurrible de que alguien se encontrara procesado, en términos generales es considerado ineludible —tratándose de procedimiento ordinario—, de manera que si no es así el recurso debe ser inadmitido conforme a lo dispuesto en el art. 884.2. Esta exigencia debe ponerse en relación con el sistema establecido en los arts. 384, 627 y 630 para interesar el procesamiento de persona que no se encuentre procesada por el Juez de instrucción.

2) En el procedimiento abreviado esta exigencia se entiende cumplida cuando el instructor haya acordado alguna medida cautelar que implique la existencia de indicios que permitan considerar imputado a la persona contra la que se han adoptado tales medidas o cuando se ha dirigido la acusación contra persona determinada, sin que pueda equipararse a estos efectos la mera declaración en concepto de imputado efectuada en el marco de las investigaciones preliminares de las diligencias previas (STS. 24 de noviembre de 1998), siendo factible la posibilidad de considerar, a estos efectos como resolución equivalente la que ordena la continuación de la causa por los trámites correspondientes de dicha clase de procedimiento, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 38/2002, ya que el auto debe contener la identificación del hecho que aparece como delictivo y de la persona imputada (art. 779.1.4.<sup>a</sup> de la LE-Crim.).

Además el recurso sólo es posible en aquellos casos en los que el enjuiciamiento sería competencia de la Audiencia Provincial pues carecería de sentido admitir un re-

curso de casación contra un auto de sobreseimiento en una causa en la que tal clase de recurso no sería posible contra la sentencia (SSTS 41/2004, de 25 de octubre, 1892/2000, de 7 de julio).

Requisitos estos recogidos en el Pleno de esta Sala Segunda de 9 de febrero de 2005, que adoptó el siguiente acuerdo:

“Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1) Se trate de un auto de sobreseimiento libre.

2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

3) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.”

3) En diligencias previas los autos dictados por las Audiencias acordando directamente el archivo al resolver recurso contra el auto de conclusión de las diligencias previas y transformación del procedimiento, dando traslado a las partes acusadoras para formular la acusación, el criterio del tribunal Supremo (SS. 1437/1998, de 18 de diciembre, 450/1999, de 3 de mayo, 1097/1999, de 1 de septiembre, y 1614/2000, de 23 de octubre), consiste en estimar que únicamente es recurrible en casación el auto de archivo dictado por la Audiencia al resolver en recurso de queja, cuando se trata de un procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a la Audiencia y no al Juzgado de lo Penal.

Tampoco cabe contra el auto de la Audiencia Provincial por el que se desestima el recurso de apelación contra el auto del Juez de Instrucción que en el ámbito del procedimiento abreviado decretó el archivo antes de haberse formulado una imputación for-

mal o acusación (STS 828/2002, de 8 de mayo).

**Segundo.**—En el caso que nos ocupa ciertamente existía doctrina jurisprudencial que distinguía los autos de archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito dictados al amparo del inciso primero de la regla 1.ª del apartado 5 del antiguo art. 789 LECrim., de los autos de sobreseimiento libre del art. 637 LECrim. pues a pesar de que a primera vista podía parecer que dada la coincidencia de aquel supuesto con el previsto en el art. 657.2 como causa de sobreseimiento libre (“cuando el hecho no sea constitutivo de delito”) se estimaba (ver STS 16-2-1995), que precisamente por haber huido el legislador del término de sobreseimiento libre en ese párrafo primero de la citada regla 1.ª, cuando en el párrafo siguiente se utilizó sin remilgo alguno el de sobreseimiento provisional, hemos de entender lo contrario; esto es, que la ley no quiere conceder a estos autos de archivo la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres. Si hubiera querido proporcionarles tal eficacia no habría necesitado acudir a una terminología nueva (archivo) y habría utilizado abiertamente la tradicional de sobreseimiento libre. Si no lo hizo así es porque quería marcar la diferencia, permitiendo la reapertura del proceso si en un momento posterior apareciera causa para ello, favoreciendo de este modo la posibilidad de eliminar procesos en trámite sin la amenaza de la imposibilidad de su reapertura.

Igualmente, este criterio se ratifica en la más reciente sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2000 que se remite a la de 3 de febrero de 1998 donde se expresa rotundamente que no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el Procedimiento Abreviado, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del inciso primero de la regla primera del apartado 5 del art. 789 de la LECrim. Con-

forme a la doctrina se mantenía que estos autos dictados al amparo del artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por los que se acordaba el archivo de las diligencias no impedían su reapertura posterior, carecía de eficacia preclusiva a la vista o aportación de nuevos datos que con mayor o menor fundamento lo justifique (SSTC 168/2001, de 16 de julio, SSTS 16-2-1995, 15-10-1998, 20-3-2000, 1-3-2002), por lo que no podían ser equivalentes al sobreseimiento libre y no eran recurribles en casación.

Ahora bien, tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que entró en vigor el 28-4-2003, la redacción del art. 779.1.1.ª es más precisa que la contenida en el precedente art. 789 derogado. Así, entre otros extremos, el apartado primero del núm. 1.º (“si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda... Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”), establece claramente la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificado su perpetración. Cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional. Con ello, se resuelve la anterior confusión sobre la posible equivalencia entre el sobreseimiento libre y el archivo, ya que ahora éste es una consecuencia del precedente sobreseimiento y no tiene autonomía propia.

En el caso que nos ocupa dado que el auto de la Audiencia Provincial revocó en este extremo el auto del instructor y acordó el sobreseimiento libre del art. 637.2 de la LECrim. por no desprenderse la perpetración de ilícito penal alguno, podría entenderse concurrente el requisito del art. 848 de la LECrim. de resolución definitiva, pero faltaría en todo caso, el requisito de apare-

cer en la causa persona alguna procesada o al menos inculpada en los términos señalados en el Acuerdo del Pleno de esta Sala, anteriormente transcrito, al tratarse de un auto de sobreseimiento libre y archivo dictado en diligencias previas, en el que aun no había escrito de acusación de las partes acusadoras (STS 5-5-1997).

En definitiva nos encontramos ante una resolución del instructor que ha sido revisada por la Audiencia Provincial a través del recurso de apelación, con lo que han existido dos resoluciones judiciales en doble instancia, sin que sea posible una tercera a través del recurso de casación al no haberse adoptado ninguna de las decisiones a las que antes se hizo referencia que supongan la existencia de una imputación judicial a persona concreta.

Consecuentemente el presente recurso ha sido indebidamente admitido a tramite, por concurrir la causa 2.ª del art. 884, causa de inadmisión que se transforma en causa de desestimación.

**Tercero.**—No obstante lo anterior la Sala considera necesario pronunciarse sobre los motivos del recurso en aras de evitar cualquier indefensión a las partes recurrente y adherida.

(...)

**Séptimo.**—(...)

En efecto, debemos recordar que cuando se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva “con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable”, pero al mismo tiempo “rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad”, como dice el apartado c) del art. 5.4 LO 2/1986, de 13 de marzo,

cuyo apartado d) concreta que “solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Lo que responde al mandato del art. 104 de la CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la “Declaración de la Policía” hecha por el Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979, y por el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1999.

Conforme a tales normas y directrices para que la actuación del agente pueda considerarse justificada se requiere los siguientes requisitos:

1.º que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2.º que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe; 4.º que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública”.

Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y que se acepta la eximente putativa en STS 1715/1994, de 30 de septiembre.

Requisitos estos enumerados en las SSTS 871/1998, de 19 de junio; 1695/1999, de 1 de diciembre; 1633/2001, de 18 de septiembre; cuya concurrencia se desprende del relato fáctico que el auto recurrido plasma en

su razonamiento jurídico octavo, esto es no ser el agente de la autoridad el primero en efectuar los disparos, así como el hecho de verse obligado a resguardarse de la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto detrás del vehículo Ford Fiesta, matrícula QC-....-IQ, cubriendo y recibiendo su primer impacto de bala en la pierna, y al tiempo de incorporarse parapetado tras el mismo, fue cuando continuaron los disparos, se rompieron los cristales del indicado vehículo y decidió dicho agente empezar a repelar la agresión con arma de fuego de la que estaba siendo objeto, disparando de manera instintiva y continuada hasta caer al suelo.

**Sentencia 1398/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de noviembre de 2005**

TRÁFICO DE DROGAS. COMPLICIDAD

**Arts. 29 y 368 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

*Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a los supuestos en los que, de manera excepcional, se admiten conductas constitutivas de simple complicidad en el delito de tráfico de drogas previsto en el art. 368 del CP, como sucede en el caso enjuiciado.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—El Ministerio Público recurre la Resolución de la Audiencia en el concreto extremo de la calificación como complicidad de la conducta de Fernando, al considerar incorrecta la aplicación que en aquélla se hace de los artículos 28 y 29 del Código

Penal (art. 849.1.º LECrim.), pues entiende que la participación del acusado cumple las exigencias de la figura del autor.

Sobradamente conocidos son los problemas que plantea la exclusión de los supuestos de autoría para la incardinación como mera complicidad de las conductas relacio-

nadas con el delito previsto en el artículo 368 del Código Penal, dada la generalidad con la que la descripción típica contenida en ese precepto se expresa.

Lo que, sin embargo, no impide en forma absoluta la posible caracterización de la colaboración auxiliar, aunque, para ello, debamos hallarnos ante un supuesto muy especial, que analizado en sus específicas circunstancias, permita afirmar ese carácter de mero auxilio respecto de la conducta del enjuiciado.

En este sentido, es reveladora y útil, por su precisión y amplitud, la STS de 15 de octubre de 1998, cuando decía:

“La doctrina reiterada de la Sala Segunda por lo común estima difícil llegar a la complicidad en estas infracciones dada la amplitud de los términos utilizados en la redacción del artículo 344 del Código, según la reforma de 1988 a la que después se aludirá, todavía vigente cuando ocurrieron los hechos (Sentencias de 13 y 28 de abril de 1993, 14 de abril de 1992, 30 de mayo de 1991, 13 de julio de 1996 y 4 de abril de 1997, entre otras). El legislador ha adoptado en la redacción del tipo un concepto extensivo de autor que excluye en principio las formas accesorias de participación, y sólo en supuestos excepcionales se ha llegado a la mera complicidad (Sentencia de 19 de enero de 1995).

La teoría de la complicidad ha sido sólo tenida en cuenta en casos de colaboración mínima, lo que se ha denominado “conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, que no ayudan directamente al tráfico pero sí al favorecedor (Sentencias de 10 de octubre y 14 de junio de 1995 y 15 de marzo de 1993). Esa actividad auxiliar se apreció por ejemplo en el caso de mero acompañamiento a los compradores con indicación de cual era el domicilio de los vendedores (Sentencia de 9 de julio de 1987), o cuando se trataba de una ocultación ocasional y de poca duración en cuanto a una pequeña cantidad de la droga que otro poseía (Sentencia

de 30 de mayo de 1991). Son, sin embargo, supuestos muy puntuales y concretos.

La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea disuasiva, existe cooperación necesaria del artículo 14.3 cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido, o teoría de la “conditio sine qua non”, cuando se contribuye con un “algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo, o teoría de los “bienes escasos”, o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, o teoría del dominio del hecho” (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992).

En conclusión, la cooperación necesaria existe en aquellos casos en los que concurre un previo acuerdo para delinquir, o “pactum scaeleris”, como requisito subjetivo que ciertamente también debe darse en la mera complicidad. Sin embargo en el primer caso se convierten en autores todos los concertados para la actividad del tráfico, cualquiera que sea su misión o su “rol” concreto, si su colaboración contribuye objetivamente a promover, favorecer o facilitar el ilícito tráfico de las drogas en general. En el segundo ese pacto inicial va seguido, objetivamente y también a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, de una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente “antes” o “durante”, anteriores o simultáneas. Se ha dicho que mientras el autor ejecuta hechos propios, el cómplice colabora en hechos que le son ajenos (Sentencia de 16 de junio de 1995, 23 de diciembre y 24 de marzo de 1993).

Por último ha de señalarse que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad,

no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido (ver las Sentencias de 28 de enero de 1991, y 22 de noviembre de 1990).”

Por tanto, la cuestión no es otra que la de la determinación del carácter esencial o auxiliar de la conducta cuyo grado de participación se discute.

Y, en el presente caso, no puede tildarse, en modo alguno, de errónea la conclusión alcanzada por la Audiencia, cuando atribuye a Carlos Daniel la condición de cómplice en el delito contra la Salud pública cometido por su hermano, con base en los argumentos expuestos en su Fundamento Jurídico Quinto, toda vez que no se ha declarado probada la ejecución de actos nucleares del ilícito ni, tan siquiera, relación alguna con la droga objeto de tráfico, habiéndose limitado a permitir que en una dependencia de su domicilio su hermano, y autor del delito, ocultase los instrumentos y efectos para la preparación de la substancia a fin de posibilitar su empaquetado y ulterior distribución.

Se trataba de la simple autorización para ese depósito que por otra parte, como decimos, no se refiere a la droga en sí, sino a productos y medios aptos, tan sólo, para su “preparación” ulterior y que, en último caso, no resultaban imprescindibles y sí fácilmente sustituibles para el fin delictivo, ya que lo verdaderamente importante, como es lógico, era la droga en sí, con la que no tuvo el acusado relación, alguna, ni disponibilidad real ni, tan siquiera, ejecutando personalmente actos concretos que favorecieran su obtención, traslado o posterior distribución.

En definitiva, el carácter pasivo de la intervención, limitándose tan sólo a permitir el almacenamiento, el hecho de que lo almacenado no fuera la droga sino sustancias y efectos de carácter secundario y fácilmente reemplazables y la ausencia de vinculación alguna, física ni de disposición, respecto de la droga objeto del delito, hacen que nos situemos, efectivamente, ante uno de esos escasos supuestos de complicidad en la comisión del delito contra la Salud pública, como acertadamente entendieron los Jueces “a quibus”.

Por todo ello, el motivo y el Recurso deben desestimarse.

### Sentencia 1390/2005, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2005

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. PRUEBA ILÍCITA

**Arts. 18.2 CE; 579 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto A. Andrés Ibáñez**

#### SÍNTESIS

*Doctrina general sobre los presupuestos habilitantes para la adopción de intervenciones telefónicas y de las pautas para el análisis judicial de las solicitudes policiales; se transcribe el voto particular al respecto.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...)

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer plano la exigencia de valorar si la medida fue ciertamente necesaria en el caso concreto para la consecución de aquel objetivo.

En esta segunda verificación hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 C Penal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado. Esto es, si los elementos de juicio sometidos a la consideración del Juzgado por la policía evidenciaban tener como presupuesto un trabajo de indagación de calidad bastante para entender que sus aportaciones justificaban la medida. Y esto, tanto por el contenido informativo de aquéllas, como porque fuera razonable pensar que estaban agotados todos los restantes medios de averiguación. Por último, es también necesario verificar si el Juez de instrucción ejerció de forma satisfactoria el control de la regularidad de la actuación policial a que está obligado, lo que tiene que desprenderse, con la necesaria claridad, de las resoluciones dictadas al efecto, tanto para autorizar inicialmente como para, en su caso, prorrogar las interceptaciones que hubiera autorizado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método que debe seguirse en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención

—por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado— ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar “razones fácticas y jurídicas”. Más en concreto: “los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas”. Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las “meras hipótesis subjetivas”, a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos.

Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre “el dato objetivo” y el “delito” de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito”. De ahí que “el hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”.

Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada —necesaria—, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del art. 18,3 CE. Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición;

hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría formar criterio —que es lo que la ley demanda— para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que —es obvio— debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor. De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud.

(...)

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva “ex ante”, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del

resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajudicial e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación “ex post”, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE.

(...)

**Séptimo.**—Las vicisitudes policiales y judiciales que acaban de reseñarse ponen de manifiesto que todo lo aportado por la Guardia Civil se redujo a la mera sospecha de que ciertos individuos podrían estar implicados en actividades de venta de cocaína, es decir, en la realización de un delito. Pero sin trasladar al juzgado antecedente alguno de la investigación, supuestamente en curso. De modo que, en ese momento y con base tan precaria, era imposible formar juicio acerca de la seriedad del fundamento de aquélla.

Esto se comprueba con sólo aplicar al examen del contenido de los oficios de referencia el modelo de análisis que prescribe el Tribunal Constitucional (entre otras en STC 299/2000) —y antes aún, la más obvia pauta del operar racional— que obliga a distinguir tres planos de discurso. Son los relativos:

- a) Al posible delito.
- b) A los indicios sugestivos de que podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas.
- c) A la actividad investigadora que condujo a la obtención de estos datos.

A partir de esta triple distinción, lo que se diga en a) resultará atendible si, y sólo si, tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que éste goce de cierta plausibilidad como resultado predicable de las diligencias de averiguación relacionadas en c).

Es bien claro que se trata de actuaciones preliminares; y que, dado el momento, no cabe exigir pruebas (como tantas veces innecesariamente se dice). Pero también resulta inobjetable que, por la gravedad de las injerencias, lo que hay que ofrecer al juzgado es una sospecha de delito con apoyo en datos de cierta objetividad y bien obtenidos, que es lo que la hace útil como hipótesis de trabajo.

Pues bien, actuando con ese criterio, se advierte:

1. Que, como es obvio, concurre la invocación de un posible delito, en el caso, de tráfico de estupefacientes junto con la sugerencia relativa a cómo supuestamente se estaría llevando a cabo. Hasta aquí, pues, la mera comunicación de la sospecha.

2. Que los datos iniciarios se agotan en una referencia —inexpresiva por genérica— al modo de vida de Alfredo. Porque lo avanzado sobre la adquisición de la droga y su posterior venta queda en meras suposiciones de las que apenas cabría colegir que en una o alguna ocasión —¿cuántas, cuándo?— Alfredo se desplazó a Villanúa conduciendo un automóvil y siguiendo a su hermana que lo hacía al volante de otro.

3. Que aunque se habla de meses de investigación, no se aporta indicación alguna sobre las particularidades del desarrollo de la misma, de la que, en consecuencia, nada pudo saber el juzgado.

4. Que la pobreza e inconcreción de las aportaciones del oficio las hace perfectamente atribuibles, en exclusiva, a la confianza de que el firmante habla al comienzo.

Cosa bien distinta sería que a partir de una noticia confidencial, en virtud de actos

de vigilancia mínimamente documentados, se hubiera llegado a la conclusión relativa al género de vida del sospechoso mediante seguimientos durante los que se le hubiese visto —por ejemplo— frecuentar regularmente determinados restaurantes, adquiriendo alguna clase de bienes de consumo, utilizando como titular cierto vehículo de alta gama, vistiendo ropas de marca... Y, también, que las afirmaciones relativas al “modus operandi” aparecieran conectadas con una actividad de observación en la que se hubiese advertido que el vigilado hacía desplazamientos regulares a Villanúa, precisamente, en días significativos, como los del fin de semana, para llegar a lugares como —por seguir con los ejemplos— discotecas y bares de alterne, con permanencias fugaces en los mismos, compatibles con la rápida entrega de algo. Y que, sintomáticamente, en tales traslados, era habitualmente precedido por su hermana, que, a pesar de viajar con idéntico destino y a la misma hora, lo hacía en otro vehículo.

Pero lo cierto es que en el origen de la causa no hay nada de esto, sino sólo la noticia de la posible existencia de un delito supuestamente en preparación, que sería la conclusión de una investigación policial sobre la que reina la más absoluta reserva y cuyo resultado podría calificarse de decepcionante, vista la pobreza de lo obtenido.

En vista de semejante modo de operar policial, la Juez de Instrucción debería haber rechazado de plano la petición o, en otro caso, solicitado una ampliación de los elementos de juicio, con la aportación de detalles sobre la naturaleza y la calidad de la indagación. Pero, lamentablemente, no hizo nada de esto, renunciando a la posibilidad de contrastar mínimamente la atendibilidad de las afirmaciones contenidas en el oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ellas, a pesar de su pobrísimo contenido y patente insuficiencia.

Tal es lo que se sigue de la lectura del auto inicial, limitado a reproducir, en síntesis, parte de lo manifestado por la policía,

sin el menor análisis. Actitud que no es ciertamente la que reclama el art. 579.2.º y 3.º LECrim. constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS  
MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. CARLOS  
GRANADOS PÉREZ Y D. ANDRÉS MARTÍNEZ  
ARRIETA EN RELACIÓN A LA SENTENCIA  
DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN  
N.º 1827/2004

(...)

La ponencia ha querido aprovechar un supuesto que a juicio de toda la Sala parecía meridiano en cuanto a la insuficiencia de la motivación para autorizar la injerencia en el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, para deslizar, en una muy extensa exposición, unos condicionantes que exceden de los que se vienen exigiendo en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala para conceptuar acuerdos con la Constitución y las leyes las resoluciones judiciales que autorizan las intervenciones telefónicas.

Junto a una lectura parcial de esa jurisprudencia se mencionan otros presupuestos de tal intensidad fáctica que vienen a crear una injustificada confusión entre lo que es una necesaria línea de investigación y los indicios inequívocamente incriminatorios que permiten dictar el auto de procesamiento o que obtenidos en el acto del plenario constituyen la prueba de cargo en los que

puede sustentarse una sentencia condenatoria; exigir una justificación fáctica exhaustiva mal se compaginaria 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.

Tales condicionamientos pueden llegar a ser insalvables, en detrimento de la lucha contra gravísimas conductas criminales cuando el derecho de defensa, el derivado del proceso debido y el propio mandato constitucional, que autoriza la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial, no los exigen, ni tampoco la jurisprudencia que los ha desarrollado.

Ciertamente, se olvida que es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de dato fáctico o “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 5 de junio de 1992, caso Lüdi)”; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim. para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, 299/2000, de 11 de diciembre, 138/2001, de 17 de julio y 167/2002, de 18 de septiembre. Es asimismo doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 200/1997, de 24 de noviembre; 126/2000, de 16 de mayo, y 299/2000, de 11 de diciembre) que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, “contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva”. Y por último es de recordar que si existe una deci-

sión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad, las resoluciones judiciales que autorizan las intervenciones telefónicas se dirigen a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, en cuanto constituyen medios eficaces de proteger la seguridad pública y la lucha contra la más seria criminalidad como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos re-

levantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril y 299/2000, de 11 de diciembre).

Exigir más requisitos, como el Ponente de la sentencia de la mayoría relaciona, no deja de ser un mero acto de voluntarismo judicial, en gran medida propiciado por la insuficiente normativa sobre la injerencia que la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de manifiesto en sus sentencias, que limita la eficacia de un medio de investigación que puede resultar imprescindible y cuya principal garantía radica, precisamente, en el control jurisdiccional.

## Sentencia 1608/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de diciembre de 2005

PRINCIPIO ACUSATORIO

Art. 24.2 CE

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

### SÍNTESIS

*Estimado el recurso interpuesto por los recurrentes y declarada la inexistencia del delito de malversación de caudales públicos por el que habían sido condenados, la Sala no obstante, de acuerdo con la teoría de la pena justificada, les condena por un delito de apropiación indebida que, dada su homogeneidad con el que fue objeto de acusación, no vulnera el principio acusatorio.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

**Tercero.**—El segundo motivo de ambos recursos, por la vía del “error iuris” del art. 849.1.º de la LECriminal, denuncian como indebidamente aplicado el art. 432.3.º del Código Penal relativo al delito de malversación de fondos públicos por el que ambas recurrentes han sido condenadas, Marí José

como autora en sentido estricto y Luz como cooperadora necesaria.

(...)

En realidad, la cuestión esencial estriba en determinar si se dan o no los elementos que vertebran y dan vida al delito de mal-

versación de fondos públicos del art. 432 del Código Penal, pues de la respuesta que se da a esta pregunta se derivan importantes consecuencias que vendrían a incidir de forma relevante en la práctica totalidad de los motivos formalizados por ambas recurrentes.

(...)

En conclusión, reconociendo la naturaleza de funcionaria, en su condición de cocinera interina, de la recurrente Mari José, debemos declarar: a) que consta acreditado que en el ámbito de sus atribuciones, no tenía encomendada la gestión de los fondos públicos necesarios para la adquisición del avituallamiento del hospital; b) por contra estimarse, que su cometido se limitaba a la manipulación de los alimentos y preparación de las comidas, y c) a lo sumo, de forma episódica y discontinua podía solicitar pedidos a proveedores productos alimenticios para el servicio de la cocina del hospital no constando acreditada que la insinuada tuviera una facultad decisoria sobre los productos del almacén de cocina en los términos exigidos para dar vida al delito de malversación.

Procede con estimación del motivo declarar la inexistencia del delito de malversación de caudales públicos de que ambas recurrentes han sido condenadas, lo que deja sin contenido el debate de la punición del “extraneus” —Luz—, en el delito propio del “intraneus” —Mari José— de malversación de fondos públicos, respecto del que, por otra parte, es constante la doctrina de esta Sala que admite —ya en sede teórica y sin aplicación al presente caso—, la punición del “extraneus” como partícipe en el delito del “intraneus”.

(...)

**Cuarto.**—La declaración precedente no nos conduce a la atipicidad de la conducta descrita, pues el hecho acreditado de la susstracción por parte de ambas recurrentes de diversos productos alimenticios entre el ve-

rano de 1999 y el mes de noviembre del mismo año, de forma continuada “... casi diariamente...” en los términos descritos en el “factum”.

Esta acción, ya descartada la existencia del delito de malversación, podría en sede teórica ser calificada de apropiación indebida o incluso de hurto, de acuerdo con la teoría de la pena justificada.

Con la STC 181/1998 en su FJ octavo podemos decir que en virtud del principio acusatorio, nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse, pues ello es necesario para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal. Este principio acusatorio está íntimamente unido a los derechos de: a) tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión; b) con el derecho a ser informado de la acusación, y c) con el derecho a un proceso con todas las garantías, de suerte que en una visión conjunta de los tres, se deriva el derecho de todo imputado en el proceso penal a conocer temporáneamente la acusación formulada contra él, acusación que se integra fundamentalmente por unos hechos concretos, pero también, aunque con menor intensidad como luego se dirá, por la calificación jurídica de los mismos pues sólo así podrá articular eficazmente y de manera contradictoria su defensa, y, en consecuencia el pronunciamiento judicial deberá efectuarse dentro de los límites del debate marcados por los escritos de acusación y defensa, de donde se deriva que debe existir una correlación entre la acusación y el fallo.

Hemos dicho que si bien el principio acusatorio está integrado por unos hechos y por la calificación jurídica propuesta por la acusación, pues ambos elementos integran y conforman el acto de acusación, los aspectos jurídicos merecen una interpretación más flexible porque como se reconoce en la STC de 30 de septiembre de 2002, lo decisivo para la posible vulneración del principio acusatorio “... no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena, ... sino la efectiva

constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa...”

Es en base a esta modulación, en cuanto a la calificación jurídica, que tiene su asiento la doctrina de la pena justificada, que le permite al Tribunal condenar por un delito distinto pero homogéneo del que fue objeto de la acusación siempre que tal cambio jurídico sea compatible con una exacta identidad de los hechos objeto de acusación —de ahí la homogeneidad delictiva— y siempre, además, que con tal cambio de calificación jurídica se imponga una pena inferior a la que fue objeto de acusación, teoría de la pena justificada que, con las limitaciones citadas, constituye una manifestación del viejo brocardo latino “Da mihi factum, dabo tibi ius”. El núcleo de la teoría de la pena justificada está en la homogeneidad entre ambos delitos, el que es objeto de la acusación y el que es objeto de la condena, homogeneidad que es un concepto de factura jurisprudencial que queda delimitado por dos datos: a) identidad de hechos y b) beneficio para el reo en la medida que el cambio de calificación va a suponer la aplicación de una pena inferior, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso es un factum atribuido a una persona y no un crimen.

En tal sentido se puede citar ad exemplum la STC 204/1998 según la cual “... la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el

órgano judicial modifique la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de un debate contradictorio...”, homogeneidad delictiva que en palabras de la STC 12/1991 quiere decir que “... tengan la misma naturaleza porque el hecho que configura los tipos correspondientes, sea, sustancialmente, el mismo...”, por ello, la STS de 15 de mayo de 2002 estimó delitos homogéneos los delitos de robo y hurto, condenando por este último cuando la sentencia de instancia había condenado por robo, o la STS de 15 de octubre de 2001 que estimó tal homogeneidad entre el asesinato y el homicidio o entre malversación y apropiación indebida —STS 195/2003 de 15 de febrero—, pero no lo son la estafa y el robo —STS 1809/2001—, porque los hechos constitutivos de uno y otro delito son esencialmente diferentes. En el mismo sentido, STS 754/2004 de 20 de Julio que declaró homogéneos los delitos de torturas y contra la integridad moral.

De entre las dos opciones apuntadas —apropiación indebida o hurto— estimamos más conforme con el principio acusatorio la calificación de apropiación indebida por existir en relación a ella una mayor coincidencia y homogeneización fáctica y jurídica con la calificación inicial de malversación de caudales públicos —en tal sentido la STS 195/2003, ya citada—, por lo que se conjura eficazmente el riesgo de indefensión.

### **Sentencia 1433/2005, Sala de lo Penal del TS, de 13 de diciembre de 2005**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

**Arts. 120.3 y 121 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*A propósito de las lesiones causadas por un interno en centro penitenciario a otro mientras trabajaba en un taller, sin vigilancia en el momento*

*de los hechos, se declaran compatibles los arts. 120.3 y 121 del CP, en orden a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo de 2000 (publicado en el n.º 2 de esta Revista de Derecho Penal). Se ofrece, al respecto amplia información jurisprudencial.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, expresamente apoyado por el Ministerio Fiscal, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 120.3 del CP, norma de carácter sustantivo, que ha sido aplicada indebidamente por la sentencia recurrida para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, dado que no ha existido infracción de reglamentos de policía por parte del personal del Centro Penitenciario, de manera que no puede imputarse a una infracción de esta naturaleza la producción del hecho delictivo, pues de una parte, el interno causante de las graves lesiones padecidas por su oponente estaba realizando un trabajo productivo y retribuido por empresario del exterior; de otro lado, el instrumento utilizado para ocasionar las lesiones era un cúter de los que necesariamente han de ser utilizados para el desarrollo de un trabajo. Los internos participantes en la riña habían accedido al desempeño de tareas remuneradas previo examen por la Junta de tratamiento de su historial penitenciario, así como previa declaración de aptitud para el desempeño de ese trabajo, sin que fuera necesario que el Centro Penitenciario adoptara especiales medidas de seguridad ni para el uso de las herramientas necesarias ni para el desempeño de su tarea productiva.

El desarrollo argumental tanto del recurso como del apoyo del Ministerio Fiscal y del escrito de impugnación de la representación del perjudicado Pedro Antonio hace necesario recordar, que en el art. 120 del CP

se recogen los supuestos generales de responsabilidad civil subsidiaria concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, es decir, se trata de una responsabilidad civil de “segundo grado”, sólo efectiva ante el fracaso de la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado.

En su apartado 3, concibe como responsables subsidiarios a “las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de la policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”.

Pues bien, a la vista de que sólo el art. 121 del CP alude específicamente a la responsabilidad subsidiaria del Estado, la provincia, el municipio y demás entes públicos, en tanto el art. 120 hace mención genéricamente a las personas naturales y jurídicas, se ha sostenido por algunos que la responsabilidad del Estado sólo puede fundarse en el art. 121 como norma de carácter especial, no siendo factible acudir a la normativa del art. 120.3. La pretensión de los que así hablan —voces generalmente venidas del campo administrativo, restringiendo la responsabilidad subsidiaria del Estado en vía penal— es la de desplazar al área administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, las demandas contra las Administraciones Públicas. Tal argumentación es con-

testada por un sector amplio resaltando que el art. 120.3 no establece ninguna distinción entre personas jurídicas, públicas y privadas, por lo que ante cualquier duda debe optarse por la interpretación más favorable a víctimas o perjudicados.

Los arts. 2.e) y 4.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, favorecen, bien que de modo indirecto, semejante interpretación. Constituiría un privilegio inconstitucional, opuesto a los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, interpretar que el Estado está dispensado de la responsabilidad civil subsidiaria en vía penal, a través del art. 120.3, mientras se exige dicha responsabilidad a las restantes personas jurídicas.

La expresión “personas naturales o jurídicas” es eminentemente amplia y abarcadora, cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella. De ahí que se haya estimado que entre las primeras figura el Estado o cualquier ente público por los delitos cometidos en órganos o establecimientos de los que aquéllos ostenten la titularidad.

El art. 120 del CP proclama una responsabilidad del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido “no se hubiera producido sin dicha infracción. Más debemos reparar que el binomio infracción-año no se puede construir con semejante nitidez. Así una parte de la doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero —autor material del hecho—. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible

no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal —más o menos directa— entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad. La expresión legal, referida a infracción de reglamento, no puede entenderse en un sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

**Segundo.**—Esta Sala se ha hecho eco de las consideraciones expuestas y ha elaborado un cuerpo jurisprudencial, por ejemplo STS 28-6-2000, en el sentido de que el Estado puede incurrir en responsabilidad civil subsidiaria en los supuestos previstos en los arts. 120.3 y 121 del CP, que son distintos y sin ninguna primacía de uno sobre otro.

En dicha línea se sitúan las STS 13-12-1995, 20-4-1996, 10-10-1998, 30-6-2000, 31-1-2001, 13-7-2002. Según la S 31-1-2001, el art. 121 del CP regula la declaración de responsabilidad civil del Estado en el ámbito penal en aquellos supuestos en que los daños a reparar hayan sido causados por los criminalmente responsables de los delitos que generan dichos daños, cuando sean autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos.

Lo cual no quiere decir que cuando no concurren estos presupuestos, no sea posible la exigencia de esa responsabilidad por otros cauces que también están previstos en el Código, como el que previene el art. 120.3, en el que el Legislador parte de otras situaciones distintas, enumerando en su ámbito de ampliación a toda clase de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, que sean titulares del establecimiento en el que se comete el hecho delictivo.

La sentencia de 13-6-2003, profundiza y amplía las consideraciones precedentes, preguntándose si el Estado puede ser responsable civil subsidiario sólo por el art. 121 o también por el art. 120.3. La respuesta ha de ser afirmativa. Los artículos 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el art. 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el art. 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Esta interpretación es acomodada a los principios constitucionales de justicia e igualdad y sensible con la víctima, a la que evita el llamado peregrinaje de jurisdicciones, y con las crecientes exigencias de la victimología actual; es acorde con nuestro sistema tradicional, elogiado por la doctrina española y extranjera, de ejercicio conjunto de la acción penal y de la civil, que en el Ministerio Fiscal se rige en deber institucional (art. 108 de la LECrim) y constituye una “característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el art. 1.º CE, que beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de

su derecho, para conseguir con esa actuación intuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9.º CE y, con ella, la justicia” (STC 98/1993, de 22 de marzo, F. 3).

La responsabilidad civil del Estado u organismos públicos se caracteriza, en definitiva, por la falta de adopción de las medidas de control para la evitación de ilícitos criminales, dentro del ámbito de organización de la entidad pública responsables, lo que ha dado origen a los clásicos parámetros de la culpa “in vigilando” o “in eligiendo”, su progresión con la creación del riesgo en aquellos casos en que se genere tal responsabilidad en un ámbito propio de dicho carácter.

Las SSTs 28-6-2000, 5-6-2001, 13-6-2003 nos ofrecen un perfecto esquema acerca de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás Entes públicos. La misma se producirá en los siguientes casos:

1) Cuando los personalmente responsables de los delitos dolos o culposos de los que proviene el daño a indemnizar sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos se requerirá:

a) Que el hecho se hubiera cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.

b) Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

2) Cuando no sean responsables de los delitos productores del daño las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

a) Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás organismos públicos.

b) Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los Reglamentos de Policía y demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.

c) Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, ha de ser, pues la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se trata de resarcir. Relación causal que no ha de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.

Norma esta del art. 120 del CP, afirma la STS 13-6-2003, que en su interpretación jurisprudencial no se ve afectada por el nuevo art. 121 del CP, según el acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16-5-2000, conforme al cual “el art. 121 del nuevo del CP no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3 del CP.

Estos acuerdos plenarios no son, ciertamente jurisprudenciales, ni crean jurisprudencia, pero constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, necesariamente en doctrina jurisprudencial.

**Tercero.**—Expuestas estas consideraciones previas y en relación al concreto caso objeto de nuestro análisis. La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en el interior de un Centro Penitenciario debe analizarse teniendo en cuenta el especial deber de vigilancia que le incumbe en estos Centros, administrados y custodiados por funcionarios públicos, en el que viven temporalmente privados de libertad, un cierto número de personas con el riesgo de conflicto derivado de obvias razones psicológicas. Responsabilidad que se deriva del art. 76 Reglamento penitenciario, que los funcionarios deben conocer, bastando cualquier indicio o sospecha de perturbación en la vida norma del Establecimiento. Hay pues responsabilidad del Estado en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los

reclusos, así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia.

La jurisprudencia (SS 13 de diciembre de 1995, 20 de abril de 1996, 14 de septiembre de 1997, 28 de junio de 2000, 21 de enero de 2001, 5 de junio de 2001), tras establecer distinción entre la responsabilidad derivada del art. 121 y la del art. 120.3 —que hemos analizado—, ha aplicado reiteradamente este último precepto (que se corresponde con el antiguo art. 21 del CP 1973), para fundamentar la responsabilidad por hechos acaecidos en Centros Penitenciarios, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se haya cometido un delito o falta; b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; c) Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual; d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria.

En esta dirección la STS de 10 de julio de 2000, en un caso de muerte de un interno por otro en el departamento destinado a reincidentes peligrosos, utilizando un arma blanca, que no fue localizada en los sucesivos cacheos efectuados por los funcionarios, tras descartar la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional contencio-

so-administrativo, afirmando la de los penales, declaró: “La imputación del hecho a una irregularidad, básicamente omisiva, de la Administración no puede ser discutida, toda vez que el mantenimiento del orden en un establecimiento penitenciario es una función específica del Estado y no se puede considerar que tal función haya sido cumplida si en una cárcel hay reclusos que disponen de armas”. Añadiendo: “es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte. Esta infracción reglamentaria, por otra parte, es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados a los funcionarios de prisiones que, en el presente caso, han omitido controlar eficazmente, por su posición de garante frente a la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 de la LOPJ), que éstos tengan armas en su poder”.

De manera similar la STS 5 de julio de 2001, en un supuesto de dos internos que aprovechando que otros dos dormían en la celda, rociaron de gasolina que llevaban en una botella de plástico, la puerta de la habitación, prendiendo fuego y causando graves lesiones, declaró que: “Si los controles de vigilancia y seguridad no pudieron impedir que los procesados se hicieran con un recipiente con dos litros de gasolina y accedieran a la habitación de las víctimas, es indudable que se incurrió por los funcionarios en una infracción reglamentaria, fruto de una omisión culposa, que influyó causal y decisivamente en el resultado (arts. 68, 69 y 70 RP)”. Por su parte, la STS 31 de enero de 2001, analizando la agresión de un interno a otro en los servicios de un módulo penitenciario, con la colaboración de otro recluso que no sólo impidió la salida de los servicios al fallecido, sino que también permaneció en la puerta vigilando para que no pudiera recibir el auxilio de ningún funcionario del Centro, concluyó: “que si bien es claro que no cabía aplicar el art. 121 del CP toda vez que el responsable criminal del homicidio

generador del daño a indemnizar carece de todo vínculo funcional con el Estado, pero sí lo es el art. 120.3 pues homicida y víctima se encontraban reclusos en un Centro Penitenciario del Estado que fue el lugar donde se cometió el delito para cuya ejecución tuvo singular relevancia la ausencia o déficit de la vigilancia... siendo esta infracción reglamentaria de los encargados de establecer o llevar a cabo las medidas de control y vigilancia necesarias para garantizar la seguridad de los internos el elemento causal que contempla y exige el tan citado art. 120.3 del CP”.

En definitiva, la jurisprudencia viene extendiendo la responsabilidad al Estado por delitos y faltas cometidos en los establecimientos penitenciarios, cuando haya habido omisión o ejecución de las medidas precisas sin la debida diligencia, primero para evitar que los internos posean, confeccionen o porten armas blancas en dicho establecimiento por el riesgo que puede suponer para la vida e integridad de las personas encomendadas a su custodia y, posteriormente, al no adoptar las medidas de vigilancia precisas para evitar que un interno circule de una galería a otras, y una vez detectado tal tránsito no se tomen las precauciones necesarias, con el fin de evitar resultados tan nefastos.

Así los arts. 3.4 de la LGP y 5.3 del RP disponen que la Administración velará por la vida, integridad y salud de los internos y la existencia en poder del acusado de un objeto punzante susceptible de producir tan graves daños como los que con él se produjeron, implica una negligencia en el cumplimiento de las funciones de vigilancia necesarias a fin de evitar que los reclusos se hallen en posesión de tal clase de objetos, que no se detectó en poder del acusado la posesión del objeto mortífero por él utilizado en los registros o cacheos reglamentarios que deban hacerse por el buen gobierno de las cárceles o que se hicieron sin el rigor y meticulosidad exigibles (SSTS 25 de mayo de 1994, 5 de mayo de 1995, 19 de marzo de

1997, 28 de junio de 2000, 10 de julio de 2000).

**Cuarto.**—En el hecho probado que sirve de antecedente fáctico a la sentencia que estamos examinando se describen una serie de acontecimientos que se desarrollaron en un establecimiento penitenciario. Las lesiones se produjeron en el taller de Perchas y Pinzas del Centro Penitenciario de Villabona, cuando el acusado Fermín requirió a Pedro Antonio para que pesara una pinza de otro compañero y negarse; Fermín se abalanzó sobre él alcanzándole con el cúter de los empleados en el taller y que portaba en la mano, causándole un corte en la cara.

Como dato complementario en el Fundamento Jurídico cuarto se añade que en el taller donde ocurrieron los hechos había unos 50 internos controlados por los dos funcionarios que depusieron en el juicio oral, y que en el momento de producirse el incidente no se hallaban en el taller, sino uno de ellos en una oficina situada a 30 metros del lugar de los hechos, mientras que el otro se encontraba en un patio interior.

Ciertamente de los anteriores antecedentes fácticos se desprende que nos encontramos ante una situación límite de aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria vía art. 120.3 del CP, pero concurren algunas

circunstancias que avalan su mantenimiento.

Así, de una parte, la agresión no fue tan súbita y repentina como se argumenta en el recurso, pues hubo, al menos una discusión previa al negarse quien resultó agredido a pesar la pinza de otro recluso tal como le había requerido el hoy recurrente. Y de otra, la ausencia en el lugar de los hechos de los dos funcionarios encargados de la vigilancia de los internos, debe entenderse que propició la agresión, pues la sola presencia de los mismos hubiera podido tener un efecto disuasorio y preventivo para los internos que eran calificados por los órganos administrativos y junta de tratamiento del Centro Penitenciario como idóneos para el desempeño del trabajo en el taller de la prisión, y tenían acceso, precisamente por dicho trabajo, a útiles o instrumentos potencialmente peligrosos y susceptibles de causar graves lesiones.

Consecuentemente puede concluirse no sólo con que la vigilancia no fue efectiva, sino que por omisión o negligencia “in vigilando” —e incluso “in eligiendo”— se permitió que el interno acusado perpetrara la agresión.

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado.

### **Sentencia 1536/2005, Sala de lo Penal del TS, de 16 de diciembre de 2005**

NULIDAD DE SENTENCIA. NÚMERO DE MAGISTRADOS

**Arts. 145 y 851.5.º LECrim.; 259 a 267 LOPJ**

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

#### SÍNTESIS

*Nulidad de la sentencia por haber sido dictada por menor número de magistrados del que marca la Ley, que origina la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral con distintos magistrados.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

**Segundo.**—Como destaca el recurrente, las sesiones del juicio oral se celebraron durante los días 9, 10 y 15 de diciembre de 2003, bajo la Presidencia de la Il<sup>ta</sup>.m. Sra. doña Rosa Villegas Mozos, además en calidad de Ponente, y estuvo completada la Sala de Justicia por los Magistrados Il<sup>tos</sup>.m. Sres. don Ignacio Escribano Cobo y doña María Soledad Serrano Navarro. Sin embargo, en el encabezamiento de la sentencia recurrida solamente figuran estos dos últimos Magistrados, lo que se aclara en el cuarto de los antecedentes de la misma, exponiendo que el día 5 de marzo de 2004, se acordó “formar Sala para la resolución de esta causa” por parte de los mismos, los dos citados, designándose como Ponente al Il<sup>to</sup>.m. Sr. don Ignacio Escribano Cobo, “al haber cesado en esta sección segunda la Il<sup>ta</sup>.m. Sra. doña Rosa Villegas Mozos, anterior ponente”, lo que se justifica en el contenido del art. 257.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y con traslado a las partes.

Tiene razón el recurrente cuando señala que la sentencia recurrida ha sido dictada solamente por dos magistrados y que con ello se ha infringido lo dispuesto en el art. 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la regulación que se contiene en los arts. 259 a 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 257.4 de la misma, por cuanto tal precepto permite la formación de la Sala para resolver la causa por dos Magistrados, “cuando el impedido no pudiese votar ni aun de este modo”. No era este el caso, pues pudo el tercer Magistrado formar Sala, aun habiendo cesado en la Sección, al no hacerse constar cuál fue la causa que le impedía formar Sala a un Magistrado que ha cesado en dicha Sección. El art. 155 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que

“cuando fuere trasladado, jubilado, separado o suspenso algún Magistrado, votará las causas a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubiesen fallado”. Obsérvese que el art. 257 de la Ley Orgánica del Poder Judicial invocado, reproduce literalmente el contenido del art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no puede argumentarse que sea una nueva regulación sobre la materia.

Este tema ha sido ya resuelto por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. Al respecto, citamos la STS 750/2003, de 26 de mayo, que literalmente dice: “la cuestión que se plantea está regulada no sólo en la LECrim sino también en la LOPJ que, como orgánica y posterior, ha derogado aquella tácitamente en aquellos preceptos que se encontraran en contradicción con la nueva regulación, en virtud de la «cláusula de cierre» de su Disposición Derogatoria (S. 2065/2001, de 7 de noviembre). No ocurre así en la materia objeto de nuestro análisis por la coincidencia esencial, en lo que ahora importa, de ambas leyes. No obstante la sentencia recurrida al haber sido deliberada, votada y firmada exclusivamente por dos Magistrados se aparta de las normas sobre la constitución de los tribunales. El art. 196 de la LOPJ establece que «en los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala». En el mismo sentido el art. 145 de la LECrim dispone que para dictar sentencia serán necesarios tres Magistrados. El quórum de tres es imprescindible para la válida formación o constitución de la Sala. Se ha subrayado que en materia penal la composición de los Tribunales debe ser siempre impar (arts. 145 y 898 de la LECrim). En la LOPJ los verbos «formar» y «constituir» son equivalentes; el primero —«formar»— lo utilizan los arts. 188.2, 196 y 197, el segundo —«constituir»— lo emplea el art. 199 y el art. 200.1 se sirve de los dos. En la deliberación y votación han de participar los mismos Magis-

trados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados, y ha de comenzar por la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (arts. 253, 254 y 256 de la LOPJ y arts. 149, 151 y 155 de la LECrim); las sentencias se firmarán por todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ). La necesidad de tres Magistrados, como dijo la sentencia de 14 de diciembre de 1992, se explicita en el art. 145 de la Ordenanza Procesal Penal y se reitera en el art. 196, en relación con el art. 81 de la LOPJ; la constitución de una Sala para

dictar sentencia con sólo dos Magistrados es antijurídica e incurre en la nulidad del art. 238.1.º de la LOPJ.

(...)

Por las razones expuestas, procede la estimación del motivo citado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 bis.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarar la nulidad de la sentencia con retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral, en el que intervendrán distintos magistrados.

### Sentencia 1577/2005, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2005

JURADO. PRUEBA TESTIFICAL. ORDEN PRÁCTICA PRUEBAS

**Arts. 45 LOTJ; 701 y 704 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego A. Ramos Gancedo**

#### SÍNTESIS

*Letrado de la acusación particular y testigo de ésta, simultáneamente al que se le impide declarar en calidad de tal por haber permanecido en la Sala durante la declaración del acusado.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—El último motivo denuncia quebrantamiento de forma por denegación de prueba propuesta por la acusación particular, en concreto del testimonio de D. Santiago, que fue propuesta en tiempo y forma y admitida, precisando que la prueba finalmente no practicada acreditaría que el acusado se introdujo en su domicilio, así como acreditar las lesiones que le infringió el acu-

sado, y las sufridas por D.<sup>a</sup> Diana y D.<sup>a</sup> Montserrat.

Detalla el motivo que ya en fase de alegaciones previas de las partes al jurado, según lo establecido en el artículo 45 de la Ley de Tribunal de Jurado, la dirección letrada de la defensa, impugnó la admisión de la prueba testifical de D. Santiago, dicha solicitud fue rechazada por un Auto de fecha 24 de mayo de 2004. El día 25 de mayo de 2004, en la continuación del Juicio la acusación particular n.º 1 ejercida por el letrado D. Santia-

go y con anterioridad al inicio de la práctica de prueba solicitó en base a lo establecido en el artículo 701 de la LECr. que se alterara el orden de práctica de prueba, con el fin que declarara en primer lugar en calidad de testigo D. Santiago, con anterioridad a la declaración del acusado, pues de lo contrario al ejercer el testigo la dirección letrada de la acusación particular n.º 1, y realizarse su declaración con posterioridad a la declaración del acusado, viciaría de nulidad dicha declaración testifical y no tendría validez alguna al practicarse habiendo escuchado todas las declaraciones que se hubieren practicado con anterioridad en su condición de Letrado.

La Magistrada-Presidente resolvió la cuestión no procediendo alterar el orden de práctica de prueba y advirtiendo al Letrado de la acusación particular n.º 1 que si permanecía en la Sala no podría declarar en calidad de testigo. Esta parte formuló la correspondiente protesta, según se desprende el Acta del Juicio, a efectos de recurso. El Letrado de la acusación particular n.º 1 permaneció en la Sala en el ejercicio de su profesión de Abogado en defensa de los intereses encomendados por sus patrocinadas, y la prueba testifical no se pudo llevar a cabo con el consiguiente perjuicio a esta parte.

También en este caso el quebrantamiento de forma está directamente vinculado a la proscripción de indefensión, de suerte que únicamente cuando se acredite suficiente y razonablemente que la prueba no practicada ha producido esa repudiable situación, la censura casacional debe ser acogida. Pero también en este caso, el recurrente se abstiene de consignar argumento o razonamiento alguno que permita considerar que, desde el punto de vista del fondo, el testimonio del testigo propuesto hubiera podido modificar el fallo de la sentencia conforme a los intereses de la parte. Es de advertir, en todo caso, que el Tribunal del Jurado tuvo a su disposición un elenco amplio de elementos probatorios en el que fundamenta su convicción en relación a los hechos objeto de enjuiciamiento, la forma en que éstos se produjeron y la participación en ellos del acusa-

do, por lo que la prueba omitida carecería de la condición de “necesaria” que requiere la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

Examinado el caso desde una perspectiva meramente formal, y como antecedentes procesales de la cuestión suscitada, ya en el trámite del art. 45 LOPJ, la defensa del acusado se opuso a la admisión como prueba testifical del Sr. Santiago recordando lo dispuesto en el artículo 704 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, resolviendo la Magistrada-Presidente que la prueba testifical podía realizarse pero teniendo en cuenta lo previsto en el dicho artículo 704 que dispone que los testigos que hayan de declarar permanecerán hasta que sean llamados, en un lugar a propósito sin comunicación alguna con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona, añadiéndose luego que no procedía alterar el orden de las pruebas, con cita del artículo 701. Esto supuso que decidiendo libremente el Letrado de la acusación particular primera permanecer en la Sala durante la declaración del acusado, no pudo luego declarar como testigo.

Y, desde esta óptica, resulta convincente el criterio del Tribunal Superior cuando sostiene que no se trata propiamente de un caso de denegación de prueba, sino de la decisión del propio Letrado de la acusación particular que asumió con sus actos su exclusión como testigos.

Y, respecto a la supuesta indefensión ya alegada en la instancia de apelación, y al margen de lo que ya hemos expuesto al respecto, tiene razón la sentencia que se recurre que la decisión de la Magistrada-Presidente fuera causante de indefensión, puesto que —dice la sentencia— “es patente que las dos acusaciones particulares han actuado siempre, no de modo coordinado, sino de manera idéntica, pues los escritos de una y otra pueden considerarse el mismo con el mero cambio de nombres. En estas circunstancias parece claro, no ya que pudo realizar el interrogatorio del acusado otro abogado, sino que en la Sala estaba ese otro abogado, que era quien defendía al propio Sr. Santia-

go, el cual pudo perfectísimamente asumir el interrogatorio del acusado”, siendo así que, el artículo 701, en su párrafo último, lo que permite es que el Presidente del Tribu-

nal altere el orden de declaración de los testigos, pero no se refiere a alterar el orden entre el interrogatorio del acusado y la declaración de los testigos.

**Sentencia 1609/2005, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2005**

ESTAFA. FALSEDAD DOCUMENTAL

**Arts. 250.1.3.º y 393 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

*Aclara la resolución que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8 de marzo de 2002 en el sentido de condenar, en concurso de delitos, tanto por falsedad en documento mercantil como por estafa agravada del número 3.º del art. 250.1. del CP se refiere sólo a los supuestos en que el autor de la falsificación y el de la estafa coincidan. Por el contrario, el simple uso del documento mercantil falso (art. 393 del CP) queda absorbido o consumido en la estafa agravada (concurso de normas y no de delitos).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del Ministerio Fiscal.

**Primero.**—Formaliza un único motivo de casación el Ministerio Fiscal, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 849.1 LECrim, alegando infracción del principio “non bis in idem” al condenarse en la sentencia impugnada a ambos acusados por los delitos de uso de documento falso del artículo 393 del CP en concurso ideal con el subtipo agravado de estafa del artículo 250.1º.3 del mismo texto legal, denunciando en suma la inaplicación indebida del artículo 8.º del CP, conforme al cual el delito de uso de docu-

mento mercantil falso quedaría absorbido por el de estafa, habiendo de castigarse a los acusados únicamente por esta última infracción penal.

En apoyo de su queja argumenta la incompatibilidad de la aplicación conjunta de dichos preceptos al considerar que la conducta enjuiciada reúne todos los elementos que caracterizan tanto al delito de falsificación de uso como de estafa agravada mediante el uso de letra de cambio o negocio jurídico ficticio por concurrir en ambos el dolo específico de perjuicio de terceros, por lo que se habría aplicado indebidamente el criterio adoptado en el acuerdo de la reunión plenaria de esta Sala para la unificación de

doctrina de 08-03-2002, cuyo ámbito de aplicación quedaría reservado a los supuestos en los que el autor de la estafa lo hubiese sido asimismo del documento mercantil con el que materializar su ilícito propósito defraudatorio de carácter patrimonial.

El recurso del Ministerio Fiscal debe ser estimado.

Los hechos probados y los elementos con alcance fáctico contenidos en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida, premisa intangible de la que debemos partir en razón del motivo empleado, afirman que no ha quedado acreditada ningún tipo de autoría de los acusados en la elaboración de las letras de cambio que, a sabiendas de su falsedad, utilizaron como medio para engañar al perjudicado y lograr un beneficio patrimonial ilícito. Ciertamente dicha conducta, como afirma el Tribunal de instancia, es constitutiva de los delitos previstos y penados en los artículos 393 y 250.1.º 3 del CP, si bien se ha de discrepar de la relación de concurso que establece entre ambos al considerar que es de delitos y no de leyes.

En este orden de cosas la Audiencia, tras citar el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, en el que se establece que la falsificación de un documento mercantil y su utilización posterior por el autor de la misma para cometer una estafa debe considerarse como concurso de delitos entre los artículos 250.1.º 3 y 392 del CP, reconoce que en el caso que nos ocupa no queda probado que los acusados fuesen los autores, pese a lo cual considera admitido jurisprudencialmente que la estafa cometida a través de una letra de cambio, utilizada como medio necesario para su comisión, no consume su falsedad sino que los dos tipos son compatibles.

La cuestión relativa a la existencia de un concurso entre los delitos de estafa agravada y falsedad en documento mercantil ya fue resuelta por el mencionado acuerdo de la reunión plenaria para la unificación de doctrina de esta Sala estimándose que “la falsificación de un cheque (en este caso se trata

de una letra que incorpora un negocio cambiario ficticio) y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1.º 3 del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo texto legal”, criterio que responde a una doctrina ya tradicional de esta Sala que fundamenta la aplicación del concurso medial (artículo 77 del CP) en el hecho de que la sanción de la estafa no cubre todo el disvalor de la conducta realizada al dejar sin sanción la falsificación previa que, conforme al artículo 392 del CP, no requiere para su punición el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante un supuesto diferente al contemplado en el acuerdo de 8 de marzo de 2002 ya que en el relato fáctico de la resolución impugnada describe una conducta consistente en el uso por unos particulares de un documento que se sabe falso, pero que no han participado en su falsificación, con el fin de perjudicar a otro y obtener un beneficio patrimonial ilícito lo que da lugar a la existencia de un concurso entre los delitos previstos y penados en los artículos 393 y 250.1.º 3 del CP. Si se compara la descripción de la conducta típica en los artículos 392 y 393 del CP, se observa cómo el legislador no incluye en la configuración del primero de ellos el perjuicio o el propósito de perjudicar a tercero que exige la punición del uso por un particular de un documento que se sabe falso, de lo se desprende que cuando en tales supuestos se causa un perjuicio de carácter patrimonial que a su vez da lugar a un delito contra el patrimonio como la estafa, la falsedad, que formaría parte del engaño, piedra angular del citado delito, no pueda ser sancionada junto a éste so pena de castigar dos veces la misma infracción. Por tanto, cuando la falsedad documental se tipifica como un delito que consiste en el propio hecho falsario, sin incorporar ningún elemento tendencial o de específica intencionalidad, se entiende que la subsiguiente utilización del documento falsario como

medio para engañar provocando un acto de disposición constitutivo de estafa da lugar a la existencia de un concurso medial entre delitos que protegen dos bienes jurídicos diferentes. En cambio, cuando el tipo de false-

dad incorpora un elemento tendencial (“para perjudicar a otro”, arts. 393 y 395 del CP), la efectiva realización de dicho perjuicio consume la mera intención de provocarlo.

**Sentencia 1606/2005, Sala de lo Penal del TS, de 27 de diciembre de 2005**

LESIONES (PSÍQUICAS)

**Art. 147 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Entiende la sentencia que las lesiones psíquicas, en cuanto resultado directo (no mera secuela) del delito de lesiones son incompatibles con formas de comisión culposa o imprudente. Realiza, al respecto, una interpretación de carácter teleológico y sistemático del tipo de las lesiones.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—(...)

5. Nos queda por examinar si las lesiones psíquicas que se han apreciado por la sentencia y que se combaten por la acusada, tienen una conexión natural con los hechos y, al mismo tiempo, si son meras secuelas indemnizables o si se pueden conectar una conducta imprudente con un delito de lesiones psíquicas.

El concepto de lesiones psíquicas o mentales está avalado por la Organización Mundial de la Salud que engloba bajo la rúbrica de enfermedad no sólo los daños físicos si no también los padecimientos mentales. Enfermedad mental es el desorden de las ideas y los sentimientos con trastornos graves del razonamiento del comportamiento, de la fa-

cultad de reconocer la realidad y de adaptarse a los retos normales de la vida. Está provocada por perturbaciones cerebrales, de origen genético, tóxico, infeccioso o terapéutico.

Los baremos para la enfermedad mental aparecen en el BOE del 13 de marzo de 2000, que traía las correcciones del RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Estos baremos, basándose en los sistemas de clasificación internacionales, CIE-10 y DSM-IV, definen trastorno mental como el “conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfieren el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración”.

La valoración de la Enfermedad Mental se realizará de acuerdo con los grandes grupos de Trastornos Mentales incluidos en los

sistemas de clasificación universalmente aceptados (CIE-10, DSM-IV). Teniendo como referencia estos manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: Trastornos Mentales Orgánicos, Esquizofrenias y Trastornos Psicóticos, Trastornos de Estado de Ánimo, Trastornos de Ansiedad, Adaptativos y Somatomorfos, Disociativos y de Personalidad.

El desencadenamiento de una lesión mental, desde el punto de vista del derecho penal, exige una acción directamente encaminada a conseguir o causar este resultado. Cualquier alteración psíquica que sea consecuencia de una situación de violencia sufrida (violación, detención ilegal, allanamientos de morada, etc.) no tiene normalmente una conexión directa entre la acción querida y el resultado, ya que en los casos que hemos citado y en otros que pudieran ser semejantes, el propósito y voluntad delictiva está encaminado a causar males distintos de la lesión psíquica. En la mayoría de los supuestos el “stress” postraumático es un resultado aleatorio, cuya mayor o menor intensidad depende, en gran medida, de los resortes mentales y de la fortaleza psíquica y espiritual de la víctima. No existe la menor duda sobre la necesaria evaluación de las secuelas como base indemnizatoria, pero, en ningún caso, pueden añadirse o acumularse a los resultados penalmente sancionados.

6. La lesión psíquica como resultado directo de una acción voluntaria encaminada a conseguir este propósito tiene que ser la consecuencia final de una acción que normalmente no se agota en un sólo acto sino en una conducta metódica, constante, fría y calculada que coloque a la víctima en una situación de ansiedad que afecte a su estabilidad y salud mental.

Tampoco sería descartable la acumulación de este daño a las conductas de detención ilegal prolongada en el tiempo y en condiciones de absoluta inhumanidad.

Pero no es este el caso presente. La sentencia califica los hechos como una imprudencia grave profesional, apreciación que

ya hemos combatido por falta de sus elementos constitutivos. Tampoco se puede conectar la acción de la acusada —de evidente mala práctica médica—, con el resultado que se describe en el hecho probado. Las secuelas se originan por la muerte de la hija y se concretan en un “trastorno de adaptación con reacción depresiva prolongada y ansiedad que necesita asistencia médica”. La normal reacción del ser humano ante un hecho de estas características, no puede calificarse como una lesión psíquica penalmente reprochable. Para aceptar esta hipótesis debemos partir de una acción necesariamente consciente y voluntaria, ya que la ideación, ejecución y consecución del resultado sólo pueden obedecer a una conducta dolosa y nunca imprudente.

7. La previsión legislativa de la inclusión de las lesiones psíquicas como hecho delictivo constituye un indudable acierto. La forma comisiva de lesiones psíquicas se puede construir y analizar, con mayor precisión, examinando otros artículos del Código Penal, por ejemplo, los malos tratos en el seno de las relaciones matrimoniales o de pareja. Al regularlos de forma específica en el artículo 153 del Código Penal, se refiere a la utilización de cualquier medio o procedimiento para causar menoscabo psíquico a las mujeres que se integran en esa clase de relaciones y que se describen a lo largo del articulado. Como puede deducirse se requiere un medio o procedimiento directo y finalísticamente dirigido a la causación de un menoscabo psíquico, lo que descarta cualquier acción traumática causante de daños físicos acompañados de secuelas y, por supuesto, excluye también la causación por imprudencia.

Las consecuencias psíquicas se generan siempre a través de comportamientos de hábito, es decir, de repetición de conductas que desembocan además del sufrimiento aislado derivado de cada acto, en una lesión psíquica.

La exclusión de la forma imprudente en la comisión de este delito se refuerza si acudimos a la regulación de la tortura y otros

tratos inhumanos o degradantes. El artículo 173 del Código Penal considera como acción típica infligir a una persona un trato degradante que menoscabe su integridad moral. A continuación se refiere a los que “habitualmente utilicen violencia psíquica” ejercida sobre las personas unidas por rela-

ción de afectividad. Es evidente que estas actitudes o comportamientos nunca se pueden cometer por imprudencia lo que descartar el propio Código Penal.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

## Sentencia 1543/2005, Sala de lo Penal del TS, de 29 de diciembre de 2005

ESTAFA

**Art. 248 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Tras recordar la doctrina jurisprudencial al respecto, concluye la sentencia absolviendo del delito de estafa, al que había sido condenado en sentencia el imputado en un supuesto de letras de cambio descontadas en una entidad bancaria que resultan impagadas a su vencimiento (las denominadas “letras de favor”).*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Pues bien, en el caso que examinamos nos encontramos ante unas letras descontadas en una entidad bancaria que resultan impagadas a su vencimiento.

El contrato de descuento, de creación jurisprudencial, consiste básicamente en que el Banco descontante, previa deducción del interés correspondiente, anticipa a un cliente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio, mediante la cesión “salvo buen fin” del crédito mismo, de tal forma que el cliente recupera an-

tipadamente el importe de las cambiales con el descuento correspondiente y todo ello previa cesión del instrumento cambiario a favor del Banco, el cual procederá por el mecanismo de cobro correspondiente a su efectividad, de tal suerte que si ello no acontece podrá repetir efectivamente el importe a su cliente.

Por ello, puede decirse que el contrato de descuento relativo al cobro anticipado por parte del librador de las cambiales a cargo de un tercero, mediante la cesión de las cambiales, comporta en realidad dos mecanismos negociables: uno, el causante, fundamental, a resultas del cual por el Banco se

anticipa o entrega la cantidad consignada en el documento, normalmente letras de cambio, con la reducción correspondiente al tipo de descuento, radicando en ese anticipo y en esa reducción el mecanismo causal justificativo de la operación, pues el cliente, librador de las cambiales hace efectivo anticipadamente el importe de las mismas y el Banco se lucra mediante el aprovechamiento del descuento o porcentaje deductor; y una segunda operación, a través de la cual se justifica documentalmente tal intervención del Banco en la cambial, mediante la cesión del crédito correspondiente, figurando a partir de entonces como tal tenedor y titular del crédito documentado en la correspondiente cambial el Banco descontante, y todo ello en cuanto a esa cesión o segunda manifestación externa del contrato de crédito de que en caso de la no efectividad del crédito cambiario por el tercero o librado aceptante, podrá resarcirse el Banco del importe correspondiente a cargo del librado, al cliente del mismo, librador de las letras. En este sentido la STS Sala Primera, de 2-3-2004, señala que el contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonen a la fecha de sus vencimientos por quien resulta obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión “pro solvendo” y no cesión “pro soluto”.

**Tercero.**—Es cierto que en este tipo de operaciones pueden darse supuestos de estafa cambiaria cuando una letra ficticia se negocia como letra comercial; cuando se descuenta fingiendo activamente su carácter comercial u ocultando pasivamente su carácter financiero. En este caso —dice la STS 633/2004, de 10-5— la entidad bancaria que abona el importe del descuento confiando en el carácter comercial del papel que le fue remitido, advierte la maniobra en cuanto presenta las letras al cobro y comprueba que el librado deniega su pago alegando que él

nada debe al librador, que tales letras no obedecen a operación comercial alguna en la que él haya participado. En esta dirección la STS 1092/2000, de 19 de junio, indica uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el descuento bancario. El cliente consigue del Banco una línea de descuento, emite letras vacías o de colusión, con librados imaginarios, o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuando las letras regresan devueltas se ha hecho insolvente o simplemente no paga.

Es igualmente cierto que todo descuento bancario lleva inscrita, como elemento inherente a su naturaleza y contenido, la cláusula “salvo buen fin”, reveladora de que el anticipo del importe —el descuento— lo es a condición de que la cambial sea abonada a su vencimiento, pero interesa distinguir —advierte la reciente sentencia de esta Sala de 14-6-2005— cuando se está en el supuesto de mero incumplimiento contractual a reclamar civilmente, y cuando se está en una modalidad de estafa, y por tanto de dolo penal.

De acuerdo con lo razonado hasta ahora habrá de ser situado el límite del dolo penal y por tanto la legitimidad de la respuesta penal sólo en aquellos casos en que se acredite la existencia de un dolo inicial de incumplimiento, es decir la existencia de un engaño antecedente por parte del contratante del descuento bancario, quedando extramuros del sistema penal los incumplimientos de las obligaciones pactadas por los contratantes —STS 210/2001, de 17 de febrero—.

Ésta ha venido a ser la respuesta dada por la Sala a situaciones muy semejantes a las ahora estudiadas, y en tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

— STS 1839/2000, de 27 de noviembre.

En el marco de un contrato de descuento bancario, se descuentan diversas letras que no respondían a negocio alguno. En casación se revoca la sentencia y se absuelve al recurrente por no estar acreditada la existen-

cia de engaño antecedente en la entidad bancaria.

— STS 2056/2001, de 31 de octubre de 2001.

Sentencia absolutoria en la instancia, confirmada en casación rechazando el recurso del Ministerio Fiscal. No hubo ánimo defraudatorio inicial en la suscripción del contrato de descuento bancario. Fue posteriormente cuando se presentaron, a sabiendas de su falsedad determinadas cambiales. Se estima que hubo un dolo subsequens, que no es apto para el delito de estafa. Se mantuvo la condena por falsedad documental respecto de la que se afirma "... cubre suficientemente la condena típicamente antijurídica del acusado...". Hay que retener el dato del "factum" de que el contrato de descuento se formalizó en noviembre de 1995, efectuándose desde entonces diversos descuentos de cambiales con toda normalidad, hasta que en el período comprendido entre el 12 de febrero al 21 de abril, ambos de 1997 se descontaron diecisiete cambiales falsas, estimándose que existió un dolo subsequens inidóneo para el delito de estafa.

— STS 1092/2000, de 19 de junio.

Empresario que ante la precaria situación económica que padece urde un plan para poner en circulación letras de cambio con cargo a un librado con el que no tenía relación mercantil alguna, obteniendo el descuento de las cambiales en el marco del contrato de descuento que tenía suscrito.

En este caso sí se estimó la existencia de estafa, dice al respecto la sentencia "... uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el contrato de descuento bancario, el cliente consigue del banco una línea de descuento y emite letras vacías o de colusión con librados imaginarios o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuando las letras regresan, se ha hecho insolvente o simplemente no paga...", en base a que el plan defraudatorio estaba urdido desde el principio.

— STS 1302/2002, de 11 de julio de 2002.

También aquí existió un engaño penal en el marco de un contrato de descuento bancario, la peculiaridad del caso estriba en que el tenedor descontante de las cambiales falsas y el director de la sucursal bancaria estaban coaligados para defraudar al banco. En casación se condenó a ambos por el delito de estafa.

— Auto de Inadmisión de 19 de junio de 2003.

Recurrente condenado por estafa. Se inadmitió el recurso en aplicación de la doctrina de que cuando el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato que no podrá o no querrá cumplimentar su prestación, se está en presencia del dolo penal propio de la estafa.

#### Cuarto.—(...)

A mayor abundamiento, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en

cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (pronosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de pronosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su exce-

siva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29-10-1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso

normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal —en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones— respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos grave que el recurso a la pena es, sin duda, la

autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente —no bastante— producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

En esta dirección la STS 534/2005, de 28-4, destaca cómo la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de ser tercero ajeno a la relación creada, y el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de antidesfensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desa-

rrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS 316/2001 de 20-12).

Igualmente, como recuerda la STS 895/2003 de 18-6, aquí no se cuestiona la concurrencia del engaño desde el punto de vista conceptual, moral e, incluso, jurídico determinó, en otro campo, pues, que no fuera el penal estricto y en la perspectiva del delito contemplado. Y es que, en efecto podría decirse que se indujo a error mediante la utilización de los títulos que se relacionan en los hechos probados, presentados al banco como allí se afirma.

Ahora bien, es un tópico doctrinal y jurisprudencial que no cualquier engaño, aun asociado a los restantes elementos típicos del art. 248.1 CP, constituye delito. La ley requiere que el engaño sea “bastante” y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia “ex post”, que sería empírico o de efectividad, sino normativo-abstracto y “ex ante”, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado (STS 633/2004, de 10-5).

Con esto quiere decirse que lo exigido es un engaño de calidad, escenificado de forma que sustraerse a él, en las condiciones dadas, presentase cierto grado de dificultad. Que es lo único que podría justificar el esfuerzo estatal de protección del bien jurídico en riesgo. Justificación que, en cambio, no se dará en el caso del afectado por una acción fraudulenta frente a la que él mismo habría podido prevenirse con facilidad, con sólo hacer uso de conocimientos y recurso de los que disponía.

**Sexto.**—En el hecho objeto de enjuiciamiento nos encontramos con un sujeto pasivo, una entidad bancaria, y un patrimonio en peligro por el descuento de unas letras, es claro que es una posibilidad que estuvo totalmente al alcance de la entidad bancaria afectada, para la que habría sido la mar de sencillo verificar la calidad real de las letras de cambio y su correspondencia o no a operaciones ciertamente existentes. No obstante, no lo hizo y puesto que no puede decirse que hubiera concurrido ignorancia del riesgo ni imposibilidad de evitarlo, lo cierto es que mediante la opción de asumirlo el banco se situó voluntariamente en la situación del que decide conceder un crédito fiado en la solvencia final del único obligado en las letras, que era el librador y haciéndose cargo de aquél. Es por lo que el engaño no puede considerarse bastante lo que determina la ausencia de un elemento esencial de la estafa y, con ello, la atipicidad de la conducta.

Criterio sustentado en las SSTS 1839/2000, que razona: “no puede considerarse que la entidad bancaria hubiera sufrido engaño bastante en cuanto no ha desplegado actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna, lo que le era perfectamente factible, y en este caso difícilmente puede defenderse el engaño cuando la entidad bancario admitió el descuento determinada por la existencia de una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles”, en la STS 1299/2002, que parte de la base que “tanto el librador como el aceptante de las letras... representaban entidades productivas reales y activas... en cuya virtud el aceptante... podría resultar deudor del librador”, refiriéndose más adelante al hecho de que la parte querellante actuó “con plena conciencia del altísimo riesgo que comportaba el descuento de las letras (S 199/2001, de 16.2).

Consecuentemente el motivo debe ser estimado y absolver al recurrente del delito de estafa, por el que había sido condenado.

**Sentencia 15/2006, Sala de lo Penal del TS, de 13 de enero de 2006**

VIOLACIÓN. ROBO CON VIOLENCIA. “NON BIS IN IDEM”

**Arts. 180.5.º y 242.2 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Tras recordar la doctrina jurisprudencial relativa a la agravación por uso de armas en delitos como la violación o el robo violento, concluye que si en el mismo contexto delictivo se utiliza el arma como medio intimidante en cada uno de los dos delitos mencionados, la apreciación en ambos de la cualificación por uso de armas no lesiona el “non bis in idem”.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

2. Podemos resumir la doctrina de este tribunal sobre el art. 180.1.5.ª en los términos siguientes:

A) Hay una tendencia a comparar esta norma con la del art. 242.2 que recoge una agravación paralela para el delito de robo con violencia o intimidación en las personas en los casos en que “el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...”. Y ello para destacar el carácter más restrictivo de ciertas expresiones utilizadas en el precepto que estamos examinando (180.1.5.ª).

B) Aparece a primera vista la restricción derivada de la expresión que, con relación a tales armas o medios peligrosos, precisa así: “susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este código”. Esta ex-

presión revela la voluntad del legislador de dar a esta agravación un alcance menor que el del citado 242.2. No obstante, entendemos que con escasa o nula relevancia práctica, ante la dificultad de que puedan existir armas o medios peligrosos que sean aptos para producir lesiones de los arts. 147 o 148 y no lo sean para las de los 149 y 150 o para el homicidio.

C) En el texto inicial de esta circunstancia 5.ª aparecían los términos “medios especialmente peligrosos” hasta que la LO 11/1999 los sustituyó por “medios igualmente peligrosos”, que es lo que dice y siempre ha dicho el referido art. 242.2. El adverbio especialmente vino utilizándose como una manifestación más de esa voluntad restrictiva del legislador, lo que sirvió de pauta a esta Sala para justificar una interpretación estricta, argumento que, evidentemente, tras la mencionada modificación legal ya no cabe utilizar.

Sin embargo, este criterio restrictivo a la hora de interpretar y aplicar este art.

180.1.5.<sup>a</sup> continúa en base a otros argumentos diferentes que examinamos a continuación.

D) El primero, y más importante sin duda, se deduce del principio de proporcionalidad. Refiriéndonos al caso más grave, que es el aquí examinado, el de la agresión sexual con acceso carnal, para el que se ha restablecido el término violación, la pena, concurriendo una sola de las circunstancias modificadoras del art. 180, va de 12 a 15 años de prisión, superior a la del homicidio del art. 138 para el que se prevé de 10 a 15 años de prisión. Ciertamente hay que respetar la voluntad del legislador. No podemos prescindir de esta pena, ni rebajarla sin causa legal; pero esto nos obliga a seguir la mencionada vía de la interpretación estricta en pro de una aplicación al menor número de casos posibles. La pena para el delito básico en estos casos, la del art. 179, va de 6 a 12 años.

E) Hay otro argumento con frecuencia utilizado por esta Sala en pro de esta tendencia restrictiva, que se deduce del principio “non bis in idem”, principio que la doctrina del TC enlaza con el de legalidad del art. 25.1 CE. Se utiliza al respecto una razón, quizá discutible, al considerar que lo habitual en esta clase de delitos es utilizar para las amenazas algún instrumento de las clases que objetivamente podrían encajar en los términos armas o medios peligrosos usados en esta norma penal, con lo cual lo que habría de ser la excepción propia de los delitos cualificados se convertiría en la regla general, la propia de los delitos básicos. Para evitar esta consecuencia indeseable, se acude a esta vía de la interpretación restrictiva. De otro modo, aquello que vale para constituir el elemento violencia o intimidación, el uso de arma o medio peligroso, con frecuencia el único elemento usado al respecto, se utilizaría dos veces en la punición del hecho, una para aplicar el art. 178 y otra para esta agravación 5.<sup>a</sup> Por esto venimos hablando de posible vulneración del principio “non bis in idem” en estos casos.

F) La concreción de esta aplicación del art. 180.1.5.<sup>a</sup> con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza sólo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo, cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5.<sup>a</sup> Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves, como ocurre cuando se coloca un arma blanca o medio semejante junto al cuello o el abdomen, o una pistola apuntando a la cabeza, tórax o también al cuello o al abdomen. Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto.

G) Por último, conviene añadir aquí algo también reiteradamente proclamado por esta Sala: en todo caso hay que tener en cuenta, con criterios objetivos, el instrumento utilizado y la forma en que se usó, no aquello que pudiera decir el agresor o pensar la víctima, como podría ocurrir cuando —así fue en el caso presente— se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, aunque, por sus características y modo de uso, pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso.

Tal doctrina jurisprudencial se encuentra, entre otras, en nuestras sentencias 1158/2004, 939/2004, 1605/2003, 1487/2003, 283/2003, 722/2001, 431/1999

y 1588/1997 y en otras que en estas mismas se citan.

(...)

**Cuarto.**—Examinamos aquí unidos los motivos 3.º y 4.º que obedecen a una misma estructura.

En el motivo 3.º, al amparo del art. 5.4 LOPJ se alega vulneración del principio “non bis in idem” por aplicar la circunstancia agravante del art. 22.2.º del CP, ya que ésta había operado en el mismo sentido de aumento de la pena respecto del delito de violación.

En el motivo 4.º, por la misma vía procesal del art. 5.4 LOPJ, se vuelve a alegar infracción del mismo principio con la misma argumentación, pero no con relación a esa agravante genérica 2.ª del art. 22, sino respecto de los tipos cualificados de los arts. 180.1.5.ª y 242.2.

Ciertamente queda lesionado el referido principio “non bis in idem” cuando un mismo dato, hecho o circunstancia se tiene en cuenta para agravar dos veces en una misma infracción penal, pero no cuando se trata de infracciones diferentes, cada una de las cuales tiene su propia pena con sus propias atenuantes o agravantes genéricas o específicas (tipos cualificados).

Si en una misma ocasión, como aquí ocurrió, se cometen varios delitos, en el caso fueron el de violación y el de robo con intimidación en las personas, tanto la circunstancia agravante del art. 22.2.ª, derivada del lugar (despoblado) y tiempo (nocturnidad) en que ambas infracciones se produjeron, como la ocasionada por aplicación de los arts. 242.2 (robo) y 180.1.5.ª (agresión sexual) las dos efectivamente con el mismo fundamento fáctico —el uso de medio peligroso—, no puede operar el referido principio “non bis in idem”, pues se trata de infracciones diferentes, cada una con su bien jurídico propio a proteger.

Así se deduce de lo que ahora expresa el citado art. 180.1.5.ª cuando, tras decir la pena agravada a imponer en estos casos de violación añade “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”. Se refiere aquí al concurso real entre las agresiones sexuales y el homicidio, asesinato o lesiones; pero ello no es sino la aplicación a estos casos de ese criterio general que acabamos de exponer: cuando hay un concurso entre delitos diferentes, la necesaria protección de los diversos bienes jurídicos a que responde cada una de las normas penales obliga a que cada uno de los delitos correspondientes tenga que llevar consigo su propia pena con sus respectivas atenuantes o agravantes, genéricas o específicas.

Y ello incluso aunque se trate de más de una infracción penal cometida en una misma ocasión. Pensemos en el caso de un allanamiento de morada (art. 202.2) que prevé el tipo cualificado cuando el delito se comete con violación o intimidación, seguido de una violación haciendo uso de una navaja (art. 180.1.5.ª), seguido a su vez de lesiones producidas por la misma navaja (art. 148.1.º) y de robo del art. 242.2. Caso realmente ocurrido que fue examinado por esta sala en su reciente sentencia n.º 1518/2005, de 19-12-2005, en un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya. En esta clase de sucesos, la agravación específica derivada del uso de la navaja como medio de intimidación o violencia es aplicable por separado respecto de cada uno de tales delitos por muchos que éstos sean.

Véanse las sentencias de esta Sala 108/1997, de 27 de enero, 645/1998, de 13 de mayo, 704/1999, de 27 de abril, 213/2000, de 18 de febrero, la más reciente 939/2004, de 12 de julio y las que en éstas se citan.

**Sentencia 8/2006, Sala de lo Penal del TS, de 17 de enero de 2006**

**DENEGACIÓN DE PRUEBA. PROPOSICIÓN DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL**  
**Art. 729.3.º LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Indebida denegación de prueba propuesta en el juicio oral para acreditar circunstancias que puedan influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—1. En el motivo 1.º de este recurso, que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, por la vía procesal del art. 5.4 de la LOPJ, se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24.1 y 2 del CE en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías utilizando los medios de prueba pertinentes para la defensa; en consideración a que se había propuesto y denegado en la tercera de las sesiones del juicio oral, celebrada el 7 de junio de 2004, la declaración testifical de D.ª María Teresa, empleada de hogar del citado Sr. Íñigo.

(...)

En la sesión anterior —3-6-2004— (folio 149 y ss.) había declarado como testigo D.ª Erica, esposa de D. Íñigo, diciendo —f. 149— que “va siempre con él desde que quedó ciego”.

Al folio 166 vto. y 167 aparece la propuesta referida en los términos siguientes: “el jueves una empleada de hogar de los Sres. Íñigo-Erica se puso en contacto con Mapfre para decir que tiene constancia de

que el Sr. Íñigo ve y que no siempre le acompaña su esposa”, añadiendo que esta testigo se encuentra en las dependencias del Tribunal dispuesta a prestar declaración.

Luego consta que el Tribunal, previa deliberación, adopta diversos acuerdos en relación a diferentes cuestiones que se le habían propuesto, siendo el 3.º y último de ellos el relativo a tal propuesta de prueba testifical, el cual aparece redactado (folio 167 vto.) en los términos siguientes: “No existe norma legal que ampare esa petición. Procede su desestimación. La acusación particular formula protesta sin especificar en base a qué precepto legal”.

3. Entendemos que la Audiencia Provincial de Barcelona, al denegar tal prueba en la forma que acabamos de exponer, no obró correctamente:

A) En primer lugar, resolvió de plano, sin haber oído antes a las demás partes: Ministerio Fiscal y defensa del acusado. La contradicción, pieza esencial en el acto del juicio oral, así lo exigía y ello es uso habitual en los Tribunales de justicia.

B) Ciertamente, había una norma legal en que se amparaba esa proposición de

prueba: el art. 729.3.º LECr que permite practicar en el juicio oral “las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles”. Esta norma procesal, aunque no haya sido citada al proponer la mencionada testifical, ha de ser conocida del tribunal en virtud del principio “iura novit curia”.

C) Se conocía el objeto de esa declaración testifical denegada, pues al proponerla se había dicho que la testigo era una empleada de hogar de los Sres. Erica-Íñigo, que tenía constancia de que D. Íñigo ve y que no siempre le acompañaba su esposa; expresión esta última que hace clara referencia a lo que había declarado la esposa (D.ª Erica) en la anterior sesión del juicio oral, en cuya acta consta, como acabamos de decir, que esta señora declaró —f. 149— que “va siempre con él desde que quedó ciego” haciendo referencia sin duda a su marido. Con esta prueba rechazada se pretendía acreditar algo que podría influir en el valor probatorio de las manifestaciones de esta señora que había declarado en esa sesión anterior del plenario, con lo cual queda la prueba perfectamente encajada dentro de los términos literales del citado art. 729.3.º LECr.

D) Hubo protesta, como expresamente reconoce el propio texto del acta del juicio oral, con lo que quedó cumplido el requisito del art. 659 para la formulación de recurso de casación, sin que para la eficacia de tal protesta sea necesario citar precepto legal alguno.

E) En cuanto al último apartado del citado n.º 3.º del art. 729 —“si el Tribunal las considera admisibles”— reproducimos el párrafo final del fundamento de derecho 4.º de la sentencia de esta Sala 710/2000, de 6 de julio, citada en el escrito de recurso, que dice así: “el ejercicio de las facultades prevenidas en el art. 729 de la LECr no es arbitrario, por lo que puede ser objeto de revisión casacional cuando pueda ocasionar in-

defensión por limitar de modo no razonable el derecho a la prueba aplicando un criterio excesivamente formalista o restrictivo, como ha sucedido en el presente caso”. Es lo ocurrido también en el que estamos examinando.

4. La consecuencia jurídica de todo lo dicho ha de ser la que ya hemos anticipado: la estimación de estos dos motivos primeros:

A) No hubo extemporaneidad alguna en la proposición, como pretende la defensa del acusado, ya que el propio texto del art. 729.3.º habla de diligencias de prueba que en el acto ofrezcan las partes.

B) No era necesario decir el nombre de la testigo al realizar su ofrecimiento como medio de prueba, ya que quedaba perfectamente identificada al decir que se trataba de una empleada de hogar de los Sres. Erica-Íñigo.

C) Acerca de la pertinencia de tal prueba ninguna duda puede plantearse, habida cuenta de la relación del testimonio de esta señora con el objeto del presente proceso penal: la determinación de si hubo o no engaño al juez, a través fundamentalmente del engaño a los peritos médicos, haciéndose pasar por ciego total —aunque reconociera que percibía algo de luz por un ojo— quien no era tal. La declaración sobre este punto de la referida señora, que conocía el comportamiento de D. Íñigo en su casa como empleada de hogar que allí trabajaba, podía revelar elementos de hecho efectivamente relacionados con la existencia o no de la mencionada ceguera total. Como bien dice el Ministerio Fiscal en su informe en el presente recurso, si este señor leía o no, si veía o no la televisión, si se manejaba solo o no en su domicilio y otros extremos de orden doméstico, son datos que tienen que ver con el tema de si mintió o no el Sr. Íñigo, mentira que en definitiva habría de constituir la estafa procesal imputada en la instancia tanto por la acusación particular (Mapfre) como por el Ministerio Fiscal.

D) Y lo mismo hemos de decir respecto de la necesidad de la mencionada testifical. Es claro que esa prueba, unida a otras —las periciales, la declaración de la esposa, etc.—, habría servido para mejor valorar el conjunto de todas ellas a la hora de determinar si la sentencia por tal delito de estafa procesal tenía que ser absolutoria o condenatoria.

E) Evidentemente esta propuesta de nueva prueba, realizada en el curso del juicio oral, que es cuando tuvo conocimiento Mapfre de la existencia de esta testigo, merecía una respuesta positiva. El Tribunal de instancia tenía que haber hecho uso de sus facultades discrecionales mediante la admisión de prueba conforme al mencionado art. 729.3.º LECr., facultades revisables en casación como tenemos dicho, en aras de una mejor defensa del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes

(art. 24.2 CE) y en definitiva en pro de una adecuada tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1).

E) En definitiva, hay que estimar los dos primeros motivos de este recurso, ambos de idéntico contenido, al haber existido una indebida denegación de prueba (art. 850.1.º; motivo 2.º) con una indudable vulneración de derechos fundamentales de orden procesal (852 LECr.: motivo 1.º), lo que ha de llevar consigo la devolución de la causa al Tribunal de instancia para que ésta vuelva al trámite del juicio oral, que habrá de celebrarse en su integridad con una Sala formada por magistrados nuevos, es decir, que no hubieran intervenido en la sentencia aquí recurrida, a fin de asegurar las garantías propias de la imparcialidad objetiva, según viene resolviendo esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en estos casos.

**Sentencia 26/2006, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2006**

DECLARACIÓN SUMARIAL DE COIMPUTADO. INICIATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL

**Arts. 714, 728 y 730 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

*Declaración sumarial de coimputado que posteriormente se niega a declarar en el juicio oral y sobre la que el Tribunal indebidamente basa su propia convicción probatoria, tomando además la iniciativa para proceder a su lectura excediendo de las facultades que legalmente se le confieren.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...)

En tal sentido, hay que comenzar indicando cómo la prueba esencial sobre la que se construye la convicción condenatoria de los Jueces “a quibus” no es otra que la constituida por las declaraciones sumariales del coimputado Miguel, según los propios términos contenidos en la motivación de su Sentencia cuando, en el Fundamento Jurídico Tercero de la misma, se razona extensamente sobre dichas manifestaciones, su alcance, eficacia, etc., para tan sólo, en el último párrafo de ese mismo Fundamento, afirmar que, además, esa prueba viene “avalada” por las testificales de los funcionarios policiales actuantes, que afirman que, en efecto, los recurrentes acompañaban y tuvieron contactos con Miguel.

A partir de tal premisa, resulta evidente que el objeto de nuestro análisis ha de centrarse en el estudio del valor probatorio de esa declaración, erigida en elemento acreditativo decisivo por el propio Tribunal de instancia, toda vez que en ella implicaba, facilitando incluso su correcta identificación, a los restantes acusados en la autoría de los hechos por los que él mismo era juzgado en este procedimiento.

Igualmente, hay que recordar, desde ahora, que semejantes manifestaciones inculpatorias fueron vertidas, exclusivamente, en fase sumarial, a presencia del Instructor y del Letrado que asistía al propio declarante, sin que participaran en ellas el resto de Defensas, lógicamente por el hecho de que, en ese momento y antes de conocerse los datos identificativos de los otros supuestos implicados, tales Defensas, no hallándose aún incurso en el procedimiento, era imposible que pudieran concurrir a aquel acto.

Y hemos dicho que fueron vertidas exclusivamente en esa fase previa del proceso, toda vez que, como se comprueba con la

lectura del Acta del Juicio oral, llegado el momento de prestar declaración ante los Juzgadores, el acusado, Miguel, se limitó a negarse a responder a ninguna pregunta, pasando el Tribunal directamente, en ese momento, a proceder al interrogatorio del siguiente acusado, sin más trámites, lectura de actuaciones, solicitudes ni intervenciones de ninguna de las partes presentes, etc.

La Audiencia considera introducida, pues, esa prueba capital, casi exclusiva, de la Acusación, en las posibilidades de valoración para su uso en el enjuiciamiento, por el hecho de que, llegado el momento de la práctica de la prueba documental en el Juicio, todas las partes dieran “por reproducida” la obrante en las actuaciones y, en ese momento, por decisión a iniciativa del propio Tribunal, se procediera a la lectura de la repetida declaración inculpatoria.

De todo ello hemos de concluir en que la prueba no se realizó en la fase de declaración de los acusados ni su lectura fue instada por la Acusación, sino, tan sólo, practicada a instancias del propio Tribunal, en el momento de la práctica de la documental.

Y es que la única forma válida en que una declaración sumarial en la que, por muy lógica que fuera tal omisión, no se ha podido dar cumplimiento efectivo al esencial principio de contradicción, por producirse en ausencia del Letrado de quien se va a ver directa y tan negativamente afectada por ella, habría sido mediante su introducción, en el momento oportuno, es decir, en el de la declaración en Juicio de quien la prestó sumarialmente, mediante la lectura, como tal prueba personal y no otorgándosele una naturaleza documental del que carece y, en todo caso, a petición de la parte interesada en hacer valer su eficacia probatoria, en este caso especialmente al tratarse de la Acusación.

En efecto, la doctrina viene proclamando, al respecto, que son requisitos necesarios para la validez, como prueba de cargo

preconstituída, de las declaraciones prestadas en fase sumarial: uno de carácter material, consistente en la imposibilidad de su reproducción en el acto del Juicio oral, otro subjetivo, con la intervención del Juez de instrucción en su producción, un tercero objetivo, garantizando la posibilidad de contradicción con la debida asistencia letrada al imputado, y, por último, el de carácter formal, consistente en la introducción del contenido de la declaración sumarial mediante la lectura del acta en que se documenta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por todas, la STC 280/2005, de 7 de noviembre).

Pero, en el caso que nos ocupa, como hemos visto, puesto que al único momento en que dicha declaración se prestó no pudieron asistir las Defensas de los que a partir de ellas resultarían imputados, acusados y, en definitiva, condenados, esa prueba, para su correcta introducción en el Juicio, debería haber cumplido de la forma más rigurosa las restantes exigencias previstas para ello y, en concreto y de modo esencial, el que no se viera desnaturalizada y temporalmente desplazada, procediendo a su lectura como si de prueba documental se tratase cuando, hasta la saciedad, se tiene dicho que, en realidad, estamos ante un medio de prueba personal, eso sí, documentado, pero en ningún caso, documental (STC 303/1993, por ejemplo).

Tal precisión, no obstante, no responde a un mero capricho formal o circunstancial, sino que adquiere todo su sentido si advertimos que de haberse procedido a su lectura en el momento oportuno, es decir, en el transcurso del interrogatorio dirigido a quien realizó las manifestaciones en cuestión, se le podía haber preguntado si reconocía esa declaración como suya, pues, aunque su respuesta hubiere sido la negativa a contestar, ya a partir de ese momento, ese material y el contenido de semejante declaración sumarial, conocido por todos los presentes desde entonces, mediante su lectura pública y, por ende, cumpliendo los principios de oralidad y publicidad básicos en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, quedaba in-

troducido debidamente en el correspondiente debate y podía ser objeto de contradictorio tratamiento, tanto en los sucesivos interrogatorios dirigidos a los otros acusados como a los testigos, y en las alegaciones de las partes.

Pero es que, además, si lo anterior no fuera ya de por sí sobradamente suficiente, sucede que, en este caso, también comprobamos cómo la iniciativa de la lectura de la declaración fue adoptada por el propio Tribunal, sin que en ningún momento, ni como prueba personal ni como documental, el Fiscal la interesase.

A este respecto, el artículo 730 de nuestra Ley Procesal literalmente dice: “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

Por consiguiente, con lo acaecido en este supuesto se exceden, a nuestro juicio, las facultades de iniciativa probatoria que la legislación, efectivamente y con base en los principios imperantes de oficialidad o búsqueda de la verdad material, otorga en este ámbito al Juzgador, pues semejante protagonismo nunca ha de llegar a erigirse en una absoluta suplantación de la función acusadora, sino que debe quedar reducido a la búsqueda de aclaraciones o complementos respecto de pruebas ya producidas a instancia de aquel sobre quien pesa la carga de la acreditación de los hechos de que se trate.

Así se desprende de la literalidad de todos aquellos preceptos que otorgan esas específicas facultades de iniciativa probatoria al Juzgador, tales como los que se refieren a la posibilidad de alteración del orden de práctica de las pruebas propuesto por las partes para el mejor esclarecimiento de los hechos (art. 701.5.º LECr.), la formulación de preguntas a los testigos circunscritas a la depuración de los hechos sobre los que declaren (art. 708 parr. 2.º LECr.) o, en definitiva, la práctica de careos o las diligencias de prueba necesarias para la comprobación (exclusivamente) de los hechos objeto de

los escritos de calificación (art. 729.1.º y 2.º LECr.; vid. al respecto la STS de 1 de diciembre de 1993), que, evidentemente, quedan siempre subordinadas a la actuación de la parte, a la que siempre se le respeta su protagonismo como, por ejemplo, ocurre también en otro ámbito, incluso de mayor excepcionalidad y trascendencia para el enjuiciamiento, cual la posibilidad del denominado “planteamiento de la tesis”, previsto en el artículo 733 de la Ley, que, a la postre, deja siempre en manos del Ministerio Público la responsabilidad última de la asunción de la iniciativa sugerida.

En esta ocasión no sólo la prueba se introduce en un momento inadecuado y con un carácter que no le corresponde, sino que además, constituyendo, como ya vimos, prácticamente la única prueba o, al menos,

la esencial para sostener la conclusión condenatoria contra los recurrentes, no fue en ningún momento aportada por la Acusación, sino que, indebidamente, se produjo sobre la exclusiva iniciativa del mismo Tribunal que, posteriormente, la utiliza como fundamento de su propia convicción incriminatoria.

Razones las anteriores por las que procede, con la estimación de ambos Recursos, dictar la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se absuelva no sólo a estos recurrentes sino, igualmente, al otro condenado, Antonio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues, aunque no recurriera su condena, le son de plena aplicación los argumentos expuestos para la absolución de Alexander y Carlos Antonio.

## Sentencia 58/2006, Sala de lo Penal del TS, de 30 de enero de 2006

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

**Art. 787.1 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Doctrina general sobre los límites para la admisibilidad de recursos de casación frente a sentencias de conformidad.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

Con independencia de la credibilidad que puede merecer esta explicación, es preciso recordar que las normas de derecho procesal

tienen la naturaleza de “ius cogens”, obligando a todos los intervinientes en el proceso, y en primer lugar al Tribunal.

Pues bien, el art. 787.1.º de la LECriminal en vigor a partir de 28 de abril de 2003, y por tanto vigente cuando se cometieron los hechos —6 de octubre de 2004— permite la

conformidad en el mismo momento del Plenario si bien limitado a que la pena no excediese de seis años de prisión, requisito que no debe faltar y que actúa como presupuesto de la sentencia de conformidad. El precepto es idéntico al art. 793.3.º de la LECriminal anterior a la reforma de la ley 38/2002, de 24 de octubre.

En el caso de autos no se cumplió este requisito pues la conformidad alcanzada lo fue sobre una pena de siete años de prisión.

Como es doctrina de esta Sala —entre otras SSTS 622/1999, de 27 de abril, 691/2000, de 11 de abril ó la 1774/2000, de 17 de noviembre—, por regla general son inadmisibles, los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas de conformidad. Ello se apoya en la consideración de que tal conformidad del acusado, avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear ante el Tribunal Casacional las cuestiones fácticas y jurídicas aceptadas libremente y sin oposición, y en un deber de elemental lealtad al pacto al que se hubiera llegado entre la defensa y el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, se puntualiza que esta inadmisibilidad del recurso de casación frente a sentencia dictadas de conformidad, está condicionada a la doble exigencia de que: a) se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad, y b) a que se cumplan en ésta los términos del acuerdo entre las partes en la sentencia.

Dentro de la primera de tales perspectivas resulta admisible el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de conformidad cuando se dicte en un supuesto no permitido por la ley, como es el que afecte a una pena superior a la legalmente establecida, como ocurre en el caso que ahora se estudia.

En el presente caso, la conformidad se ha obtenido en términos que quedan fuera de las previsiones legales y por ello procede declarar la nulidad de la sentencia recurrida, y que un nuevo Tribunal, compuesto por Magistrados que no hayan intervenido en la resolución que ahora se anula proceda a efectuar nuevo enjuiciamiento.

# AUDIENCIAS PROVINCIALES

**Sentencia 253/2005, AP ASTURIAS, Sec. 2<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2005**

INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE LOS HERMANOS, MAYORES DE EDAD EN LA FECHA DEL DELITO, DEL FALLECIDO POR HOMICIDIO IMPRUDENTE

**Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Covadonga Vázquez Llorens**

## SÍNTESIS

*Dentro de la cuestión de indemnizar los perjuicios a los familiares de la víctima del accidente, y con apoyo en el “baremo” que sirve de guía para fijar las reparaciones económicas, la sentencia que seleccionamos niega que los hermanos mayores de edad del fallecido tengan derecho a ser indemnizados.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—Siguiendo con el examen de las cuestiones planteadas procede ahora determinar si los hermanos Jesús Manuel, María Milagros y Pedro Miguel tienen o no la condición de perjudicados por el fallecimiento de Ángel Jesús, si la cantidad prevista en la tabla I, Grupo IV del Baremo corresponde a los padres en conjunto o a cada uno de ellos separadamente, y por último si se

debe o no aplicar el factor de corrección del 10% previsto en el apartado de perjuicios económicos de la Tabla II visto que el fallecido estaba en edad laboral.

Así las cosas y en cuanto a los hermanos ha de señalarse que la aseguradora Caser estima infringida la Ley 30/1995 al haber fijado la sentencia de instancia una indemnización a favor de los hermanos mayores del fallecido, cuando la mencionada Ley los ex-

cluye como beneficiarios de la indemnización por muerte de persona soltera cuando perviven los padres.

Como punto de partida conviene poner de manifiesto que son varias las sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> en las que se ha planteado la cuestión de si el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, conocido por baremo, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, es o no obligatorio. Así las Sentencias de 27 de junio, 20 de diciembre de 2000, 15 de febrero, 16 de abril y 17 de septiembre de 2001 se han pronunciado afirmando su obligatoriedad. El carácter vinculante del Baremo del Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, fue confirmado por la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 de 29 de junio, que vino a despejar las dudas existentes sobre si las cuantías establecidas en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, tras la reforma operada por dicha Ley 30/1995, a las que se refiere el art. 1.2 de dicha Ley, tenían o no carácter vinculante para los Tribunales, y en donde se afirma: “ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Queda pues resuelto, y en sentido afirmativo, el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales causados en accidentes de circulación, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente “orientativo” o “indicativo”.

Ciertamente, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de

los Seguros Privados, expresa en su Exposición de Motivos, que entre otras modificaciones, hay que destacar la determinación legal del importe de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación y añade que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, sigue diciendo la Exposición de Motivos, una cuantificación legal del “daño causado” a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 19 del Código Penal.

En el supuesto que nos ocupa, hay que partir, pues, de la premisa de que el baremo establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a motor resulta obligatorio en la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, y en la Tabla I, correspondiente a las indemnizaciones básicas por muerte, en su Grupo IV, se refiere al supuesto, como el que ahora examinamos, de víctima sin cónyuge ni hijos, con padres conviviendo con la víctima, e incluye entre los beneficiarios a los hermanos menores de edad que convivieran con la víctima y no se incluye, por el contrario, a los hermanos mayores de edad. Como se dice en la SS de la Sala 2.<sup>a</sup> de 27 de junio de 2000 “basta con leer el Grupo IV de la Tabla I para comprender tal error interpretativo: cuando se trata de determinar la indemnización que corresponde en caso de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, y no con hermanos solamente (como se trata en el grupo siguiente), la merita Tabla IV concede la indemnización que

dispone a los padres que convivan con la víctima, como es el caso, y a continuación señala: “a cada hermano menor de edad con convivencia con la víctima en los dos casos anteriores”.

La claridad interpretativa del precepto cuya aplicación como antes se ha dicho es vinculante, es clara y patente y no ofrece duda alguna, por lo que es evidente procede estimar en este punto el recurso interpuesto por la asegurado Caser, con un planteamiento claro y sintético, y en consecuencia excluir como beneficiarios a todos los hermanos del fallecido a los que se ha concedido indemnización, a saber Jesús Manuel, María Milagros y Pedro Miguel por cuanto y como así se desprende de la copia del libro de familia obrante a los folios 492 y ss. de las actuaciones todos ellos habían alcanzado la mayoría de edad cuando el accidente se produjo, no teniendo por ello derecho a percibir indemnización.

La materia del siguiente motivo planteado se resume en la cuestión de si —conforme a lo establecido por la Ley 30/1995— la cantidad prevista en la tabla I, Grupo IV de la Resolución de 13-III-1997 (BOE 25-III-1997) de la Dirección General de Seguros corresponde a los padres en conjunto o separadamente. Es decir: se trata de saber si es correcta la decisión del Juez “a quo” de haber fijado la indemnización prevista en los citados baremos a favor de ambos padres o si procede respecto de cada uno de ellos, individualmente considerados. A este respecto ha de señalarse que la Sala 2.<sup>a</sup> del T. Supremo ha decidido en Sala General de 14 de febrero de 2003 que “la cuantía indemnizatoria prevista en el grupo IV de la Tabla I del Baremo contenido en el Anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en supuesto de fallecimiento de ‘víctima sin

cónyuge ni hijos y con ascendientes’, en tanto que expresamente atribuye a los ‘padres’, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad de la prevista, cuando fuere uno sólo el superviviente”, criterio reiterado en la sentencia Sentencia de 11 de marzo de 2003, por lo que es evidente procede confirmar en este punto la sentencia impugnada fijando por ello la indemnización de los padres en la suma de 77.555,55 euros a repartir entre ambos al 50%.

Sí procede por el contrario conceder a dichos progenitores el factor corrector del 10%, por cuanto y a diferencia de lo que se afirma en la instancia, cuando se trata de la Tabla II o Tabla III “Factores de corrección por fallecimiento o por lesiones permanentes”, no es preciso para su concesión la acreditación de los ingresos percibidos por el fallecido o lesionado, siendo suficiente con que la víctima estuviera en edad laboral en el momento del accidente como es el caso, pues como ha reconocido la jurisprudencia de modo reiterado, el porcentaje opera como un mínimo y se concede a los lesionados que se encuentran en edad laboral aunque no se justifiquen ingresos, como se establece expresamente en la nota al pie de las correspondientes tablas del baremo, por lo que al encontrarse el fallecido en edad laboral en el momento del accidente, la indemnización básica de los progenitores habrá de incrementarse en dicho porcentaje reclamado del 10% el que se considera ajustado, procedencia de dicho factor corrector que en caso de lesiones permanentes y fallecimiento viene siendo pacífica, en cuanto no afectada directamente por la sentencia 181/2000 del Tribunal Constitucional.

¿PUEDE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN SER “SOCIEDAD” A LOS EFECTOS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS?

**Art. 297 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz**

SÍNTESIS

*Dados los amplísimos términos en que está redactado el art. 297 del Código Penal, que pretende suministrar una definición auténtica, a los efectos de los delitos societarios, de lo que deba entenderse por “sociedad”, surge la duda de si las juntas de compensación que operan en el ámbito urbanístico entran o no en esa categoría. La Audiencia de Logroño opta por la solución negativa.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En cuanto al delito societario, a que se refiere la querrela, previsto en el artículo 291 en relación con el 297 del Código Penal, folios 5 a 6 de la querrela, para conocer sobre dicho pretendido delito contra el orden socioeconómico, es preciso indicar que para apreciar cualquiera de los delitos societarios previstos en los artículos 290 a 296, es necesario que la actividad, a que se refieren estos preceptos se realice en el ámbito de una sociedad, que participe de modo permanente en el mercado, como exige el artículo 297 del Código Penal, ya que este requisito constituye elemento sustancial o presupuesto necesario, para que pueda cometerse cualquier delito societario, como ha señalado la sentencia de 18 de octubre de 2001. La querrela se refiere a una actuación del Presidente de la Junta de Compensación de la Unidad de Ejecución que se señala,

que se señala, y anteriormente indicada, de modo que deberá determinarse si dicha Junta de Compensación puede subsumirse dentro del ámbito del artículo 297 del Código Penal.

Para ello es preciso referirse al concepto y naturaleza jurídica de la Junta de Compensación.

El artículo 127.3 LS-/76 señala que la Junta de Compensación tendrá naturaleza Administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

De forma concreta en cuanto al concepto y naturaleza jurídica de la Junta de Compensación procede señalar:

A) Concepto de junta de compensación. La junta de compensación es uno de los mecanismos más importantes que tiene la iniciativa privada de ejercer el derecho que le reconoce el art. 4 LS/98 de participación en la acción urbanística.

Es junto con las asociaciones administrativas de propietarios y las entidades de conservación, una de las entidades urbanísticas colaboradoras reconocidas en el art. 24 RGC. Concretamente, se trata de un supuesto de autoadministración por cuanto son los propios interesados los que desarrollan la función pública de ejecución del planeamiento (STS 11-3-1989).

B) Naturaleza jurídica de las juntas de compensación. Al margen de la polémica doctrinal que suscita esta cuestión, la naturaleza jurídica de este instrumento urbanístico ha sido calificada por la legislación como administrativa. Sin embargo, esta naturaleza administrativa ha sido reconducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exclusivamente al caso de ejercicio de funciones públicas, constituyéndose así en un agente descentralizado de la administración (STS 11-2-1989). Por tanto, no toda la actividad que desarrolle la junta tiene naturaleza administrativa ni, consecuentemente, se somete al Derecho administrativo en su totalidad. Así, en la medida en que la junta de compensación gestione intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho privado. Conforme a este Derecho privado podrá contratar la ejecución de las obras, la adjudicación de parcelas, la venta de solares, concertar préstamos, etcétera, sin tener que someterse a las formalidades y rigidez del Derecho administrativo (STS 24-5-1994 y 30-10-1989).

Dado este régimen jurídico específico en el que se entremezclan elementos de Derecho público y privado, lo concluyente para definir su naturaleza jurídica como pública es la función urbanística que desarrolla (TS 21-10-1987, 29-12-1987), siendo fundamental esta cuestión a la hora de determinar, muchas de las reglas de funcionamiento de las juntas de compensación como la posibilidad de recursos ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa (TS 24-5-1994, 16-5-1990).

C) Personalidad y capacidad jurídica de la junta de compensación. La adquisición

de personalidad jurídica por la junta de compensación tendrá lugar a partir del momento de su inscripción en el Registro Administrativo de entidades urbanísticas colaboradoras (RGL art. 26.2). Exclusivamente a partir del momento en que tenga lugar dicha inscripción, podrá ejercer la junta su carácter administrativo, por ejemplo, para llegar a la vía de apremio del art. 70 RGU. Es decir, la inscripción en este registro de la copia de la escritura pública de constitución tiene carácter constitutivo por lo que el acto de aprobación de la constitución de la junta por los órganos competentes para ello es un acto condicionado, en cuanto a sus efectos, a la efectiva inscripción posterior en el registro. Dada su personalidad jurídica las juntas de compensación podrán adquirir, poseer y enajenar los bienes de su patrimonio.

D) En cuanto a la plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (LS/76 art. 127.3) hay que decir que la junta actuará como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquella, sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos (LS 76/ art. 129.2). Sin embargo la incorporación de los propietarios a la junta de compensación no presupone, salvo que los estatutos dispusieran otra cosa, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados (LS76/ art. 129.1). Cuando se transmite a la junta la propiedad de los terrenos, por estar así previsto en los estatutos y consumada posteriormente en la correspondiente escritura pública, se estaría en presencia de una titularidad fiduciaria o, para ser más exacto, de una titularidad vinculada, en el sentido de que se orienta necesariamente a los fines de la compensación, conservando los transmitentes facultades de seguimiento de la finalidad urbanística a que se dirige (STS 18-4-1997).

En el caso más normal de no transmisión de sus propiedades a la junta, los propietarios conservan la plena disponibilidad de sus terrenos y la posesión de los mismos. Por tanto, no cabe hablar de titularidad fiduciaria, pues la junta no tiene ningún derecho

subjetivo sobre los mismos. Aquí la junta tendría unas “facultades de actuación sobre las fincas concedidas ‘ex lege’” no titularidad fiduciaria, sino, en todo caso “actuación fiduciaria” o “facultades fiduciarias”.

E) Respecto de las facultades dispositivas de la junta se pueden sistematizar los distintos momentos y circunstancias en que pueden tener lugar.

a) Antes de la aprobación del proyecto de compensación, la junta sólo puede realizar actuaciones dispositivas internas, es decir puede redistribuir las cuotas de participación como consecuencia de la incorporación a la junta de empresas urbanizadoras: puede poner a disposición de quienes ejecuten la obra urbanizadora las superficies sobre las que se vayan a ejecutar las obras y aquéllas otras que sea necesario ocupar durante su realización: en consecuencia, puede alterar mediante la urbanización la configuración física de las fincas: puede también demoler las edificaciones, obras, plantaciones e instalaciones en cuanto sea necesario su eliminación para realizar las obras de urbanización previstas en el plan. Esto es así porque en el sistema de compensación, al estar predeterminedada toda la actuación en las bases, se puede proceder antes a la urbanización que a la aprobación del proyecto de compensación.

Durante esta fase previa a la aprobación del proyecto de compensación la junta sólo puede efectuar actos dispositivos con eficacia externa respecto a los bienes expropiados que han pasado a su titularidad (RGU art. 177.2). Lo que no puede hacer es enajenar una de las fincas aportadas ni siquiera bajo la condición suspensiva de aprobación del proyecto de compensación.

b) En el proyecto de compensación, las facultades dispositivas de la junta se entran en la redistribución de las fincas entre los propietarios, concediendo una finca distinta de la aportada, constituyendo copropiedades y aun extinguiendo el derecho mediante su abono en metálico [RGU arts. 122.3 y 4 y 172.b)]. Puede también extinguir los dere-

chos que gravan las fincas o convertirlos en derechos de crédito con garantía de las mismas. Y, finalmente, cede el ayuntamiento los terrenos rotacionales y aquellos en los que se localice su derecho al aprovechamiento lucrativo (RGU arts. 179 y 180).

c) Una vez aprobado el proyecto de compensación, la junta tiene las facultades dispositivas internas mencionadas y, además tiene poder dispositivo sobre los terrenos que “se hubiera reservado” en el proyecto de compensación [RGU art. 172.d) y 177.1]: en cambio, no puede hipotecar los solares adjudicados a los propietarios sin que ello esté previsto en el proyecto de compensación, pues, en definitiva, la hipoteca supone un menor valor de la finca adjudicada, lo que, necesariamente, ha de ser valorado en las adjudicaciones que efectúa el proyecto de compensación (sobre el carácter y consecuencia de esta actuación fiduciaria como una de las notas más características de las juntas de compensación pueden verse las sentencias (SSTS 19-10-1993, 30-10-1989, 2-11-1985).

F) Objeto de la junta de compensación. Por lo que se refiere a la finalidad de esta figura, podemos decir que la más característica, es la ejecución de la urbanización previa elaboración del proyecto de compensación en su caso (RGU art. 172 a 180).

Igualmente el art. 130.1 LS/76 reconoce la posibilidad de que esta entidad urbanística colaboradora pudiera llevar a cabo la edificación de los solares resultantes de la urbanización, siempre que así haya sido previsto.

Por último, también se prevé la posibilidad de que la junta se convierta en entidad de conservación y realice, por tanto, las funciones propias de éstas (RGU art. 25.2).

Conforme a estos principios no puede entenderse que la actividad del Presidente de la Junta de Compensación, a que se refiere la querrela pueda incluirse dentro del ámbito del artículo 297 del Código Penal, imprescindible para que puedan concurrir cualquiera de las tipo societarios, a que se refieren los artículos anteriormente mencionados.

**Auto 917/2005, AP MADRID, Sec. 17.<sup>a</sup> bis, de 7 de octubre de 2005**

DELITO FISCAL: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

**Arts. 131, 132.2 y 305 Código Penal; 64 LGT**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

## SÍNTESIS

*El diferente plazo de prescripción de las inspecciones tributarias y del delito fiscal, la caducidad de las facultades de la Administración Tributaria para practicar la liquidación de la deuda, la existencia o no en la actual normativa penal de presupuestos de procedibilidad de carácter administrativo-tributario, son todas ellas cuestiones que pondera el auto para determinar si debe apreciarse la prescripción del delito fiscal.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Impugna la recurrente la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción en cuanto en la misma no se acuerda la prescripción del delito.

Dos son los argumentos que formula. El primero hace referencia a la supuesta prescripción de la infracción integrada por la supuesta defraudación por parte de la recurrente de cierta cantidad en concepto de IVA devengado en el año 1991.

Sostiene la recurrente que, al estar dicho impuesto sometido a liquidaciones trimestrales, la fecha en la que debe considerarse cometido el delito coincide con aquella en la que finaliza el plazo para declarar en cada uno de los trimestres del ejercicio.

En la fecha en la que la infracción supuestamente se perpetró, estaba vigente la Ley 30/1985, de 2 de agosto. Su artículo 69 fijaba el plazo para liquidar el impuesto por remisión a lo establecido en el artículo 172.4 del RD 2028/1985 que a su vez esta-

blecía que “El período de liquidación coincidirá con el trimestre natural. Las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada período de liquidación se presentarán durante los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero de cada año con referencia al trimestre inmediato anterior.”

Sin embargo, de la determinación de la obligación legal de liquidación del impuesto por trimestres, no debe deducirse que el eventual delito fiscal deba considerarse perpetrado o no en atención a dichos períodos. Esta es en realidad una cuestión ya tratada tanto por el TS como por la denominada jurisprudencia “menor”.

No es discutido que el momento en el que se considera perpetrado el delito contra la hacienda pública, es aquel en el que concluye el período voluntario de declaración. Sin embargo el artículo 350.2 del Código Penal, y en términos similares el artículo 349 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, establece que para determinar la cuota defrau-

dada, si se tratara de tributos periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

Es cierto que el precepto citado se ocupa aparentemente de la determinación de la cuota defraudada a efectos del tipo. Pero en realidad, de su atento examen se observa que su relevancia trasciende de esta sola cuantificación de lo defraudado. En efecto, ya se entienda que la cuota defraudada es un elemento del mismo o ya se considere que es una condición objetiva de punibilidad, la determinación de dicha cuota es indispensable para considerar completado el delito. De esta manera, en los tributos de liquidación periódica con períodos impositivos inferiores a los doce meses, el delito sólo se considerará consumado cuando se complete el año natural.

Así lo entendió el TS en su sentencia 44/2003 de 3 de abril (Pte. Conde Pumpido) y la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia n.º 385/2004 de 15 de septiembre [(Secc 6.ª). Pte.: Vieira Morante].

**Segundo.**—Alega el recurrente que el delito que se le atribuye por la defraudación del pago del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio de 1991, también ha prescrito. Considera que no fue hasta 16 de octubre de 1996 cuando se determinó la deuda tributaria, es decir, después de cuatro años de perpetrada la infracción.

La cuestión planteada no es otra, una vez más, de la forma en la que la determinación de un término de cuatro años para la prescripción de la acción de la Hacienda Pública para exigir la deuda tributaria, establecido en el 64 de la LGT (redactado por Ley 1/1998, de 28 de febrero), haya de incidir en la prescripción de un eventual delito fiscal. Así resulta de la cita por parte de la recurrente de la STS de 1829/2001, 10 de octubre (Pte. Bacigalupo Zapater), que precisamente incide en esta cuestión.

Debemos considerar que el plazo de prescripción del delito fiscal es de cinco años, como ha reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS de 26 de julio de 1999, 6 de noviembre de 2000, 30 de octubre de 2001, 15 de julio de 2002 y 5 de diciembre de 2002 entre otras). Sin embargo, nuestra jurisprudencia, al alcanzar tal conclusión introdujo ciertas modulaciones precisamente en la sentencia que cita la recurrente. Así en la resolución expresada se razonó que en tanto la determinación del hecho imponible eludido constituye un presupuesto procesal o de procedibilidad derivado directamente del art. 132.2 del CP, del principio acusatorio y del derecho de defensa, “la caducidad de las facultades de la Administración de practicar la liquidación de la deuda tributaria —art. 64.a) de la LGT— tiene efectos sobre la posibilidad de iniciación del procedimiento penal por un delito fiscal” correspondiente a un ejercicio respecto del que ha prescrito la facultad de la Administración de determinar la deuda tributaria. El razonamiento de la sentencia concluye afirmando que “si la Administración ha practicado la determinación del impuesto eludido dentro de los cuatro años que prevé el art. 64 de la LGT, mientras no hayan transcurrido los cinco años que establece el art. 131 del CP cabe la iniciación del proceso penal por el delito fiscal que se puede haber cometido. Por el contrario, si no han transcurrido los cinco años para la prescripción del delito, pero han transcurrido los cuatro años dentro de los que la Administración estaba facultada para determinar la deuda, no será posible la iniciación del procedimiento, pues no se contará con un presupuesto del mismo”.

La STS 1807/2001, de 30 de octubre (Pte. Sánchez Melgar), parece reiterar la doctrina expuesta en antes citada; sin embargo de su contenido resultan importantes modulaciones. En síntesis, se vincula la condición de procedibilidad no ya a la determinación de la cuota tributaria, sino a la realización e actividad inspectora por parte de la Administración. Asimismo se reconoce que en caso de imposibilidad de determina-

ción e la cuota antes del desarrollo de la instrucción penal, su determinación corresponderá ya al órgano jurisdiccional. Así la resolución citada concluye afirmando que “En otras palabras, la STS 10-10-2001 se refiere sólo a las ocasiones en que la Agencia Tributaria tenía en su poder los elementos para determinar el impuesto evadido y en los que el Fiscal sólo se ha valido de las liquidaciones provisionales que le proporcionó la Agencia Tributaria...”

Del contenido del recurso formulado, no puede afirmarse que el supuesto analizado se halle en el caso previsto en esta última resolución, o por el contrario en la anterior de 1829/2001.

La sentencia 44/2003, de 3 de abril, a la que se ha hecho anterior referencia, reitera finalmente que el delito reconoce definitivamente la cuestión relativa a la prescripción del delito fiscal a la normativa penal. Así rechaza de forma clara que la eventual prescripción de la deuda tributaria deba determinar una especie de atipicidad sobrevenida de la infracción penal. Esta se entiende perpetrada al tiempo de su consumación y es en ese momento cuando han de concurrir todos los elementos precisos para perseguir la infracción.

Esta resolución excluye expresamente que la liquidación de la deuda tributaria, constituya un requisito de procedibilidad. Así lo razona en su FD 16.º en el que expone los siguientes argumentos:

1.º) La norma penal reguladora del delito fiscal no contiene en la actualidad presupuesto de procedibilidad alguno de carácter administrativo-tributario.

2.º) La liquidación no es competencia de la Administración Tributaria en los casos de delito fiscal, pues conforme a lo prevenido en el art. 77.6 de la LGT, “En los supues-

tos en que la Administración Tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la Autoridad judicial no dicte sentencia firme”.

3.º) Considerar la liquidación provisional del impuesto como un presupuesto de procedibilidad para la iniciación de un proceso por delito fiscal constituye, con independencia del plazo, una interpretación “contra legem” del art. 77.6 de la LGT que únicamente exige que la Administración Tributaria estime que una determinada infracción “pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública” para deducir el tanto de culpa, no exigiendo por tanto la liquidación provisional.

4.º) Esta tesis se encuentra también en contradicción con lo establecido por el Legislador en el art. 305 del Código Penal, pues no puede calificarse de condición objetiva de procedibilidad para la persecución del delito fiscal que la Administración Tributaria haya liquidado, aunque fuese provisionalmente, la deuda fiscal, cuando de modo expreso se prevé en el párrafo cuarto del precepto que el Ministerio Público o a la Abogacía del Estado puedan formular quejra o denuncia por delito fiscal incluso cuando no se hubiese producido actuación de comprobación alguna por parte de la Administración Tributaria “tendente a la determinación de la deuda tributaria”.

5.º) Por último este supuesto requisito de procedibilidad administrativo-tributario no haría más que generar nuevas discordancias entre la prescripción administrativa y la penal, que son distintas, pues no toma en consideración las causas de interrupción de los plazos administrativos de prescripción prevenidas en el art. 66.1 de la LGT.

**Sentencia 309/2005, AP ZARAGOZA, Sec. 1.ª, de 10 de octubre de 2005**

DELITO FISCAL: SUJETO ACTIVO. PACTOS ENTRE LAS PARTES PARA EL PAGO DE LOS IMPUESTOS

**Arts. 31 y 305 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Sara Arriero Espes**

SÍNTESIS

*Recuerda la sentencia que el incumplimiento de los pactos “inter partes” acerca del pago de los impuestos puede dar lugar a reclamaciones civiles entre las partes contratantes, pero no son oponibles a la Hacienda Pública. Desde otro punto de vista, se pondera si quien debe responder por la empresa (art. 31 del CP) tuvo suficiente conocimiento de los hechos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—(...)**

También se aduce que la Sentencia nada expresa en el “factum” acerca de si el dinero abonado en concepto de IVA fuera pagado realmente, no habiéndose justificado dicho pago.

En la escritura pública de compraventa otorgada el 21-12-1995 se expresa en su estipulación sexta: “La parte vendedora ha repercutido a la parte compradora el IVA que asciende a la cantidad de 30.000.000 de pesetas, por cuya cantidad total otorga carta de pago.”

En el presente caso, la operación generaba un IVA, conforme a la Ley reguladora de dicho impuesto, al producirse la entrega de un bien por una empresa, a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. En ese momento el contribuyente queda obligado bien recaude o cobre efectivamente el impuesto, bien deje de hacerlo por causas que no sean achacables a la Hacienda Pública. La escritura pública con-

tenía un pacto merced al cual la parte vendedora repercutió a la compradora el importe del IVA de la operación, por lo que la mercantil Araïnsa, constando en la escritura pública que se daba carta de pago por el importe a que ascendía el impuesto, venía obligada a tributar por dicho concepto impositivo, omitiendo, sin embargo, la pertinente declaración del mismo.

La realidad o no de dicho pago, que discuten los recurrentes, podría haber dado lugar a una eventual reclamación en vía civil entre las partes contratantes, pero en ningún caso puede aducirse frente a la Hacienda Pública. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2003/546) dictada por la Juez “a quo” en la Sentencia combatida.

Se alude por la parte recurrente a que no obra en autos la factura del IVA. Sin embargo, obra la escritura pública cuya estipulación sexta es meridianamente clara, bastando la misma como prueba de que se realizó un hecho imponible sujeto a gravamen, como así expresaron los Inspectores de Hacienda en el plenario.

**Sentencia 82/2005, AP MADRID, Sec. 16.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2005**

CONCURSO DE LEYES ENTRE EL ALZAMIENTO DE BIENES Y LA CAUSACIÓN DOLOSA DE UN CONCURSO DE ACREEDORES

**Art. 257.1.º y 260.1.º Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Hidalgo Abia**

### SÍNTESIS

*Estima la sentencia que entre la figura del alzamiento de bienes y la causación dolosa de un concurso —pudiendo subsumirse los mismos hechos probados en ambos tipos penales— se da un concurso de leyes. Opta por la aplicación de esta última figura.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de las infracciones penales siguientes:

A) De un delito de alzamiento de bienes, previsto y penado en el artículo 257.1.1.º del Código Penal, que sanciona al que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

(...)

B) De un delito de insolvencia punible, previsto y penado en el artículo 260.1 del Código Penal. Delito en que incurre, según la dicción legal “el que fuere declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”.

(...)

**Tercero.**—La persecución del propio delito de quiebra (insolvencia punible) del ar-

tículo 260.1, se extiende a “los delitos singulares relacionados con él”, conforme expresa su número 3.

Relación que no cabe negar a ciertos delitos que hubiere podido cometer el deudor, por ejemplo, y especialmente, el alzamiento de bienes, que son por sí solos la causa y expresión total de la intencionalidad de la insolvencia o de su agravamiento.

En tal caso, y salvo que se aceptara, que no es el caso, castigar dos veces una misma conducta, lo correcto, dado que el legislador ha optado por la apreciación del concurso de delitos, es apreciar un concurso aparente de normas penales, aplicar el artículo 8.º del Código Penal e imponer una única pena, conforme a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o absorción y, finalmente, el de alternatividad.

Siendo, pues, tales criterios los que determinan la aplicación de una única pena, en este caso la del delito de insolvencia punible del artículo 260.1, que establece pena más grave y contempla un delito más especial y más amplio o complejo.

Sentencia 217/2005, AP ASTURIAS, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2005

INTERMEDIARIO PARA VENDER INMUEBLE QUE ALTERA EL PRECIO EN EL DOCUMENTO PRIVADO Y SE QUEDA CON DINERO

Arts. 249, 252 y 390 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Domínguez Begega

### SÍNTESIS

*Trata la presente resolución de la tipificación de los delitos de falsedad en documento privado, en documento mercantil y apropiación indebida. Respecto a las falsedades, distingue el contrato privado de compraventa del contrato por el que el vendedor contrató los servicios de intermediación del acusado, atribuyendo a este último documento carácter mercantil.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Se declaran hechos probados que con fecha 5 de abril de 2003 Gregorio, actuando en nombre de su madre, Mari Trini, con el consentimiento de ésta, suscribió con el acusado Clemente, mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, actuando éste como representante legal y administrador único de la entidad “(...) Grupo Inmobiliario”, también “(...)”, un contrato en virtud del cual aquél encomendaba a la entidad mercantil la gestión para la venta de una propiedad sita en Carbayin —Siero—, consistente en una vivienda de planta baja y planta alta, almacén, cuadra y huerta, estableciéndose como precio para el propietario la cantidad de seis millones quinientas mil pesetas. En virtud de ese mandato de venta y al estar interesado en la adquisición de aquellos inmuebles Adolfo, éste firmó un contrato de compraventa, señal y arras el día 8 de agosto de 2003 con el acusado, que actuaba en representación de la empresa inmobiliaria antedicha comprometiéndose

Adolfo a comprar las fincas por un precio de seis millones de pesetas, conviniéndose que en concepto de señal y arras penitenciarias, según el art. 1454 del Código Civil, se entregaban en ese acto doscientas cuarenta y nueve mil quinientas setenta y nueve pesetas (1.500 euros) en efectivo y el día dieciocho de agosto se entregarán mil quinientos cinco Euros con seis céntimos (250.420 pts.), y que los restantes cinco millones quinientas mil pesetas (33.055,67 euros) se harán efectivos a la firma de la correspondiente escritura pública ante notario. El día 18 de agosto de 2003, como se había convenido, Adolfo abonó a la empresa de intermediación inmobiliaria regentada por el acusado la cantidad de mil quinientos cinco euros con seis céntimos.

No obstante el contrato concertado en aquellos términos, el acusado, con la intención de beneficiarse de parte del dinero del precio de la compraventa, al margen de los honorarios que pudieran corresponderle por su actuación de intermediación, en la copia del contrato que entregó a la propiedad, retiró su primera página, en la que tendrían que

constar aquellas estipulaciones del precio, y en su lugar añadió otra en la que figuraba como precio de la compraventa el de cinco millones quinientas mil pesetas (33.055,67 euros), que se pagarían de la siguiente forma: en concepto de señal y arras penitenciarias según el art. 1454 del Código Civil, se entregaran en el acto doscientas cuarenta y nueve mil quinientas setenta y nueve pesetas (1.500 euros) en efectivo, el día 18 de agosto de 2003 se entregarán 1.505,06 euros (250.420 pts.). El importe de las arras, que según se dijo antes fue satisfecho por el comprador Adolfo, fue recibido por el acusado, sin que se lo entregara a la parte vendedora.

Cuando las partes comparecieron, el día 1 de diciembre de 2003 en la notaría de Pola de Siero para formalizar la escritura pública de compraventa, la operación no pudo llevarse a efecto porque una de las personas que era propietaria de las fincas —hermana de Mari Trini— había fallecido, pendiendo, en consecuencia, la regularización de los derechos hereditarios correspondientes para que los sucesores pudiesen intervenir en la venta. Al no celebrarse el contrato el comprador, Adolfo, reclamó al acusado el dinero que había entregado en concepto de arras, negándose éste a devolvérselo con el argumento de que esa suma le era debida como honorarios. Acto seguido Adolfo hizo la reclamación a la parte vendedora, la cual, en la persona de Gregorio, le hizo saber que el acusado no le había entregado el importe de las arras, dirigiéndose —la propiedad— a aquél a través del abogado Aquilino Á.D. para que se devolviera (el dinero de las arras) pero como el acusado, después de no llevarse a cabo la formalización del contrato, había decidido quedarse con él, en concepto de unos honorarios cuyo importe y condiciones de pago nunca habían sido documentados, aunque cuando firmaron el documento de fecha 5 de abril de 2003 le dijo a Gregorio que el importe de los honorarios sería el tres por ciento de la operación, para fundamentar su decisión redactó una factura emitida el 1 de diciembre de 2003 a nombre de Adolfo donde se estampaba una firma de

ésta persona, que no había puesto él, y cuya incorporación a la factura la realizó al acusado, u otra persona a petición suya, mediante tecnología informática, o por medio de fotocopiadora o similar.

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de falsedad en documento privado, previsto y penado en el art. 395 en relación con el art. 390.1.1.º; un delito de apropiación indebida previsto y penado en el art. 252 en relación con el art. 249; un delito de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el art. 392 en relación con el art. 390.1 y 2.º

(...)

El delito de falsedad documental se configura como una infracción atentatoria contra la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico cuya regularidad y mantenimiento impone la protección de aquellos instrumentos, o signos de valor, que el Estado reconoce y ampara como medio de garantía de ese tráfico, refiriéndose, en el presente caso, a los documentos, uno privado y otro mercantil, que son alterados en la verdad que incorporan con el daño que ello comporta para el bien jurídico, al no acreditar, por su mendacidad, la realidad de las relaciones privadas o mercantiles a que se refieren. Así, el primero de los documentos que se falsificó a medio de alterar el contrato de compraventa de 8 de agosto de 2003 cuando en uno de los ejemplares, reservado para los propietarios, cambió su primera página en la que constaban las estipulaciones sobre el precio —la cual es un elemento esencial del documento— para añadir otra en la que figuraba un precio inferior, en 500.000 pts., produciéndose una asonancia en cuanto al marco obligacional dimanante del contrato. Tal falsedad, contrastable en los folios 58, 59, 63 y 64, se proyecta sobre un documento privado dado que al mismo, que refleja una operación de compraventa inmobiliaria en la que una de las partes suscribientes la hace a través de la entidad mercantil a la que ha-

bía comisionado para la gestión de la operación en atención al giro de la empresa, que era de intermediación inmobiliaria, cuya concertación sí merecería el título de mercantil por encajar en las previsiones del Código de Comercio —el concierto se documentó al folio 57, y duplicado al folio 6— dicese que al negocio de compraventa no se trasvasa el carácter de mercantil del negocio de esta naturaleza antecedente observado por el propietario de las fincas, vendedor, que contrató el encargo de la venta a la inmobiliaria, sin hacer, en consecuencia, que el contrato de compraventa posterior merezca ese valor de mercantil. Ello supone, a los efectos jurídico-penales que nos ocupan, que el desvalor de la falsedad documental tipificado en el art. 395 del Código Penal absorbe el del delito de estafa.

(...)

Lo hasta ahora razonado viene referido a la consideración que merece el comportamiento falsario proyectado sobre el documento privado en que se materializó la compraventa inmobiliaria, pero el acusado también ejecutó una falsificación en documento mercantil. A diferencia de aquella modalidad de falsedad, debe otorgarse carácter mercantil al documento, factura, que simuladamente elaboró el acusado como si hubiese sido firmado por Adolfo para probar el cumplimiento de una obligación comercial, cual era el desempeño por la entidad mercantil inmobiliaria de sus cometidos mercantiles que eran retribuidos. Intentó el acusado, a medio de la elaboración de aquél documento, preconstituir la prueba del cumplimiento de la obligación mercantil que vinculaba al beneficiario de la prestación de los servicios que constituían el giro de la empresa, y ello debe permitir reputar el documento de esa manera, mercantil.

**Sentencia 53/2005, AP TOLEDO, Sec. 1.ª, de 17 de octubre de 2005**

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS: UTILIZACIÓN DEL SECRETO EN PERJUICIO DE TERCEROS POR PARTE DE QUIEN NO SE HA APODERADO DE LOS MISMOS

**Art. 197.2 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Gema Adoración Ocariz Azaustre**

SÍNTESIS

*Desestima la Audiencia las alegaciones de la parte recurrente por cuanto no se ha penado por el apoderamiento previsto en el art. 197.1 del Código Penal, sino por la utilización de datos reservados de carácter personal (art. 197.2.º del Código Penal).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...) Sara y Ana María, ambas mayores de edad y sin antecedentes penales, puestas de

común acuerdo, iniciaron en el mes de agosto del año 2002 una campaña en la que pretendían exhibir carteles, pasquines y documentos para poner de manifiesto la inocen-

cia de un hijo de la primera acusada, el cual había sido condenado por sentencia firme en un procedimiento penal. En dicha campaña trataron de desacreditar personal y profesionalmente tanto a los perjudicados en el procedimiento que conllevó a la condena de su hijo como a los profesionales que en el mismo intervinieron llegando a pegar pasquines y carteles en diversos puntos de Toledo. En uno de estos pasquines se hacía referencia a una menor, María Inés, indicando que si el condenado la hubiera penetrado por delante y por detrás estaría desgarrada o hubiera perdido la virginidad, pegando además en lugares públicos como papeleras y parece un informe emitido por la Clínica Médico Forense de Toledo en el que constaba la filiación completa de la menor así como el resultado de una exploración ginecológica realizada a la misma y que hacía referencia a datos íntimos que afectaban a su esfera sexual, ello cuando tenía solamente ocho años de edad. Las acusadas difundieron y colocaron dicho documento y pasquines con la intención de vulnerar la intimidad de la menor y a sabiendas del perjuicio que ello supondría, no solamente para dicha niña sino también para sus padres.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El primer motivo alegado en el recurso formulado frente a la sentencia de instancia se centra en la infracción de precepto legal y de la jurisprudencia por indebida aplicación del art. 197.2.º y 5.º del C. Penal y ello en esencia por tres cuestiones: a) porque no concurrió en la causa el dolo específico que exige dicho tipo delictivo dado que las acusadas no tuvieron el propósito o intención de vulnerar la intimidad de la menor víctima de sus actos, sino únicamente el de actuar en defensa de la inocencia del hijo de una de ellas, ya condenado por sentencia firme recaída en procedimiento penal; b) porque el tipo delictivo sólo protege los datos informáticos o la libertad informática, siendo que los datos revelados por las acusadas no fueron extraídos de ningún fi-

chero o archivo informatizado, y c) que las acusadas no se apoderaron ilícitamente de dichos datos ni accedieron a los mismos de forma ilegítima, dado que el informe de la clínica médico-forense al que dieron publicidad les fue entregado por el Letrado que defendió a su hijo en el procedimiento penal en que dicho informe fue emitido.

Para la resolución de dichas cuestiones ha de partirse de que la sentencia apelada condena a las acusadas por la comisión del delito previsto en el art. 197.2.º del C. Penal, no por la perpetración del tipo delictivo descrito en el párrafo primero de dicho precepto, de forma que cuantas alegaciones se vierten en el recurso respecto de la no comisión de dicho delito previsto en el art. 197.1.º en nada son relevantes para la resolución de la apelación formulada. Asimismo ha de considerarse algo que es obvio, pero que debe resaltarse a la vista de lo alegado en el recurso, y es que, por mucho que la parte cercene su contenido en lo por ella fundamentado, el art. 197.2.º del C. Penal contempla como susceptibles de reproche penal varias conductas conexas pero independientes entre sí, relacionadas de forma alternativa (mediante la conjunción “o”) y no de forma cumulativa mediante la conjunción “y”. Por ello, el hecho de que las acusadas no integraran alguna de dichas conductas concretas así previstas, ni impide la aplicación del citado precepto si consta acreditado que si han colmado los elementos propios de cualquiera de las demás conductas también previstas como punibles por sí mismas en dicho artículo. El art. 197.2.º indica que “las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro archivo o registro público o privado”. Es decir, el delito se comete no solo porque una persona se apodere sin autorización de dichos datos reservados, sino también cuando, aunque no se apodere de ellos por sí mismo, los utilice

en perjuicio de tercero y asimismo el delito se comete no solo cuando dichos datos se hallaran registrados en soportes informáticos sino también cuando estén registrados en otro archivo público o privado. Así las cosas, aunque el acceso o tenencia por las acusadas del citado informe médico era lícita (a través del abogado que intervino en el proceso penal y como madre del acusado en el mismo) la mera utilización del informe sin autorización del titular de los datos, o autorización judicial al efecto, integra plenamente la conducta típica reseñada, y asimismo la conducta es típica y punible aunque dichos datos no procedieran de un archivo informático o telemático porque si que provenían de otro tipo de archivo público: el archivo de los expedientes judiciales que ha de considerarse que contiene efectivamente datos reservados o secretos, en el

sentido que le da la jurisprudencia (STS 14-9-2000) que indica que no ha de interpretarse en el sentido estricto de “confidencial” sino en su aspecto relacionado con la intimidad de las personas, porque tal es el derecho que protege la norma penal. Así, es evidente que cuanto consta en un procedimiento judicial es secreto, pues contiene datos que resultan en el archivados que no se suministran libremente a cualquier persona y que no están destinados al conocimiento público, lo que las acusadas no podían ignorar en modo alguno pues era patente que los habían adquirido sólo por su posición en el procedimiento penal —a través de su representante o asistente en el mismo— y que no eran divulgables públicamente, como tampoco fueron públicos ni revelables los datos personales e íntimos referidos a su hijo condenado en dicho proceso.

**Auto 558/2005, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 20 de octubre de 2005**

COACCIONES: DISTINCIÓN ENTRE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA PERJUDICIAL Y SIMPLE VÍA DE HECHO

**Arts. 172 y 620.2.º Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Cruz Álvaro López**

SÍNTESIS

*Resuelve la Sala que fue indebidamente inadmitida a trámite la querrela por presuntas coacciones en el entedimiento de que una cosa es discrepar de la actuación de la Administración plasmada en una concreta resolución y otra cuando la Administración actuó por simple vía de hecho.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

Atendiendo al relato de hechos recogido en la querrela, estos arrancan de la tramita-

ción que se inició en Palma de Mallorca para obtener la autorización como “Operador JAR- OPS 1” que precisaba la Compañía (...) para el transporte de pasajeros y mercancías. Dicha petición se planteó ante el

Inspector Delegado de Seguridad en vuelo de Palma de Mallorca, que una vez que, según se alega en la querella, informó favorablemente la petición, lo remitió en el mes de abril de 2003 a la Subdirección General de Control de Transporte Aéreo del Ministerio de Fomento, para que por el querellado, en su condición de Subdirector General, se dictara resolución al respecto.

El querellante mantiene que en aquella petición se designaba para el puesto de Director Técnico de Mantenimiento y Seguridad a D. José, Ingeniero Técnico Aeronáutico perteneciente al Colegio profesional querellante. Se añade que como la petición había sido informada favorablemente en Palma de Mallorca y se estaba demorando injustificadamente en su trámite final ante la Subdirección mencionada, una persona responsable de la Compañía Aérea solicitante se interesó por su tramitación ante el Ministerio de Fomento, concretamente Dña. Rebeca, que compareció el día 16 de diciembre de 2003 ante el querellado y fue informada verbalmente del motivo por el que se había retenido la decisión, indicándole que se autorizaría en el momento en que se designara un Ingeniero Superior Aeronáutico para el puesto propuesto en la Compañía Aérea solicitante. Alega el querellante que todas estas circunstancias nunca se han presentado formalmente por escrito, por cuanto el querellado es conocedor que carece de soporte legal, aunque con su actuación consiguió que se despidiera de la Compañía al Ingeniero Técnico inicialmente propuesto para el cargo, y se nombrara en su lugar a don Ignacio en su condición de Ingeniero Superior, obteniendo de esta manera la autorización solicitada.

**Segundo.**—A la vista de los hechos imputados en la querella, no podemos sino discrepar de los argumentos que en el auto impugnado justifican su inadmisión a trámite, por cuanto no hay constancia de que en el supuesto que nos ocupa se haya dictado alguna resolución administrativa contraria a las pretensiones de Colegio querellante o de la Compañía Aérea que supuestamente soli-

citaba una determinada autorización, ni de que nos encontremos ante una discrepancia interpretativa de alguna decisión o norma relativa a la titulación precisa para ejercer un determinado puesto de trabajo, sino ante una actuación que, de ser como se describe en la querella, pudiera presentar los elementos de un delito de prevaricación.

Si se hubiera dictado una resolución administrativa que pudiera resultar perjudicial al Colegio profesional querellante o a alguno de sus miembros, es evidente que, en ese caso, la discrepancia relativa a las condiciones o requisitos previstos para el ejercicio de un determinado puesto de trabajo, debería de haberse resuelto por la vía de la impugnación administrativa. Sin embargo, lo que en este caso se imputa, es precisamente que, ante la falta de cobertura legal para sostener una determinada resolución, se utilizaron otras vías coactivas para evitar el nombramiento de quien supuestamente reunía los requisitos necesarios para el cargo, privándole además de cualquier posibilidad de impugnación, por cuanto no consta ninguna resolución formal que le negara su derecho al cargo.

En este sentido, y sin perjuicio de lo que finalmente pudiera resultar respecto a la realidad de las imputaciones efectuadas, no podemos cerrar la posibilidad de investigar los hechos denunciados ni descartar en este momento la posible comisión de una infracción penal, por lo que debe estimarse el recurso y revocar la resolución recurrida a fin de que por la Instructora se admita a trámite la querella presentada, se practiquen las diligencias de instrucción necesarias para la comprobación de los hechos mediante el examen del expediente administrativo incoado para la concesión de la autorización señalada, y en su caso, se practiquen con plena libertad de criterio aquellas otras diligencias que pudieran resultar necesarias para el esclarecimiento de los hechos imputados.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, la revocación de la resolución recurrida a los fines señalados, con declaración de oficio de las costas causadas.

Sentencia 475/2005, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 27 de octubre de 2005

CONDENA POR ALCOHOLEMIA EN CONDUCCIÓN EN GARAJE Y RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE PROPIETARIA

**Arts. 1 del Reglamento general de circulación; 120.5 y 379 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Martín Meizoso**

### SÍNTESIS

*Aunque la legislación de tráfico no rige en los garajes, la conducta de mover un coche causando daños y bajo la influencia de bebidas alcohólicas no puede quedar sin sanción penal. El propietario del vehículo debe probar que no autorizó a conducir al responsable para eximirse de responsabilidad civil subsidiaria.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) la conducta de mover un coche en un estacionamiento no puede excluirse de las situaciones contempladas en el tipo penal, (...)

los preceptos de la Ley son aplicables en todo el territorio nacional por los usuarios de las vías o terrenos públicos aptos para la circulación, pero también a los terrenos que sin tener “tal aptitud” sean de uso común, y en defecto de otras normas a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios

(...)

En cuanto a si constituyen conducción las maniobras para desaparcar, hemos de inclinarnos en sentido positivo. El recurrente, acudiendo al diccionario de la Real Academia Española, niega que realizar maniobras en un aparcamiento suponga tanto como

transitar por las vías públicas, pero olvida que el garaje mencionado participa de las características de las vías públicas en cuanto que las maniobras se realizan en zonas comunes, que pueden ser utilizadas por otros vecinos, a los que se pone en riesgo y en las que éstos estacionan vehículos de su pertenencia. Riesgo que, por otro lado, se materializó en los daños a un turismo.

**Segundo.**—(...) El recurso de Concepción incorpora, eso sí, una pretensión distinta al afirmar que ha sido declarada responsable civil subsidiaria sin que se motivara adecuadamente tal pronunciamiento.

(...)

Aplicando estos principios al caso de autos resulta que la resolución impugnada no adolece de nulidad, pues si bien es parca en razonamientos, no ha causado indefensión efectiva a la recurrente (artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), quien ha podido comprender sus fundamentos, interponer el recurso, argumentarlo ade-

cuadamente y ni siquiera insta la nulidad de la resolución recurrida, sino su propia absolución.

Su condición de responsable civil deriva, como sabe, de que ella es la propietaria del vehículo utilizado por su novio cuando se encontraba afectado por una ingesta excesiva de alcohol y que colisionó con otro que estaba estacionado. Su novio, también lo recoge el recurso, carecía de permiso de conducir y no es que tomara las llaves del coche de forma subrepticia, sino que éstas le fue-

ron dadas por la propia apelante, lo que supone autorización para su uso, pues dijo en el juicio que el acusado siempre lleva en su llavero las (llaves del coche) de repuesto, por mucho que añadiera que se las dio por si ella perdiera las suyas.

(...)

existe una presunción de autorización siempre que alguien conduzca un vehículo de titularidad ajena, trasladándose al propietario la carga de acreditar la inexistencia de tal autorización.

**Sentencia 1050/2005, AP MADRID, Sec. 17.<sup>a</sup> bis, de 4 de noviembre de 2005**

NO RECONOCIMIENTO DE SECUELA DE INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL POR ACCIDENTE DE TRÁFICO

**Arts. 21.6, 56, 147, 148.1 y 379 Código Penal; 741 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

SÍNTESIS

*En la vía penal el Juzgador no está vinculado por la conclusión alcanzada por un Juzgado de otra jurisdicción. La declaración de invalidez del Juzgado de lo Social no vincula sin más al Tribunal penal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) cita la apelante una sentencia dictada al parecer por el Juzgado de lo Social que aporta por fotocopia al folio 618. Respecto de tal alegación, debe señalarse en primer lugar, que la Sala no está vinculada por la conclusión alcanzada por un Juzgado de otra jurisdicción, sin que quepa reconocer a dicho pronunciamiento eficacia de cosa juzgado respecto del objeto que nos ocupa. Sin embargo, lo que es más relevante, es que, de la lectura de la referida fotocopia, se infiere que la conclusión al-

canzada se logra a partir de un informe médico forense, que no ha sido aportado como prueba en el presente procedimiento, por lo que no puede ser valorado.

Por el contrario debe atenderse al contenido de los informes emitidos por el Médico Forense el 28 de mayo de 2003 (f 553), ratificado en el plenario, y en fecha 15 de junio de 2004 (f 831) que asume las conclusiones del anterior. Es relevante significar que, a la fecha de emisión de tales informes, los peritos ya conocían las pretensiones de la parte en orden a la obtención del reconocimiento de su invalidez y que, cuando se emitió el se-

gundo de los citados, ya se había dictado la sentencia antes comentada. El perito informante es concluyente a la hora de señalar, que la eventual invalidez de la lesionada, no es consecuencia de la acción del acusado, sino de patologías previamente padecidas.

A la vista de las consideraciones expuestas debemos concluir que la apreciación de la prueba realizada en la sentencia de instancia no fue errónea incompleta o contradictoria por lo que ha de ser ratificada en esta alzada.

**Sentencia 1090/2005, AP MADRID, Sec. 17.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2005**

APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DE INCAPACIDADES CONCURRENTES EN LESIONES CAUSADAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

**Anexo del Texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; Arts. 20 LCS; 77, 152.1, 379 y 383 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. David Suárez Leoz**

SÍNTESIS

*La sentencia explica mediante un caso concreto el modo de aplicar la fórmula recogida en el anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor para los supuestos de incapacidades concurrentes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) Secuela: Puntos:

Ostesiosíntesis pierna derecha 3.  
Ostesiosíntesis pierna izquierda 3.  
Acortamiento con atrofia 3.  
Perjuicio estético 4.  
Total Puntos: 13 puntos.

(...)

en el caso que nos ocupa tenemos que realizar las siguientes operaciones:

Fórmula:  $(100 - M) \times m / 100 + M$  :  
(100 - M), donde M tiene un valor de 3 puntos (material de osteosíntesis) = 97

$97 \times m / 100 = 97 \times 3$  (puntuación menor valor) / 100 =  $97 \times 0,03 = 2,91$

$2,91 + 3 = 5,91$  puntos.

5,91 puntos: resultado de dos lesiones concurrentes (osteosíntesis pierna derecha y osteosíntesis pierna izquierda): 6 puntos, (redondeo a la unidad más alta.)

Como hay más de dos lesiones concurrentes: tres lesiones (las anteriores, más acortamiento):

(100 - M), donde M tiene un valor de 6 puntos (resultado de la primera operación realizada) = 94 puntos.

$94 \times m/100 = 94 \times 3/100 = 2,82$  puntos.

$2,82 + 6$  puntos (M - resultado de la anterior operación) = 8,82 puntos: redondeo a la unidad más alta: 9 puntos.

9 puntos: resultado de tres lesiones concurrentes (osteosíntesis pierna derecha, osteosíntesis pierna izquierda, acortamiento pierna izquierda). (Igual resultado que el obtenido por el Juzgador de instancia)

Perjuicio estético: 4 puntos, sumados directamente al resultado anterior: total : 13 puntos.

**Sentencia 185/2005, AP CIUDAD REAL, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2005**

DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: LLEVAR A CABO EDIFICACIÓN NO AUTORIZABLE EN SUELO URBANO

**Art. 319.2 Código Penal; Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Mónica Céspedes Cano**

SÍNTESIS

*Estudia esta resolución, entre otras cuestiones, el impacto que cobra el RD-Ley 4/2000 sobre el tipo penal de realización de edificación no autorizable, habida cuenta de las medidas de liberalización del suelo acordados en aquella norma urbanística, para concluir que la forma penal no ha desaparecido, pero queda circunscrita a aquellos tipos de suelo no urbanizables “que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales”.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Descritos estos hechos y a los efectos de si los mismos son subsumibles en el art. 319.2 CP, se trae aquí a colación, por

su interés, particularmente por los razonamientos que se contienen en el escrito de interposición del recurso de apelación de D. Juan Antonio, la Circular de la Fiscalía de julio de 2003, con la que: “La formación del

juicio de tipicidad correspondiente a la conducta descrita en el artículo 319.2 CP obliga ... a acudir, como norma de referencia inmediata, al instrumento de planeamiento urbanístico que contenga la particular clasificación del terreno en el que se ha verificado la construcción presuntamente ilícita, con el fin de precisar si se trata, como exige la norma, de un suelo no urbanizable.

Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto-Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien sí, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto-Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el artículo 319.2 CP, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de protección e, siendo distinto de los enunciados en el artículo 319.1 CP, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco.

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que:

1.º El sustrato fáctico del tipo penal del artículo 319.2 CP no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto-Ley 4/2000 si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.

2.º La Ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del artículo 319.2 CP.”

**Cuarto.**—El tratamiento que se da en la jurisprudencia menor, sobre los hechos hoy objeto del recurso, viene a hacer énfasis en distintas consideraciones; así, la AP Asturias en sentencia de 2 de diciembre de 2004: “...del bien jurídico protegido que es referible a las obras de importancia que no las acometen los simples particulares, pues no puede ignorarse que el derecho penal ha de interpretarse de forma restrictiva y debe tipificar aquellas conductas que de forma más grave atenté a los bienes jurídicos por lo que, como dice las SAP Málaga de 19-1-2000 (ARP 2000\246), se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser corregidas por las Autoridades Administrativas sin necesidad de conminar con una pena a nadie”. Señalando que, ante la duda que se desprende de la propia literalidad de la Ley es claro, a nuestro juicio que si aceptásemos la tesis contraria estaríamos haciendo una interpretación extensiva o «in malam partem» radicalmente prohibida en materia penal.”

Por su parte la AP Cantabria, Sc. 22 de diciembre de 2003, tras razonar que: “Doctrinalmente es unánime la opinión de que, en el campo de la regulación punitiva de la ordenación del territorio, el Derecho Penal es siempre ultima ratio. Dado que la ordenación del territorio es el objeto específico del Derecho urbanístico, que, sabido es, dispone de una nutrida panoplia de instrumentos

de prevención y de sanción, cuya eficacia se ve potenciada por el principio de ejecutoriedad, la incriminación de determinadas infracciones ha sido regulada teniendo presente el principio de intervención mínima de la tutela penal.

El artículo 319.2 del Código Penal, cuando castiga a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, está delimitando su ámbito de aplicación: A) La edificación ha de ser «no autorizable» (es decir, que no se incluyen las construcciones en lugar prohibido y no autorizado pero que sean susceptibles de legalización); y B) El suelo sobre el que se edifica ha de ser «no urbanizable» (es decir, los terrenos que el plan general no incluya como suelo urbano o urbanizable). Sigue razonando que el precepto en cuestión, “...se trata de un tipo eminentemente doloso, que admite la eventualidad del dolo. Como el tipo contiene elementos normativos (la naturaleza urbanizable o no del suelo, el carácter autorizado o autorizable de la construcción), cuando concurre error sobre alguno de ellos —por ejemplo, sobre el alcance de una licencia— debe ser considerado como error de tipo. Distinguir entre error de tipo y error de prohibición en un delito como éste, en el que sólo cabe la modalidad dolosa, y en el que la diferencia entre ambas clases de error se difumina en una línea de sombra muy tenue, ha llevado a la doctrina a considerar impune los supuestos de error vencible”. En este sentido la AP Zaragoza en Sentencia 15-6-99 (ARP 1999\1595) “...el empleo por el Legislador de conceptos normativos en este delito posibilita la alegación de tal situación de error de tipo tanto vencible como invencible de conformidad con el art. 14 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) y ante la impunidad de la imprudencia quedaría excluida la responsabilidad criminal. «La esencia del dolo determina que el sujeto activo debe saber lo que quiere y debe querer hacerlo lo que quiere decir de cara al delito que nos ocupa que tal sujeto debe saber que la edificación se pro-

duce en terreno no urbanizable y además que no es autorizable todo ello entendido en los términos que anteceden. y en este terreno que nos ocupa es preciso hacer una distinción, pues a nuestro juicio no basta con que el sujeto sepa que esta edificación una obra ilegal (entendida por él, como prohibida por el Ayuntamiento), sino que es preciso que conozca que tal conducta es, además, delictiva. Ocurre con frecuencia y así aparece en el caso que enjuicamos, que el particular ha observado como en la parcelación existen muchísimas obras ya terminadas sin que nada haya ocurrido ya que a lo más que se ha llegado es a imponer una multa; ocurre también que en las parcelaciones existen servicios públicos tales como agua, electricidad, etc. Y en tercer lugar la opinión pública es consciente que ante la magnitud del problema tiene necesariamente que reaccionar las autoridades competentes como parece ser que va ocurrir en esta ciudad con el nuevo Plan de ordenación urbana todavía no en vigor pero aprobado el 21-12-01, el cual propicia fórmulas tendentes a solucionar definitivamente el problema, que, insistimos no tiene una proyección penal. En esta circunstancia y en las que subjetivamente concurren en el acusado entendemos que es perfectamente apreciable el error como razonan acertadamente los apelados.

(...)

En efecto la citada Ley estatal urbanística 6/1998 define el suelo no urbanizable en los siguientes términos (art. 9):

«Suelo no urbanizable es aquél constituido por los terrenos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª) Que deban incluirse en esta clase por estar sometidas a algún régimen de especial protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planteamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servi-

dumbres para la protección del dominio público.

2.ª) Que el planteamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valoración agrícola, forestal, ganadero o por las riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano».

(...)

**Quinto.**—(...)

En cuanto a la conducta de la Sra. Regina puede sostenerse que podía conocer que no tenía licencia de obras para construir, pero de ahí a conocer que estuviera incurriendo en un delito, hay un abismo. En definitiva concurre error sobre los elementos normativos del tipo que llevan a considerar impune el supuesto.

**Sentencia 795/2005, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 25 de noviembre de 2005**

ABSOLUCIÓN POR DELITO DEL ART. 380 DEL CP POR PADECIMIENTO DE DEFICIENCIA RESPIRATORIA

**Arts. 379 y 380 Código Penal; 741 LEC.**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Matilde Guerrero Roig**

SÍNTESIS

*Aunque es posible que fingiese no poder soplar, no se puede descartar que la enfermedad respiratoria acreditada le impidiese hacerlo con la intensidad requerida, por lo que procede la absolución.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En cuanto al delito del art. 380 del CP es preciso reseñar que se trata de una específica figura de desobediencia grave, por lo que debemos acudir para delimitar su contenido al delito genérico de desobediencia (art. 556 del C. Penal). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo para este tipo penal que la conducta del inculcado implique una oposición meramente pasiva, inerte, renuente, terca y tenaz porfía, obstaculizadora u obstativa de la acción de la autoridad o de sus agentes.

Pues bien, en este caso, se observa que según manifiesta el médico forense en el acto del juicio, el ahora recurrente padece una deficiencia respiratoria, que le impedía soplar correctamente, acreditando, de acuerdo a las espirometrías realizadas en los días siguientes a los hechos, que el volumen de soplado es de un 2% y si bien no está documentadamente justificado que tenga asma, lo cierto es que no puede soplar de forma continuada, por tanto si la prueba mediante el etilómetro se realizó en cuatro ocasiones y resultó fallida, es posible que fingiese no poder hacerlo, encontrándonos ante una negativa tácita, pero tampoco se puede descartar

tar que no pudiera espirar con la intensidad requerida debido a la enfermedad respiratoria padecida, por consiguiente la Sala no encuentra motivos para subsumir la conducta

del recurrente en el delito examinado, debiendo, en consecuencia, absolverle de delito de desobediencia.

[...]

**Sentencia 529/2005, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 1 de diciembre de 2005**

EL TRIBUNAL “AD QUEM” NO PUEDE REVISAR LA VALORACIÓN DE PRUEBAS DEL DE INSTANCIA SIN PRACTICAR ALGUNA NUEVA

**Arts. 379 Código Penal; 741 LECrim.**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Consuelo Romera Vaquero**

SÍNTESIS

*Se vulnera el derecho a un proceso con las garantías debidas cuando la Audiencia que ha de resolver un recurso frente a una sentencia absolutoria revisa y corrige la valoración de las pruebas del Juez que dictó la sentencia apelada.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) la sentencia de 9 de febrero de 2004 establece que en la “apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal “ad quem” revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción” (STC 167/2002, FJ 11). Consiguientemente se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal de apelación que ha de resolver un

recurso frente a una Sentencia absolutoria revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones del acusado sin respetar los principios de inmediación y contradicción, siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia (FJ 11), vulnerándose paralelamente el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que, a consecuencia de ello, la condena carezca de soporte probatorio (FJ 12)”.

(...) las pruebas en las que basa la absolución del acusado fueron personales pues consistieron en las declaraciones de testigos de las cuales infiere que no ha resultado acreditado que el acusado condujera el automóvil bajo los efectos del alcohol.

Auto 352/2005, AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, de 5 de diciembre de 2005

LOS FICHEROS DE INTERNOS “FIES” Y LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS

**Circular 21/1996 de la Dirección General de Instituciones penitenciarias; LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Rivas Díaz de Antoñana**

### SÍNTESIS

*El “fichero de internos de especial seguimiento (en siglas FIES) incide sobre una serie de datos personales sumamente sensibles. El recurrente que provoca la presente resolución plantea a la Sala la cuestión de que la existencia de dicho fichero es ilícita, que su inclusión en dicho fichero no aparece debidamente motivada y que le causa perjuicio en su vida en el interior del establecimiento penitenciario.*

### EXTRACTOS DEL AUTO

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Alega el recurrente que la creación y mantenimiento de los Ficheros FIES es ilícita; que la inclusión en dicho fichero requiere una motivación que no aparece en su expediente, así como que su inclusión le causa un menoscabo en su vida carcelaria y, por último, que no concurren las características delictivas para su inclusión como narcotraficante en el FIES 2.

(...) la regulación del tratamiento de los datos relativos a determinados tipos de internos que contiene la Circular 21/96 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias entronca con Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento automatizado de los Datos de carácter personal y con los artículos 6.º a 9.º del Reglamento Penitenciario aprobado por

Real Decreto 190/1996. Esa Ley Orgánica aprobada con objeto de limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 1.º de la misma), y aplicable a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado (artículo 2.º), autoriza expresamente la recopilación de “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables” (artículo 3.º), aunque estableciendo determinadas limitaciones, como no ser excesivos esos datos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido, ni utilizarse en su clasificación criterios que se presten a prácticas ilícitas (art. 4.1), ni usarse para finalidades distintas de aquéllas para

las que los datos hubieran sido recogidos (art. 4.2), o responder con veracidad a la situación real del afectado (art. 4.3), entre otras. La misma Ley, en referencia a ficheros creados por las Administraciones Públicas, restringe incluso los derechos de los interesados en aquellos casos en los que esté afectada la seguridad pública o cuando concurren razones de interés público (artículo 22), si bien exigiendo en este último caso un especial deber de motivación.

No es contraria a derecho, por tanto, la recolección o almacenamiento de datos que afecten a personas físicas ni su tratamiento automatizado, siempre que se ajusten a las condiciones de esa Ley Orgánica (LORTAD).

(...)

El artículo 6.1, establece, como principio informador de esta materia en el ámbito penitenciario, que “ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno”; lo que no es más que la traslación al ámbito penitenciario de la disposición del artículo 12 de la LORTAD: “El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.”

En cuanto a aspectos formales relativos a la gestión de ficheros, el mismo artículo 6.º, en su apartado 2, dispone que “la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.”

Respecto a la recogida y cesión de esos datos, los artículos 7.º y 8.º del Reglamento establecen también el principio general de no exigencia de consentimiento del interno afectado para la recogida de los datos —siempre que tengan por finalidad el ejercicio de las funciones propias de la administración penitenciaria—, salvo los relativos a su ideología, religión o creencias.

Y, por último, el artículo 9.º reconoce el derecho de los reclusos a la rectificación de los datos que resulten inexactos o incompletos, y contempla la negativa a cancelación de ficheros informáticos penitenciarios cuando concurren razones de interés público y de seguridad, entre otras.

Conforme a la anterior normativa, correspondería a la Agencia de Protección de Datos el pronunciamiento sobre una eventual cesación del tratamiento de estos datos o cancelación de los ficheros FIES, caso de que no se ajustaran a la Ley de Protección de Datos (LPD), en cuyo cumplimiento se publicó la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 26 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Justicia e Interior.

Pero, a los meros efectos del régimen y tratamiento penitenciario que determina la competencia de este Tribunal para resolver sobre las quejas presentadas por los internos, aparece ajustada a derecho la recopilación de los datos que contempla la circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias mediante la creación de los llamados ficheros FIES y la inclusión en este caso del interno recurrente en uno de los grupos que contempla. Resulta justificada la creación de esos archivos con la declaración programática que contiene la circular al hacer referencia a la necesidad de conocer las intervenciones de determinados grupos de internos y ejercer un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario, (...)

**Segundo.**—El fichero FIES no es ilegal, pues su creación tiene perfecto apoyo en la ley de Protección de Datos y en el Reglamento Penitenciario, cumpliendo además la orden Ministerial y la Circular de Instituciones Penitenciarias los requisitos para el mantenimiento de dichos ficheros que incorporan datos de carácter personal. Por la inclusión del interno en el Fichero FIES, la vida penitenciaria y los derechos del interno en modo alguno han sido vulnerados, pues no constan datos que acrediten un trato discriminatorio por parte del interno en relación a su inclusión en el fichero. Por último,

a la vista de lo informado por el Ministerio del Interior, folios 18 a 22, ambos incluidos, su inclusión en el FIES 2 (NA): NARCO-TRAFICANTES, y visto que la actividad delictiva del interno está relacionada con el tráfico ilegal de drogas cometido por grupo organizado, pues no actuaba solo sino junto con otros, cada uno de los cuales tenía un papel y operaban en varias provincias de Aragón siendo el organizador y el financiador el interno hoy recurrente, con esos datos no podemos sino concluir que es correcta su inclusión en la base de datos FIES-2.

**Sentencia 70/2005, AP TOLEDO, Sec. 1.ª, de 12 de diciembre de 2005**

INDEMNIZACIÓN POR LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁFICO: APLICACIÓN DE BAREMO VIGENTE A FECHA DEL ACCIDENTE

**Arts. 147, 152.1.1.º; 379 Código Penal, 576 LEC; 20 LCS**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro**

SÍNTESIS

*La regla general de esta Audiencia es la aplicación del baremo vigente a la fecha de ocurrir en accidente, salvo que exista un lapso importante de tiempo entre éste y el juicio. Por encima de este tiempo se aplica la penalización específica de aumento de intereses impuesta en el art. 20 de la LCS. Aplica, además, el factor de corrección solo a las secuelas y no a las lesiones no permanentes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) la regla general que se asume por esta Sección es la observancia del baremo vigente a la fecha de ocurrir el evento, y la excepción está en de que exista un lapso temporal importante entre ambas

fechas, lo que aquí no ocurre, pues la demora no alcanza los dos años, y la misma no constituye un retraso importante (por encima de ese lapso se contempla, por ejemplo, una penalización en los intereses en los supuestos de aplicación del art. 20 de la LCS), por lo que, en definitiva, hace que se entienda, en aras a la plena satisfacción de los in-

tereses en presencia, que sea aplicado el baremo de la fecha del accidente, incrementadas en el interés previsto en el aludido art. 20 de la LCS y en la forma que se recoge en sentencia, en la que, dado el tiempo transcurrido desde el accidente no se incide en error.

(...) la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso”, la aseveración de que “podrá ser establecida” posibilita que a instancia de parte pueda acreditarse realmente el perjuicio de forma

independiente, pero no impide que se acuda al factor de corrección cuando así no lo sea, pues lo contrario supondría hacer de mejor condición a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo que a los de culpa relevante judicialmente declarada, como es el caso, y ello lleva a que a la cantidad que se concede por días de incapacidad temporal le sea aplicado el factor de corrección del 10%, conforme a lo solicitado, por lo que finalmente y por ese concepto debe ser rectificada la sentencia concediendo por secuelas la suma de 1.387,4 € (1.193,94 € × 10%); y sin que la revalorización pueda ser aplicada a las lesiones no permanentes (días de impedimento), por no ser contemplados en la norma).

**Sentencia 367/2005, AP VALLADOLID, Sec. 2.<sup>a</sup> de 13 de diciembre de 2005**

GRADO DE ALCOHOLEMIA QUE PERMITE PRESUMIR LA INFLUENCIA EN LA CONDUCCIÓN

**Art. 379 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Pizarro García**

SÍNTESIS

*Una tasa superior a 0,80 miligramos del alcohol por aire espirado permite afirmar la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades del conductor, salvo prueba en contrario.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Siguiendo el orden de los motivos en los que se sustenta el recurso, procede analizar en primer término el que se enuncia como “error en la apreciación de las pruebas”, motivo que no ha de ser acogido por cuanto, en trance de formar juicio sobre

si la no discutida ingesta de bebidas alcohólicas afectó a las facultades del acusado, ha de convenirse en que la conclusión obtenida al respecto por el juez de instancia, lejos de sustentarse en una valoración errónea de la prueba practicada, resulta consecuencia lógica de la misma si se tienen en cuenta los tres elementos de juicio que, en hechos co-

mo el enjuiciado, permiten formar la convicción judicial: primero, el resultado de la prueba de alcoholemia; segundo, la conducta viaria del acusado, y, tercero, los síntomas detectados en el mismo.

El primero de los indicados elementos resulta en el supuesto de autos singularmente clarificador por cuanto, si bien es cierto que la tasa de alcohol no resulta generalmente por sí sola prueba de aquella influencia, no lo es menos que la misma puede afirmarse cuando dicha tasa sobrepasa determinados límites, extremo en el que, como se recuerda en la sentencia apelada, esta Sala vienen manteniendo el criterio de que una tasa superior a 0,80 miligramos de alcohol por litro de aire espirado permite afirmar la influencia de la ingesta alcohólica en las facultades del conductor, criterio que aplicado al supuesto de autos conduce a afirmar que las tasas arrojadas en la prueba de alcoholemia realizada por el apelante (1 y 0,95) resultan, como se dijo, significativas y, cuando menos, claramente indiciarias de aquella influencia.

Igual significación positiva tiene el comportamiento viario del acusado si se tiene en cuenta que, en trance de esclarecer la causa del accidente, el acusado aporta dos explicaciones (no plenamente compatibles) que resultan desmentidas tanto por los datos consignados en el atestado como por lo manifestado en el acto de la vista por el policía municipal núm. ..., habiendo de recordarse al respecto, por un lado, que en el referido atestado se consigna (folio 9) que en el lugar del accidente la calzada estaba limpia, manifestando en el acto de la vista el policía núm. ... que no había gravilla, y, por otro, que, visto el croquis obrante en autos (folio 12) y el trayecto que en el mismo se asigna a la motocicleta, difícilmente puede admitirse (como pretende el apelante) que el choque

contra el bordillo se produjera al dar una curva.

Por último, y en lo que se refiere a algunos de los síntomas detectados en el acusado, habrá de admitirse que, poniendo de manifiesto una evidente afectación de las facultades del mismo, su origen no puede residenciarse en el accidente puesto que tales síntomas (dificultad para mantener el equilibrio, deambulación algo vacilante y movimientos lentos e imprecisos) no se compadecen con las lesiones que le fueron apreciadas a aquel: dolor a la palpación en la columna cervical, hematoma en el ojo derecho y erosiones en la frente, sin que, por otra parte, el hecho de que en el informe médico aportado en el acto de la vista no se consigne síntoma alguno que pusiera de manifiesto la influencia de la ingesta alcohólica suponga prueba alguna de que tal influencia no se produjo puesto que, por un lado, parece evidente que lo que el facultativo venía obligado a reflejar en dicho informe eran las heridas que apreciara en la persona a la que asistía, no así otras circunstancias ajenas a su cometido, y, por otro, no puede olvidarse que el accidente tuvo lugar a las 0,50 horas y la asistencia se produjo a las 1,52, lapso de tiempo suficiente para que aquellos síntomas detectados por los policías municipales inmediatamente después de accidente hubieran desaparecido.

**Segundo.**—Se alega, como segundo, motivo del recurso, infracción del artículo 379 del Código Penal, motivo que tampoco habrá de tener favorable acogida por cuanto, acreditada la concurrencia en la acción del acusado de los elementos que integran el tipo penal descrito en el referido artículo, la aplicación del mismo en modo alguno puede considerarse indebida.

**Tercero.**—Procede imponer al apelante las costas de esta instancia.

**Sentencia 158/2005, AP PONTEVEDRA, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2005**

CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES PARA PENALIZAR EL HOMICIDIO IMPRUDENTE

**Arts. 66, 142.1 y 621.2 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Inmaculada de Martín Velázquez**

### SÍNTESIS

*El desvalor de conducir sin carné y por el carril contrario ya se tuvo en cuenta para calificar la acción como delito y no como falta. Los datos de llevar un perro suelto y de que el conductor era consumidor de sustancias estupefacientes no consta que hayan determinado la conducción negligente.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) los apelantes pretenden la elevación de la pena basándose en que el acusado circulaba sin contar con el pertinente permiso de circulación y además invadió el carril contrario, circunstancias que precisamente ya fueron valoradas por el juzgador “a quo” para catalogar la imprudencia como grave, por tanto, ya fueron tenidas en cuenta. Especial hincapié hacer los recurrentes, para pretender aquella elevación de la pena, en el hecho de que en el coche iba un perro suelto, sin respetar las pertinentes medidas de seguridad y en el dato de que el acusado era consumidor de sustancias estupefacientes y de hecho, los Agentes de la Guardia Civil, encontraron en el coche hachís y marihuana. Sin embargo, estas dos últimas circunstancias, no pasan de ser meros indicios

y por tanto son inadecuadas para ser valoradas a los efectos pretendidos, (...)

(...) a excepción de la circunstancia de conducir sin el correspondiente permiso, e invadir el carril contrario, no se aprecian otras circunstancias que deban agravar la pena impuesta y aquellas ya sirvieron para calificar los hechos como delito, pues, mientras que en la infracción de la norma de cuidado se contiene el desvalor de la acción, es en la resultancia de la acción imprudente donde reside el desvalor del resultado. Desvaloración que en uno y otro caso admite gradaciones y niveles de los que depende la distinción entre el delito y la falta. En efecto en el delito de imprudencia con resultado de muerte (art. 142.1 del CP) es necesario que la imprudencia sea grave, convirtiéndose en la falta del artículo 621.2 del Código Penal cuando la imprudencia es leve.

**Sentencia 97/2005, AP LEÓN, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 2005**

CONTRADICCIÓN EN APELACIÓN POR ALEGACIÓN SIMULTÁNEA DE ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**Art. 24 CE; 379 Código Penal; 790 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Muñiz Díez**

SÍNTESIS

*El Tribunal Supremo viene considerando que si se denuncia error en la valoración de la prueba es porque, en principio, existe prueba incriminatoria, alegación que hace ilógica la simultánea manifestación de vulneración de la presunción de inocencia. Estudia además el principio “in dubio pro reo” como algo distinto a la presunción de inocencia, relacionándolo con la necesidad de motivación de la resolución condenatoria.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) por lo general resulta conceptualmente incompatible la conjunta invocación del principio de presunción de inocencia y el “error facti” en la apreciación de la prueba, ya que denunciado un error en la valoración probatoria es partir de la existencia de probanza de signo incriminatorio, y sabido es que lo que conlleva la esencia del derecho a la presunción de inocencia, o verdad interina de inculpabilidad, es la constatación en la causa de una prueba de cargo que pueda ser reputada suficiente y obtenida en forma procesalmente regular”. En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995 al señalar que supone “una cierta contradicción la simultánea alegación de error en la apreciación de las pruebas y de la presunción de inocencia, ya que si se denuncia error de valoración es porque, en principio, existe prueba incriminatoria (SS 25 de mayo

de 1988, 12 de marzo de 1990, 1, 11 y 24 de abril de 1991)”.

**Cuarto.**—(...) Se alega, finalmente, como último motivo de recurso, la violación del principio “in dubio pro reo”. En lo que atañe al expresado principio tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de consuno con el Tribunal Constitucional, que el mismo, si bien inspirado, como el principio de presunción de inocencia, en el “favor rei”, es totalmente distinta de esta, con la que parece confundirla la recurrente, en cuanto dicha presunción es un derecho fundamental de la persona incluido en el artículo 24 de la Constitución, en tanto que aquel apotegma tan sólo representa un principio auxiliar que se ofrece a los jueces a la hora de valorar las pruebas, y si las practicada no es bastante para formar su convicción o apreciación en conciencia en orden a la culpabilidad o inocencia del acusado, sus razonadas dudas habrán de resolverlas siempre a favor del reo. La expre-

sión de estas dudas se debe exteriorizar por medio de un razonado discurso explicativo que acompañe a la resolución judicial en que se dé noticia fundada de las dudas sobre la culpabilidad de la persona enjuiciada o su participación en los hechos, de ahí que encuentre cauce adecuado para su alegación cuando se observa una notoria ausencia de motivación en la resolución condenatoria que suponga la denegación de una tutela judicial efectiva. En el caso presente la juzgadora “a quo” ha exteriorizado en los fundamentos de derecho de la sentencia la actividad probatoria, racional y de cargo suficiente, que le han llevado a formar el

estado de convicción al que llegó y que dejó reflejado en el relato fáctico y de los que desprende sin duda racional alguna la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos integrantes del tipo penal por el que se condena a la ahora recurrente, sin manifestar incertidumbre alguna al respecto, por lo no dándose esta situación y siendo aquella quien por razones de inmediación esta en mejores condiciones de valorar las pruebas en su individualización y en su conjunto, es claro que no puede sostenerse que tal principio haya sido infringido y por ello, en consecuencia, este motivo debe ser rechazado.

**Sentencia 12/2006, AP ASTURIAS, Sec. 2.ª, de 19 de enero de 2006**

CÁLCULO DE CUANTÍA DE DÍA-MULTA EN DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

**Arts. 53 y 379 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Luisa Barrio Bernardo-Rúa**

SÍNTESIS

*La imposición de una cuota diaria incluida la zona inferior de la previsión legal del importe de la cuantía no requiere especial justificación y la no imposición del mínimo legal tiene su justificación en la finalidad preventiva de la pena.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota o por los pocos días de sanción, es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena, puesto que una cifra menor habría que

considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria y la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva, lo contrario supondría vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico.

---

# DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

# **INSTRUCCIÓN 10/2005, DE 6 DE OCTUBRE, SOBRE EL TRATAMIENTO DEL ACOSO ESCOLAR DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL**

[...]

## **IV. TIPIFICACIÓN PENAL DEL ACOSO ESCOLAR**

### **1. Pautas generales**

Si se sigue la definición amplia de acoso escolar que suelen emplear psiquiatras, psicólogos y pedagogos (exposición de un alumno, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro u otros alumnos) no existe una traducción jurídico penal unitaria de estos comportamientos. Las tonalidades más o menos intensas que estas conductas violentas, intimidatorias o denigratorias pueden alcanzar, pueden plasmarse en una amplia gama cromática no susceptible de reduccionismos o simplificaciones. Debe por tanto partirse de que el concepto de acoso escolar es metajurídico, pudiendo tener diversas significaciones jurídico penales, desde la mera falta a la comisión de un delito grave.

Habrà de estarse en cada supuesto a los hechos que pueden estimarse indiciariamente acreditados como paso previo a la operación de subsunción penal. En todo caso debe partirse de que conceptualmente el acoso escolar requiere de una cierta continuidad o reiteración, debiendo distinguirse estas conductas de los incidentes aislados. No obstante, también un incidente aislado, cuando el rango del bien jurídico afectado lo demande y cuando tenga lugar en el ámbito docente, puede justificar la aplicación de las directrices contenidas en la presente Instrucción.

### **2. Delito contra la integridad moral**

#### **2.1. Principios:**

Cuando los hechos tengan la entidad suficiente, la conducta de acoso podrá calificarse conforme al tipo penal previsto en el artículo 173.1, que castiga al

que “infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”.

La pena que para los adultos se asigna (prisión de seis meses a dos años) hace que este delito deba ser considerado como menos grave, con las consiguientes repercusiones en Derecho Penal Juvenil. En materia de prescripción regirá el plazo de un año (artículo 10.3 de la LORPM), si bien conforme a la redacción del artículo 132 del CP tras la reforma 15/2003 será para estos supuestos aplicable como regla general la disposición según la cual en las infracciones que exijan habitualidad, los términos se computarán desde que cesó la conducta. La calificación como delito menos grave también tiene gran importancia en cuanto a las posibilidades de derivación (artículos 19.1 y 27.4 de la LORPM).

Para la STS n.º 819/2002, de 8 de mayo, “el delito del artículo 173 representa... el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial (‘infligir a una persona un trato degradante’), y un resultado (‘menoscabando gravemente su integridad moral’)”.

La integridad protegida se identifica con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona. El tipo, como valor derivado del artículo 15 de la CE plasma el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana.

Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral. Consiste en someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El artículo 173 operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre (*auf-frangtatbestand* en la terminología alemana), en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego cuando la conducta enjuiciada no pueda subsumirse en otras figuras más específicas del Código Penal que impliquen también un atentado contra la dignidad moral de otros, de las que existen numerosos ejemplos en otros títulos del Código (SAP Sevilla, secc. 4.ª, n.º 150/2004, de 4 de marzo).

La aproximación a los conceptos de trato degradante y de menoscabo grave de la integridad moral exige analizar el estado de la cuestión en la jurisprudencia.

## 2.2. El elemento medial (infligir a una persona un trato degradante)

En lo que hace al trato degradante, desde el punto de vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe señalar que en la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra Reino Unido) se considera que el concep-

to de malos tratos o tortura estipulado se refiere sólo a los casos que revisten una cierta gravedad, y que esta gravedad mínima ha de estimarse de acuerdo con las circunstancias del caso y de la víctima. En esta sentencia expresamente se considera maltrato degradante cinco técnicas utilizadas en el caso analizado: mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua y restringirles la dieta.

El trato en sí mismo no será degradante salvo que la persona afectada haya sufrido —ya a los ojos de los demás, ya en sus propios ojos— humillación o degradación alcanzando unos niveles mínimos de severidad. Esos niveles deben ser evaluados en relación con las circunstancias del caso (STEDH de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido).

La reciente STEDH sección primera de 16 de junio de 2005 (Caso Labzov contra Rusia), con cita de otros precedentes como los casos Labita contra Italia y Valašinas contra Lituania, confirma estas pautas, declarando a este respecto que el artículo 3.º de la CEDH consagra uno de los valores esenciales de la sociedad democrática. Prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o castigos inhumanos o degradantes. En todo caso, para caer bajo el artículo 3.º el maltrato debe alcanzar un nivel mínimo de severidad. La evaluación de ese nivel mínimo depende de las circunstancias del caso, tales como duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y en algunos casos el sexo, edad y estado de salud de la víctima. Idéntico pronunciamiento se contiene en la STEDH sección primera de 2 de junio de 2005 (caso Novoselov contra Rusia).

Por tanto, desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH el trato degradante es un concepto esencialmente casuístico, en el que deben tenerse en cuenta todos los factores concurrentes —entre otros, la edad de la víctima— pero que en todo caso debe tener un nivel mínimo de severidad.

Avanzando más, las SSTS n.º 1218/2004, de 2 de noviembre, 819/2002, de 8 de mayo y 1122/1998, de 29 de septiembre consideran que los tratos degradantes son “aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”.

Con carácter general la expresión “trato degradante” presupone una “cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría ‘trato’ sino simplemente ataque” (STS n.º 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea la SAP Sevilla, secc. 4.ª, n.º 150/2004, de 4 de marzo, exige en la conducta típica dos caracteres: “la continuidad y la eficacia para inducir sentimientos de angustia y de humillación”.

Sin embargo el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, “siempre que en ella se aprecie 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” (STS n.º 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea de considerar que lo normal es que concorra permanencia o repetición pero con simultánea admisión de la posibilidad de quedar integrado en un solo acto se sitúa la STS n.º 489/2003, de 2 de abril.

El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 permite pues el castigo, tanto de aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral. Son conductas, estas últimas, de trato degradante, que en su individual consideración no son calificables de graves, pero que al ser reiteradas terminan menoscabando gravemente por erosión dicha integridad moral y que tienen cabida en el precepto (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

Pero no ha de olvidarse que no todas las manifestaciones de acoso tienen acomodo típico, pues tanto en el caso del *mobbing* como en el de *bullying* (ambas tienen una zona de intersección) estas conductas pueden proyectarse en un amplio elenco de acciones y omisiones que en algunos casos no suponen, como consecuencia necesaria, la intervención penal, regida por las exigencias de tipicidad, y por los principios de *lex certa* y *lex stricta*, teniendo presente el carácter fragmentario del derecho penal (en este sentido, en relación con el acoso laboral, SAP Tarragona, secc. 2.ª, n.º 407/2004, de 26 de abril, AAP Tarragona, secc. 2.ª, n.º 201/2004, de 6 de mayo, y AAP Barcelona secc. 8.ª, de 15 septiembre 2003).

### 2.3. El resultado (menoscabo grave de la integridad moral)

El resultado típico debe ser un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, que se configura como valor autónomo, independiente de otros derechos (STS n.º 1218/2004, de 2 de noviembre), en especial del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona (STS n.º 819/2002, de 8 de mayo).

En lo referente al concepto penal de integridad moral, ha de delimitarse 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, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

El atentado a la integridad moral debe ser grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el

hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del artículo 620.2.º del CP (STS n.º 819/2002, de 8 de mayo).

En esta línea la STS n.º 489/2003, de 2 de abril, declara que el artículo 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. En este mismo sentido, STS n.º 2101/2001, de 14 de noviembre.

En cualquier caso, no se requiere que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica, cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones (STS n.º 489/2003).

La STS n.º 489/2003, de 2 de abril aun declarando que no se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal, incluye las conductas analizadas por la STEDH de 18 de enero de 1978 (vid. *supra*) y la realización de “novatadas” y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral” y conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc., comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.

Así, los actos de violencia psíquica de escasa gravedad, que en su consideración aislada darían lugar a la falta de vejación injusta del artículo 620, una vez acreditado que se vienen produciendo en forma reiterada, como expresión de un clima de violencia psíquica habitual, habrán de ser encajados en el delito del artículo 173. No obstante, la aplicación de este precepto exige que se haya producido como resultado un menoscabo en la integridad moral que pueda ser calificado como grave. Y ello en atención al principio de especialidad y al concurso de leyes y delitos que se recoge en el artículo 8.º del CP (STS 1218/2004, de 2 de noviembre).

En este sentido se ha considerado incluido en el tipo el acoso telefónico, escrito y personal que excede con mucho la gravedad del injusto que puede ser abarcada por la falta del artículo 620.2 del CP, ni siquiera con el carácter de continuada (SAP Sevilla, secc. 4.ª, n.º 150/2004, de 4 de marzo).

También se considera aplicable el tipo del artículo 173.1 en un supuesto de hechos vejatorios y gravemente degradantes inferidos a un ciudadano “al que no sólo le tuvieron en un estado de terror permanente, sino que utilizaron toda clase de humillaciones obligándole a desnudarse, además de infundirle un terror psicológico incuestionable” (STS n.º 454/2004, de 6 de abril).

En definitiva, puede decirse que el delito contra la integridad moral y la falta de vejaciones injustas se hallan en una misma línea de ataque, diferenciándose por la gravedad del atentado a la integridad moral en relación con todas las

circunstancias concurrentes en el hecho (SAP Sevilla, secc. 4.ª, n.º 150/2004, de 4 de marzo).

### **3. Concurso de delitos**

Debe recordarse que conforme al artículo 177 si además del atentado a la integridad moral penado en el artículo 173.1, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

Tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. Esto explica la regla concursal del artículo 177 del CP (STS 1218/2004).

Por tanto no todo atentado a la integridad moral debe comportar necesariamente un atentado a otros bienes jurídicos, pudiendo concebirse comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

A la inversa, si además del atentado a la integridad moral, se producen daños a otros bienes jurídicos se castigarán, en su caso los hechos separadamente, lo que permite la sanción penal de los resultados producidos a consecuencia del trato degradante.

Estas pautas deben, no obstante, en Derecho Penal de Menores, matizarse: si bien son plenamente aplicables en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, a efectos de determinar la consecuencia habrá de estarse a las previsiones específicas que para determinar la medida en caso de concurso ideal se contienen en el artículo 11 de la LORPM, conforme a la interpretación contenida en el punto V.5 de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre.

En Derecho Penal de Menores no se aplica, pues, la agravación de la consecuencia jurídica prevista para el mismo supuesto en el artículo 77 del CP sino que se sigue el principio de absorción.

### **4. Inducción al suicidio**

El artículo 143.1 del CP castiga al que induzca al suicidio de otro. No es desgraciadamente descartable que los supuestos graves de acoso escolar puedan desembocar en el suicidio de los menores acosados.

Sin embargo, para mantener una acusación y fundamentar una sentencia condenatoria por este tipo delictivo, no será suficiente con que pueda llegar a demostrarse la relación de causalidad entre los actos de acoso y el resultado suicidio.

Como refiere la STS de 5 de mayo de 1988 la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción y por lo que ahora nos interesa que el inductor haya actuado “con la doble intención de provocar la decisión... y de que el crimen (el suicidio en este caso) efectivamente se ejecute” (en el mismo sentido, SSTS de 25 de junio de 1985, 16 de diciembre de 1989, 12 de noviembre de 1991 y 11 de junio de 1992).

La STS n.º 421/2003, de 10 de abril resalta cómo el inductor despliega su conducta sobre otras personas al objeto de que ejecuten un hecho concreto y en relación también con una víctima concreta.

No será desde luego subsumible en el tipo la conducta consistente en “forzar” al suicidio, por cuanto el suicida ha de decidir libremente su muerte, por lo que la conducta del que fuerza sería constitutiva de homicidio o asesinato.

A través de la vía del artículo 177, un resultado muerte por suicidio causalmente conectado con los actos contra la integridad moral pero no imputable a título de dolo, podrá en su caso ser castigado como homicidio imprudente.

[...]

## X. CONCLUSIONES

1.º La consecución del objetivo de lograr un ambiente de paz y seguridad en los Centros educativos y en el entorno de los mismos, donde los menores puedan formarse y socializarse adecuadamente debe tornarse en meta irrenunciable, superando la resignada aceptación de la existencia de prácticas de acoso o matonismo entre nuestros menores.

2.º El acoso escolar es un mal profundamente arraigado en el entorno educativo, desde tiempos inmemoriales, en el que confluyen una pluralidad de causas y cuyo tratamiento es complejo. No puede desde luego caerse en la simplificación de reducir su abordaje a un tratamiento represivo, y menos aún a su tratamiento centrado en el proceso penal de menores. Desde el papel subsidiario y reactivo que a la justicia juvenil ha de asignarse en la lucha contra este fenómeno, los Sres. Fiscales han de partir del principio de que ningún acto vejatorio de acoso escolar debe ser socialmente tolerado y de que los mismos, una vez conocidos por el Fiscal, han de tener una respuesta adecuada desde la jurisdicción de menores.

3.º Incluso las denuncias que hagan referencia a hechos en principio leves (faltas de amenazas, coacciones o vejaciones injustas), si concurre la nota de habitualidad o reiteración en el tiempo, deben dar lugar como regla general a la incoación de un expediente de menores, no siendo adecuado en estos casos utilizar sin más la facultad de desistimiento prevista en el artículo 18 de la LORPM.

4.º En muchas ocasiones, las denuncias formuladas ante la Policía o las redactadas por las propias víctimas no aportan elementos suficientes para aclarar si nos encontramos ante un verdadero supuesto de acoso escolar. Muchos de estos casos pueden ser transmitidos de forma fragmentaria, oscura o confusa, con apariencia de incidente aislado. Es por ello necesario que los Sres. Fiscales, en todos los supuestos en los que se denuncien actos de agresiones, amenazas o vejaciones en el ámbito escolar, antes de adoptar una decisión de fondo, citen a la víctima a fin de tomarle personalmente declaración. La intermediación seguida de un interrogatorio adecuado será una poderosa herramienta para clarificar la entidad de la situación denunciada y para adoptar la decisión más adecuada.

5.º Cuando los hechos que lleguen a conocimiento del Fiscal tengan indiciariamente como autores a menores de 14 años, procederá remitir testimonio de lo actuado a la dirección del centro en cuyo ámbito se estén produciendo los abusos, para que dentro de sus atribuciones adopte las medidas procedentes a la protección de las víctimas y en relación con los victimarios.

6.º Igualmente, en los supuestos en los que se inicien actuaciones por el Fiscal y se compruebe que el menor o los menores implicados están dentro del ámbito de aplicación de la LORPM será necesario comunicar a la dirección del centro la denuncia interpuesta a los efectos internos procedentes.

7.º Cuando la *notitia criminis* haya llegado por algún conducto al margen de los representantes legales del menor y existan elementos que apunten a que éstos desconocen la situación en la que vive su hijo, deberán los Sres. Fiscales poner los hechos en conocimiento de los mismos.

8.º Los actos de violencia escolar podrán calificarse conforme al artículo 173 del CP tanto cuando consistan en conductas aisladas que por su naturaleza tengan entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, como cuando consistan en conductas que siendo en sí y por separado leves, terminen produciendo menoscabo grave a la integridad moral al ejecutarse de forma reiterada, sistemática y habitual.

9.º Si además del atentado a la integridad moral, se producen daños a otros bienes jurídicos se calificarán los hechos, en su caso, separadamente.

10.º Los Sres. Fiscales se abstendrán en sus informes de utilizar el criterio de la alarma social concurrente como justificador de la petición de medidas cautelares para menores.

11.º Cabrá postular como medida cautelar la libertad vigilada acompañada de las reglas de conducta que se estimen precisas para modular un mayor o menor grado de alejamiento entre víctima e infractor, debiendo a tales efectos tenerse presentes las conclusiones alcanzadas por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004.

12.º En los supuestos en que pese a poder ser encuadrados los hechos en el concepto social amplio de acoso no puedan los mismos subsumirse en nin-

gún tipo penal, habrá de remitirse copia de lo actuado a la dirección del centro docente de los menores implicados para que adopte las iniciativas que estime oportunas.

13.º Si no existe reiteración y atendida la levedad de la conducta denunciada los hechos no son susceptibles de calificarse más que de una simple falta cabrá acordar el desistimiento del artículo 18 de la LORPM. En estos casos pese a no estar expresamente previsto, el desistimiento habrá de acompañarse de una simultánea remisión de testimonio de lo actuado a la dirección del centro docente.

14.º Aunque la LORPM no prevé la notificación del decreto de desistimiento al perjudicado, a fin de evitar potenciales indefensiones, los Sres. Fiscales habrán de ponerlo en conocimiento del menor víctima y de sus representantes legales.

15.º Puede ser especialmente recomendable la implementación de soluciones extrajudiciales frente a manifestaciones de acoso que no sean graves. En todo caso en estos supuestos habrá de transmitirse a los victimarios el mensaje claro y nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier repunte de acoso, trasladándole la confianza en las instituciones y la idea de que su caso no está definitivamente cerrado.

16.º Si la víctima o sus representantes se encuentran personados como acusación particular será necesario antes de acordar el sobreseimiento por cualesquiera de los motivos previstos en la LORPM, que se les dé traslado para que se pronuncien.

17.º Los supuestos de menores a los que previamente a la resolución del expediente tramitado conforme a la LORPM se les hubiera impuesto una sanción disciplinaria en el centro por los mismos hechos habrán de resolverse conforme a las siguientes pautas: 1) Si no existe la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento serán compatibles las sanciones disciplinarias impuestas en el centro escolar con las impuestas por la jurisdicción de menores; 2) Si existe la triple identidad la previa tramitación del expediente disciplinario no impide la tramitación de expediente de menores conforme a la LORPM; 3) En este último caso habrá de tenerse en cuenta y valorarse la sanción impuesta en el ámbito escolar, ya desistiendo conforme al artículo 18 de la LORPM, ya acordando el sobreseimiento del expediente, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 19 o 27.4, ya modulando la naturaleza o la extensión de la medida que se imponga.

18.º Los Sres. Fiscales habrán de partir —*mutatis mutandis*— de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 109 de la LECrim., por lo que en estos procesos habrá de asegurarse la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

19.º En el ámbito de la fase de instrucción del proceso penal de menores es el Fiscal el legitimado para adoptar las medidas de protección de testigos previstas en el artículo 2.º de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.

20.º Habrán los Sres. Fiscales de cuidar que en el acto de recibirse declaración al ofendido, se le instruya, asistido de sus representantes, del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso como acusación particular o como actor civil, por aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 109 de la LECrim., en relación con el artículo 25 de la LORPM.

21.º Los Sres. Fiscales defenderán la interpretación conforme a la cual es posible demandar ante el Juez de Menores como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

**CONSULTA 1/2006, DE 21 DE ABRIL,  
SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL  
DE LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR  
A VELOCIDAD EXTREMADAMENTE ELEVADA**

**I. ANTECEDENTES**

La implantación de dispositivos tecnológicos de control de velocidad en la red viaria de nuestro país ha permitido una nueva forma de detección e identificación de vehículos que circulan a velocidad superior a la autorizada por las normas reguladoras del tráfico rodado.

Esta circunstancia ha motivado que las autoridades de tráfico, ante la captación de vehículos que circulan a velocidades superiores a los 200 km/h hayan decidido poner los hechos en conocimiento de las respectivas Fiscalías territoriales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante Ley de Tráfico), por si tal conducta pudiera ser constitutiva de un delito de conducción temeraria del artículo 381 del CP.

En este contexto, la Fiscalía consultante, con motivo de la recepción de antecedentes administrativos relativos a vehículos que circulaban entre 224 y 245 km/h, siendo la limitación genérica de velocidad de 120 km/h, cuestiona la posibilidad de incardinar tales conductas en el tipo penal de conducción temeraria del artículo 381, párrafo 1.º, o bien en el de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás del artículo 384 del Código Penal, habida cuenta de las exigencias típicas de estas figuras delictivas.

Por tanto, la resolución de la presente consulta debe partir de algunas consideraciones generales y un recordatorio previo de las características y requisitos típicos de los delitos de conducción temeraria, a fin evaluar el alcance penal de tales conductas.

[...]

## V. CONCLUSIONES

1.º La detección de vehículos a motor circulando a velocidad extremadamente elevada y, significadamente, cuando sobrepase el doble de la máxima autorizada reglamentariamente como sucede en el supuesto sometido a consulta, puede resultar indiciaria de la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 381 del CP.

2.º Las Sras. y Sres. Fiscales en tales casos acordarán o interesarán la práctica de diligencias tendentes a averiguar, además de la identificación del conductor, aquellas circunstancias fácticas concurrentes con tal forma de conducción y que permitan efectuar una fundada valoración sobre la significación penal de los hechos y en consecuencia constatar o descartar la existencia de un concreto peligro para la vida o integridad de terceros, la posible presencia de altas tasas de alcohol en el conductor o el consciente desprecio por la vida de los demás. A tal fin interpondrán el correspondiente recurso contra las resoluciones que acuerden el archivo de plano de tales denuncias.

3.º Si atendidas las circunstancias en que se desarrolló la conducción se pusiera de manifiesto el plus de antijuricidad que el consciente desprecio supone, habrá de entenderse que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 384 del CP, bien del apartado primero, bien del segundo, en función de si hubo o no concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

4.º Las Sras. y Sres. Fiscales Jefes darán cuenta de la presente Consulta a la Jefatura Provincial de Tráfico u organismo de tráfico competente en su demarcación de forma que el criterio que en ella se adopta llegue a conocimiento de los agentes de policía o guardia civil encargados de la vigilancia del tráfico rodado en dicho ámbito territorial, a fin de hacer efectiva la investigación de los mismos mediante la confección del oportuno atestado que deberá contener cuantos datos resulten indicadores de la posible comisión de un hecho delictivo.

5.º Cuando de la investigación se deduzca que no ha lugar al ejercicio de la acción penal, por no concurrir los elementos típicos o si ejercitada la misma recayese sentencia absolutoria que no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, las Sras. y Sres. Fiscales cuidarán de que la resolución de archivo o la sentencia absolutoria se comuniquen a la autoridad de tráfico competente a los efectos previstos en el artículo 74 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial.

**CIRCULAR 1/2006, DE 5 DE MAYO,  
SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD  
INTELLECTUAL E INDUSTRIAL TRAS LA REFORMA  
DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003**

[...]

I. INTRODUCCIÓN

La presente Circular se aborda a partir del importante cambio que la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal ha supuesto en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los cuales se han transformado de delitos semipúblicos, sujetos al régimen de denuncia previa del ofendido, en delitos públicos perseguibles de oficio. La reforma introduce además otras novedades en la regulación de estos tipos delictivos, que requieren establecer unos criterios de interpretación y actuación unitaria del Ministerio Fiscal en la persecución eficaz de las conductas vulneradoras de esos derechos que el legislador ha considerado son merecedoras de un reproche de naturaleza penal.

No obstante lo anterior, se ha tenido también presente que la última Circular de la Fiscalía General del Estado en materia de derechos de propiedad intelectual es la Circular 2/1989, que fue elaborada a partir de la novedad que supuso en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que modifica el artículo 534 incorporando un nuevo artículo 534 bis del Código Penal, dictada en paralelismo con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Con posterioridad la regulación de estos delitos se vio modificada con la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal que es objeto también de consideración. Finalmente resulta imprescindible tener presente que se ha producido un importante cambio en la realidad social, vinculado a las nuevas tecnologías, que ha incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de comisión de estos delitos, así como en la aparición de otros objetos de protección.

En el ámbito de los derechos de propiedad industrial el desfase en la elaboración de una Circular, para establecer los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal, es aun mayor puesto que no se ha elaborado una Circular o Instrucción con posterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, a partir de la cual dejaron de estar configurados como normas penales en blanco. Los últimos documentos en la materia están representados por una Circular de 20-5-1931 y dos Consultas de 4-11-1913 y 30-7-1928. Por otra parte, la legislación específica reguladora de estos derechos, con la cual deben integrarse los elementos normativos de estos tipos delictivos, ha proliferado y evolucionado extraordinariamente, siguiendo al igual que en el caso de los derechos de propiedad intelectual un proceso de internacionalización y sobre todo de armonización a nivel comunitario.

Es por ello que en la presente Circular se considera oportuno abordar, en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, los problemas interpretativos que puede suscitar la regulación penal de los tipos con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 6/1987, teniendo en cuenta además la evolución de la legislación específica integradora de los mismos. En cuanto a los derechos de propiedad industrial, se considera necesario hacer un estudio más exhaustivo de los tipos penales en su configuración actual, abordando la integración de sus elementos normativos con la necesaria referencia a la legislación específica reguladora de estos derechos, de modo similar a lo que se hizo en la Circular 2/1989, tras la publicación de la Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de noviembre de 1987 y la reforma simultánea que la LO 6/1987 realizó en el tipo penal de los artículos 534 y 534 bis.

La presente Circular sirve también para hacer efectiva la previsión contenida en las Medidas Normativas del Plan Integral del Gobierno para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual aprobado el 8 de abril de 2005. En el citado "Plan Antipiratería" se contempla dentro del citado capítulo de Medidas Normativas, la posibilidad de sugerir a la Fiscalía General del Estado el que, conforme a sus normas estatutarias, se establezcan los criterios unitarios de interpretación y actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas delictivas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, como una de las acciones necesarias para lograr los objetivos del Plan.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que constituyen, respectivamente, la Sección Primera y Segunda del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, forman parte del grupo de infracciones que integran el núcleo básico de las líneas informadoras de la reforma llevada a cabo por la citada LO

15/2003, de 25 de noviembre, en relación con los tipos de la Parte Especial, tal y como se refleja en la Memoria Justificativa al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en la propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003. La reforma trata de dar una respuesta penal eficaz a las nuevas realidades sociales y delictivas, garantizando la protección de bienes jurídicos que sufren nuevos e importantes ataques como consecuencia de las cada vez más expansivas formas de delincuencia organizada, o de los avances tecnológicos instrumentalizados en la comisión de los delitos, así como asegurar la protección de bienes o derechos nuevos, que surgen también como consecuencia de los citados avances tecnológicos, y que antes no podían ser contemplados en el marco de una protección penal por su inexistencia.

En primer lugar, la reforma de la LO 15/2003, ha abordado la consecución del reforzamiento de la protección penal de estos derechos mediante la elevación de las penas señaladas a los delitos. En los delitos contra la propiedad intelectual, se eleva en el tipo básico la pena de multa en su límite inferior, que pasa de seis a doce meses, y además se hace conjunta la pena de multa con la de prisión, que era antes alternativa; los supuestos agravados del artículo 271 también elevan el límite inferior de la pena de multa que ya era conjunta con la de prisión y pasa de ocho a doce meses. En los delitos contra la propiedad industrial de los artículos 273 (patentes y modelos de utilidad), 274 (signos distintivos de bienes y servicios y títulos de obtención vegetal), y artículo 275 (denominaciones de origen e indicaciones geográficas), se eleva la pena conjunta de multa en su límite inferior de seis a doce meses; en los supuestos agravados del artículo 276 se reduce el límite inferior de la pena de prisión de dos a un año y la pena acumulativa de multa se eleva de ocho a doce meses. Lo anterior pone de manifiesto que en estos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el legislador además de elevar las penas de multa, ha querido equiparar el régimen sancionador de ambos tipos delictivos. Han desaparecido igualmente de los tipos agravados de los artículos 271 y 276, la referencia a la posibilidad de imposición de la consecuencia accesoria del cierre temporal o definitivo del establecimiento del condenado, referencia que resultaba innecesaria, cuando no contradictoria, con la previsión que con carácter común se establece en el artículo 288 para todos estos delitos de la posibilidad de imposición de cualesquiera de las consecuencias accesorias del artículo 129. Quizás la única salvedad que hay que destacar respecto de la generalizada elevación en las penas de multa es la del tipo del artículo 277, relativo a la divulgación de invención objeto de solicitud de patente secreta.

En segundo lugar, la reforma ha previsto la consecución de una lucha más eficaz contra este tipo de delitos, mediante su conversión en delitos públicos, pues el apartado 1 del artículo 287 en la redacción dada por la LO 15/2003 excluye de la necesidad de denuncia previa por el perjudicado u ofendido, la

persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Desde el punto de vista de derecho transitorio, conforme al criterio establecido en la Circular 1/2004, deberá tenerse en cuenta que la flexibilización de la persecución, no puede entenderse aplicable a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, sin la previa denuncia del ofendido, sin perjuicio de que en tales supuestos se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados antes de adoptar cualquier resolución definitiva de archivo.

La perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que sirvan para acreditar los hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes implicadas en el proceso, en especial por lo que se refiere a las pruebas periciales sobre las obras o productos fraudulentos, lo que puede dar lugar a una ineficacia del procedimiento en cuanto a la sanción de las conductas delictivas, si se impugnan las pruebas de parte y no se llevan al acto del juicio oral otras pruebas periciales de carácter objetivo.

De conformidad con el criterio de la reforma de la LO 15/2003 de mejorar la eficacia de la respuesta penal en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, la misma ha introducido a través de la Disposición Final Primera una serie de medidas de carácter procesal en la LECrim:

1.º En el artículo 282 bis se incluyen en el apartado d) los delitos contra la propiedad intelectual e industrial como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada; esta incorporación se corresponde con el reconocimiento legal de que la criminalidad organizada se ha incorporado de forma clara y expansiva a la comisión de este tipo de delitos, lo que a nivel sustantivo ha reflejado la LO 15/2003, al incorporar en los artículos 271.c) y 276.c), respectivamente, como supuesto de agravación el que el culpable pertenezca a una organización o asociación.

2.º Se han incorporado los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes al catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim., lo que evidencia el claro propósito de dar una respuesta inmediata y eficaz a las formas más generalizadas de ataque a estos derechos que vienen representadas en nuestra sociedad por la figura del “top manta”.

3.º La LO 15/2003, ha añadido un segundo párrafo a la circunstancia 1.ª del artículo 771 de la LECrim., para prevenir que: “La información de derechos

al ofendido o perjudicado, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos”. Esta incorporación supone el reconocimiento expreso de la legitimación propia de las entidades gestoras de derechos para intervenir en los procedimientos penales relativos a los delitos de propiedad intelectual e industrial, dicha legitimación para intervenir las entidades gestoras supone igualmente un refuerzo del propósito de agilización de los procesos.

La consideración de que las entidades de gestión colectiva tienen atribuida, legalmente y en base al artículo 150 de la Ley de Propiedad Intelectual, una legitimación propia y no por sustitución, sin necesidad de tener que acreditar de manera individualizada, en cada caso, la concreta representación conferida por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se había abierto ya paso en la jurisprudencia, no sólo en el ámbito del procedimiento civil (SSTS de la Sala de lo Civil n.º 881/1999 de 29-10-1999, n.º 954/2001 de 18-10-2001, n.º 1208/2001 de 18-12-2001, y n.º 40/2003 de 31-1-2003, entre otras), sino también en el del procedimiento penal donde, no obstante, haber mayor discrepancia interpretativa, por tratarse de una jurisprudencia emanada casi exclusivamente de las Audiencias Provinciales, existían numerosas sentencias de dichos órganos judiciales que venían acogiendo también el criterio de la legitimación por derecho propio de las entidades de gestión colectiva.

La interpretación favorable al reconocimiento de la legitimación propia de las entidades gestoras, se ve avalada además por la necesidad de admitir que la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, tan sólo es posible actualmente, mediante la actuación colectiva por parte de los titulares de los derechos, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, reconocimiento que ya se recogía en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.

La normativa legal específica de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), ha ido incorporando ese reconocimiento, no sólo en el artículo 150 de la LPI, sino también en otros preceptos de la misma Ley, como en el artículo 25, relativo al derecho de remuneración por copia privada, en cuyo apartado 7 se establece que se hará efectivo a través de las entidades de gestión y en el apartado 20 de ese precepto, se atribuye a las entidades gestoras legitimación para el ejercicio de acciones civiles y penales y la solicitud de adopción de medidas cautelares en relación con las reclamaciones de dicho derecho de remuneración.

En el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la LPI, ahora en tramitación Parlamentaria, el reconocimiento de las entidades gestoras respecto del cobro del derecho de remuneración equitativa por copia privada, así como para el ejercicio de acciones penales y civiles y la petición de adopción de

las medidas cautelares previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, por impago se contempla respectivamente, en iguales términos en los apartados 8 y 21 del citado artículo 25.

4.º Se introduce también por la LO 15/2003 un nuevo párrafo en el artículo 338 de la LECrim. a los efectos de posibilitar expresamente en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la destrucción de los efectos intervenidos; esta previsión, sin duda viene motivada por la consideración de las dificultades para conservar y custodiar en condiciones adecuadas de integridad y seguridad la ingente cantidad de objetos fraudulentos que diariamente se intervienen por las fuerzas policiales en relación con la comisión de estos delitos. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán impulsar la aplicación de lo dispuesto en este precepto, una vez se haya practicado la pericial necesaria en relación con los efectos fraudulentos, y se haya cumplido el requisito del párrafo tercero del artículo 338, de haberse reflejado en la diligencia que se extienda o en la pericial practicada todos los datos relativos a la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que resulte necesario acreditar en el juicio oral. Cumplidos tales requisitos, los Sres. y Sras. Fiscales, en el supuesto de que no se hubiera solicitado o acordado con anterioridad, solicitarán en sus calificaciones, por medio de otrosí, la destrucción de los efectos intervenidos, sin perjuicio de dejar muestras suficientes.

[...]

## VII. CONCLUSIONES

El propósito de este apartado es hacer una exposición sumaria de las líneas fundamentales de la Circular, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones que se consideran de especial relevancia para la interpretación y actuación de los miembros Ministerio Fiscal en relación con los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En todo caso, se trata de una visión global y de conjunto del contenido de la Circular que no puede excluir la necesidad de acudir a los respectivos apartados que desarrollan cada punto.

Con carácter previo debemos señalar que el objeto de la presente Circular está centrado fundamentalmente en el estudio de los tipos penales relativos a los derechos de propiedad intelectual e industrial, a raíz de la reforma producida en los mismos por la LO 15/2003, teniendo en cuenta también las modificaciones anteriores introducidas por la LO 10/1995 en ambos tipos delictivos.

En el presente documento se ha querido dedicar especial atención a las nuevas modalidades de vulneración de estos derechos vinculadas a la utilización de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, que han incidido en la aparición de diferentes y más intensas formas de lesión de los derechos.

El estudio de estos delitos se aborda con una referencia obligada a la legislación específica de carácter civil-mercantil con la que deben integrarse los elementos normativos con los que están configurados. Igualmente se estudia la legislación comunitaria en la materia, la cual se ha incorporando progresivamente a la legislación nacional de carácter específico.

#### 1. Las notas comunes de la reforma operada por la LO 15/2003

El legislador ha abordado el reforzamiento de la protección penal de estos derechos a través de diferentes medidas de orden sustantivo y procesal:

— Elevación de las penas señaladas a los delitos, fundamentalmente en lo que se refiere a las pena de multa, que además en los delitos contra la propiedad intelectual se hace conjunta con la de prisión; se observa una equiparación del régimen de penas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

— Se transforma el régimen de perseguibilidad de los delitos, que se convierten en delitos perseguibles de oficio. La nueva naturaleza de delitos públicos, exige por parte de los Sres. y Sras. Fiscales una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que deben servir para la acreditación de las conductas delictivas y en particular con las de carácter pericial.

— Se incorporan estos delitos al artículo 282 bis.d) de la LECrim. como delitos en los que será posible la utilización de la figura del agente encubierto cuando estén cometidos por delincuencia organizada.

— Se incluyen los delitos contra la propiedad intelectual e industrial flagrantes en el catálogo de delitos de juicios rápidos que establece la regla 2.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 795 de la LECrim.

— Se reconoce la legitimidad propia de las entidades gestoras para intervenir en los procedimientos penales (artículo 771 de la LECrim.).

— Se incorpora expresamente en el artículo 338 de la LECrim. la previsión de destrucción de los efectos intervenidos en relación con la comisión de estos delitos, una vez que se han practicado las periciales necesarias y que se han recogido todos los datos de constancia que deban ser acreditados en el juicio.

#### 2. Delitos contra la propiedad intelectual

La Circular 2/1989 de la Fiscalía General del Estado había abordado el estudio de los delitos contra la propiedad intelectual a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la LO 6/1987, de 11 de noviembre, que fue dictada en paralelismo con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, e introdujo el artículo 534 bis.a) que supuso el abandono de la técnica de norma penal en blanco. No obstante, el tipo se configuró con la presencia de gran cantidad de elementos

normativos, por lo que resulta necesario integrar las conductas típicas, los sujetos pasivos cuyos derechos son lesionados y el requisito de la falta de consentimiento de los titulares con la legislación de naturaleza civil-mercantil, que regula específicamente la materia y que está constituida en la actualidad por el RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

## 2.1 Novedades de la LO 10/1995

La LO 10/1995, si bien mantiene en el artículo 270 de Código Penal una redacción similar a la que la LO 6/1987 estableció en el artículo 534 bis.a), introdujo como principal novedad del tipo básico, la incorporación de la exigencia del elemento subjetivo de “obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”.

La otra novedad que incorporó la LO 10/1995, fue la de sancionar en el artículo 270.3 “la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de los dispositivos de protección de los programas de ordenador”, sanción que se produce como consecuencia de la transposición de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo, sobre protección de los programas de ordenador, en los artículos 95 a 104 de la LPI.

## 2.2. Novedades introducidas por la LO 15/2003 en el tipo básico de delitos contra la propiedad intelectual

### 2.2.a) Conductas de exportación, almacenaje e importación

En la tipificación de estas conductas realizada en el artículo 270.2, el legislador ha hecho una diferenciación entre las conductas de exportación y almacenaje de un lado y las de importación de otro, debida a la incorporación expresa en ese precepto de la incriminación de las denominadas “importaciones paralelas”.

La importación de las obras protegidas es una de las facultades integradas en los derechos de explotación del titular de los derechos de propiedad intelectual, y en particular, se encuentra implícita en la facultad exclusiva de distribución que corresponde al mismo. El derecho de distribución se define en el artículo 19 del Texto Refundido de la LPI, aprobado por el RD Legislativo 1/1996 como “la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante venta, alquiler o préstamo o de cualquier otra forma”.

El derecho exclusivo de distribución de los titulares se agota en el ámbito comunitario con la primera venta efectuada por el titular o con su consentimiento. El agotamiento comunitario del derecho de distribución se establece en las Directivas 92/100/CEE, de 19 de noviembre, relativa a los derechos de

alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información. En aplicación de esta normativa comunitaria el Texto Refundido de la LPI, incorpora el agotamiento comunitario del derecho de distribución en el artículo 19.2, respecto de los titulares de derechos de autor y en los artículos 109.2, 117.2, 123.2 y 126.1.e), respecto de los titulares de derechos afines o conexos.

El legislador de la reforma de la LO 15/2003, ha querido zanjar los problemas de interpretación que la anterior redacción del artículo 270.2 dejaba abiertos, y ha tipificado expresamente en dicho artículo, las importaciones de los objetos, tanto lícitos como ilícitos, realizadas en el ámbito internacional extracomunitario, sin consentimiento del titular del derecho de distribución, dado que no existe el agotamiento internacional del derecho.

En definitiva los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que el artículo 270.2, en la redacción dada por la LO 15/2003, sanciona penalmente las conductas de importación paralela de objetos lícitos realizadas sin autorización del titular del derecho de distribución. Quedan exceptuadas de la punición las importaciones realizadas desde un país comunitario en el que dichos objetos (obras protegidas), han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento, como consecuencia del agotamiento del derecho de distribución a nivel comunitario.

El legislador tan sólo ha sancionado expresamente las conductas de importación paralela de objetos lícitos, por lo que no deben entenderse penalmente sancionadas las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos realizadas sin la autorización del titular del derecho de distribución en España, dado que no es admisible una interpretación extensiva de las conductas penalmente castigadas.

En la valoración de las conductas de importación paralela de objetos lícitos deberá tenerse presente que el tipo del artículo 270.2 exige el elemento subjetivo de actuar “intencionadamente”, por lo que será necesario que concurra dolo directo.

#### 2.2.b) Conductas que vulneran los dispositivos técnicos de protección de las obras

Estas conductas están tipificadas en el artículo 270.3 del Código Penal, y tras la reforma de la LO 15/2003, se ha ampliado el tipo, tanto desde el punto de vista de las conductas sancionadas, por haber añadido la importación a las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección, como desde el punto de vista del objeto, pues se extiende además de a los programas de ordenador, a cualquiera de las otras

obras, interpretaciones o ejecuciones, que son objeto de protección en los términos del apartado 1 del artículo 270.

En el artículo 270.3 se contempla un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que la aplicación del artículo 270.3 sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del artículo 270, encontrándose estas últimas en relación de progresividad delictiva respecto de los actos preparatorios previstos en el apartado 3 del artículo 270; nos encontramos ante un supuesto de concurso de normas del artículo 8.3, con preferencia del artículo 270.1 como *lex consumens*.

La sanción de las conductas de supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de las obras, puede suscitar problemas de compatibilidad con el derecho a la copia privada para uso privado, que como límite del derecho de reproducción de los titulares se contempla en el artículo 31.2 del Texto Refundido de la LPI, el cual a su vez genera una remuneración compensatoria o canon a su favor. Por los Sres. y Sras. Fiscales, se tendrá en cuenta, que la necesaria compatibilización del derecho de los titulares a la protección de sus obras mediante mecanismos tecnológicos, con el límite que comporta la copia privada, requerirá que en la valoración de las conductas previstas en el artículo 270.3 se examine, si de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, puede deducirse que la posesión de dispositivos o mecanismos aptos para la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas incorporadas por los titulares para la protección de las obras, tiene una finalidad o utilización distinta a la de realización del derecho de copia privada.

2.2.c) Conductas que lesionan los derechos de propiedad intelectual a través de los medios tecnológicos de la sociedad de la información

La nueva realidad tecnológica de la sociedad de la información, requiere hacer una valoración jurídico-penal de determinadas conductas muy generalizadas en la sociedad actual, que han supuesto nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual. Algunas de estas nuevas formas de vulneración de los derechos están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Nos referimos a las prácticas generalizadas de “bajar de la Red” obras musicales o audiovisuales o los supuestos en que se comparten los ficheros dispersos en los ordenadores de múltiples usuarios interconectados (sistema P2P o Peer to Peer).

En todo este marco de nuevas tecnologías de la sociedad de la información, debe partirse de la necesidad de coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras, con los derechos de los usuarios

de los servicios de la sociedad de la información, sin que resulte posible, ni efectiva, una criminalización generalizada de la sociedad.

La colocación de obras protegidas en Internet así como la utilización de sistemas de intercambio de archivos para la obtención de dichas obras, está incardinada en el concepto amplio del derecho exclusivo de comunicación pública que se define en el vigente artículo 20 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI, expresamente se incorpora en el artículo 20.2 apartado i), como modalidad específica del derecho de comunicación “la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de “lucro comercial”.

En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial.

El principio de intervención mínima que rige en derecho penal debe ser tenido en cuenta para criminalizar tan sólo las conductas que lesionan más gravemente los bienes jurídicos. Es por ello, que en los supuestos en los que en la infracción del derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual, sólo concurre un ánimo de obtener una ventaja de carácter individual o personal, pero no un lucro comercial, la respuesta a la vulneración del derecho debe hacerse desde el ámbito de protección civil.

La interpretación del elemento subjetivo del ánimo de lucro, como lucro comercial viene avalada por dos argumentos: por un lado, el que en el ámbito del derecho comunitario el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es homogéneo, debiendo tener presente que en el Código Penal, los tipos delictivos de los derechos de propiedad industrial exigen un ánimo de lucro comercial o industrial, por otro lado, en la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3.º la obligación de los Esta-

dos Miembros de considerar delito “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial”.

### 2.3 Novedades de la LO 15/2003 en los tipos agravados

Debe tenerse en cuenta como novedades de los tipos agravados del artículo 271:

— El que se concreta el concepto de especial gravedad en función del valor de los objetos o de la especial importancia de los perjuicios.

— La incorporación como supuesto de especial gravedad el de que el culpable pertenezca a una organización o asociación. La previsión de esta agravación tiene una correspondencia desde el punto de vista procesal con la incorporación en el artículo 282 bis de la LECrim. de la utilización de la técnica de investigación del agente encubierto en este tipo de delitos.

— La incorporación como supuesto de agravación de la utilización de menores de dieciocho meses en la comisión de los delitos, agravación justificada por la búsqueda de la facilidad e impunidad en la comisión del delito.

— Se ha suprimido la referencia a la posibilidad de que el Juez o Tribunal decretase el cierre temporal del establecimiento o industria pues parecía contradictorio con la remisión que en el artículo 288 se hace a la aplicación con carácter general de las consecuencias accesorias del artículo 129.

## 3. Delitos contra la propiedad industrial

En relación con estos delitos la presente Circular ha querido abordar un estudio de los diferentes tipos delictivos sobre propiedad industrial, teniendo en cuenta que tras la reforma del Código Penal por la LO 10/1995, dejaron de estar configurados como normas penales en blanco, pasando el legislador a hacer una exhaustiva regulación de las conductas penalmente sancionadas, en paralelismo con la regulación de los derechos de propiedad industrial en las diferentes leyes específicas de carácter civil-mercantil.

En esta materia al igual que en propiedad intelectual, ha habido una profunda transformación legislativa en los últimos años así como un importante proceso de adaptación e incorporación de la legislación comunitaria.

### 3.1 El bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial cobra especial relevancia a la hora de determinar las conductas penalmente relevantes, además de ser una cuestión respecto de la que la doctrina y la jurisprudencia no ha mantenido una posición pacífica y uniforme.

El debate sobre este tema se centra en la consideración acerca de si el bien jurídico protegido por estos delitos es de naturaleza exclusivamente patrimo-

nial e individual, o bien de naturaleza supraindividual, centrado en el interés del Estado en garantizar el orden socioeconómico, protegiendo el sistema de libre concurrencia y el interés colectivo de los consumidores.

Para el sector mayoritario de la doctrina, el bien jurídico protegido es el derecho exclusivo de uso o explotación que corresponde a los titulares del derecho de propiedad industrial, sin perjuicio, de que ello de manera mediata contribuya a fortalecer las normas de libre competencia y acreciente la defensa de los intereses específicos de consumidores y usuarios. Conforme a este criterio, lo penalmente relevante es el ataque a la exclusividad de la que goza el titular registral del derecho o su cesionario.

Desde el punto de vista del derecho positivo debemos tener en cuenta que el legislador en el tipo penal del artículo 274, relativo a los signos distintivos, incorpora expresamente el requisito de confundibilidad, sin duda, porque la función esencial y característica de los signos distintivos es identificar el origen o procedencia empresarial del producto o servicio al que está incorporado el signo distintivo. La incorporación al tipo penal del requisito de confundibilidad se corresponde con la descripción que en el artículo 34.2 la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, se hace del contenido del derecho, descripción que además se corresponde con la normativa comunitaria, en concreto con el artículo 5.1 de la Directiva del Consejo 89/104, de 21 de diciembre de 1988, de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas.

La valoración del alcance del “juicio de confundibilidad” o riesgo de confusión, debe hacerse teniendo en cuenta la regulación comunitaria, en concreto, la Directiva 89/104 y el Reglamento del Consejo 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria, y la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que conforme a la legislación comunitaria y la doctrina del TJCE, a cuyo tenor debe interpretarse la legislación interna, en los casos de marcas renombradas, o cuando no siendo marcas renombradas se trata de signos idénticos para productos idénticos a aquellos para los que está registrado el signo, la protección del derecho exclusivo es absoluta y no requiere de apreciación del juicio de confundibilidad, el cual vendrá en aplicación, en los supuestos de marcas no renombradas y tratándose de supuestos de signos similares y respecto de productos o servicios similares. En estos casos, el juicio de confundibilidad debe efectuarse desde un plano objetivo de comparación de la semejanza o diferencia entre los signos y productos, en orden a valorar la posibilidad de identificación del origen empresarial y de la garantía de calidad de los productos; sólo partiendo del planteamiento de la aptitud objetiva de los signos usurpados para producir confusión, puede tener alguna relevancia la valoración adicional de otros factores secundarios relativos

a las circunstancias concretas en las que se ofrecen los productos (lugar de venta, precio etc.).

En definitiva, los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta en orden a la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, que el bien jurídico directamente protegido es el derecho de exclusividad del titular registral, siendo la lesión de este derecho la que determina la relevancia penal de la conducta. El legislador no ha incorporado al tipo penal el requisito del error del consumidor, ni ha incluido estos delitos en la sección dedicada a los delitos contra el mercado y los consumidores; la protección del interés del consumidor es tan sólo un fin mediato en estos tipos delictivos.

### 3.2 Las modalidades de derechos de propiedad industrial

Dentro de la sección segunda del capítulo XI del título XIII del Código Penal, dedicada a los delitos contra la propiedad industrial, se incluyen varias modalidades de derechos que se consideran merecedores de protección penal. En este apartado de Conclusiones no se trata de volver a examinar en concreto e individualizadamente cada modalidad o tipo delictivo, sino de dar una visión en conjunto de las principales líneas de la regulación de estos delitos.

En primer lugar destacar que dentro de los tipos delictivos de la citada sección segunda pueden distinguirse dos grandes grupos:

— Las creaciones con proyección industrial o artística que se contemplan en el artículo 273 (patentes y modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y las topografías de productos semiconductores).

— Los signos distintivos que se contemplan en el artículo 274 (marcas y nombre comercial).

— Otras modalidades de derechos de propiedad industrial protegidas mediante el correspondiente tipo penal son: las obtenciones vegetales, que se incorporan al Código Penal tras la reforma de la LO 15/2003 en el artículo 274 apartados 3 y 4, y cuya naturaleza es más próxima a la de las creaciones o invenciones, en este caso en el campo de la botánica. Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas cuya protección penal se incorpora expresamente al Código Penal tras la LO 10/1995 en el artículo 275, cuya naturaleza se asemeja a la de una marca de calidad o garantía.

— Por último, en el artículo 277 se sanciona la vulneración de las patentes secretas, la ubicación sistemática de este tipo delictivo es objeto de crítica doctrinal puesto que lo que se protege en este tipo, no es tanto el derecho de propiedad industrial, como los intereses de defensa nacional, pudiendo cometer el delito el propio titular que vulnera el mandato de secreto.

Como notas comunes de estos delitos cabe señalar que:

La protección del derecho exige inscripción registral y para que la conducta sea típica es necesario que el autor actúe con conocimiento del registro, sin autorización del titular y con fines comerciales o industriales.

El criterio que el legislador penal ha escogido para delimitar el ámbito de protección penal de las conductas lesivas de estos derechos es el de que dichas conductas se realicen con fines comerciales y sean intencionales, lo que por otra parte se corresponde con la exigencia que a nivel comunitario se recoge en el artículo 3.º de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual (debe tenerse en cuenta que a nivel de legislación comunitaria el término propiedad intelectual es también comprensivo de los derechos que en la legislación nacional se integran bajo la denominación de propiedad industrial).

El concepto y contenido de cada uno de estos derechos de propiedad industrial cuya vulneración se tipifica, debe ser integrado con la legislación nacional específica de carácter civil-mercantil y con la legislación comunitaria, la cual se detalla tanto en los respectivos apartados del cuerpo de la Circular como en los Anexos de legislación que se unen a la misma a los que nos remitimos.

En relación con los signos distintivos (marca y nombre comercial), debe ponerse de relieve que en el apartado 2 del artículo 274 se sancionan también las importaciones paralelas de objetos lícitos, con el mismo régimen con que en el artículo 270.2 se castigan dichas importaciones en el caso de propiedad intelectual, por tanto, quedan excluidas de sanción las importaciones de productos lícitos procedentes de un país de la Unión Europea realizadas sin autorización del titular del derecho, como consecuencia del agotamiento comunitario del derecho. Dicho agotamiento comunitario se contempla en el artículo 36 de la Ley de Marcas 17/2001, que incorpora el agotamiento previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 89/104 CEE, de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de marcas y en el artículo 13.1 del Reglamento 40/1994, de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria.

Tanto la legislación nacional como comunitaria contemplan una excepción al agotamiento comunitario en el caso de que los productos se hayan alterado o modificado tras la primera comercialización. Esta excepción al principio del agotamiento ha sido objeto de interpretación por el TJCE en sentencia de Pleno de 11-7-1996, caso n.º C-436/1993.

Al igual que ocurre en materia de propiedad intelectual, el legislador no ha tipificado las exportaciones extracomunitarias de objetos lícitos, por lo que debe entenderse que no siendo posible una interpretación extensiva, las mismas no están sancionadas penalmente.

Los subtipos agravados de los delitos de propiedad industrial se establecen en el artículo 276, con total identidad respecto de los establecidos en el artículo 271 para los delitos de propiedad intelectual a cuyo comentario nos remitimos.

**4. Disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial**

La sección cuarta del capítulo XI establece en los artículos 287 y 288 las disposiciones comunes de las tres secciones anteriores. Por lo que se refiere a los delitos de la sección primera y segunda que son los relativos a propiedad intelectual e industrial cabe destacar en relación con las modificaciones introducidas por la LO 15/2003 en las disposiciones comunes, la supresión del requisito de denuncia previa de la persona agraviada o de sus representantes legales, por lo que como ya señalamos anteriormente se convierten en delitos públicos o perseguibles de oficio.

Las otras disposiciones de carácter común de estos delitos, que ya se contemplaban en el artículo 288 antes de la reforma de la LO 15/2003, se refieren, por un lado, a la publicación de las sentencias que declaren la comisión de estos delitos en los periódicos oficiales, y a la posibilidad de publicación, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, y de otro lado a la posibilidad de que el órgano judicial acuerde las consecuencias accesorias del artículo 129.

En orden a la adopción de las consecuencias accesorias del artículo 129 tratándose de delitos públicos y previendo el propio artículo, un trámite de previo informe del ministerio fiscal, deberán los Sres. y Sras. Fiscales, cuando concurren las circunstancias que las justifican, impulsar su adopción, interesando las mismas en sus escritos de acusación.

**5. Responsabilidad civil y fortalecimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial**

En orden a la determinación de la responsabilidad derivada de los delitos contra la propiedad intelectual, el propio artículo 272 del Código Penal establece una remisión expresa para su determinación a las disposiciones de la LPI sobre cese de la actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, deberán tenerse en cuenta por los Sres. y Sras. Fiscales para la determinación de la extensión de la responsabilidad civil los artículos 139 y 140 del Texto Refundido de la LPI vigente.

En algún caso las medidas de cese de actividad ilícita que contempla el artículo 139, pueden superponerse con las consecuencias accesorias del artículo 129 que resulta de aplicación por remisión expresa del artículo 288 del Código Penal. Debe tenerse presente que las medidas previstas en el artículo 139.1.c), d) y e) relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual, serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación del comiso del artículo 127, cuya regulación resulta de mayor amplitud. En todo

caso los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener presente lo establecido en la Circular 1/2005 en lo que concierne al comiso, que deberá ser solicitado en relación con los efectos, instrumentos y ganancias de estos delitos, particularmente cuando la actividad delictiva resulte imputable a los integrantes de una organización.

Los criterios para fijar la indemnización por daños y perjuicios se establecen en el artículo 140 del Texto Refundido de la LPI. En el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, se incorporan al artículo 140 dos módulos de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios y además se incorpora como novedad la posibilidad de poder incluir en la cuantía indemnizatoria, los gastos de investigación en que haya incurrido el titular de los derechos para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

En el artículo 141 del Texto refundido de la LPI se contemplan las medidas cautelares, estas medidas sin perjuicio de las que pueden ser adoptadas por el juez de instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim., podrán ser tenidas en cuenta en base a lo previsto en el artículo 143 de Texto Refundido LPI. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán instar en el procedimiento penal las medidas cautelares, que de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que sirven para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en la sentencia.

Por lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad industrial, si bien el Código Penal no contiene una remisión expresa a la legislación específica de esos derechos, es posible tener en cuenta los criterios en ella establecidos sobre el alcance de la responsabilidad civil, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Penal.

Es necesario destacar que en correspondencia con la preocupación por la protección legal de los derechos de propiedad intelectual e industrial, ante la creciente y progresiva vulneración de los mismos, favorecida por las nuevas tecnologías que facilitan la usurpación, y la incorporación de la delincuencia organizada a este tipo de actividades vulneradoras, el legislador nacional ha creado los instrumentos legales para fortalecer su protección.

En este sentido y de *lege ferenda* deben tenerse en cuenta los dos Proyectos de Ley actualmente en tramitación parlamentaria ante el Senado: El Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la LPI el cual implementa la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información y el Proyecto de Ley por el que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, que implementa la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. A ambos textos se refiere la Circular en distintos apartados a los que nos remitimos.

---

# CRÓNICA LEGISLATIVA

---

## **FEBRERO**

---

- ❑ Corrección de erratas (BOE de 23 de febrero de 2006) de la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2006, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

## **MARZO**

---

- ❑ Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo (BOE del 14), por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, y se modifica el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
  - ✓ Establece las funciones, régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
  - ✓ Corresponde al Observatorio el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes, estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género y recabar información desde el ámbito social, sanitario, educativo, judicial y policial para analizar el fenómeno de la violencia de género.
  - ✓ Presidido por el titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, consta de un importante número de vocales de diversos ámbitos; desde representantes de la Administración Pública, representantes de los agentes sociales, etc...
  - ✓ Funcionará en pleno o en comisión permanente, pudiendo crear grupos de trabajo con carácter permanente o para cuestiones puntuales.

- ❑ Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997 (BOE de 28 de marzo de 2006).

## **ABRIL**

---

- ❑ Decisión del Consejo, de 10 de abril de 2006 (DOUE-L n.º 115, del 28), relativa a la celebración del Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre cooperación y asistencia.
  - ✓ Establece la obligación de cooperación y asistencia entre distintos órganos de la Unión Europea y la Corte Penal Internacional sobre asuntos de interés común.

## **MAYO**

---

- ❑ Decisión de la Comisión, de 19 de abril de 2006 (DOUE-L n.º 125, de 12 de mayo), por la que se establecen unos impresos uniformes para la transmisión de solicitudes y decisiones con arreglo a la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos.
  - ✓ Establece los impresos para la transmisión de las solicitudes de indemnización y las decisiones relativas a las mismas en situaciones transfronterizas.
- ❑ Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo (BOE del 13), reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.
  - ✓ Eleva las cuantías sujetas a declaración a 10.000 euros para la entrada o salida por frontera y 100.000 euros para los movimientos en territorio nacional.
  - ✓ Introduce un modelo de declaración, incorporado como anexo a la norma, que será portado y exhibido ante las autoridades para el cumplimiento de la obligación de declaración.

- ✓ Concreta el lugar y forma de presentación de la declaración, así como la presentación telemática de la misma.
  - ✓ Prevé la intervención por las autoridades de los medios de pago en caso de omisión o falsedad de la declaración.
  - ✓ Por último, incluye otros aspectos como información a los viajeros de la obligación de prestar declaración y aspectos de colaboración administrativa.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo (BOE del 27), sobre técnicas de reproducción asistida.
- ✓ Deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la anterior.
- Ley 16/2006, de 26 de mayo (BOE del 27), por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.
- ✓ Establece los requisitos y atribuciones del miembro nacional del Eurojust, órgano de la Unión Europea con personalidad jurídica propia, encargado de facilitar la coordinación de las fiscalías nacionales y apoyar las investigaciones penales en casos de delincuencia organizada.
  - ✓ Regula las relaciones entre Eurojust y las autoridades judiciales españolas, estableciendo la obligación de prestar colaboración, formas de comunicación, etc...

## JUNIO

---

- Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio (BOE del 6; corrección de errores BOE del 14), complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- ✓ Añade una letra g) en el apartado 1 del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyendo la competencia para el cumplimiento de

las solicitudes de adopción de medidas de embargo y aseguramiento de pruebas recibidas por autoridades judiciales de otro Estado miembro de la Unión Europea, a los juzgados de instrucción del lugar donde se encuentren los bienes o elementos de prueba a los que se refiera la resolución.

- Ley 18/2006, de 5 de junio (BOE del 6), para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.
  - ✓ Establece el mecanismo a través del cual se van a transmitir por parte de las autoridades judiciales españolas las medidas de embargo de bienes o de aseguramiento de pruebas acordadas en procedimientos penales cuando estos objetos, datos o documentos se encuentren en otro Estado miembro de la Unión Europea y al contrario, establecer cómo las autoridades judiciales españolas reconocerán y cumplirán tales resoluciones.
  - ✓ Elimina la necesidad de doble incriminación para las penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, tres años.
  - ✓ La decisión de la autoridad judicial de reconocer y ejecutar la orden acordada por la autoridad judicial extranjera es casi automática (sin necesidad de verificar su conformidad con su ordenamiento jurídico interno).
  - ✓ Delimita las autoridades judiciales españolas competentes para emitir una resolución de embargo y aseguramiento de pruebas.
  - ✓ Prevé el procedimiento de transmisión de la resolución de embargo o aseguramiento de pruebas para su ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea y la ejecución en España de estas resoluciones emitidas por las autoridades judiciales de otro Estado miembro.
  - ✓ Modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal: da nueva redacción al artículo 338 e introduce un nuevo capítulo II bis, relativo a la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales.

---

# BIBLIOGRAFÍA

---

## **DERECHO PENAL**

### **I. TRATADOS, MANUALES Y OTRAS OBRAS GENERALES**

GRACIA MARTÍN, L., (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ/SERRANO TÁRREGA, *Derecho penal juvenil*, Dykinson, Madrid, 2005.

### **II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES**

AAVV, *Homenaje a Bergalli. Contornos y pliegues del Derecho*, Anthropos, Barcelona, 2006.

AAVV, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

AMBOS, K. *temas de Derecho penal internacional y europeo*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

BENÍTEZ, F. Y OTROS (Coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Homenaje al Dr. Ferrando Mantovani*, Dykinson, Madrid, 2006.

CGPJ, *Derecho penal económico*, Madrid, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005.

HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre teoría de la imputación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Nuevas tendencias en política criminal*, Reus, Barcelona, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Alicante, 2006.

SANZ MULAS, N. (Coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

VELASQUEZ, F. (Coord.), *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Temis, Bogotá, 2005.

### **III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL**

BACIGALUPO, E., *Delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid, 2005.

CGPJ, *La imprudencia*, Madrid, 2006.

COUSO SALAS, J., *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Sevilla, 2006.

GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006.

KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

### **IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL**

ARÁUZ ULLOA, M., *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2005.

CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., *Los delitos de abandono de familia en sentido estricto*, Dykinson, Madrid, 2005.

JAVATO MARTÍN, A., *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2005.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

MONROY, A.J., *El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores*, Dijusa, Madrid, 2006.

SANZ MORÁN, A.J., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos de incendio, estragos y daños tras la reforma de la LO 7/2003 y la LO 15/2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ÚBEDA TARAJO, F.E., *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, Iustel, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El falso testimonio ante comisión parlamentaria de investigación*, Atelier, Barcelona, 2005.

## V. DERECHO PENITENCIARIO

GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006.

LEGANÉS GÓMEZ, S., *La clasificación penitenciaria. Nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2006.

TOCQUEVILLE/BEAUMONT, *Del sistema penitenciario en Estados Unidos*, Tecnos, Madrid, 2005.

## VI. CRIMINOLOGÍA

CGPJ, *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Madrid, 2005.

IBORRA MARMOLEJO, I. (ed.), *Violencia contra personas mayores*, Ariel, Barcelona, 2005.

JIMÉNEZ/FONSECA, *Trastornos de la personalidad (Psicopatías)*, CESEJ, Madrid, 2005.

PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Menores infractores. Estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VERDÚ PASCUAL, F. (Coord.), *Del indicio a la evidencia. Técnicas de criminalística*, Comares, Granada, 2006.

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

### **I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES**

AAVV, *Legislación básica de violencia de género*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M.; GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M., *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal (especialmente concebido para Jueces, Fiscales y Abogados)*, 14.ª ed., Comares, Granada, 2006.

### **II. MONOGRAFÍAS**

AAVV, *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, La Ley, Madrid, 2006.

ARNÁIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BALLESTERO PASCUAL, J.A., *Psicología del testimonio y prueba pericial*, CGPJ, Madrid, 2006.

GUZMÁN, E., *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

GUZMÁN FLUJA, V., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., *La acusación en el proceso penal italiano. El papel del Ministerio Fiscal y de la víctima*, Colex, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

PÉREZ FERRE, F; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, M.B.: *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados decirculación de vehículos a motor*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2006.

PLAZA, F.G., *Garantías constitucionales en la investigación penal: un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

POZO PÉREZ, M. del, *Violencia doméstica y juicio de faltas*, Atelier, Barcelona, 2006.

SANZ MULAS, N., *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.

### **III. OTROS**

BARBERET, R.; BARQUÍN, J.,: *Justicia penal siglo XXI. Una selección de criminal justice 2000*, Comares, Granada, 2006.