

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La familia en el Código Penal Español (1973-2005). *Federico Bello Landrove* 11
- Reflexiones sobre los límites funcionales del Ministerio Fiscal en la ejecución de solicitudes de auxilio judicial internacional con relación a las solicitudes de listado de llamadas y el secreto de las comunicaciones. *Francisco Jiménez-Villarejo Fernández* 33

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 55
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 63
- **Sentencia 188/2005 (Pleno), de 7 de julio:** Principio “non bis in idem” 63
- **Sentencia 190/2005 (Pleno), de 7 de julio:** Responsabilidad civil derivada del delito 72
- **Sentencia 205/2005 (Sala 2.ª), de 18 de julio:** Intervenciones telefónicas (*dies a quo* para cómputo del plazo) 76
- **Sentencia 229/2005 (Sala 2.ª), de 12 de septiembre:** Condena en apelación 79
- **Sentencia 237/2005 (Sala 2.ª), de 26 de septiembre:** Principio de justicia universal 81
- **Sentencia 240/2005 (Sala 1.ª), de 10 de octubre:** Revisión Penal. (Virtualidad de las sentencias del TEDH como “hecho nuevo”) . 91

	Página
— Sentencia 247/2005 (Sala 1.ª), de 10 de octubre: Derecho a ser informado de la acusación	97
— Sentencia 249/2005 (Sala 2.ª), de 10 de octubre: Condena en apelación. (Ne bis in idem y Reformatio in peius)	100
— Sentencia 251/2005 (Sala 2.ª), de 10 de octubre: Suspensión condicional de la pena	103
— Sentencia 254/2005 (Pleno), de 11 de octubre: Responsabilidad civil derivada del delito	110
 TRIBUNAL SUPREMO	 115
— Acuerdo de 29 de noviembre de 2005	115
— Sentencia 339/2005, de 21 de marzo: Revisión penal	116
— Sentencia 460/2005, de 12 de abril: Entrada y registro domiciliario	117
— Sentencia 604/2005, de 12 de abril: Inadmisión de prueba (Testimonio de menor)	118
— Sentencia 537/2005, de 25 de abril: Imprudencia punible	120
— Sentencia 558/2005, de 27 de abril: Competencia territorial (Teoría de la ubicuidad). Prueba indiciaria	124
— Sentencia 577/2005, de 4 de mayo: Adhesión al recurso de casación	126
— Sentencia 625/2005, de 5 de mayo: Límites del recurso de casación	128
— Sentencia 601/2005, de 10 de mayo: Error de prohibición. Detención ilegal	129
— Sentencia 606/2005, de 11 de mayo: Informe pericial	132
— Sentencia 609/2005, de 12 de mayo: Vulneración del principio acusatorio	134
— Sentencia 626/2005, de 13 de mayo: Delito continuado. Medición de la pena	137
— Sentencia 678/2005, de 16 de mayo: Videoconferencia	139
— Sentencia 717/2005, de 18 de mayo: Amenazas. Alevosía. Abuso de superioridad	142

	Página
— Sentencia 721/2005, de 19 de mayo: Error de prohibición	146
— Sentencia 646/2005, de 19 de mayo: Estafa. Responsabilidad civil derivada del delito	148
— Sentencia 652/2005, de 20 de mayo: Pericial. Análisis químicos	155
— Sentencia 670/2005, de 27 de mayo: Robo con intimidación	159
— Sentencia 994/2005, de 30 de mayo: Prostitución. Inmigración clandestina	161
— Sentencia 764/2005, de 8 de junio: Estafa impropia	165
— Sentencia 724/2005, de 9 de junio: Falsedad documental	168
— Sentencia 924/2005, de 17 de junio: Blanqueo de capitales	170
— Sentencia 753/2005, de 22 de junio: Quiebra. Prescripción	173
— Sentencia 865/2005, de 24 de junio: Error de tipo. Atenuante analógica	175
— Sentencia 828/2005, de 27 de junio: Testigo oculto	178
— Sentencia 866/2005, de 30 de junio: Apertura de contenedor sospechoso de ocultar droga	181
— Sentencia 895/2005, de 7 de julio: Autoría y participación	183
— Sentencia 937/2005, de 7 de julio: Asesinato	185
— Sentencia 916/2005, de 11 de julio: Prueba documental (informes periciales)	187
— Sentencia 997/2005, de 13 de julio: Dolo eventual. Homicidio	189
— Sentencia 1017/2005, de 12 de septiembre: Sentencia de conformidad	191
— Sentencia 1023/2005, de 12 de septiembre: Prueba anticipada	193
— Sentencia 1046/2005, de 13 de septiembre: Falta de motivación del veredicto	194
— Sentencia 1034/2005, de 14 de septiembre: Declaración testifical mediante comisión rogatoria	199
— Sentencia 1040/2005, de 20 de septiembre: Diligencia de investigación (Memoria de teléfono móvil)	201
— Sentencia 1021/2005, de 20 de septiembre: Abono de prisión preventiva	203

	Página
— Sentencia 1058/2005, de 28 de septiembre: Competencia	204
— Sentencia 1111/2005, de 29 de septiembre: Imputabilidad	207
— Sentencia 1175/2005, de 11 de octubre: Sentencia de casación posterior a la de amparo	209
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 213
— Sentencia 192/2005, de 11 de febrero (AP Barcelona): Calificación como delito de conducción temeraria aunque no existan daños . .	213
— Sentencia 56/2005, de 1 de abril (AP Burgos): Inexistencia de omisión de socorro y condena por homicidio imprudente en accidente de tráfico	214
— Sentencia 379/2005, de 11 de abril (AP Gerona): Diferencia entre delito y falta de desobediencia e imposición de pena mínima en alcoholemia	215
— Sentencia 64/2005, de 21 de abril (AP Las Palmas): Condena por alcoholemia y desobediencia con atenuante de embriaguez	216
— Sentencia 36/2005, de 10 de mayo (AP Badajoz): Valor probatorio de análisis de sangre no expresamente realizado para detección de presencia de alcohol	217
— Sentencia 154/2005, de 12 de mayo (AP Oviedo): Secretario judicial llamado como testigo	218
— Sentencia 68/2005, de 16 de mayo (AP Cáceres): Valor probatorio del certificado de verificación de etilómetro y cálculo de pena . .	219
— Sentencia 574/2005, de 25 de mayo (AP Madrid): Descubrimiento y revelación de secretos: marido que, en su propio ordenador, descubre los correos electrónicos de su esposa	220
— Sentencia 174/2005, de 26 de mayo (AP Oviedo): Distinción entre la falta de “deslucimiento” de inmuebles (art. 626 CP) y los tipos de daños	223
— Sentencia 606/2005, de 10 de junio (AP Barcelona): Imprudencia médica: acerca de la responsabilidad civil de la sociedad que pone la instalación hospitalaria al servicio del paciente	225
— Sentencia 114/2005, de 13 de junio (AP Burgos): Delito contra la Hacienda Pública: Criterios de valoración de la cuota defraudada. Posibilidad de aplicar la estimación indirecta	226

	Página
— Sentencia 156/2005, de 15 de junio (AP Las Palmas): Inmigrantes en pateras y tráfico ilegal de personas	229
— Sentencia 21/2005, de 7 de julio (AP Ciudad Real): Otorgamiento del contrato simulado en perjuicio de tercero y estafa procesal .	230
— Sentencia 85/2005, de 11 de julio (AP Palma de Mallorca): Distinción entre interceptación de mensaje de texto por teléfono móvil y acceso al mensaje ya realizado	232
— Sentencia 104/2005, de 14 de julio (AP Cáceres): Delitos societarios: Compatibilidad entre la imposición de acuerdos abusivos y disposición fraudulenta de bienes de la sociedad	234

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Instrucción 5/2005, de 15 de junio, sobre interrupción de la prescripción	239
— Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género	245

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	273
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	279
— Derecho Procesal Penal	283

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA FAMILIA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL (1973-2005)

FEDERICO BELLO LANDROVE

Doctor en Derecho y Fiscal

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN Y CONTENIDO DE ESTE ARTÍCULO.
- II. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL RELACIONADAS CON LA FAMILIA, ENTRE 1973 Y 2005.
 1. **Campo de las eximentes.**
 2. **Campo de las agravaciones y atenuaciones.**
 3. **Campo de las penas y de los beneficios penales.**
 4. **Campo de la responsabilidad civil *ex delicto*.**
 5. **Campos del perdón extintivo y de lo procesal-penal.**
 6. **Campo de delitos contra bienes jurídicos *colectivos*.**
 7. **Campo de los delitos contra la vida y del aborto.**
 8. **Campo de las lesiones y de los maltratos.**
 9. **Campo de las amenazas y las coacciones.**
 10. **Campos del honor y el quebrantamiento de condena.**
 11. **Campo de los delitos de carácter sexual.**
 12. **Campo de la sistemática: los “delitos contra las relaciones familiares”.**
 13. **Campo de los antiguos delitos contra el estado civil de las personas.**
 14. **Campo de la sustracción de menores.**
 15. **Campo del abandono de familia.**
 16. **Campo del abandono de menores e incapaces, antes, del abandono de niños.**
 17. **Campo de las faltas relacionadas con la familia.**
 18. **Un inciso en materia constitucional.**

III. INTERPRETACIÓN DE LOS CAMBIOS EXAMINADOS EN EL APARTADO PRECEDENTE.

1. **El Código Penal de 1973, como final de una etapa de protección penal de la familia en España.**
 2. **Un cambio general y acelerado, dentro de una nueva etapa internacional de protección penal familiar.**
 3. **El vigente Código Penal español, a la luz de los cambios familiares, internos e internacionales.**
-

I. JUSTIFICACIÓN Y CONTENIDO DE ESTE ARTÍCULO

En el año 1976 defendí en la Universidad de Santiago de Compostela mi tesis doctoral, con el título de *Protección penal de la familia. Consideraciones generales y tratamiento en Derecho español*⁽¹⁾. Al año siguiente, 1977, una gran parte del contenido de esa tesis se publicaba por la editorial Montecorvo, con la denominación, más escueta y menos ambiciosa, de *La familia y el Código Penal español*⁽²⁾. Se encontraba vigente a la sazón el Código Penal, Texto refundido de 1973⁽³⁾, y parecía producirse una breve y reducida floración de trabajos extensos sobre temas generales relacionados con la familia y el Derecho Penal⁽⁴⁾, la cual no tuvo continuidad. Apenas un año más tarde, en 1978,

(1) El Director de la tesis fue el profesor Agustín Fernández Albor y, entre los miembros del Tribunal, se encontraba mi maestro de Licenciatura, profesor José María Rodríguez Devesa. El prematuro fallecimiento de ambos penalistas hace que mi admiración y agradecimiento hacia ellos tenga que convertirse, en este momento, en un piadoso recuerdo *in memoriam*, como también para otros dos miembros de citado Tribunal, los profesores Otero Varela y Sáinz Cantero. Tan sólo el entonces muy joven profesor Bajo Fernández permanece físicamente entre nosotros: que sea por muchos años.

(2) Se editó en Madrid, y la citada editorial tuvo la generosidad con un autor novel de consentir la publicación de un original tan extenso, que rebasó las quinientas páginas en la versión impresa.

(3) Su denominación completa era “Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre”. Fue publicado en el BOE n.º 297, de 12 de diciembre de 1973. Para su consulta en este trabajo he utilizado preferentemente la versión informatizada de la base de datos de El Derecho, cuya referencia es EDL 1973/1704.

(4) Además de mi citada Tesis doctoral, aludo, naturalmente, a otras dos publicaciones, fruto también —según creo— de otras tantas Tesis: Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1973; María del Rosario DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, editorial Montecorvo, Madrid, 1973.

con la destipificación de los delitos de adulterio y amancebamiento⁽⁵⁾, comenzaba la paulatina afectación de la materia penal familiar por el Derecho de la nueva Democracia española, que, con el hito señero de la redacción primera del Código Penal de 1995⁽⁶⁾, ya no se detendría hasta el momento presente, gracias a las sucesivas reformas de dicho Código, iniciadas en 1999⁽⁷⁾.

La amable invitación, a finales de 2005, de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, para impartir una conferencia sobre *Protección penal de la familia*, me ha dado el aliciente y el motivo para volver la vista atrás, a fin de constatar las diferencias existentes entre el Código Penal español vigente en 1976-1977 y el que nos rige en el otoño de 2005, cuando escribo estas páginas. El tiempo abarcado son unos treinta años: no es de extrañar, por tanto, que las diferencias observadas sean muy notables, como podrá comprobar el lector en la primera parte de este artículo⁽⁸⁾.

Pero, ¿se trata, sólo, del paso de tres décadas, o es que nos hallamos ante una nueva etapa en la ya larga historia de la protección penal de la familia? ¿Afectan los cambios sólo a España, o se inscriben en una corriente internacional? ¿Qué hilos conductores, qué explicaciones de política criminal, se encuentran tras las novedades examinadas en el apartado II de esta publicación? A tales interrogantes procuraré darles respuesta, de forma breve y un tanto provisional, en la segunda parte de mi exposición escrita⁽⁹⁾. Brevemente y de forma provisional no sólo porque no me encuentre con fuerzas para abordar una revisión en profundidad de mi tesis de juventud, sino porque (como más tarde diré) se carece de la necesaria perspectiva histórica para interpretar el período que

(5) Los delitos de adulterio y amancebamiento, como también el así llamado de anticoncepcionismo, fueron destipificados por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de reforma del Código Penal.

(6) El Código Penal de 1995 fue promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995), y entró en vigor a los seis meses de su publicación.

(7) Hasta el momento presente, el Código Penal de 1995 ha sido objeto de unas veinte reformas parciales, algunas de ellas de considerable importancia práctica y extensión. Entre las que han afectado a la materia objeto de nuestro estudio, tal vez merezcan destacarse las reformas obradas por las leyes orgánicas 11/1999, de 30 de abril, en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; 15/2003, de 25 de noviembre, que casi no dejó zona importante del Código Penal por modificar, y 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

(8) Califico de *primera parte* de este artículo a su apartado II, “Evolución de las normas del Código Penal relacionadas con la familia, entre 1973 y 2005”, pp. 14 a 26.

(9) La *segunda parte* del trabajo se corresponde con el apartado III, que lleva por título “Interpretación de los cambios examinados en el apartado precedente”, pp. 26 a 32.

estamos viviendo, el cual seguramente se integre dentro de un fenómeno global de generalización y endurecimiento de la respuesta penal para tratar de hacer frente a preocupaciones sociales, políticas y mediáticas; fenómeno que se proyecta sobre zonas cada vez más amplias del Derecho punitivo (terrorismo, inmigración, tráfico de drogas, prostitución, acoso laboral y escolar, siniestralidad laboral y de tráfico, y un largo etcétera), y no sólo de la conectada con la familia.

II. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL RELACIONADAS CON LA FAMILIA, ENTRE 1973 Y 2005

1. Campo de las eximentes

A) Legítima defensa de parientes. Contemplada como causa específica de exención general de la responsabilidad criminal en el Código Penal de 1973 (artículo 8.5.º), ha desaparecido en el de 1995 como eximente específica, dentro de la técnica de fusión de todas las modalidades de legítima defensa en una sola (artículo 20.4).

B) Ejercicio legítimo del derecho de corrección familiar. Esta eximente, ínsita implícitamente en el ejercicio legítimo de derechos (artículo 8.11 del CP de 1973; artículo 20.7 del CP de 1995), ha venido a menos y pende de una prevista reforma del artículo 154.2 del Código Civil, en el sentido de excluir expresamente los castigos físicos. Por de pronto, ha desaparecido del delito de lesiones cualquier referencia atenuatoria a las lesiones causadas por los padres a sus hijos menores, excediéndose en su corrección⁽¹⁰⁾.

C) Obediencia debida. El haber desaparecido como eximente en el Código Penal de 1995, impide entrar (como sucedía en 1973) en consideraciones acerca de si la obediencia debida en el ámbito familiar podía llegar a tener *per se* efectos justificadores.

D) Encubrimiento de parientes. El alcance y la redacción del artículo 18 del Código de 1973 se mantienen, pero su sistemática ha cambiado, al configurarse hoy el encubrimiento no como una forma de participación, sino como delito contra la Administración de Justicia (véase artículo 454 del CP de 1995).

E) Descubrimiento y revelación de secretos. Se ha suprimido la antigua exención basada en las potestades familiares (artículo 497, párrafo 3.º del CP de 1973).

F) Excusa absolutoria en delitos patrimoniales. El viejo artículo 564, al pasar al actual artículo 268, ha sufrido algunos retoques de importancia:

(10) Véase artículo 420, último párrafo, del Código Penal de 1973.

1) Por más que su redacción sea muy confusa, el Tribunal Supremo ⁽¹¹⁾ entiende exigible la convivencia en todos los casos. 2) La exención se extiende a las uniones de hecho, aunque no se diga expresamente ⁽¹²⁾.

2. Campo de las agravaciones y atenuaciones

A) Atenuante de vindicación de ofensas a parientes. Al desaparecer en toda su integridad la atenuante genérica de vindicación próxima de ofensa grave (artículo 9.6.^a del CP de 1973), lógicamente lo ha hecho también su modalidad de vindicación de los parientes. Queda fuera de nuestro estudio el indagar si, pese a todo, el sentimiento de venganza puede, en ocasiones, subsumirse en otras atenuantes, en particular, en la de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (artículo 21.3 del CP de 1995).

B) Soborno atenuado a favor de parientes. Se mantiene en el vigente artículo 424 del CP, con la misma formulación del Código de 1973 (artículo 392).

C) Agravante de desprecio de edad, dignidad o sexo. Esta agravante, recogida en el artículo 10.16 del Código Penal de 1973, se ha suprimido como genérica; de suerte que ya no tiene sentido el examen pormenorizado de sus connotaciones familiares.

D) Circunstancia mixta de parentesco. Esta circunstancia, de interesante evolución histórica ⁽¹³⁾, acogida en el artículo 11 del Código Penal de 1973, se mantiene en el artículo 23 del de 1995. Hasta ahora, no existen fisuras en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciada en los años setenta del pasado siglo ⁽¹⁴⁾, en el sentido de no aplicar esta circunstancia en los casos de relación rota entre los parientes, cosa que ha limitado mucho su eficacia práctica, sin necesidad de que cambiase la letra de la ley.

(11) Por ejemplo, STS de 25 de octubre de 2002 (Ponente: Maza Martín).

(12) Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1-3-2005.

(13) En el CP de 1848, la circunstancia genérica de parentesco era siempre agravante. El paso a circunstancia mixta se produjo en el CP de 1870. Su inoperancia en numerosos delitos fue ya propuesta por Pacheco y se consolidó en la jurisprudencia de la época de la Segunda República. El sistema de grupos de delitos, según los cuales opera como atenuante o como agravante, fue establecido por Groizard.

(14) En mi tesis doctoral tuve ya ocasión de referirme, por ejemplo, a la STS de 28-4-1975.

E) Agravaciones familiares en delitos sexuales. De manera general, puede sostenerse que constituyen una red que se mantiene en el Código Penal de 1995⁽¹⁵⁾, incluso aumentada en su alcance y relevancia.

F) El parentesco como circunstancia en los delitos de lesiones. 1) En las lesiones delictivas del tipo básico se sustituye la antigua agravación equiparada al parricidio (artículo 420, penúltimo párrafo, del CP de 1973), por la protección especial para esposas y convivientes especialmente vulnerables (artículo 148, 4.º y 5.º del CP vigente), sobre la que he de volver más adelante⁽¹⁶⁾ 2) Ha desaparecido la exclusión de la agravación parental por el hecho de que se trate de un supuesto de exceso en la corrección paterna (artículo 420, último párrafo, del CP de 1973). 3) La desaparición de las lesiones menos graves ha implicado la de la agravación de las causadas a padres, ascendientes y tutores, entre otros (artículo 423 del CP de 1973). 4) La supresión del tipo penal al que se vinculaba ha hecho desaparecer la atenuante por eximir del servicio militar y de otros servicios obligatorios a ciertos parientes (artículo 426, párrafo 2.º, del CP de 1973).

3. Campo de las penas y de los beneficios penales

A) Penas relacionadas con la familia. 1) Ha desaparecido la pena accesoria de interdicción civil (artículos 27, 43 y 45 del CP de 1973) que, dentro de su amplitud, contemplaba la privación de potestades familiares. 2) En cambio, se ha configurado como pena, principal y accesoria, la inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela [artículo 39.b) del CP de 1995]. 3) El destierro del artículo 67 del Código Penal de 1973 es absorbido y ampliado por las penas de *alejamiento* de los artículos 48, 57 y otros del Código Penal vigente, que se aplican muy frecuentemente en infracciones vinculadas a la familia, y con carácter obligatorio, en los casos de “violencia de género” (esto último está actualmente residenciado ante el Tribunal Constitucional). 4) Aunque no sea una cuestión estrictamente punitiva, existe hoy en los Tribunales penales (a diferencia de los escrúpulos de etapas precedentes) la capacidad legal para privar o suspender de las potestades familiares, sin necesidad de transferir este efecto del delito a la competencia de los Tribunales civiles; cosa facilitada, además, por la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer⁽¹⁷⁾.

(15) Véanse los arts. 180.4.ª, 189.3 letra f) y 192.

(16) Vid. infra pp. 20 y siguiente.

(17) Véanse los artículos 43 y ss. de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Como es sabido, y en esta materia *violenta*, confluyen en un mismo órgano jurisdiccional las funciones civiles y penales o, dicho de otra forma, las de Juzgado de Primera Instancia y Juzgado de Instrucción.

B) Suspensión de condena y sustitución de penas privativas de libertad en las infracciones que suponen *violencia de género*. Obviamente, se trata de un tema nuevo (desconocido en el Código Penal de 1973, y aún en la primitiva redacción del de 1995), que supone un especial rigor en el tratamiento penal de estos casos: 1) La suspensión de condena se supedita, obligatoriamente, a la observancia de determinadas reglas de conducta (1.ª, 2.ª y 3.ª del artículo 83 del CP vigente) y su incumplimiento (aunque no sea reiterado) implica la revocación del beneficio. 2) La sustitución de penas privativas de libertad está sujeta al cumplimiento de las reglas de conducta 1.ª y 2.ª del vigente artículo 83 del CP, y sólo puede reemplazarse por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

4. Campo de la responsabilidad civil *ex delicto*

A) Responsabilidad civil *ex delicto* de determinados parientes. Esta responsabilidad, nacida de que los culpables estén exentos de responsabilidad criminal, se ha mantenido en el Código Penal de 1995 de manera muy similar a la regulada en 1973 (compárese el artículo 118.1 actual con el artículo 20.1.ª del CP de 1973).

B) Responsabilidad civil hacia familiares. Incorporada por primera vez a nuestros Códigos Penales en 1928, ha pasado, sin cambios, del artículo 104 del Código Penal de 1973 al artículo 113 del de 1995.

C) Formas familiares de indemnización en materia de delincuencia sexual. El contenido del artículo 444 del Código Penal de 1973 se ha mantenido en el actual artículo 193, salvo en lo referente a la dote de la agraviada.

5. Campos del perdón extintivo y de lo procesal-penal

A) Ejercicio de acciones penales contra parientes. Aunque este tema no se recoja en el Código Penal es complementario de los que examinaremos acto seguido. Por ello, me ha parecido interesante constatar que, durante todo el período temporal que analizo, se ha mantenido inalterada la vigencia del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que veta dicho ejercicio entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, y afines en los mismos grados. La redacción actual de dicho precepto (que proviene de reforma operada por la LO 11/1999) no admite más excepciones, además de los delitos que unos parientes cometan contra otros, que la del delito de bigamia (antes de 1999 se incluían también los delitos de adulterio y amancebamiento, destipificados en 1978).

B) Persecución sólo a instancia de parte. En la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente hasta 1999 (artículo 104 de la LECrim), la

persecución sólo a instancia de parte incluía los delitos de estupro, adulterio, amancebamiento, calumnia e injuria, más las faltas subsumibles en los artículos 566.2.º, 583.3.º, 583.5.º y 586.1.º del Código Penal de 1973. Este Código añadía a la lista los delitos de abandono de familia, violación, abusos deshonestos y rapto (artículos 487 y 443 del CP de 1973).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su actual redacción, sigue refiriéndose en el artículo 104 a los delitos de estupro (¿), calumnia e injuria, pero reduce las faltas perseguibles sólo a instancia de parte a las injurias leves y a la falta (ya no tipificada expresamente en el Código Penal de 1995) de anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada con el que se perjudique u ofenda a particulares.

Por su parte, el Código Penal vigente considera perseguibles a instancia de parte: 1) Los delitos de agresión sexual, acoso sexual (delito de nuevo cuño, sin resonancias familiares) y abuso sexual (artículo 191). 2) El descubrimiento y revelación de secretos (artículo 201). 3) Los delitos de calumnia e injuria (artículo 215). 4) El abandono de familia de los artículos 226 y 227 (artículo 228). 5) Los delitos relativos al mercado y a los consumidores, con ciertos matices (artículo 287). 6) Los delitos societarios, con matices (artículo 296). 7) Las faltas de injurias (en todo caso), y las de amenazas, coacciones y vejaciones injustas de carácter leve, que no sean entre parientes del artículo 153 (artículo 620). 8) Las faltas de imprudencia punible del artículo 621 (artículo 621.6).

En consecuencia, y por lo que hace referencia a las infracciones de índole familiar, no se aprecia que el Código Penal de 1995 y la redacción sincrónica con el mismo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hayan alterado drásticamente el ámbito de la persecución a instancia de parte, respecto de la situación existente bajo el Código Penal de 1973.

C) Perdón y renuncia eficaces. Las principales novedades del Código Penal de 1995 respecto al de 1973, en materia de perdón extintivo de la responsabilidad criminal, son las siguientes: 1) Desaparece la ecuación persecución a instancia de parte igual a infracción perdonable (artículos 25 y 112.5.º del CP de 1973), de suerte que el perdón de eficacia extintiva tiene que recogerse expresamente en la ley (artículo 130.5.º del CP de 1995). 2) El perdón deja de presumirse por el matrimonio, en algunos delitos sexuales (artículo 443 del CP de 1973), o por la reanudación de la convivencia y de la prestación asistencial, en el abandono de familia (artículo 487, último párrafo, del CP de 1973); actualmente, el perdón extintivo ha de ser siempre expreso (artículo 130.5.º del CP de 1995). 3) Siguen prácticamente igual las cautelas del perdón concedido en nombre de víctimas menores (artículos 112.5.º del CP de 1973 y 130.5.º del CP de 1995). 4) Actualmente, el perdón penalmente eficaz tiene como límite cronológico el inicio de la ejecución de la pena (artículo 130.5.º del CP de 1995).

En cuanto a las infracciones eficazmente perdonables, comenzando por el Código Penal de 1973, hemos de remitirnos al anterior apartado II.5.B)⁽¹⁸⁾, en virtud de la ecuación de dicho Código *privacidad = perdonabilidad*. En cuanto al Código Penal de 1995, son eficazmente perdonables las siguientes infracciones: 1) Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 201). 2) Las calumnias e injurias (artículo 215). 3) Los matrimonios ilegales, en cuanto quedan exentos de pena por la convalidación ulterior del matrimonio (artículo 218.2), en la que tiene bastante que ver la petición en tal sentido del contrayente *de buena fe*. 4) Todas las faltas perseguibles a instancia de parte, en virtud de la cláusula general del artículo 639, párrafo 3.º, del Código Penal actual.

En cambio, no son eficazmente perdonables, aunque sean perseguibles a instancia de parte, los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales (artículo 191.2); los de abandono de familia; los delitos relativos al mercado y a los consumidores, y los delitos societarios. Para el objeto de este trabajo interesa destacar, en especial, el caso de los delitos de abandono de familia, agresiones sexuales y abusos sexuales, que sí eran eficazmente perdonables con el Código Penal de 1973.

6. Campo de delitos contra bienes jurídicos colectivos

A) Atentados contra parientes. 1) La protección de los familiares del Jefe del Estado se mantiene, con las lógicas modificaciones derivadas de la nueva situación constitucional. En general, puede afirmarse que se ha ampliado el elenco de parientes protegidos, con lo que el componente familiar de estos delitos aparece mucho más claramente en el Código Penal de 1995 que en el de 1973⁽¹⁹⁾. 2) La sedición *extensiva* del artículo 218.3.º del Código Penal de 1973 desaparece en el de 1995. 3) El atentado *extensivo* contra parientes del artículo 234 del Código de 1973 también ha desaparecido en el de 1995.

B) Responsabilidad penal por el terrorismo de menores. Recogida en el artículo 266 del Código Penal de 1973, no se ha mantenido en el de 1995.

C) Abusos sexuales contra parientes, cometidos por ciertos funcionarios. El contenido de los artículos 383 y 384 del Código Penal de 1973 ha pasado sin novedades relevantes a los artículos 443 y 444 del Código vigente, con la obvia inclusión de los casos *análogos* a la relación conyugal.

(18) Véase pp. 17 y ss.

(19) Véanse los arts. 148 del CP de 1973 y 485 y siguientes del CP de 1995.

7. Campo de los delitos contra la vida y del aborto

A) Delito de parricidio. Tipificado especialmente en el artículo 405 del Código Penal de 1973, ha desaparecido, como tal figura cualificada, en el Código Penal de 1995.

B) Delito de infanticidio. El Código Penal de 1973 lo regulaba en su artículo 410. En el Código Penal de 1995 no tiene acogida, ni formalmente, ni desde un punto de vista axiológico.

C) Aborto *honoris causa*. Otro tanto, y por similares razones, ha sucedido con el aborto privilegiado del artículo 414 del Código Penal de 1973, desaparecido en el vigente.

8. Campo de las lesiones y de los maltratos

En esta materia casi todo es aparentemente nuevo, ante las sucesivas reformas del Código Penal de 1995, cada vez más alejado de su predecesor de 1973. Algunos aspectos de la cuestión han quedado tratados en el subapartado II.2 (“Campo de las agravaciones y atenuaciones”), por entender que no se trataba de nuevas figuras delictivas, sino de modificaciones en la valoración de dosimetría penal. Más adelante, en el “Campo de las faltas relacionadas con la familia”⁽²⁰⁾, tendremos ocasión de volver sobre las modificaciones en sede de infracciones leves. En este subapartado II.8 tratamos de aspectos casi totalmente nuevos, que incluso pueden haber supuesto la tipificación de nuevos delitos o, al menos, la conversión de antiguas faltas en infracciones graves.

A) Lesiones graves de por sí. El artículo 148.3.º, 4.º y 5.º del vigente Código Penal contempla una serie de agravaciones discrecionales, por ser la víctima menor de doce años, incapaz, esposa o análoga, o conviviente especialmente vulnerable.

B) Malos tratos en el ámbito doméstico o familiar. Configurados, si acaso, como falta en el Código Penal de 1973 (artículo 583.2.º a 6.º), los malos tratos de obra en estos ámbitos pasan a ser delito en todo caso, objeto de una agravación adicional, en el caso de víctima esposa o análoga, o de convivientes especialmente vulnerables (artículo 153 del CP vigente).

C) Malos tratos habituales en el ámbito doméstico o familiar. El artículo 173.2 y 3 del Código Penal vigente los incluye, en todo caso, como delito contra la integridad moral, sin perjuicio de la sanción individualizada que corresponda a cada singular episodio de maltrato.

(20) Infra, pp. 25 y ss.

D) Personas generalmente protegidas frente al maltrato. El artículo 173.2, antes citado, extiende el parentesco relevante en esta materia hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, pero equipara a cualesquiera otros convivientes familiares, a las personas especialmente vulnerables por relaciones de tutela y guarda, y a los menores sometidos a custodia o guarda en Centros públicos o privados.

9. Campo de las amenazas y las coacciones

A) Amenazas a la familia. La definición legal del delito de amenazas del artículo 493 del Código Penal de 1973 contenía una referencia a las amenazas dirigidas a la familia del amenazado. Esta referencia pasa al artículo 169.1 del Código Penal de 1995, pero se añaden las personas con las que el amenazado esté íntimamente vinculado.

B) Amenazas de violencia de género. Evidente novedad del Código Penal de 1995, tras su reforma por la LO 1/2004, el artículo 171 del mismo sanciona como delictivas todas las amenazas leves que se dirijan a la esposa o *análoga*, o a quien lo haya sido, así como a convivientes especialmente vulnerables. Como sucede con los maltratos a las mismas personas, hay agravaciones especiales, así como una atenuación discrecional en atención a las circunstancias del hecho y del culpable.

C) Coacciones de violencia de género. El artículo 172 del Código Penal de 1995, reformado por la LO 1/2004, hace exactamente lo mismo con las coacciones leves que lo que acabamos de ver sucede con las amenazas. En el Código Penal de 1973 el delito de coacciones no presentaba peculiaridad familiar alguna.

10. Campos del honor y el quebrantamiento de condena

A) Injurias y calumnias a difuntos. Las peculiaridades familiares que presentaba el ejercicio de la acción en estos casos, por razones familiares (artículo 466 del CP de 1973), han desaparecido en el Código Penal de 1995.

B) Quebrantamiento de penas y medidas del artículo 48 o análogos. La reforma del Código Penal por la LO 1/2004 se ha extendido a agravar tales quebrantamientos de condena, para el caso de que “el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2” (artículo 468.2 del CP vigente). Tal cosa no tenía parangón en el Código Penal de 1973, en lo que respecta al destierro de su artículo 67, equiparable de alguna forma a algunos de los *alejamientos* previstos en los artículos 48 y 57 del Código Penal vigente.

11. Campo de los delitos de carácter sexual

A) Estupro doméstico. El así denominado delito de estupro del artículo 434 del Código Penal de 1973 ha desaparecido como tipo específico, si bien puede pervivir ínsito en el abuso sexual de prevalimiento y en las agravaciones específicas de este delito (artículos 181 y siguientes y 192 del Código Penal de 1995).

B) Incesto. Recogido en el artículo 435 del Código Penal de 1973, ha desaparecido como tal en el Código de 1995.

C) Rapto impropio. Este delito, de clara estirpe familiar, acogido en el artículo 441 del Código Penal de 1973, ha desaparecido en el de 1995, como todo el resto del capítulo dedicado a los delitos de rapto. Resulta muy poco probable que algunos casos de rapto impropio puedan subsumirse en los actuales delitos de secuestros y detenciones ilegales, dada la filosofía subyacente en aquella figura.

D) Adulterio y amancebamiento. Como se ha dejado indicado en la nota 5 del trabajo, estos delitos, regulados en los artículos 449 a 452 del Código Penal de 1973, fueron derogados por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, a partir de cuyo momento han desaparecido del horizonte penal español.

E) Pasividad en la corrupción de menores. El artículo 452 bis e) del Código Penal de 1973 pervive, debidamente corregido, en el artículo 189.4 del Código Penal de 1995.

12. Campo de la sistemática: los “delitos contra las relaciones familiares”

El Código Penal de 1973, siguiendo nuestra tradición histórica, carecía de una sistemática de *delitos contra la familia*. Eso era objeto de críticas generalizadas por la doctrina, apoyadas en el hecho de que parecían mayoritarios los Códigos Penales extranjeros que seguían tal criterio de clasificación, aunque bastantes de ellos bajo la rúbrica, menos significativa dogmáticamente, de *delitos contra las relaciones familiares*⁽²¹⁾.

El Código Penal de 1995, aunque de forma poco ambiciosa y un tanto deslavazada, reunió los antiguos delitos contra el estado civil y algunos de los viejos delitos contra la seguridad, a fin de constituir un Título (el XII de su Libro II, arts. 217 a 233) de “Delitos contra las relaciones familiares”, de cuya

(21) Remito a mi *La familia y el Código Penal Español*, editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 22 y ss. y 497 y ss., y a la bibliografía allí citada.

escasa relevancia teórica dan idea la propia rúbrica (descartando el tono unitario y específico de la de «Delitos contra la familia») y la colocación del Título, en cola de todos los delitos contra las personas, excepción hecha de los “delitos contra el patrimonio”.

Sea como fuere, el caso es que el Título XII citado se subdivide en tres capítulos. Los dos primeros (“De los matrimonios ilegales” y “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”) son los sucesores de los “Delitos contra el estado civil de las personas” del Título XI del Libro II del Código Penal de 1973 (arts. 468 a 479). El capítulo tercero (“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) se nutre de la sustancia de delitos contra la libertad y seguridad del Código Penal de 1973, tales como el abandono de familia y de niños (arts. 487 a 489) y la sustracción de menores (arts. 484 a 486).

Hechas estas breves observaciones, paso a exponer, en los cuatro epígrafes siguientes, las principales novedades que deparan los “Delitos contra las relaciones familiares” del Código Penal de 1995, en relación con los delitos homólogos que el Código Penal de 1973 regulaba en los Títulos relativos al estado civil de las personas y a su libertad y seguridad.

13. Campo de los antiguos delitos contra el estado civil de las personas

En lo sustancial, los artículos 468 a 479 del Código Penal de 1973 pasan a ser los artículos 217 a 222 del de 1995. Pero veamos con más detalle el estado de la cuestión.

A) Relativos al parto y a los menores. 1) La suposición de parto y la sustitución de niños se mantienen sin novedad. 2) La ocultación y exposición de hijos se mantienen, extendidas ahora también a los históricamente denominados hijos ilegítimos. 3) La cooperación de facultativo o funcionario en estos delitos se mantiene, asimismo, detallada y ampliada. 4) Aparece un delito nuevo (artículo 221 del CP de 1995), consistente en la entrega ilegal y lucrativa de menores en guarda, acogimiento o adopción. 5) El delito de usurpación de estado civil se conserva tal cual, pero pasa a ser delito de falsedad (artículo 401 del CP de 1995).

B) Bigamia y matrimonios ilegales. 1) Siguen sustancialmente igual que en el Código de 1973, si bien en el matrimonio ilegal se introduce el ánimo de perjudicar al otro contrayente (artículo 218.1 del CP de 1995) y se prevé expresamente la exención de pena por convalidación ulterior (artículo 218.2 del CP de 1995). 2) Desaparece la obligación de dotar a la mujer de buena fe (artículo 479 del CP de 1973).

14. Campo de la sustracción de menores

Debemos establecer la comparación entre los artículos 484 a 486 del Código Penal de 1973 y los artículos 223 a 225 bis del Código Penal de 1995 (con las modificaciones introducidas por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, que incorporó el último de los artículos citados).

A) Sustracción de menores *stricto sensu*. Desaparece en cuanto tal (se hallaba en el artículo 484 del CP de 1973), embebida en los delitos de detención ilegal y secuestro, donde el artículo 165 del Código Penal de 1995 contiene una agravación específica por ser menor la víctima. En cambio, el Código vigente construye un delito nuevo (artículo 225 bis), en gran medida, con precedente en las faltas del artículo 584 del de 1973, para castigar la sustracción de menores por sus padres, ascendientes, hermanos y afines en los mismos grados. Dicho artículo 225 bis define lo que el nuevo Código Penal entiende por sustracción: esencialmente, conductas de desobediencia o incumplimiento de lo acordado por las Autoridades o por el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor.

B) Inducción al abandono del domicilio familiar. El artículo 486 del Código Penal de 1973 se ha mantenido de forma similar en el artículo 224 del de 1995, añadiendo la inducción al abandono del régimen de custodia fijado por la Autoridad.

C) No presentación del menor. Tipificada en el artículo 485 del Código Penal de 1973 y en el artículo 223 del Código Penal de 1995, se regula de manera análoga, pero ha desaparecido la llamada sustracción de menores agravada de sospecha, subsumida, si acaso, en el actual artículo 166, que ha conservado la detención ilegal agravada de sospecha del viejo artículo 483 del Código de 1973.

15. Campo del abandono de familia

A) Abandono de familia *genuino*. 1) Frente a la regulación del artículo 487 del Código Penal de 1973, la del artículo 226 del Código vigente excluye la necesidad de abandono del domicilio familiar o la causa de conducta desordenada. 2) No prestar la necesaria asistencia para el sustento deja de ser figura agravada. 3) El delito sigue siendo perseguible a instancia de parte, pero desaparece el perdón extintivo, ya sea expreso, ya tácito (consistente, en el Código Penal de 1973, en la reanudación de la vida familiar y del cumplimiento de los deberes asistenciales).

B) El delito de impago de pensiones familiares. Constituye una novedad absoluta del Código Penal de 1995 (artículo 227), que ha sido objeto de

sucesivas reformas endurecedoras (la última, hasta ahora, por la LO 15/2003). Actualmente incluye las pensiones familiares de todo tipo y se consume por el impago de dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. En cualquier caso, su naturaleza de abandono familiar queda evidenciada por la persecución a instancia de parte, si bien el perdón no extingue la responsabilidad criminal.

16. Campo del abandono de menores e incapaces, antes, del abandono de niños

Los artículos 488 y 489 del Código Penal de 1973 se proyectan sobre los artículos 229 a 233 del de 1995, si bien se protege actualmente a menores o incapaces (antes, sólo a menores, que lo habían de ser de menos de siete años en el abandono de niños genuino). Otros datos que arroja la comparación de ambos Códigos en esta materia son estos: 1) El delito sigue estando agravado por el parentesco (padres, tutores o guardadores). 2) Desaparece el abandono *honoris causa* como tipo atenuado. 3) Se añade en el Código de 1995 el tipo privilegiado del “abandono temporal” (artículo 230). 4) Se incorpora al Código Penal como delito la *mendicidad* de menores o incapaces, que antes estaba en la legislación penal especial⁽²²⁾, o entre las faltas (artículo 584.10 y 11 del CP de 1973).

17. Campo de las faltas relacionadas con la familia

A) Temas de honor y similares. En el Código Penal de 1995 han desaparecido las peculiaridades familiares de las faltas que recogía el artículo 566.1.º (párrafo 2.º) y 2.º del Código de 1973. En cambio, en el nuevo artículo 620 surge una agravación por el parentesco (en los mismos grados y casos del artículo 153) aplicable a las injurias leves, aunque siguen siendo infracciones privadas.

B) Maltratos de obra o de palabra. El Código Penal de 1973 configuraba por el parentesco diversos maltratos, en el artículo 583, números 2.º a 5.º Los de obra, y aun algunos de palabra (caso de las amenazas a la esposa o *análoga*), han pasado a ser delito, según analizamos al tratar de los maltratos delictivos y de las amenazas y coacciones. El resto de los maltratos de tipo parentelar (integrados por las amenazas leves y por las coacciones y vejaciones injustas de carácter leve, a parientes no amparados contra la *violencia de género*) siguen siendo falta, dentro del actual artículo 620, pero ha desaparecido su

⁽²²⁾ La Ley de 23 de julio de 1903 castigaba la entrega de menores, mediante precio, para la práctica de la mendicidad.

carácter perseguible a instancia de parte, así como el componente de sumisión marital, filial o pupilar que conservaban en 1973 (hoy se trata de infracciones con estricta bilateralidad, no unidireccionales).

C) Defensa de los menores. En el Código Penal de 1973 integraba todo un arsenal de faltas de su artículo 584 (números 5.º, 6.º, 8.º, 10, 11, 12, 14, 15, 16 y 17). Casi todo ello ha pasado a configurarse como delito (en especial, en los de maltrato doméstico, abandono de familia y sustracción de menores), con la excepción de la falta del actual artículo 622 (desobediencia *venial* en materia de custodia), que está relacionada con el antiguo artículo 584, n.º 16.

D) Abandono de familia leve. Constituye la falta del vigente artículo 618.2, que parece pensada, más que nada, para conductas sin relevancia económica directa. Lo más parecido a esta falta, en el Código Penal de 1973, era la infracción del artículo 584.5.º, en materia de incumplimiento de los deberes de la patria potestad.

18. Un inciso en materia constitucional

Antes de pasar a la segunda parte de este trabajo puede ser bueno resumir las exigencias que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece en materia de familia, en la medida en que pueden explicar algo de la evolución de la protección penal familiar posterior a la citada fecha. Haciendo una brevísima referencia a sus artículos 32.1 y 39, podemos decir lo siguiente:

- **El artículo 32.1** reconoce la plena igualdad jurídica de los cónyuges.
- **El artículo 39** implica: 1) la protección jurídica de la familia, asegurada por los poderes públicos; 2) la protección integral de hijos y madres, con independencia del tipo de filiación o estado civil; 3) el deber de asistencia paterna a todos los hijos, durante su minoría de edad y cuando legalmente proceda; 4) la aplicación de los acuerdos internacionales sobre derechos de los niños.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS CAMBIOS EXAMINADOS EN EL APARTADO PRECEDENTE

Comparar, en materia familiar, el Código Penal español de 1973 con el de 1995 en su vigente redacción puede ser un interesante ejercicio para la reciente historia del Derecho, pero poco más aportaría en orden al conocimiento jurídico. Parece necesario realizar un esfuerzo de valoración de los cambios (así como de lo que no haya cambiado), a fin de que el amable lector no tenga la impresión de que todo sea fruto del azar y del capricho del legislador. Por eso, y

aunque se carezca todavía de perspectiva histórica y de constatación de eficacia práctica, intentaré en este apartado (que integra la segunda parte del trabajo) hacer una interpretación de los datos hasta ahora recogidos en lo que antecede, procurando abrir una línea de discusión, más que una serie de conclusiones definitivas.

1. El Código Penal de 1973, como final de una etapa de protección penal de la familia en España

Hacia el final de la Primera Guerra Mundial, el modelo de protección penal de la familia de los códigos penales decimonónicos europeos empieza a estar superado. El modelo puro de familia burguesa entra en crisis y en su lugar aparece otro paradigma (que podemos calificar, cómodamente, de familia nuclear o *moderna*), relativamente diferente del anterior en extensión, función socioeconómica y alcance de sus potestades. El legislador siente que dicho modelo familiar precisa de una protección, incluso penal, más amplia y sistemática, máxime cuando constata que *la familia está en crisis*; una crisis de valores y de funciones, en la que se instala de manera permanente, soportando un cambio cada vez más acelerado.

Nuestra agitada historia del siglo xx, así como el general retraso español en recibir los cambios sociales y jurídicos en el ámbito familiar (y no sólo en él, desde luego), hace que el paso de una etapa penal a otra se rezague considerablemente. De esta suerte, el modelo familiar que ofrecen nuestros códigos penales de 1848 y 1870 no cambia, estable y decisivamente, a todo lo largo del período del franquismo, por más que se produzcan interesantes novedades, como la instauración del delito de abandono de familia ⁽²³⁾, o la incidencia en lo penal de la paulatina equiparación jurídica de los sexos, incluso durante el matrimonio ⁽²⁴⁾, por no hablar de la creciente incidencia de la adopción en el ámbito de la filiación penalmente relevante. Pero, en todo caso, la familia, tan alabada éticamente y considerada pieza clave de la *Democracia Orgánica* franquista (junto al municipio y al sindicato), nunca mereció una atención penal estratégica y sistemática: a título de ejemplo, constatemos que la clasificación

(23) Ya el Código Penal de 1928 (artículo 536) incorporó este delito al acervo delictivo español. Tras el paréntesis del Código Penal de 1932 se reintrodujo en el Código punitivo en 1944, procedente de Ley especial de 12 de marzo de 1942, adquiriendo a partir del Texto Revisado de 1963 el carácter de delito semipúblico.

(24) Iniciada hacia 1958, y desarrollada en sucesivas reformas del Código Civil, tuvo su última plasmación durante el franquismo en la Ley de reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975, posterior, por tanto, al Código Penal de 1973.

de “delitos contra la familia” ⁽²⁵⁾ no fue seguida por ninguno de nuestros códigos penales hasta 1995.

Por todo ello, el Código Penal español de 1973 constituye un buen observatorio para examinar la situación penal de la familia de nuestro país en el siglo XX, aunque históricamente aparezca como la cristalización final de un modelo que, por demasiado conservador y tardío, estaba llamado a ser sustituido muy pocos años después.

Para poder establecer un término de comparación entre el Código Penal de 1973 y el de 1995, creo que podemos aislar una serie de características esenciales en el ámbito familiar del primero de dichos Códigos, que podrían ser: 1) La relevancia dada al respeto de la intimidad de la familia, dejando a las potestades familiares una cierta capacidad normativa y sancionadora, a través del denominado derecho de corrección. 2) La consideración del matrimonio (heterosexual) como origen de la familia, pero apoyando ampliamente la equiparación de las filiaciones legítima, ilegítima y adoptiva. 3) La relevancia *per se* del parentesco en Derecho Penal, aunque sin olvidar en ciertos casos el valor de la convivencia. 4) La falta de relevancia de la familia como institución que pudiera concitar en su entorno unas repercusiones penales generales, en particular como sujeto pasivo o bien jurídico, base para establecer una sistemática de delitos contra la familia.

2. Un cambio general y acelerado, dentro de una nueva etapa internacional de protección penal familiar

Los profundos y rápidos cambios políticos experimentados por España a partir de la muerte del General Franco (noviembre de 1975) podrían explicar por sí solos el acelerado proceso de reformas penales. No obstante, el Código Penal de 1973 resistió aún más de dos décadas a su reemplazo por un nuevo Código. Este, objeto de anteproyectos y proyectos entre 1980 y 1992, acabó viendo la luz en noviembre de 1995, aunque no ha sido más afortunado que su predecesor en lo relativo a la frecuencia de sus reformas. De hecho, en materia familiar, casi nos interesan más las reformas parciales del Código de 1995 que su primitiva redacción.

Sin embargo, justificar los cambios familiares del Derecho Penal español por el mero hecho de los cambios políticos y sociales internos constituye un error. La España jurídicamente nucleada en torno a la Constitución de 1978 es contemporánea de un fenómeno mundial de exacerbación y relativa unificación

⁽²⁵⁾ La doctrina, pese a los numerosos precedentes que existen, no suele entender consolidado este criterio sistemático hasta que fue acogido por los códigos penales de Italia (1930) y Suiza (1937).

del Derecho Penal protector de ciertos ámbitos y valores familiares, tan poderoso en su intensidad y peculiaridades que bien podría afirmarse que estamos asistiendo a una nueva etapa histórica en la protección penal de la familia. Las declaraciones de derechos y los convenios propiciados por la ONU, el Consejo de Europa o la Unión Europea (masiva y sistemáticamente asumidos por España) son la clave para entender dos cosas: una, el alcance y el sentido de las reformas penales españolas en materia familiar; y otra, que no contamos sólo con la voluntad del legislador y las peculiaridades de nuestra sociedad, a la hora de criticar (favorablemente o no) todo este cambio general y rápido. Estamos inmersos en una *vorágine* internacional que, en la medida de lo posible, tal vez fuera oportuno no asumir miméticamente y de forma general.

¿Cuáles son las características más sobresalientes de esta nueva etapa en la regulación penal de la familia? Resulta difícil, con tan poca perspectiva histórica, dar respuesta a esa pregunta (y, menos aún, cuantificar y valorar sus efectos). Yo creo que podríamos fijar provisionalmente estas notas: 1.^a La ya citada, del pie forzado de las declaraciones de derechos y convenios internacionales ratificados por España, dentro de un movimiento global o regional de fijación de un marco penal familiar. 2.^a La conexión de las novedades penales con la llamada *revolución familiar*, o pérdida de un modelo general de familia, reemplazado por fórmulas diversas *ad libitum* (matrimonio homo y heterosexual; familias uni y biparentales; filiación *natural* o adoptiva; familias iniciales o reconstruidas tras rupturas anteriores; familias nacidas del matrimonio o uniones de hecho; reproducción asistida; anonimato de donantes de gametos...); demasiado poco en común para que el Derecho Penal pueda regularlo de manera unitaria y precisa. 3.^a Consiguiente sustitución del interés penal por la familia y el tratamiento bidireccional de las relaciones familiares, por la protección de los individuos más desprotegidos o vulnerables, que implica un general tratamiento *asimétrico* de las relaciones en familia (o en mera guarda o convivencia). 4.^a Sustitución de los últimos restos de intimidad y autorregulación familiar, por fórmulas intervencionistas del tipo *denuncia siempre* o *tolerancia cero*, con la consiguiente despreocupación por intereses que pudieran llamarse familiares, en sentido estricto.

Valga lo que dejo expuesto en este epígrafe para pasar a examinar de forma breve el Código Penal español vigente, tratando de conectar sus novedades y reformas con la corriente punitiva internacional que, un tanto caricaturescamente, he tratado de perfilar.

3. El vigente Código Penal español, a la luz de los cambios familiares, internos e internacionales

Intentando, a la vez, enumerar los principales cambios que ha supuesto el Código Penal de 1995 (y sus sucesivas reformas) respecto del Código de 1973 y

sistematizar e intentar explicar dichos cambios, sugiero las siguientes ideas-fuerza o líneas de interpretación:

A) Superación de arcaísmos éticos o jurídicos. Indudablemente, el Código Penal de 1973 respondía en muchos aspectos a valores y técnicas superadas, no sólo en otros países, sino por la sociedad española y sus penalistas. En este sentido, el Código de 1995 realizó una cierta *limpieza* de instituciones periclitadas. Este parece ser el sentido que hay que dar a novedades o cambios de un Código a otro, como son las siguientes: 1) La introducción de un Título dedicado a los “delitos contra las relaciones familiares”, por más que el resultado me parezca falto de ambición y de convencimiento. 2) La superación (siquiera excesiva en ocasiones) de una moral sexual anticuada, que se plasma en la sustitución de la “honestidad” por la “libertad sexual”: desaparecen los delitos de adulterio y amancebamiento (ya en 1978), el estupro *doméstico* y el incesto, el rapto denominado *impropio* y la agravante de desprecio de sexo, y se reduce muy considerablemente la punición de la corrupción de menores y de las conductas relacionadas con la prostitución ⁽²⁶⁾. 3) La desaparición de las figuras delictivas *honoris causa* (infanticidio, aborto *honoris causa* y abandono de niños *honoris causa*).

B) Decadencia de la consideración puramente objetiva del parentesco. Se produce en una doble dirección: exigencia de *algo más* que el parentesco para influir penalmente (convivencia, afecto, relaciones) y tendencia a equiparar al parentesco otros afectos íntimos. Dejando para otro apartado el tema de las relaciones *análogas* a la matrimonial, podemos vincular a esta decadencia las siguientes novedades legislativas: 1) La derogación de instituciones específicamente parentales, como la legítima defensa de parientes y la vindicación de ofensas a los parientes (bien es verdad que ha desaparecido la atenuante de vindicación en toda su integridad). 2) La interpretación jurisprudencial de la circunstancia mixta de parentesco como inaplicable en casos de parentescos *rotos*. 3) La exigencia, en todo caso, de convivencia para beneficiarse de la excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio sin violencia ni intimidación ⁽²⁷⁾. 4) La entrada en el delito de amenazas de los males dirigidos “a otras personas con las que se esté íntimamente vinculado”.

⁽²⁶⁾ Siquiera en estas dos últimas materias se experimentara inmediatamente una *contrarreforma*, fruto, en buena medida, de la dinámica internacional, por no aludir al escándalo interno. Por lo que respecta al antiguo estupro (ahora, abusos sexuales), la interpretación por el Tribunal Supremo del *prevalimiento familiar* ha paliado los peores efectos de la destipificación del estupro doméstico y del incesto.

⁽²⁷⁾ Aunque la defectuosa redacción del artículo 268 del CP complique un tanto el entendimiento de la *mens legis*.

C) Crisis de las potestades familiares. La potestad marital ha desaparecido, y la patria potestad se encuentra bajo mínimos. Esa crisis (determinante de la pérdida de facultades de autonormación y autopunición intrafamiliares) entiendo está en el origen de las siguientes reformas: 1) Desaparición de la exigencia de obediencia debida (de clara repercusión familiar) y de toda referencia al derecho de corrección, en especial, en las lesiones. 2) Supresión de diferencias perjudiciales para la mujer casada en sede de sexualidad y malos tratos de palabra. 3) Respeto especial hacia los menores, por ejemplo, agravando las detenciones ilegales, los delitos de lesiones y los maltratos, y suprimiendo la exención penal en el descubrimiento de secretos. 4) Reducción de la exigencia de persecución a instancia de parte (por ejemplo, en los malos tratos, delictivos o constitutivos de falta) y, sobre todo, de la eficacia extintiva del perdón, que desaparece en los delitos de abandono de familia, agresión sexual y abusos sexuales, y no se presume por el matrimonio ni por la reanudación de la vida familiar.

D) Pérdida de un modelo familiar unitario, nacido del matrimonio. Pueden inscribirse aquí: 1) El reconocimiento, a todo lo ancho del Código Penal, de la unión de hecho como equiparada a la relación de esposos; hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha decidido extenderla, en beneficio del reo, a casos en que el legislador se *olvidó* de explicitar la equiparación ⁽²⁸⁾. 2) La superación de la desprotección de los hijos ilegítimos, en los pocos casos en que el Código Penal de 1973 todavía incurría en ella, como puede ser el caso de los delitos de ocultación o exposición de hijos legítimos para hacerles perder el estado civil.

E) Protección de personas especialmente vulnerables. En este objetivo (también llamado acción o discriminación positiva), esencial para la nueva etapa de relación entre el Derecho penal y la familia, incluyo supuestos un tanto heterogéneos, no siempre estrictamente producidos en el seno de la familia, tales como: 1) La introducción como infracciones delictivas de nuevos tipos para proteger a menores e incapaces, como sucede en el abandono de familia (artículo 227), en el de menores o incapaces (artículo 232), en la sustracción de menores (artículo 225 bis), en delitos relativos al estado civil (artículo 221) o en el propio maltrato *doméstico* (arts. 153 y 173). 2) La aparición del concepto de *violencia de género* (presumiendo *iuris et de iure* la situación de inferioridad de hecho de la mujer), como dato agravatorio en los delitos de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. 3) La aparición y generalización de penas de naturaleza familiar (inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda y curatela), o que ordinariamente sólo se aplican en ámbitos

(28) Como es el caso de la excusa absolutoria del artículo 268 del CP, conforme he detallado supra, en la nota 12.

familiares (*alejamientos*), llegando a ser obligatorias en delitos de violencia de género (artículo 57.2 del CP), aunque ello vaya en contra de la voluntad de la víctima y pueda destruir definitivamente la convivencia familiar.

F) El caso, relativamente especial, del parricidio. Una de las más destacadas y debatidas alteraciones de la situación anterior por el Código Penal de 1995 fue la desaparición del parricidio como delito autónomo, con la consiguiente gran rebaja penal que ello suponía para los casos antes subsumidos en el artículo 405 del Código Penal de 1973 ⁽²⁹⁾. Entiendo que pudo ser decisivo para tomar la decisión derogatoria el que el Tribunal Supremo aplicara al parricidio el mismo criterio que a la circunstancia mixta de parentesco, a saber, no tomar en consideración las relaciones de parentesco rotas ⁽³⁰⁾. Apuntando una opinión, me inclino por entender que la desaparición del parricidio fue un efecto conjunto de las ideas-fuerza *sub* A) y B), es decir, de considerarlo fruto de una ética periclitada y de entender en baja el valor del parentesco por sí.

⁽²⁹⁾ Véase Diego LÓPEZ GARRIDO y Mercedes GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, editorial Eurojuris, Madrid, 1996, p. 87, con referencia a las enmiendas parlamentarias.

⁽³⁰⁾ Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de Sala Segunda del TS de 18 de febrero de 1994. Vid. Carlos GRANADOS PÉREZ, *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para unificación de la jurisprudencia (años 1991-2002)*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 136 a 140.

REFLEXIONES SOBRE LOS LÍMITES FUNCIONALES DEL MINISTERIO FISCAL EN LA EJECUCIÓN DE SOLICITUDES DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL CON RELACIÓN A LAS SOLICITUDES DE LISTADO DE LLAMADAS Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

FRANCISO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. CRITERIOS Y LÍMITES EN LA EJECUCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL.
 - III. CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, CON RELACIÓN A LA POSIBILIDAD DE RECABAR EL LISTADO DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES POR EL FISCAL ESPAÑOL.
 - 1. **Partiendo de la regulación del artículo 18 de la Constitución Española.**
 - 2. **Planteamiento de la cuestión con relación al secreto de las comunicaciones.**
 - 3. **Análisis de la Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones.**
 - 4. **Doctrina del Tribunal Constitucional.**
 - 5. **Novedades en el marco normativo del Consejo de Europa y derecho comparado.**
 - 6. **Novedades en el marco normativo nacional.**
 - 7. **Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**
-

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar la perspectiva objetiva y subjetiva planteada en este largo epígrafe, nos hace reparar en las solicitudes de auxilio judicial que se reciben en

nuestro país, es decir las comisiones rogatorias pasivas, debiendo tener presentes los criterios que para su ejecución se establecen en la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2003*. Por otro lado, nos sirve para recordar la importancia de la actuación del Fiscal en esta materia, tanto por su condición de autoridad judicial reconocida por la declaración que del artículo 24 del Convenio de asistencia judicial de 1959 hace el Instrumento de Ratificación de agosto de 1982⁽¹⁾, como a consecuencia de las evidentes ventajas prácticas de su intervención, derivadas de su estructura jerárquica, implantación geográfica y posición en el proceso penal (artículos 2, 3.15 y 22.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal —en adelante EOMF—), que permite considerarle protagonista destacado en este ámbito.

Así mismo, con relación a los trámites, procedimientos y garantías exigidas en nuestro ordenamiento procesal y doctrina del Tribunal Supremo respecto de los derechos fundamentales de intimidad y el secreto de las comunicaciones, con relación a las comisiones rogatorias, la reciente entrada en vigor del Convenio de 2000 entre doce Estados miembros de la Unión Europea⁽²⁾, consagra con carácter general el criterio o principio *forum regit actum*, al preverse en el apartado 1 de su artículo 4⁽³⁾ que la solicitud de asistencia judicial se ejecute según los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente (no rige *ex officio*), salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que no sean contrarios a los “principios fundamentales del

(1) El Convenio n.º 30 del Consejo de Europa sobre la Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (firmado por el Plenipotenciario de España el 24 de julio de 1979 y ratificado el 18 de agosto de 1982, BOE de 17 de septiembre de 1982), consolida la consideración del Ministerio Fiscal como autoridad judicial cooperante en el ámbito internacional. Así, el Instrumento de Ratificación contiene una declaración con relación a su artículo 24, y declara expresamente que “A los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales: los miembros del Ministerio Fiscal”. Por otro lado, el nuevo Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (DOCE C 197, de 12 de julio de 2000), mantiene la condición del Ministerio Fiscal como autoridad judicial.

(2) Provisionalmente en vigor entre España y Portugal, entró definitivamente en vigor el 23 de agosto de 2005 entre estos dos Estados y Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Letonia, Lituania y Países Bajos. Posteriormente, Eslovaquia el 26 de septiembre de 2005, Suecia el 5 de octubre de 2005, Polonia el 26 de octubre de 2005, Reino Unido el 21 de diciembre de 2005. Por último, está previsto que entre en vigor con Chipre el 1 de febrero de 2006 y Alemania el 2 de febrero de 2006.

(3) “Con relación a la intervención de telecomunicaciones (Tit. III, artículos 17 a 22), el Estado miembro requerido podrá supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de similares características... estudiará estas solicitudes con arreglo a su derecho interno y a sus procedimientos nacionales”.

Derecho del Estado requerido” (4). Ello supone un “desplazamiento del punto de equilibrio de la asistencia judicial”, tal y como resalta literalmente el Informe Explicativo del Convenio 2000, frente al principio *locus regit actum* consagrado en el apartado 1.º del artículo 3 del Convenio de 1959, que preveía la ejecución de las comisiones rogatorias por la parte requerida, “*en la forma que su legislación establezca*” y en consecuencia, nos hará revisar el enfoque *internacionalista* de la actual jurisprudencia del TS (5).

Igualmente, conviene tener presente que la progresiva *judicialización* de la asistencia mutua, en detrimento de las competencias de las autoridades centrales, lejos de los postulados más respetuosos con la más amplia aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, mantiene lo que podemos denominar una *judicialización centralizada* en determinadas materias, como es el caso de la declaración contenida en el BOE n.º 247, de 15 de octubre de 2003, que publicó el Convenio de 2000 y en la que se designaba como Autoridad Competente y puntos de contacto para solicitudes de intervención de telecomunicaciones a la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, respectivamente. En efecto, el artículo 17 del Convenio de 2000 afirma que se entenderá por autoridad competente la autoridad judicial u ***otra autoridad competente equivalente*** que se deberá especificar, en su caso, mediante una declaración formulada al notificar la ratificación del Convenio [artículo 24.1.e)] y que actúe a efectos de una investigación penal. En ese sentido, de acuerdo con la declaración realizada por España al publicar el Convenio (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 2003), ***al amparo del artículo 24.1.e) y a los efectos del artículo 18 y del artículo 20 la Autoridad Competente es la Audiencia Nacional cuando España actúe como Estado requerido***. En lo que afecta al apartado 4 del artículo 20 sobre la designación de puntos de contacto que presten servicios las 24 horas del día, ***los puntos de contacto de España serán los Juzgados de Instrucción y los Juzgados Centrales de Instrucción de guardia***.

La referencia a otra autoridad competente equivalente a la autoridad judicial a que se refiere el artículo 17 del Convenio de asistencia judicial de 2000 refleja la diversidad de autoridades con competencia funcional para autorizar diligencias de investigación en los sistemas procesales penales de los Estados Miembros de la Unión Europea, y se refieren no sólo al Ministerio Fiscal como director de la fase investigadora, sino también a la policía judicial controlada

(4) Como contrario a dichos ambiguos principios fundamentales debemos entender (salvo superior y más acertada interpretación del TJUE) el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, o al proceso debido en otros sistemas judiciales.

(5) Con relación a intervenciones telefónicas ver por ejemplo la sentencia de fecha 26-3-1995.

por éste, sin perjuicio de la posición del Juez de máximo garante de los derechos fundamentales del investigado. Partiendo de dicha realidad y de la posición del Ministerio Fiscal español, órgano constitucional *integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial* (artículo 2.1 del EOMF) y que tiene atribuida la función de “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*” (artículo 124.1 CE), nos cuestionamos los límites de su intervención en las diligencias de investigación solicitadas mediante un requerimiento de auxilio judicial internacional y, por lo tanto en el marco de un expediente de cooperación internacional incoado en una Fiscalía, en el que además actúa como autoridad judicial (*ex* artículo 24 del Convenio de 1959), con relación a los listados de llamadas entrantes y salientes y en los supuestos de incomparecencia de testigos citados a declarar ante su presencia.

II. CRITERIOS Y LÍMITES EN LA EJECUCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL

En principio, y pese a que la intervención del Fiscal en las solicitudes de asistencia mutua se concentra en la ejecución de las comisiones rogatorias pasivas, conviene recordar que el Fiscal puede también promover el auxilio judicial internacional como autoridad judicial reconocida como tal en este ámbito. Sin embargo, de lo establecido en el artículo 773.2 *in fine* de la LECrim⁽⁶⁾ en el marco procesal del procedimiento abreviado parece deducirse que el Fiscal sólo podrá instar directamente el auxilio judicial internacional desde el ámbito de actuación extrajudicial o preprocesal y en un expediente gubernativo de cooperación judicial internacional incoado a tal efecto⁽⁷⁾.

Consecuentemente, en la fase de instrucción o de preparación del juicio oral, cualquier diligencia a practicar en el extranjero y que sea objeto de una solicitud de asistencia judicial internacional deberá canalizarse a través del Juzgado de Instrucción, aun cuando ello pueda suponer la petición de la revocación del auto de conclusión del sumario en el procedimiento ordinario o diligencias complementarias en el procedimiento abreviado, respectivamente. Tan

(6) “*Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos*”.

(7) Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal; el artículo 15.4 establece que “*las investigaciones preliminares al procesamiento podrán ser objeto de comunicaciones directas entre autoridades judiciales*”. Tales investigaciones son atribuidas en Francia, Italia o Portugal al Ministerio Fiscal y en España en el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y en las diligencias preliminares de los artículos 773.2 de la LECrim y 5 del EOMF.

sólo una vez abierto el juicio oral y con justificación en el principio acusatorio, a fin de no viciar la imparcialidad del Juzgado o Tribunal enjuiciador y siempre que se respete el principio de contradicción y el derecho de defensa, el Fiscal estaría habilitado para solicitar la documentación mediante una petición de auxilio judicial internacional emitida directamente por él mismo. En este caso, el principio de imparcialidad que preside constitucionalmente la actuación del Ministerio Fiscal, junto con el de legalidad, le exigiría aportar el resultado de dicha petición de auxilio internacional a la causa, sea adverso o favorable del material acopiado para las tesis mantenidas en su escrito de conclusiones provisionales, “*con plena objetividad e independencia*” (artículo 7 del EOMF).

A la pregunta: ¿Qué diligencias puede practicar el Fiscal?, la Circular 1/1989, tras instar a los miembros de la Carrera Fiscal a hacer fructificar con su esfuerzo y dotes de improvisación el germen de la función investigadora del Ministerio Público introducido en el anterior artículo 785 bis de la LECrim, que sentaba las bases de un desarrollo ulterior que no acaba de llegar “*sin que la pasividad y la desidia proporcionen argumentos a favor de mantener la actual pasividad y estado de cosas*”, nos contesta describiéndonos un campo de actuación que viene acotado de forma negativa. Es decir, el Fiscal español puede practicar como actos de investigación, más allá del acopio de investigaciones o informaciones de naturaleza administrativa y económica, todas aquellas actuaciones que la Constitución o la Ley⁽⁸⁾ no reserve expresamente a la autoridad judicial⁽⁹⁾. Así como diligencias que pueden ser ejecutadas, bien directamente por el Fiscal o bien ordenando su práctica a la Policía Judicial. En ese sentido, podemos incluir las siguientes:

(8) El Convenio de 1959 en su artículo 18, al establecer que “*si la autoridad que reciba una solicitud de asistencia no tiene competencia para darle curso, remitirá de oficio dicha solicitud a la autoridad competente de su país y, en el caso en que la solicitud se hubiera cursado por vía directa, informará de ello por la misma vía a la parte requirente*”, resulta de aplicación a los supuestos de incompetencia funcional del Ministerio Fiscal cuando se solicite la práctica de diligencias o medidas reservadas legalmente a la autoridad judicial por nuestro ordenamiento jurídico, o que afecten o restrinjan derechos fundamentales. En ese sentido, la obligación de informar del curso dado a la comisión rogatoria se complementa con lo establecido en la Acción Común de 29 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal (98/427/JAI).

(9) La Circular n.º 1/1989 de la Fiscalía General del Estado enumera los actos de instrucción reservados a la autoridad judicial y que, por tanto, no puede practicar el Fiscal:

1.º La adopción de la prisión provisional, con o sin fianza (artículo 17.2.º de la CE).
 2.º La adopción de otras medidas cautelares personales, como retirada de pasaporte, permiso de conducción, etcétera (artículo 764 de la LECrim.).

- Recibir declaración a testigos, víctimas o sospechosos ⁽¹⁰⁾.
- Realizar notificaciones o citaciones.
- Acopiar y enviar documentos así como informes policiales.
- Recabar y remitir reseñas dactilares y fotográficas ⁽¹¹⁾ (y como consecuencia de ello, también autorizar reconocimientos fotográficos a practicar en su presencia o por delegación ante la Policía Judicial).
- Enviar informes/certificados sobre bienes y cuentas bancarias.
- Averiguar la identidad de titulares de teléfonos, cuando la información no afecte a derechos fundamentales.

3.º La adopción de medidas cautelares reales (embargos, fianzas, secuestros de vehículos, etcétera). No obstante, habrá que tenerse en cuenta el artículo 770.2.ª de la LECrim., que autoriza a la Policía Judicial (que puede actuar por delegación del Fiscal), a secuestrar los efectos que se encuentren en el lugar del delito o a la intervención del vehículo y documentos relacionados en el artículo 764, aunque sólo provisionalmente y para su inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.

4.º Las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, tales como los registros personales y reales y la entrada en lugar cerrado (artículos 18.2 CE y 545 de la LECrim); la intervención de las comunicaciones (artículos 18.3 CE y 579 de la LECrim); secuestro de publicaciones (artículo 20.5 CE) y la suspensión o disolución de las asociaciones (artículo 22.4 de la CE).

5.º La producción de prueba anticipada o preconstituida (artículos 448, 777.2 y 797.2 de la LECrim y STC n.º 40/1997, de 27 de febrero).

(10) El penúltimo apartado del artículo 5 del EOMF (modificado por el artículo único.3 de la Ley 14/2003, de 26 de mayo) establece que “*El Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas*”.

(11) **Con relación a las reseñas dactilares y fotográficas y los criterios** para la obtención y facilitación de la fotografía, nuestro compañero Francisco José HERNÁNDEZ GUERRERO llega a las conclusiones siguientes:

- a) Las reseñas fotográficas son datos personales.
- b) La utilización de éstas constituye un *tratamiento de datos personales*.
- c) La comunicación de dichos datos de la oficina del DNI a las unidades policiales que las emplean es considerada, desde el punto de vista de la protección de datos personales, como una cesión de datos.
- d) Las unidades policiales que hacen o pretenden hacer uso de ellas son terceros desde el punto de vista de los datos personales objeto de tratamiento.
- e) La cesión de los datos personales contenidos en el fichero imágenes, incluidas las reseñas fotográficas, está prevista específicamente en la norma de constitución del fichero, avalada igualmente por el artículo 22.2 de la LOPDP.
- f) No existe norma alguna que determine la exclusión de las reseñas de personas sin antecedentes penales o policiales del tratamiento automatizado con fines de investigación policial, ni que exija la previa autorización judicial por afectación de derecho fundamental que goce de dicha garantía procedimental.
- g) En la comisión rogatoria deben constar indicios de la perpetración de un hecho con caracteres de infracción penal, con carácter previo a su realización.

- Autorizar entregas vigiladas, o la actuación de agentes encubiertos conforme a lo dispuesto en los artículos 263 bis ⁽¹²⁾ y 282 bis de la LECrim ⁽¹³⁾.

Por último, y aunque no lo mencione expresamente la Instrucción, el artículo 5 del EOMF admite que “*podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva*”.

III. CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES, CON RELACIÓN A LA POSIBILIDAD DE RECABAR EL LISTADO DE LLAMADAS ENTRANTES Y SALIENTES POR EL FISCAL ESPAÑOL

1. Partiendo de la regulación del artículo 18 de la Constitución Española

- “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

h) Deberá ponderarse la condición de delito o falta del hecho, a efectos de efectuar el juicio de ponderación en que consiste la aplicación del principio de proporcionalidad, a considerar en todas las injerencias en derechos fundamentales.

i) La diligencia así practicada deberá ser empleada únicamente cuando se desprenda de las circunstancias del hecho que el empleo de las reseñas fotográficas de personas de interés policial, incluidas en los ficheros policiales, no son suficientes o ante la falta de éstos, como es este caso, son necesarias para la identificación del autor del hecho, lo que deberá ser motivado por el instructor de las diligencias policiales.

j) De las manifestaciones de los ofendidos, perjudicados y testigos del hecho objeto de investigación deberán desprenderse —y hacerse constar en sus declaraciones de forma clara y precisa— los rasgos físicos que servirán de elementos de contraste entre las reseñas fotográficas del DNI y los rasgos del autor del hecho.

l) Las reseñas fotográficas empleadas que hayan sido impresas para la ocasión, obtenidas del fichero del DNI, deberán ser inmediatamente destruidas una vez concluidos los reconocimientos fotográficos por los ofendidos, perjudicados y testigos del hecho investigado.

m) Ha de quedar constancia en el atestado de la identidad de las personas cuya fotografía ha sido empleada en la diligencia de reconocimiento fotográfico, a fin de hacer posible el control judicial de la ejecución de dicha diligencia y de su resultado.

n) No podrá, por tanto, elaborarse un álbum impreso de reseñas fotográficas con las obtenidas de la comunicación del fichero del DNI, por cuanto supondría una violación del artículo 22.4 de la LOPDP.

⁽¹²⁾ En ese sentido, de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo del Convenio de 2000 de 10 de octubre de 2001, podría autorizar el control de cuentas bancarias en tiempo real, igual que puede autorizar la puesta en circulación de dinero para investigar delitos de blanqueo de capitales.

⁽¹³⁾ Redactados conforme a la reforma introducida por la LO 5/1999, de 13 de enero (BOE núm. 12, de 14 de enero).

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. 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”.

En primer lugar conviene distinguir que la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (artículo 18.1 de la CE) y al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la CE) se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex artículo 18.3 de la CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, “*no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial*” respecto del derecho a la intimidad personal.

Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien el TC ha admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta— (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

2. Planteamiento de la cuestión con relación al secreto de las comunicaciones

Todas las comunicaciones, y en especial las postales, telegráficas y telefónicas, son secretas salvo resolución judicial con arreglo al *artículo 18.3 de la Constitución*, previsión ésta que enlaza con lo dispuesto en el *artículo 8.1 del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950*, que declara el derecho de toda

persona al respeto de su correspondencia. Partiendo de esta incuestionable premisa, se trata de definir los límites que el ordenamiento jurídico asigna a las facultades de investigación autónoma que el Ministerio Fiscal tiene atribuidas en el *artículo 5 EOMF* con relación al derechos fundamental a la libertad e inviolabilidad de las comunicaciones —*artículo 18.3 de la CE*— y, en cierta manera, a la libertad informática —*artículo 18.4 de la CE*— con relación a tres tipos de diligencias de investigación:

- En primer lugar, la **interceptación, escucha y grabación de las comunicaciones en tiempo real** sin el consentimiento del interesado, que fuera de toda duda corresponde a la autoridad judicial, en el marco de un procedimiento penal (monopolio jurisdiccional o reserva judicial absoluta, establecida en la Constitución).
- Por otro lado, existen otras averiguaciones de información, como la **identificación de los abonados de números de teléfono móviles o fijos, correos electrónicos u otros medios tecnológicos aptos para la transmisión de mensajes**, que puede el Fiscal e incluso la Policía Judicial solicitar a las operadoras de telefonía, sin necesidad de autorización judicial previa, en el contexto de unas diligencias de investigación o de un proceso penal.
- Donde existe mayor discrepancia es en la **obtención de relaciones o listados de llamadas entrantes y salientes con identificación de los interlocutores, data y duración de las llamadas y mensajes**, que sin referirse al mensaje o contenido intelectual puede afectar al secreto de las comunicaciones.

El primer problema que se plantea es la ausencia de jurisprudencia y doctrina del TC que directamente o específicamente traten en profundidad la intervención del Fiscal en esta materia, sin perjuicio de que, indirectamente, al cuestionarse la suficiencia de la providencia o la necesidad del auto en las autorizaciones judiciales se haya elaborado un cuerpo de doctrina que aboga por la exclusividad jurisdiccional de dichas autorizaciones. En concreto, se echa de menos la formación de una doctrina que enfoque los límites funcionales del Fiscal en esta materia desde su consideración como autoridad judicial en el contexto de la cooperación judicial internacional.

Por otro lado, existe un déficit de referencias doctrinales y pronunciamientos judiciales, referentes no tanto al secreto de las comunicaciones telefónicas cuanto al novedoso ámbito de la intervención de las telecomunicaciones propiamente dicha, que englobarían los medios de comunicación de última generación, ya que muchos de los problemas que plantean no encuentran una solución suficientemente satisfactoria por aplicación analógica de los criterios doctrinales y jurisprudenciales surgidos en relación con las intervenciones telefónicas al campo de las telecomunicaciones; en ese sentido el *comptage* (recuento), es

decir, el empleo de un artificio técnico que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de cada llamada, aunque no el contenido de la comunicación misma, que suponen una reactualización de medidas de investigación clásicas de las comunicaciones telefónicas, ya que por sus propias limitaciones técnicas, su utilización está orientada al inicio de líneas de investigación, más que a la obtención de diligencias probatorias con la finalidad de ser posteriormente aportadas en el plenario (como los reconocimientos fotográficos).

La cuestión planteada se refiere al Ministerio Fiscal como órgano sujeto, en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad (artículo 2.2 del EOMF) y nada tiene que ver con la admisión de una mayor capacidad de intervención gubernativa de las comunicaciones, al producirse la intervención policial tan solo por delegación del Fiscal (artículo 4.4 del EOMF), en el contexto de una comisión rogatoria solicitada por una autoridad judicial de un Estado miembro de la Unión Europea y, por tanto, sin que pueda enmarcarse en un tipo de justicia “preventiva” o “prospectiva” que pretende acumular datos personales eventualmente utilizables en una investigación antes de que dicha investigación se haya iniciado, de manera indiscriminada, respecto de cualquier usuario. Puede que efectivamente se trate de una medida orientada a abrir líneas de investigación, pero en el seno de una investigación criminal iniciada en el extranjero. Esta consideración es oportuna si tenemos en cuenta las consecuencias que en el espacio judicial europeo pueden tener los ataques de terrorismo yihadista o islámico y el necesario reforzamiento de las medidas policiales y judiciales de lucha contra dicho terrorismo, entre las cuales se ha mencionado con carácter excepcional el archivo de datos de las telecomunicaciones, dado el evidente detrimento de la “privacidad” de los ciudadanos (no tanto por el hecho en sí de la disposición de esos datos, que ya eran manejados por los proveedores a efectos de facturación, sino por su conservación durante un período de tiempo bastante considerable, y a los solos efectos de su disponibilidad para una eventual investigación), lo cual no llevaría a la recurrente polémica, y preocupación, acerca de los límites de las injerencias públicas en el ámbito de la privacidad del individuo.

3. Análisis de la Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones

Es el único documento doctrinal sobre la específica cuestión de la intervención del Fiscal en la obtención de listados de llamadas entrantes y salientes. En ella, se aborda de manera rigurosa y exhaustiva la legitimación del Fiscal para solicitar dichos listados, si bien su argumentación parte del marco procesal de las diligencias de investigación preprocesal amparadas en los **artículos 5 del EOMF** y **785 bis de la LECr** (hoy 773.2), y las posibilidades de investigación

autónoma paraprocesal que cabe deducir de los **artículos 781.2** (hoy 773.1) y **792.1.2 de la LECr** (hoy 780.2), y no de los expedientes gubernativos de cooperación internacional incoados como consecuencia de la recepción de una comisión rogatoria por el Fiscal revestido en dicho ámbito con la consideración de autoridad judicial. Desde dicha perspectiva, llega a la conclusión de que tal marco legal resulta inidóneo para exigir del operador de la red o del prestador del servicio la revelación de los datos de tráfico registrados en las comunicaciones establecidas o ya realizadas. De manera que *exigir del operador telefónico la identificación de los números de abonado conectados en una concreta y determinada comunicación supone una restricción de derechos prohibida por el artículo 5.2 del EOMF, por lo que es preciso acudir al Juez de Instrucción, justificar la necesidad de la medida e instar la incoación de diligencias previas y, si el proceso está en curso, el Fiscal también debe solicitar del Juez de instrucción la adopción de la resolución judicial legitimadora de la injerencia.*

Para llegar a dicha conclusión distingue entre los datos personales sobre los que actúan los operadores de redes de telecomunicación y quienes prestan el servicio al público: a) Los datos relativos al contenido intelectual (*mensaje*) de la comunicación. b) Los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación del servicio, o el proceso de la comunicación (*continente*). c) Los datos de los abonados necesarios para la prestación del servicio, preexistentes a él y no generados en los procesos de comunicación. Centrando la argumentación respecto de la duda suscitada por la consulta, en el régimen aplicable a los datos de tráfico consignados en la letra b), porque los enunciados en la letra a) quedan amparados sin lugar a dudas por la garantía de inviolabilidad del *artículo 18.3 de la Constitución Española* y los consignados en la letra c) quedan encuadrados en el régimen protector de la privacidad del *artículo 18.4 de la Constitución Española* (autodeterminación informática).

En base a la doctrina del TEDH (sentencias casos *Malone* 2-8-1984 y *Valenzuela Contreras* 30-7-1998), del TC sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, Convenio del Consejo de Europa de 1981, la Circular referida extiende el objeto del secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la CE) no sólo al contenido de la comunicación, sino también a otros aspectos como la identidad de los interlocutores, concluyendo que tanto la *Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones*, como la *Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal*, de acuerdo con el *artículo 81.1 de la Constitución Española*, en cuanto leyes ordinarias, carecen de rango normativo suficiente para extrañar del radio de influencia protectora del *artículo 18.3 de la Constitución Española* las informaciones que conciernen a la identidad de los corresponsales o comunicantes y a la existencia y circunstancias de la comunicación o envío. Asimismo, en una argumentación un tanto forzada, afirma que los datos de tráfico recogidos en una comunicación por vía telefónica o telemática, en cuanto **inviolables** —*artículo 18.3 de la CE*— son a todos los efectos datos **sensibles**, de valor equipa-

rable a los enunciados en el *artículo 7.2 y 3 de la LORTAD* y en consecuencia sujetos a un régimen muy restrictivo de tratamiento automatizado y de cesión inconsentida.

También se basa en los artículos 6 y 11 del Convenio del Consejo de Europa 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificado por Instrumento de 27 de enero de 1984, que entró en vigor para España el día 1 de octubre de 1985, y que dibuja los principios rectores de protección reforzada de los datos sensible y de protección más amplia.

4. Doctrina del Tribunal Constitucional

En la misma línea de las conclusiones de la Consulta comentada, que se basa de manera relevante en la sentencia de este Tribunal núm. **114/1984, de 29 de noviembre (FJ 11)**, y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone*, el Tribunal Constitucional ha afirmado tajantemente que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, declara en dicha resolución que, “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 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 constitucionalmente 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 su 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. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 —caso *Malone*— reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma”. “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’”, añadimos, “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos

entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”. Y concluimos: “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (FJ 11).

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente en la **STC núm. 70/2002, de 3 de abril**. En su fundamento jurídico 9 precisa que “el artículo 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” y que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.

Destaca, en el mismo sentido, la **STC núm. 123/2002, de 20 de mayo de 2002** (en su FJ 5), en la que al analizar la suficiencia de la mera autorización judicial por providencia para recabar el listado de llamadas telefónicas y la consecuente nulidad de dicha prueba y de aquellas que de ella traigan causa, declara: “De conformidad con lo expuesto, la cuestión sometida a nuestra consideración en este recurso de amparo reside, en primer lugar (1.º), en determinar si el registro de llamadas y la entrega del listado a la policía afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protegido en el artículo 18.3 CE o al derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE); en segundo término (2.º), y en función de la respuesta a esta primera cuestión, en precisar si el acceso al listado de llamadas por parte de la policía requiere autorización judicial; y, finalmente, de ser así (3.º), si la autorización judicial a la compañía telefónica para entregar los listados a la policía mediante providencia se ajusta a las exigencias constitucionales de autorización judicial de las injerencias o medidas de restricción que legítimamente pueden sufrir los derechos fundamentales... proyectando estas consideraciones sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico, etc. ...— de la misma”.

A la segunda cuestión que se plantea responde: “La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que **la entrega de los listados por las compa-**

ñías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. **Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales**, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que **configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo**”, (lo cual no deja de ser un argumento un tanto forzado ya que califica de dato sensible o íntimo a los datos periféricos, lo cual es cuanto menos discutible).

Por último, con relación a la motivación de la resolución judicial realiza contradictoriamente razonamientos que se aproximan a aquellos que justificarian la autorización de estas diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal, concretamente: “aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la **menor intensidad** de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las ‘escuchas telefónicas’, siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.” Así, pese a que reconoce que la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede acordarse en resolución judicial y que una providencia no es, por su propia estructura, contenido y función, la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental, admite excepcionalmente que “una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en un caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la policía”, teniendo en consideración que **“A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo, como hemos subrayado, el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para**

alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma”.

5. Novedades en el marco normativo del Consejo de Europa y derecho comparado

Frente a dicha argumentación, sin duda válida en el momento en que la Consulta fue publicada, nos encontramos en el marco normativo del propio Consejo de Europa con el Convenio sobre Cibercrímenes, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y en vigor desde el 1 de julio de 2004 (aún no ha sido ratificado por España), que prevé la conservación de datos archivados en sistemas informáticos (artículo 16 del Convenio), en la línea ya prevista en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. En efecto, dicho Convenio dispone la conservación de los “traffic data”, es decir [artículo 1.d)], “*cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático que forma parte del proceso de comunicación, indicativos del origen, destino, camino, tiempo, fecha, tamaño, duración o tipo de servicio subyacente a la comunicación*”. El precepto establece que los Estados parte adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para obligar a la persona que dispone de los mismos a preservarlos, sin hacer referencia en ningún momento a la necesidad de autorización judicial o de otra autoridad. Simplemente se prevé su revelación a la autoridad competente como objetivo de la medida.

Teniendo en cuenta la eventual incorporación al ordenamiento jurídico español de este Convenio y desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución Española, podemos preguntarnos si se trata de una medida limitativa de derechos fundamentales o tan sólo debemos analizarlo desde la óptica de la protección de datos.

Si acudimos a la regulación de esta materia en Alemania, nos encontramos con que los listados de llamadas entrantes o salientes, en principio, sólo pueden ser solicitados por la autoridad judicial, pero si existe riesgo de perjuicio por retraso puede ser solicitados por el Fiscal como autoridad que tiene encomendada la instrucción en las causas penales. En cualquier caso, dicha orden cesará si en tres días no es ratificada por el Juez (en el mismo sentido el ordenamiento jurídico-procesal danés, con plazo de 24 horas para la policía judicial).

Con relación a Francia, y con una regulación específicamente prevista para averiguación de supuestos de denuncias de llamadas maliciosas, dichas solicitudes pueden ser autorizadas por la autoridad judicial, el Fiscal y el Oficial de la Policía Judicial.

En el caso de Holanda puede autorizarlas el Fiscal, y en la Audiencia Preliminar el Juez de Instrucción.

En Italia es suficiente una solicitud del Fiscal.

En Polonia, indistintamente, estarían legalmente legitimados para autorizar la comunicación del registro de llamadas entrantes y salientes por las operadoras tanto el Fiscal como el Juez.

En el caso de Suecia, dada la importancia de la policía en la actividad investigadora en los países escandinavos, tanto el Fiscal como la policía.

Por último, si hablamos de EE.UU., La Corte Suprema (caso *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, de 1979), de manera más permisiva que nuestro TEDH, entendió que en estos supuestos de *comptage* o recuento, no llega a conocerse el contenido de la conversación telefónica, siendo éste el objeto estricto de la protección constitucional.

6. Novedades en el marco normativo nacional

Así mismo, con posterioridad a la Consulta referida han sido publicadas en nuestro país una serie de leyes que, lógicamente, no pudieron ser tenidas en cuenta por la Fiscalía General del Estado en el momento de contestar a la duda planteada. En dicha legislación se parte de la disponibilidad de los datos del tráfico por parte de proveedores de telecomunicaciones (que los precisan a efectos de cobro a los usuarios) o de las administraciones que los gestionan, regulando la conservación durante un período de tiempo más o menos prolongado de esos datos y, en su caso, la cesión de los mismos a terceros legalmente autorizados.

Entre ellos, destaca la nueva regulación que sustituye a la LORTAD, **la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal**, que en su artículo 11, referido a la *Comunicación de datos*, regula la cesión inconsciente de datos de carácter personal en su apartado 2.d), mencionando entre los destinatarios de la comunicación al **Ministerio Fiscal** o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, además del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Cabe preguntarse, por tanto, si los datos de tráfico se encuentran embebidos en la inmunidad exclusivamente judicial del secreto de las comunicaciones, y en ese caso ¿a qué datos de carácter personal se refiere esta LO?

Igualmente, **la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones**, distingue en su capítulo III entre el Secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales, vinculando la protección del primero a lo previsto en los artículos 18.3 y 55.2 de la CE (artículo 33) y la protección de los datos de carácter personal a la legislación vigente (artículo 34), es decir a la LO 15/1999. En desarrollo de dicha Ley, **el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (RD 424/2005, de 15 de abril)**, establece en el apartado 5 del artículo 65 con relación a los datos personales

sobre tráfico y la facturación que el tratamiento de los datos de tráfico sólo podrá realizarse por las personas que actúen bajo la autoridad del operador prestador del servicio o explotador de la red que se ocupen de la facturación o de la gestión del tráfico, de las solicitudes de información de los clientes, de la detección de fraudes, de la promoción comercial de los servicios de comunicaciones electrónicas, de la prestación de un servicio con valor añadido *o de suministrar la información requerida por jueces y tribunales, por el Ministerio Fiscal o por los órganos o entidades que pudieran reclamarla en virtud de las competencias atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.*

En el mismo sentido, el artículo 12 de la **Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y el correo electrónico**, bajo el epígrafe del deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, establece la retención de los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información (especificando que afecta dicha retención “sólo a aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio y que” en ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones), por un período máximo de doce meses, indicando en su apartado 3 que “Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del **Ministerio Fiscal** que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales”.

Asimismo, la **Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Seguridad Social**, establece en su artículo 66 que “los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen **carácter reservado** y sólo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:

a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el **Ministerio Público** o la Administración de la Seguridad Social.

(...) f) La protección de los derechos e intereses de los menores o incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el **Ministerio Público**”.

La Ley General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2002), en su artículo 95, sobre el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, establece que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen **carácter reservado** y

sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto: a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el **Ministerio Fiscal** en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada; f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el **Ministerio Fiscal**.

7. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La STS núm. 558/2005, de 27 de abril (Pte. D. Joaquín Jiménez García) equipara el listado de llamadas a los datos de carácter personal: “Es sustancialmente distinto la facilitación de un listado de llamadas que una intervención telefónica, basta al respecto para esto último la sola autorización judicial en el marco de un proceso penal con un nivel de exigencia y control mucho más bajo que el de una intervención de las conversaciones porque la injerencia es mucho menor sin que exista vulneración al derecho fundamental al secreto de las conversaciones. En tal sentido SSTS 459/99 de 22 de marzo (RJ 1999, 2947) y 1086/2003, de 25 de julio (RJ 2003, 5393). Con la primera de las sentencias citadas, podemos afirmar que la petición del listado de llamadas, aunque fuese ordenada por providencia por el Juez de instrucción es diligencia que no afecta al derecho a la privacidad de las conversaciones «se trata en definitiva, de datos de carácter personal, custodiados en ficheros automatizados, a que se refiere la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (RCL 1992, 2347), reguladora del Tratamiento de tales datos, ‘en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución’ (artículo 1 de dicha Ley); estableciéndose en la misma que ‘el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado’ (artículo 6.1), el cual, sin embargo, no será preciso ‘cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas’ [artículo 11.2.d) de la referida Ley], como es el caso»”.

De este modo, la doctrina del Tribunal Supremo al afirmar, en la STS 459/1999, de 22 de marzo, que “la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.3.º de la Constitución”, por entender que dicha injerencia supone una diligencia “típicamente de investigación policial y por tanto propia de la fase de instrucción que queda extramuros del secreto de las comunicaciones telefónicas que es la esencia del derecho”, contradice frontalmente la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada bajo la influencia directa de la doctrina del TEDH (caso malone),

recurriendo para la determinación de la naturaleza jurídica de ésta al tratamiento de datos de carácter personal.

Profundizando en dicha argumentación, el autor José Luis RODRÍGUEZ LAINZ sostiene que realmente con tal técnica se busca no tanto “penetrar en el contenido de unas conversaciones a las que no se accede, sino la identificación indirecta de la persona o personas que realizan una llamada a un concreto terminal telefónico, o a las que se realizan desde el terminal objeto de investigación, por lo que su finalidad es exclusivamente la de abrir o facilitar líneas de investigación, bien para descubrir la persona que realiza determinadas llamadas, bien para permitir abrir nuevas líneas respecto de una labor de injerencia ya abierta”, y sugiere que el Tribunal Supremo ha dado entrada a una nueva doctrina jurisprudencial en torno a la injerencia de las comunicaciones caracterizada por una considerable permisividad a la recogida de los datos colaterales a la comunicación (en este las llamadas telefónicas efectuadas), acudiendo a la regulación del tratamiento de datos personales, en la línea marcada por el Convenio de Cibercrimen de 2001 de ampliar las posibilidades de intervenir las comunicaciones prescindiendo de los requisitos constitucionales establecidos por el TC (exclusividad judicial, necesidad, especialidad, etc.).

En definitiva, este cambio de postura avalaría judicialmente la nueva normativa relacionada y abriría el camino hacia una mayor capacidad de intervención del Ministerio Fiscal en las telecomunicaciones.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abuso de superioridad:

— STS 717/2005, de 18 de mayo 142

Alevosía:

— STS 717/2005, de 18 de mayo 142

Amenazas:

— STS 717/2005, de 18 de mayo 142

Asesinato:

— STS 937/2005, de 7 de julio 185

Autoría y participación:

— STS 895/2005, de 7 de julio 183

B

Blanqueo de capitales:

— STS 924/2005, de 17 de junio 170

C

Circunstancia atenuante (análoga):

- STS 865/2005, de 24 de junio 175

Circunstancia atenuante de embriaguez:

- SAP Las Palmas 64/2005, de 21 de abril 216

Competencia:

- STS 1058/2005, de 28 de septiembre 204

Competencia territorial:

- STS 558/2005, de 27 de abril 124

Conducción bajo los efectos del alcohol:

- SAP Badajoz 36/2005, de 10 de mayo 217

Conducción temeraria:

- SAP Barcelona 192/2005, de 11 de febrero 213

Conformidad:

- STS 1017/2005, de 12 de septiembre 191

D

Daños:

- SAP Oviedo 174/2005, de 26 de mayo 223

Delito continuado:

- STS 626/2005, de 13 de mayo 137

Delito fiscal:

- SAP Burgos 114/2005, de 13 de junio 226

Delitos societarios:

- SAP Cáceres 104/2005, de 14 de julio 234

Derecho a ser informado de la acusación:

— STC 247/2005, de 10 de octubre 97

Descubrimiento y revelación de secretos:

— SAP Madrid 574/2005, de 25 de mayo 220

Desobediencia:

— SAP Gerona 379/2005, de 11 de abril 215

— SAP Las Palmas 64/2005, de 21 de abril 216

Detención ilegal:

— STS 601/2005, de 10 de mayo 129

Dolo eventual:

— STS 997/2005, de 13 de julio 189

E

Entrada y registro:

— STS 460/2005, de 12 de abril 117

— STS 866/2005, de 30 de junio 181

Error de prohibición:

— STS 601/2005, de 10 de mayo 129

— STS 721/2005, de 19 de mayo 146

Error de tipo:

— STS 865/2005, de 24 de junio 175

Estafa:

— STS 646/2005, de 19 de mayo 148

Estafa impropia:

— STS 764/2005, de 8 de junio 165

Estafa procesal:

— SAP Ciudad Real 21/2005, de 7 de julio 230

F

Falsedad documental:

- STS 724/2005, de 9 de junio 168

Falso testimonio:

- STS 625/2005, de 5 de mayo 128

H

Homicidio:

- STS 997/2005, de 13 de julio 189

Homicidio imprudente:

- SAP Burgos 56/2005, de 1 de abril 214

I

Imprudencia punible:

- STS 537/2005, de 25 de abril 120
 — SAP Barcelona 606/2005, de 10 de junio 225

Imputabilidad:

- STS 1111/2005, de 29 de septiembre 207

Inmigración clandestina:

- STS 994/2005, de 30 de mayo 161

Intervenciones telefónicas:

- STC 205/2005, de 18 de julio 76
 — STS 1040/2005, de 20 de septiembre 201
 — SAP Palma de Mallorca 85/2005, de 11 de julio 232

M

Medición de la pena:

- STS 626/2005, de 13 de mayo 137

Motivación:

- STS 1046/2005, de 13 de septiembre 194

O

Omisión del deber de socorro:

- SAP Burgos 56/2005, de 1 de abril 214

P

Prescripción:

- STS 753/2005, de 22 de junio 173

Principio “non bis in idem”:

- STC 188/2005, de 7 de julio 63

Principio acusatorio:

- STS 609/2005, de 12 de mayo 134

Principio de justicia universal:

- STC 237/2005, de 26 de septiembre 81

Prisión provisional:

- STS 1021/2005, de 20 de septiembre 203

Prostitución:

- STS 994/2005, de 30 de mayo 161

Prueba (denegación):

- STS 604/2005, de 12 de abril 118

Prueba alcoholimétrica:

- SAP Cáceres 68/2005, de 16 de mayo 219

Prueba documental:

— STS 916/2005, de 11 de julio 187

Prueba indiciaria:

— STS 558/2005, de 27 de abril 124

Prueba pericial:

— STS 606/2005, de 11 de mayo 132

— STS 652/2005, de 20 de mayo 155

Prueba testifical:

— STS 1023/2005, de 12 de septiembre 193

— STS 1034/2005, de 14 de septiembre 199

— SAP Oviedo 154/2005, de 12 de mayo 218

Q

Quiebra:

— STS 753/2005, de 22 de junio 173

R

Recurso de amparo:

— STS 1175/2005, de 11 de octubre 209

Recurso de apelación:

— STC 229/2005, de 12 de septiembre 79

— STC 249/2005, de 10 de octubre 100

Recurso de casación:

— STS 577/2005, de 4 de mayo 126

— STS 625/2005, de 5 de mayo 128

— STS 1175/2005, de 11 de octubre 209

Recurso de revisión:

— STC 240/2005, de 10 de octubre 91

— STS 339/2005, de 21 de marzo 116

	Página
Reformatio in peius:	
— STC 249/2005, de 10 de octubre	100
Responsabilidad civil derivada del delito:	
— STC 190/2005, de 7 de julio	72
— STC 254/2005, de 11 de octubre	110
— STS 646/2005, de 19 de mayo	148
— SAP Barcelona 606/2005, de 10 de junio	225
Robo con intimidación:	
— STS 670/2005, de 27 de mayo	159

S

Suspensión condicional de la pena:	
— STC 251/2005, de 10 de octubre	103

T

Testigos (protección):	
— STS 828/2005, de 27 de junio	178
Tráfico ilegal de personas:	
— SAP Las Palmas 156/2005, de 15 de junio	229

V

Videoconferencia:	
— STS 678/2005, de 16 de mayo	139

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 188/2005 del Pleno del TC de 7 de julio de 2005
(BOE 5 de agosto) (Cuestión de inconstitucionalidad 2629/1996)**

PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”

Art. 25.1 CE

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

SÍNTESIS

Se declara inconstitucional, por lesiva del principio “non bis in idem” —cuyo alcance se determina ampliamente en el extracto— la letra j), del apartado 3 del art. 27 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de enero, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que tipificaba como falta disciplinaria muy grave el “haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el periodo de un año”. Recogemos también un voto particular que se hace eco de la incidencia que la doctrina sentada en esta Sentencia pudiera tener en relación a preceptos muy relevantes del Código Penal, como los relativos a la transformación de faltas de hurto en delito (art. 147.1 apartado segundo) o a la violencia doméstica habitual (art. 173.2).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Centrado en estos términos el presente proceso constitucional, debemos comenzar su enjuiciamiento recordando que:

a) Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, el principio “non bis in idem” tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE, en la medi-

da en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977— y en el art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales —que, aunque firmado por nuestro país, aún no ha sido objeto de ratificación—, protegiendo “al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— del mismo” (STC 2/2003, de 16 de enero, FFJJ 2 y 8).

El principio “non bis in idem” tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto “en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento”, y que “tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente” [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 a); y 229/2003, de 18 de

diciembre, FJ 3]; y b) la procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción “la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal” [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c); y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso *Franz Fischer contra Austria*; y de 6 de junio de 2002, en el asunto *Sallen contra Austria*].

b) Aunque es cierto que este principio “ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos”, esto no significa, no obstante, “que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos” (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Y es que en la medida en que el “ius puniendi” aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio “non bis in idem” opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente. En este último orden de ideas, y desde la perspectiva del Derecho positivo, tanto el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Admi-

nistraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como el art. 5.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, impiden que de nuevo se sancionen administrativamente hechos que ya hayan sido castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concorra la triple identidad referida. En efecto, el meritado precepto legal prevé que: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”; mientras que el art. 5.1 del indicado texto reglamentario dispone, por su parte, que: “El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concorra, además, identidad de sujeto y fundamento”.

c) El principio “non bis in idem” despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia y ha encontrado reflejo en el Derecho positivo, como lo demuestran los dos preceptos que acaba de transcribirse que aluden a la misma. En este orden de ideas, hemos indicado que “la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en ‘bis in idem’, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el

mismo fundamento” (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

d) Este Tribunal ha abordado el juego del principio “non bis in idem” dentro de las llamadas relaciones de sujeción o de supremacía especial, afirmando que: “La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección” (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2). En base a tal doctrina, este Tribunal ha considerado, por ejemplo, en el ATC 141/2004, de 30 de abril, que no se producía una vulneración del principio “non bis in idem” en un supuesto en el que un Abogado había sido sancionado penal y disciplinariamente, porque el “genérico ‘ius puniendi’ del Estado ha sido ejercido sobre el hoy demandante de amparo exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales”, y la sanción disciplinaria impuesta al mismo sujeto por los mismos hechos por el correspondiente Colegio de Abogados, en virtud de una Ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales, tenía

“un fundamento diverso del de las penas impuestas por aquellos órganos jurisdiccionales, fundamento el de aquella que se encuentra en la función de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar porque dicha actividad profesional se adecúe a los intereses de los ciudadanos”. Y es que, concluimos entonces, al no existir “la identidad de fundamento entre las sanciones penales y las colegiales infligidas al demandante no cabe aplicar la alegada interdicción de duplicidad de sanciones por los mismos hechos, condicionada, como hemos dicho, a que exista dicha identidad” (FJ 5).

e) La relación entre el principio “non bis in idem” y la agravante de reincidencia ha sido objeto, también, de un pronunciamiento de este Tribunal en la STC 150/1991, de 4 de julio, en la que afirmamos la compatibilidad de la agravación del castigo en caso de reiteración en la comisión de ilícitos con aquel principio constitucional, indicando, en concreto, que “del propio significado del ‘non bis in idem’ se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 [del Código penal] no conculca dicho principio constitucional... con la apreciación [de la] agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador pe-

nal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio del principio ‘non bis in idem’” (FJ 9).

3. Partiendo de esta base dogmática, debemos determinar si el precepto cuestionado en este proceso constitucional (que, recordemos, tipifica como falta muy grave “el haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”) sirve, en primer término, para sancionar en el ámbito administrativo disciplinario un hecho o unos hechos distintos a los ya sancionados con anterioridad por las tres infracciones graves cometidas por un mismo sujeto en la misma esfera disciplinaria, o, por el contrario, castiga los mismos hechos; y, en segundo término, si, aun tratándose de los mismos hechos, la pluralidad de sanciones disciplinarias viene justificada en este caso porque la sanción disciplinaria impuesta por la autoría de una falta muy grave pudiera estar destinada a proteger un bien o un interés jurídico (o si se quiere pudiera tener un fundamento) distinto al tutelado por las tres sanciones con las que se hayan castigado las infracciones disciplinarias graves cuya comisión en el plazo de un año integra el tipo de la falta disciplinaria muy grave ahora impugnado, o si, por el contrario, la sanción disciplinaria muy grave tiene el mismo fundamento que las tres sanciones disciplinarias graves previamente castigadas.

4. En relación con el primer punto de este planteamiento, ha de sentarse que el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente, o, en otros términos más directos, concurre en él el elemento relativo a la identidad de hechos exigido para la aplicación del principio “non bis in idem”. Y es que, en efecto, el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones

nuevas de un mismo infractor —realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/1986—, sino que se persigue sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves tras la conclusión de los correspondientes procedimientos sancionadores. En definitiva, el art. 27.3 j) de la referida Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad tipifica como infracción antiguos hechos que, todos ellos, ya han sido necesariamente sancionados previamente por constituir una infracción grave, lo que de manera indudable implica una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de una falta grave; y otra, en tanto que incardinados en la falta muy grave tipificada por el precepto impugnado.

No es ésta, ciertamente, la primera vez que este Tribunal se enfrenta a una problemática jurídica como la ahora analizada.

En este sentido, entendimos en la STC 270/1994, de 17 de octubre, que había resultado vulnerado el principio *non bis in idem* por las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas en amparo al haber impuesto al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio (art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas) sobre la base, no de la realización de unos nuevos hechos —que no tuvieron lugar—, sino en virtud de unos hechos que previamente habían sido castigados todos ellos mediante la imposición de sanciones por falta grave. Dichas sanciones por falta grave, cuya reiteración en el tiempo se castigaba, resolvimos entonces, “no podían, una vez impuestas y cumplidas, dar lugar a la estimación de un ilícito distinto y más grave que el sancionado en vía ordinaria, constituido exclusivamente por el ‘mal comportamiento’ del sujeto que la reiterada comisión

de faltas graves de disciplina denotaba” (FJ 8). Y es que “para integrar ese mal comportamiento que se aduce como fundamento de la sanción extraordinaria, se tuvieron en cuenta, entre las ‘sanciones impuestas por falta grave’, la recaída en el expediente núm. 86/89 por causa, precisamente, de ‘hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y efectuarlas a través de los medios de comunicación’, esto es, por exactamente la misma conducta que, junto a la existencia de tales sanciones impuestas por falta grave, se hizo valer para justificar la aplicación al recurrente del art. 59.3 de la [Ley]. De suerte que un mismo hecho —la conducta sancionada en el expediente núm. 86/89— habría sido a un tiempo desvalorado como parte integrante del elemento ‘sanciones impuestas por falta grave’ y como elemento autónomo, lo que ya de por sí supone una evidente vulneración del principio ‘non bis in idem’, implícitamente consagrado en el art. 25.1 CE” (FJ 8).

Es necesario, además, efectuar una consideración específica en relación con las apreciaciones de la Abogacía del Estado sobre el castigo de la reincidencia: este Tribunal ha admitido, efectivamente, la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, indicando expresamente que no conculca el principio “non bis in idem”. Ahora bien, hemos hecho esta declaración cuando mediante dicha agravante lo que el legislador pretendía era castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de una manera más severa, sin que ello signifique “que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos” o, en su caso, para las posteriores infracciones administrativas (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 9). No concurre aquí, por lo tanto, una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa o pena, según los casos, y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la agravante de

reincidencia. La admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia entendida en los términos señalados no alcanza, sin embargo, a supuestos donde no nos encontramos propiamente ante la agravante aplicada a un hecho ilícito o a su castigo, para hacerlo más severo, sino donde, por el contrario, y como sucede en el tipo ahora cuestionado, el legislador ha creado un tipo, administrativo o penal, autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio ‘non bis in idem’. Esta última forma de castigar la reincidencia por parte del legislador, al menos en el caso presente, trasciende, por tanto, y frente a lo que sostiene la Abogacía del Estado, lo que es un mero defecto en la técnica de legislar ajena al control de este Tribunal [pues “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”: SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3 c); 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 6], para transformarse, eventualmente, en una lesión del principio “non bis in idem”, y, consecuentemente, del art. 25.1 CE.

No hay duda, en definitiva, de que en el caso presente la imposición de la cuarta sanción (por falta disciplinaria muy grave) no es —como tampoco lo fue en el recurso de amparo enjuiciado en la STC 270/1994— consecuencia de la comisión de unos nuevos hechos —en el asunto enjuiciado, los cuartos— constitutivos de un ilícito disciplinario, sino que sirve para volver a castigar unos hechos ya castigados con anterioridad mediante la imposición de las correspondientes sanciones disciplinarias —en el caso presente, tres sanciones por faltas disciplinarias graves—, siguiendo los oportunos procedimientos administrativos. Hay, por

tanto, una identidad de hechos, entre los que son objeto de castigo como constitutivos de infracción disciplinaria muy grave y los ya castigados previamente en tanto que constitutivos de tres faltas disciplinarias graves.

5. Una vez constatada en el asunto ahora enjuiciado la identidad fáctica entre la falta disciplinaria muy grave y las graves, debemos determinar, a continuación, si las mismas responden a un mismo fundamento o si, por el contrario, persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. Y es que la doble identidad de sujeto y de hechos apreciada en el precepto cuestionado en el presente proceso constitucional no supone, por sí sola, la vulneración del principio “non bis in idem”. En efecto, nos encontramos ante un tipo sancionador destinado a castigar a determinados sujetos, los integrados en los cuerpos y fuerzas de seguridad, que se encuentran en una relación de sujeción o de supremacía especial. En este tipo de supuestos, este Tribunal ha permitido, como ya hemos señalado con anterioridad, el doble castigo de un mismo sujeto por la realización de unos mismos hechos. Ahora bien, hemos exigido que la doble sanción tuviese un fundamento diferente, esto es, que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta “simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ‘ne bis in idem’ no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitu-

cionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado” (FJ 2).

En el presente caso todas las sanciones contempladas en el precepto cuestionado (esto es, tanto la impuesta por la comisión de la infracción muy grave como las tres graves que constituyen el presupuesto de aquélla) se imponen al policía, no como ciudadano, sino como funcionario público integrado dentro de la Administración y, dentro de ella, a su vez, de un sector muy especial como es el policial (por, recordemos, la ausencia injustificada al servicio durante distintos días de los meses de junio de 1990, de septiembre de 1990 y de enero de 1991, las tres graves; y por la comisión de estas tres faltas graves en el plazo de un año, la muy grave). Partiendo de este presupuesto básico, resulta evidente que:

a) En la imposición de las cuatro sanciones referidas la relación jurídico-subjetiva, por un lado, es la misma, pues en todas ellas tramita el procedimiento sancionador e impone la sanción la Administración policial, y el sancionado es un sujeto (un policía municipal, en el procedimiento administrativo concreto del que en definitiva trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad) sometido al régimen establecido por la Ley Orgánica 2/1986.

b) Por otro lado, el bien jurídico protegido también por todas ellas es idéntico, siendo reconducible al aseguramiento o a la tutela de la organización administrativa (en este caso, la policial), de forma tal que esta Administración pueda llevar a cabo de manera satisfactoria la función de servicio público que tiene constitucionalmente encomendada.

La conclusión es clara: las sanciones indicadas se enmarcan dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentran dirigidas a asegurar —de manera directa o indirecta— el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que todas las referidas sanciones tienen un idéntico fundamento, esto es, protegen un mismo interés jurídico. En otras palabras, el castigo de la reincidencia o de la reiteración de los ilícitos contra la disciplina policial perseguido por la infracción disciplinaria muy grave tipificada en el artículo impugnado (y la sanción a ella ligada) no tiene como objeto la protección de un interés jurídico distinto al defendido a través del resto de infracciones (leves, graves o muy graves), y sus correspondientes sanciones, que (tipificadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y en lo que aquí interesa en el Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio) integran sustancialmente el régimen disciplinario de los diferentes cuerpos de policía (además de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, para este instituto armado). Y ello, por supuesto, con independencia de que mediante la sanción de la reincidencia pretenda castigarse el plus de desvalor que para el mantenimiento del orden organizativo interno o de la disciplina tenga el reiterado incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas para asegurar el normal funcionamiento doméstico de la Administración policial y, en definitiva, para la correcta prestación del servicio público que ésta tiene encomendado.

6. En definitiva, el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al tipificar como

falta disciplinaria muy grave el “[H]aber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”, resulta contrario a la garantía que representa el principio “non bis in idem” en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas, tal y como ya hemos visto, una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio *non bis in idem*, pero esta vez desde la perspectiva formal, procesal o, si se quiere más correctamente, procedimental.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON ROBERTO GARCÍA-CALVO
Y MONTIEL RESPECTO DE LA SENTENCIA
DICTADA EN LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 2629/1996

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, por medio de este Voto particular expreso mi discrepancia con el fallo estimatorio a que se ha llegado en esta resolución, aunque no con su base dogmática, perfectamente expuesta en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia y la cual comparto y asumo, de suerte que justifico ese parcial aunque esencial disenso en el siguiente sentido:

Creo que el demandante, cuando le fue impuesta la sanción correspondiente, con arreglo a la falta muy grave que ahora se

cuestiona, prevista en el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, no fue sancionado otra vez por las infracciones graves cometidas, enjuiciadas y sancionadas en su día, sino por un hecho distinto: haber cometido estas tres faltas graves en un período inferior a un año. Hay pues una circunstancia nueva, no ponderada, valorada, enjuiciada ni sancionada en los procedimientos disciplinarios previos, y que es objeto de específico castigo en el último, cual es la proyección temporal de aquellas conductas. Como apuntaba el Abogado del Estado en sus alegaciones, es claro que este hecho es nuevo, en la medida en que no puede determinarse su existencia más que a partir del instante que hace posible la afirmación de haberse cometido la última de las tres infracciones, haber sido sancionada y haber quedado firme el acto que la impone, añadiéndose además la circunstancia de que las infracciones hayan sido sancionadas en un período inferior a un año.

Por tanto, el supuesto de hecho del tipo sancionatorio que ahora se cuestiona no es el simple y cabal sumando de las tres infracciones graves cometidas y sancionadas, sino éstas unidas a este determinado (y determinante) elemento novedoso: su comisión en el período de un año. La sanción muy grave se impone, consecuentemente, por la concurrencia conjunta de dos elementos diferenciados: el número y carácter de las infracciones precedentemente sancionadas (tres sanciones por tres o más faltas graves) y la circunstancia temporal ya indicada.

Esta reiteración en dicho período pone de relieve, además, un especial desvalor, que la propia Sentencia de la mayoría destaca convenientemente (FJ 5): el desvalor que, para el mantenimiento del orden organizativo interno o de la disciplina, tiene el reiterado incumplimiento de las reglas establecidas para asegurar el normal funcionamiento doméstico de la Administración policial, y, en definitiva, para la correcta prestación del servicio público que ésta tiene encomendado.

Desde mi punto de vista, entre las trasgresiones graves que en su día fueron sancionadas y la infracción muy grave que ahora se discute, existe un elemento diferenciador esencial (la circunstancia temporal), que impide que pueda establecerse entre unas y otra una relación de exacta identidad. El precepto cuestionado en este proceso constitucional está castigando un hecho distinto a los ya sancionados con anterioridad por las tres infracciones graves cometidas por el mismo sujeto en la misma esfera disciplinaria. Por otra parte, destacar que tal concreción —como ya hemos dicho— tiende a garantizar la descripción típica, dado que al incorporar el elemento temporal se protege un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones previstas para cada una de las infracciones graves, aisladamente consideradas, y que no ha sido objeto de reproche con las sanciones que entonces se impusieron.

(...)

Es un sistema, en definitiva, consecuencia de una determinada opción de técnica legislativa, que no establece una circunstancia agravante de reincidencia pero sí sanciona específicamente, mediante una infracción autónoma, el especial desvalor exteriorizado mediante la reincidencia manifestada en la realización de diversas conductas individualizables en un periodo temporal concreto y determinado, especificado en el tipo. Y desde la perspectiva del principio constitucional de legalidad —del que la regla “no bis in idem” es manifestación concreta—, las exigencias de aquél, como indicaba en sus alegaciones el Abogado del Estado, se ven sobradamente cumplidas, ya que la prefiguración normativa de la agravación se produce en un grado máximo: gracias a su transformación en tipo sustantivo, recibe una definición precisa y acabada que determina el número y carácter de las infracciones que la definen, así como el espacio de tiempo en que aquéllas han de producirse.

Por todo ello, no comparto la opinión mayoritaria de que en este caso el legislador haya creado un tipo administrativo autónomo que prescinde absolutamente del canon

de un hecho nuevo por el infractor. Tal hecho nuevo existe en cuanto el tipo no se reduce a la mera reiteración de sanciones previamente impuestas (como ocurre en el caso del art. 59.1 y 3 LORDEFA) sino a la reiteración de dichas sanciones en un plazo temporal determinado.

Y, por otra parte, es claro que la simple reiteración de sanción o pena previamente impuestas no constituye un fundamento diferenciado que haga inaplicable el principio “non bis in idem”. Pero en este caso, el elemento temporal determinante incorporado al tipo aporta un interés jurídicamente protegido específico y pone de relieve un desvalor que no ha sido previamente objeto de reproche.

Estamos, pues, ante una situación semejante a la que se produce en el Código penal, cuando en su art. 147.2 castiga como reo de delito de lesiones al que “en el plazo de un año” “haya realizado cuatro veces” la acción descrita en el art. 617 CP, o en la de su art. 173.2 que impone las penas que allí se indican al que “habitualmente” ejerza violencia física o psíquica sobre las personas que asimismo se describen, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Es ese esquema normativo el que con nuestra discrepancia nos interesa destacar ante los posibles efectos perniciosos que una decisión como la mayoritariamente acordada puede producir en el ámbito jurisdiccional en cuanto se presenta con una naturaleza propiciante de justificados planteamientos de inconstitucionalidad de determinados tipos penales como los precedentemente referidos.

Por todo ello, y admitiendo la más que probable cascada de cuestiones de inconstitucionalidad residenciadas en las figuras delictivas precitadas que —a mi modesto entender— anuncia la decisión adoptada mayoritariamente, manifiesto mi prevención a dicho efecto y mi respetuosa discrepancia con tal determinación. Y en tal sentido, emito este Voto particular.

**Sentencia 190/2005 del Pleno del TC de 7 de julio de 2005
(BOE 5 de agosto) (Cuestión de inconstitucionalidad 4904/1998)**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

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

SÍNTESIS

No lesiona el principio constitucional de igualdad la exclusión, entre los perjudicados-beneficiarios a los que se refiere la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, de los hermanos mayores de edad que convivieron con la víctima fallecida en accidente de tráfico. Se sigue la doctrina sentada en las SSTC 181/2000 y 244/2000, recogidas en los números 1 y 2, respectivamente, de la Revista de Derecho Penal [En relación a esta materia, véase también —aunque plantean cuestiones parcialmente diversas— las SSTC 230/2005 y 231/2005, ambas de 26 de septiembre (BOE de 28 de octubre)].

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad plantea la duda del órgano judicial que la promueve sobre la conformidad con la Constitución de varios preceptos de la Ley que, a partir de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, se denomina Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRC), denominación que sustituye a la anterior de Ley de uso y circulación de vehículos de motor que venía ostentando el texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona se introducen por la citada Ley 30/1995, y son en concreto el artículo

1.2 en relación con los puntos 1 y 4 del apartado primero del anexo y la tabla I de éste, en cuanto son de aplicación al caso que debe resolverse en el proceso “a quo” y el fallo de éste depende de lo que sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas aquí se decida.

El art. 1.2 LRC establece que “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificará en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley”.

El apartado primero, punto 1 del anexo dispone que “el presente sistema se aplicará

a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso”.

El apartado primero, punto 4 del mismo anexo, por su parte, determina que “tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente”.

La pretendida inconstitucionalidad de tales preceptos se fundamenta en el Auto proponente por la conculcación por los mismos de diversos contenidos constitucionales: en concreto, el que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 14 en relación con el art. 9.3 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, finalmente, el principio de la reserva de jurisdicción (art. 117 CE, aunque, si bien cita el número 1 de este artículo, parece referirse al número 3, en el que suele hacerse residir tal reserva).

Tal como se expone en el Auto que plantea la cuestión, el fallo en el proceso “a quo” debe dar respuesta a la pretensión de los hermanos mayores de edad de la víctima mortal de un accidente de tráfico de ser indemnizados por los daños morales derivados de su fallecimiento, habida cuenta de que hasta el instante de su muerte convivían con ella, en unión de los padres y una hermana menor, cuya indemnización fue ya determinada en su momento. Según se ha visto, el apartado primero, punto 4 del anexo LRC determina quiénes “tienen la condición de perjudicados en caso de fallecimiento de la víctima” por remisión a su tabla I, la cual en su grupo IV detalla los que deben ser considerados “perjudicados/beneficiarios de la indemnización” en el concreto supuesto de “víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes” (en él se subsume la situación planteada en el caso a resolver), para disponer que dicha condición la ostenta el “hermano menor de edad en convivencia con la víctima”.

El conjunto de las normas citadas es aplicable al caso y relevante para el fallo que debe dictar el órgano judicial que promueve

la cuestión. Es cierto que el precepto legal determinante para la resolución del asunto es fundamentalmente la previsión de la tabla I del anexo que otorga la condición de perjudicado-beneficiario al hermano menor de edad en convivencia con la víctima (y que excluye, por tanto, al mayor de edad), pero las dudas de constitucionalidad carecerían de sentido si no fuera por el carácter vinculante y no meramente orientativo que a dicha previsión otorgan el resto de los preceptos citados a los que se refiere el Auto que promueve este proceso constitucional.

En último término es de señalar que a las normas citadas corresponden con la misma numeración las contenidas en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

(...)

3. El Auto de planteamiento de la cuestión argumenta la duda que suscitan al órgano judicial los ya indicados preceptos desde la perspectiva del derecho a la igualdad “en la ley” (art. 14 CE) destacando, por una parte, que la finalidad de la norma que tiene que aplicar, contenida en la tabla I (grupo IV) del anexo citado, es primordialmente la de la reparación de los daños morales (pues al tratarse de hermanos de la víctima, no serán “razones de dependencia o apoyo económico” las relevantes, “salvo excepciones”) derivados del “grado o intensidad de la aflicción por la pérdida de un familiar próximo”. Por otra parte, pone el acento el citado Auto en la supuestamente “arbitraria selección de quién haya de estimarse perjudicado” que provocaría una discriminación prohibida “por razón de la edad”, ya que, en el contexto mencionado, la diferenciación entre los hermanos mayores y menores de edad carecería de relación alguna con el sentido de la regulación. Del mencionado planteamiento se deduce con claridad que la alusión al principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador (art. 9.3 CE) la subsume el órgano judicial en la duda, más

perfilada, que se articula con apoyo en el art. 14 CE.

Como destacó la STC 244/2000, de 16 de octubre (FJ 1), la duda de constitucionalidad suscitada, desde la perspectiva del art. 14 CE, “en relación con la exclusión de ciertos grupos de familiares del elenco de beneficiarios posibles de las indemnizaciones fijadas mediante baremación en la Ley 30/1995 no ha sido objeto de consideración por nuestra STC 181/2000, de 29 de junio. Por consiguiente, la doctrina sentada en la misma resulta sólo de indirecta aplicación” a un caso como el presente. En efecto, en la mencionada STC 181/2000 (FFJJ 10 y 11) se analizó si era conforme con el art. 14 CE la diferencia de regímenes de responsabilidad que resultaba del dato objetivo —“y rigurosamente neutro”— referido a que los daños “se hubiesen o no producido en el ámbito de la circulación de vehículos a motor”, pero no se contrastó con el citado precepto constitucional ninguna regulación especial o diferencia articulada “a partir de categorías de personas o grupos de las mismas”. En el caso presente, por el contrario, lo que se somete a la consideración de este Tribunal sí es una “diferencia de trato entre personas”, en concreto, entre los hermanos mayores de edad y los menores que —en ambos casos— hubieran convivido con la víctima: a los primeros no atribuye la Ley la condición de perjudicados-beneficiarios, a los segundos sí.

Se recordó en la citada STC 181/2000 (FJ 10) la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), “que puede considerarse resumida en el FJ 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás toma-

das en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”. Para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, este Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 150/1991, de 4 de julio, y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas), y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más *in extenso*, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos”.

4. Y, para la aplicación de esta doctrina en la presente cuestión, hemos de subrayar que las ya aludidas limitaciones cuantitativas de las indemnizaciones corren paralelamente a la determinación de la lista de perjudicados-beneficiarios: así, el grupo IV como hemos visto incluye en aquélla los hermanos menores de edad con exclusión de los mayores. Junto a esto, hemos de indicar que la propia tabla I contempla como perjudicados-beneficiarios a los hermanos mayores de edad de la víctima mortal en accidente de circulación en el siguiente grupo de la misma, el V y último, bajo la rúbrica “Víctima con hermanos solamente”. Esta previsión evidencia que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concre-

ta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando ésta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la *ratio* limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema, y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados, dado que “la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor” (STC 105/2004, de 28 de junio, FJ 7).

Es indudable que perfectamente podría haber optado el legislador por añadir a los familiares previstos en el grupo IV a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida, ya incluyéndolos también como otros perjudicados-beneficiarios más con sus propias cantidades a percibir, ya prorrateando una cantidad global en función de los ascendientes y del resto de hermanos, ya con cualquier otra fórmula. No lo ha hecho así, prefiriendo concentrar en los ascendientes y en los hermanos menores de edad, las cantidades resarcitorias y, a la vista de tal solución, parece difícil que pueda “tildarse de caprichoso o arbitrario el criterio utilizado para anudar a esas desiguales situaciones el efecto limitativo de cuya constitucionalidad se duda” (STC 100/1990, de 4 de junio, FJ 5), cuando tal criterio resulta consistir en un dato tan objetivo como la mayoría de edad, que obviamente comporta para quienes no llegan a ella una situación socio-jurídica sensiblemente distinta de quienes la rebasan, convirtiendo a unos y otros, en principio, en términos que no admiten adecuada comparación.

A lo expuesto es imprescindible añadir otras consideraciones relativas al sentido de la minoría de edad. “Dado que para el examen de la constitucionalidad de una ley la interpretación de ésta es un *príus* lógico in-soslayable” (STC 83/2005, de 7 de abril,

FJ 3) es necesario llamar la atención sobre una finalidad de los preceptos cuestionados no destacada por la interpretación de los mismos que realiza el Auto de planteamiento de la cuestión. Según éste, el único dato considerado relevante por aquéllos para atribuir al hermano de la víctima la consideración de perjudicado-beneficiario sería la intensidad de la relación afectiva que derivaría de los elementos típicos de esa relación de parentesco y de la convivencia. Verdaderamente, según esta interpretación, no sería fácil justificar la razonabilidad del trato diferenciado entre el hermano mayor y el hermano menor de edad, porque no es ni mucho menos evidente cómo debe el legislador valorar la edad en relación con el daño afectivo derivado de la muerte de un hermano.

Se desprende fácilmente de la regulación cuestionada, sin embargo, que a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE).

Debe destacarse, en este contexto, que varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución —“principios rectores de la política social y económica” — tienen como función precisamente la de identificar *grupos de personas* necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad *en la aplicación* de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE. Este Tribunal ha hecho uso de los mencionados principios rectores que identifican grupos personales

merecedores de especial protección en el sentido expuesto: “la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (STC 109/1993, de 25 de marzo —sobre la licencia para lactancia en el trabajo—, FJ 4); no es contrario al art. 14 CE (principio de igualdad) ni al art. 23.2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) una reserva porcentual de plazas para minusválidos en una oferta de empleo público en atención al mandato de protección de los discapacitados que se contiene en el art. 49 CE (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4); etc.

Y, en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima —aparece expresamente recogida en el art. 12 CE—, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce —arts. 39.3 y 4 CE—. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable.

Así las cosas, no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el art. 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad.

**Sentencia 205/2005 de la Sala 2.^a del TC de 18 de julio de 2005
(BOE 18 de agosto de 2005) (Recurso de amparo 1356/2003)**

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS (*DIES A QUO* PARA CÓMPUTO DEL PLAZO)

Arts. 18.3 CE; 579.4 LECrim.

Ponente: **Excma. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente por no respetar los plazos temporales fijados en los autos judiciales, teniendo en cuenta que el “dies a quo” para su cómputo es el de la fecha de tales resoluciones y no aquél en que dicha intervención se practica. (Se reproduce, asimismo, el voto particular formulado).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Más complejo resulta el pronunciamiento sobre la última queja que, en este

extremo, se mantiene en la demanda de amparo, al considerar que no han sido respetados los plazos temporales fijados en los Autos judiciales, especialmente en relación con

el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 Marbella de 1 de agosto de 1996, referido a la intervención de un teléfono móvil.

Un examen de las actuaciones acredita, en efecto, que tras la autorización para intervenir dicho teléfono, acordada el 1 de agosto de 1996, se encuentra un escrito del Subgrupo de investigación fiscal y antidroga de la Guardia civil de Marbella en el que se da cuenta de que la misma ha sido realizada el 12 de agosto de 1996, aunque solamente ha sido efectiva en los aparatos de grabación y escucha a partir del posterior día 29 (folio actuaciones 249). El siguiente día 2 de septiembre se interesa la prórroga de la medida a partir del 12 de septiembre, lo que es acordado mediante Auto fechado el 6 de septiembre.

El recurrente entiende que el plazo de intervención cuenta desde el día en que se dicta el Auto judicial, y no desde el día en que la intervención es efectiva. Se separa de tal parecer el Tribunal Supremo, quien afirma que la prórroga se acordó “siempre antes de que transcurriera el mes desde el inicio de la intervención” (FD 1 de la Sentencia de 6 de febrero de 2003). Y en la misma dirección se decanta el Fiscal, que estima que el Tribunal Supremo explica, con argumentos jurídicamente atendibles, que la extemporaneidad del Auto judicial de prórroga no se ha producido, porque dicho plazo comienza a partir de la fecha en que se realiza la conexión (lo que tuvo lugar el 12 de agosto).

Si bien este criterio no podría ser combatido desde la estricta perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que no puede ser calificado de irrazonable, sí puede ser cuestionado desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Es oportuno recordar que estamos en presencia de una resolución judicial que permite la restricción de un derecho fundamental, afirmación de la que, asimismo, hemos de extraer algunas consecuencias útiles, en línea con lo expresado, en este punto, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y

por nuestra propia doctrina en materias cercanas.

No precisa mayor discusión el hecho de que la medida judicial que acuerda la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijar un límite temporal para que la misma tenga lugar. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que una previsión sobre la “fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida” esté recogida en la legislación española (cfr. SSTEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, § 59, y *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003, § 30), es evidente que tal cautela debe encontrar reflejo en la misma resolución judicial.

Tal límite se vincula a un lapso temporal (dejando de lado las matizaciones que esta doctrina presenta en el ámbito penitenciario, cfr. ATC 54/1999, de 8 de marzo), delimitado por la fijación de una fecha tope o de un plazo. En el caso concreto la intervención se autorizó por el plazo de un mes. Por tanto lo que se cuestiona es, precisamente, cómo se debe computar el plazo previsto en la resolución judicial y más en particular cuál debe ser su “dies a quo”. Mientras que los órganos judiciales que han conocido de la causa estiman plausible que dicho día sea aquel en el que se produce efectivamente la intervención telefónica, el recurrente afirma que es el día en que se dicta la decisión judicial que autoriza dicha intervención.

En dos ocasiones, este Tribunal ya ha advertido que autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales (como son la intimidad o la inviolabilidad del domicilio) no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan “una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.b)] o una suerte de “suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio” (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Pues bien, el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a des-

plegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención telefónica empieza a producirse.

Aunque este argumento bastaría, por sí solo, para entender que se ha producido la aducida lesión en el mentado derecho fundamental del recurrente, es oportuno hacer notar que a la misma conclusión nos llevan otros razonamientos suplementarios.

Así, de un lado, debemos recordar que cuando la interpretación y aplicación de un precepto “pueda afectar a un derecho fundamental, será preciso aplicar el criterio, también reiteradamente sostenido por este Tribunal (por todas, STC 219/2001, de 30 de octubre, FJ 10), de que las mismas han de guiarse por el que hemos denominado principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, lo que no es sino consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro sistema tienen los derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5). En definitiva, en estos supuestos el órgano judicial ha de escoger, entre las diversas soluciones que entiende posibles, una vez realizada la interpretación del precepto conforme a los criterios existentes al respecto, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado” (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). Es evidente que en el caso que nos ocupa la lectura más garantista, desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, es la que entiende que el plazo de intervención posible en el mentado derecho fundamental comienza a correr desde el momento en que la misma ha sido autorizada.

De otro lado, si en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, afirmábamos,

en línea con la citada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que el art. 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, “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 CE)” (FJ 5), debemos afirmar ahora que el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar. Es así posible, por ejemplo, que la restricción del derecho se produzca meses después de que fuera autorizada, o que la autorización quede conferida sin que la misma tenga lugar ni sea formalmente cancelada por parte del órgano judicial. En definitiva, la Constitución solamente permite —con excepción de las previsiones del art. 55 CE— que el secreto de las comunicaciones pueda verse lícitamente restringido mediante resolución judicial (art. 18.3 CE), sin que la intervención de terceros pueda alterar el “dies a quo” determinado por aquélla.

La conclusión, a la vista de todas las consideraciones realizadas hasta el momento, es que, en el caso de autos, se ha producido, efectivamente, una lesión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS RESPECTO DE LA SENTENCIA
DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO
NÚM. 1356/2003

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

con el fallo de la Sentencia, discrepo parcialmente de su fundamentación, en concreto de la recogida en el fundamento jurídico 5, en cuanto declara, con carácter general, que el entendimiento de que el plazo de la autorización judicial para la intervención telefónica no puede comenzar a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza, por que se compromete la seguridad jurídica y se vulnera un derecho fundamental.

Mi discrepancia se centra en que, al no ceñirse al caso concreto y fijar criterios interpretativos genéricos sobre el momento en que debe entenderse iniciado, en todo caso, el plazo de la autorización, se invaden funciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria, y en el más alto lugar, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

A mi entender y reiterando el respeto que me merece la opinión contraria, el plazo de-

be correr normalmente desde la fecha del Auto que autoriza la intervención, pero también, si fuera distinto, desde el día en que se le comunique la autorización a los agentes de la policía que hayan de efectuar la diligencia e incluso el día de la efectiva intervención del teléfono, si el tiempo transcurrido desde la comunicación del Auto a la policía y la práctica de la intervención fuera razonablemente breve y justificadas las causas técnicas por las que no pudo llevarse a efecto con más diligencia, y así lo admitiera el órgano jurisdiccional al ejercer el control de dicha restricción del secreto de las comunicaciones.

En el caso del presente recurso, el plazo transcurrido desde que fue dictado el Auto hasta la efectiva intervención del teléfono fue de veintiocho días, sin que conste justificada la causa del retraso y de ahí mi coincidencia con el otorgamiento del amparo.

Sentencia 229/2005 de la Sala 2.^a del TC de 12 de septiembre de 2005 (BOE 14 de octubre de 2005) (Recurso de amparo 1070/2004)

CONDENA EN APELACIÓN

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia a consecuencia de la condena pronunciada en apelación tras haberse celebrado vista pública pero sin haber practicado en ella prueba, valorando indebidamente la Audiencia las personales practicadas en primera instancia que habían conducido a una sentencia absolutoria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. El examen de la demanda de amparo debe iniciarse, como advierte el Ministerio

Fiscal, con el análisis de la queja de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), no estando afectado en este caso el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE), invocado también por el recurrente, dado que las exigencias de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de la prueba que sustenta la condena en segunda instancia integran las que aquel derecho fundamental engloba (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9), siendo previo al de la presunción de inocencia.

El problema planteado consiste, básicamente, en si el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia ha efectuado de las pruebas practicadas, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. Desde la perspectiva constitucional, la cuestión estribaría en si dentro del contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación y si tal límite se ha respetado en el presente caso.

Como ya se ha indicado, el Pleno de este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9, 10 y 11), afirmó la necesidad de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas (en adelante, CEDH), en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1988, caso *Ekbatani contra Suecia*; de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanello contra San Marino*; de 27 de junio de 2000, caso *Contantinescu contra Rumania*; y de 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros contra San Marino*).

En particular, señalamos en aquella sentencia que el art. 6.1 CEDH recoge el dere-

cho que asiste al acusado a estar presente en el juicio y a ser oído personalmente y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que, pese a no resultar imprescindible en todo caso la celebración de vista en segunda instancia ya que dicha exigencia depende de la naturaleza de las cuestiones a juzgar y las circunstancias del caso, cuando el órgano de apelación tiene que pronunciarse globalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no puede resolverse sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido el hecho.

En Sentencias posteriores, en las que hemos apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) se ha insistido en que la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esa nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 5; 59/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 65/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

3. En atención a las circunstancias del caso actual y en el marco de la doctrina antes expuesta, debe prosperar la queja del demandante de amparo, pues se debe considerar que ha sido vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por cuanto la Audiencia Provincial de Albacete condenó al recurrente por un delito de lesiones, tras revocar parcialmente la sentencia absolutoria dictada en primera instancia y modificar en este sentido el relato de hechos probados, sobre la base de una nueva valoración y ponderación de la decla-

ración del otro coimputado, víctima del referido delito, así como de un testigo, que habían sido prestadas ante el Magistrado Juez de lo Penal núm. 1 de Albacete, ya que, aunque se celebró vista pública de apelación, compareciendo en ella el Fiscal y los

Letrados de la parte apelante y apelada, por lo que fue respetado el principio de contradicción, se vulneró el principio de inmediación, al no comparecer ni los interesados ni los testigos y sin oportunidad, por lo tanto, de ser oídos por la Sala.

Sentencia 237/2005 de la Sala 2.^a del TC de 26 de septiembre de 2005 (BOE 28 de octubre de 2005) (Recursos de amparo acumulados 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003)

PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Art. 23.4 LOPJ

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

SÍNTESIS

Anula la STS 327/2003, de 25 de febrero (recogida en el núm. 10 de la Revista de Derecho Penal), rechazando la interpretación restrictiva que en ella se hace del principio de justicia universal, en cuya virtud exigía la presencia en territorio nacional del presunto autor; la nacionalidad española de las víctimas y la vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes. Para el TC, esta interpretación restrictiva supone una reducción “contra legem” que ni siquiera implícitamente se desprende de la ley (art. 23.4 LOPJ) y que es contraria a la finalidad que preside la institución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se plantean ante esta jurisdicción constitucional diversas demandas de amparo dirigidas contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de

2000, así como contra esta última resolución. El núcleo de la controversia suscitada se proyecta sobre la interpretación restrictiva que, si bien en virtud de argumentos diversos, ambos órganos judiciales efectúan sobre el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de la denominada jurisdicción universal, con la consecuencia de

negar, en todo o en parte, la competencia de los Tribunales españoles para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias que han dado lugar al presente procedimiento, hechos calificados en las citadas denuncias como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta. Las tres demandas de amparo coinciden en denunciar que las resoluciones impugnadas han procedido a una interpretación infundadamente restrictiva y *contra legem* del citado precepto a partir de la exigencia de una serie de requisitos no contemplados en el Ordenamiento jurídico, lo que habría conllevado la vulneración de sus derechos fundamentales.

(...)

2. Siendo varias las quejas formuladas hemos de comenzar, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, con el examen de aquéllas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones, con el fin de salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo (por todas, SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2004, de 2 de junio, FJ 4; y 53/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Más en concreto, y teniendo en cuenta que es el motivo de amparo central en todas las demandas, comenzaremos por la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción.

(...)

3. Expuesto el marco de enjuiciamiento que habrá de ser de aplicación al presente caso es hora ya de adentrarse en el mismo. Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes el núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presentemente calificados como genocidio, te-

rorismo y torturas. Dirigiéndose la demanda contra ambas resoluciones (el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003), y estando fundados sus respectivos pronunciamientos en diversos argumentos, es conveniente analizarlos por separado.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de dichos argumentos es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que “al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos... Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional”. Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”.

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitu-

cional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de subsidiariedad, parece no ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente. En aras a destacar la relevancia que esa diferente perspectiva teórica pudiera tener desde la perspectiva del análisis constitucional procede, en primer lugar, profundizar en los argumentos en los que la Audiencia Nacional apoya su argumentación, para después entrar a estudiar cuáles han sido los concretos criterios de aplicación del tal principio que han llevado a la denegación de la jurisdicción española y, con ello, a la denunciada vulneración del derecho de acceso al proceso.

En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios

reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir.

4. Como ya ha sido anticipado el Auto de la Audiencia Nacional objeto del recurso, apoyándose en resoluciones anteriores del mismo órgano judicial, parte del Convenio sobre genocidio, y, más concretamente, de su art. VI, para concluir afirmando la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial. El citado precepto dispone:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

La Audiencia Nacional parte de la concepción de que el citado precepto, que establece la obligación de los Estados en cuyo territorio se produzcan los hechos de proceder a su persecución, en absoluto conlleva una prohibición para el resto de las Partes firmantes de establecer criterios extraterritoriales de jurisdicción para el genocidio; como elocuentemente pone de manifiesto,

citando resoluciones anteriores, tal limitación sería contraria “al espíritu del Convenio, que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de impunidad de un crimen tan grave”. No obstante, acto seguido, concluye que el artículo VI del citado Convenio impone la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las contempladas en él.

Salvando el hecho de que en la resolución combatida no se entra a explicitar las razones por las que se llega a dicha conclusión, sino que tal relación de subsidiariedad se infiere de la sola mención del criterio de territorialidad (o del relativo a un tribunal penal internacional), debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del “locus delicti”, y que ello forma parte del acervo clásico del Derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio “ne bis in idem”, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad internacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.

Esto afirmado, debe seguidamente advertirse que el tema propuesto no deja de tener relevancia constitucional, puesto que lo que

en última instancia se discute, tanto por los demandantes de amparo y el Ministerio público, como por la Sentencia del Tribunal Supremo que discrepa del criterio aplicado por la Audiencia Nacional de afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad, son los términos en los que tal regla o principio se ha aplicado; más concretamente, el mayor o menor número de requisitos exigidos en relación con la pasividad del Estado donde se produjeron los hechos. El Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso, reproduciendo la doctrina establecida por los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, define los términos de aplicación de la regla de subsidiariedad del siguiente modo: “la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional”. Acogiendo literalmente tal aseveración la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. “A sensu contrario”, para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efec-

tivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos.

Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una “*probatio diabolica*”. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica “*pro actione*”, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

5. Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdicción universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la Sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. Por lo que respecta al delito de genocidio (en el que prácticamente centra su argumentación), a pesar de manifestar en un primer momento

que el Convenio, frente al criterio de los demandantes, si bien “no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe”, lo cierto es que termina por afirmar lo contrario, considerando que su artículo VIII “no autoriza a cada Estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar frente a la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso” (fundamento jurídico séptimo).

De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual lo acordado en los tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada Estado.

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los Tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no

incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer posteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados para la asunción por los Tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del “*ius cogens*” según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

6. No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre genocidio, sostiene la

Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el Derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, exigiendo para su entrada en juego determinados “vínculos de conexión”, como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la Sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional, llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado punto de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia.

En apoyo del presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invoca el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales; así cita en particular diversas resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán, la decisión de la Corte de Casación belga sobre el caso *Sharon*, así como la resolución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002 (caso *Yerodia*), en la que se condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

Pues bien, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurispuden-

ciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria. Al respecto, no ha de ser preciso un amplio desarrollo argumental, dado el hecho de que el Voto particular a la Sentencia impugnada, firmado por siete Magistrados (cuya trascendencia no puede dejar de resaltarse), ha venido, de modo convincente, a refutar la pretendida validez de las resoluciones citadas como sostén teórico del planteamiento seguido por la Sala Segunda, aportando otras referencias de signo contrario. Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría, las resoluciones alemanas citadas no representan el “status quaestionis” en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el caso *Yerodia*, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdic-

ción universal establecida en la legislación belga.

Si a lo acabado de afirmar añadimos que existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la Sentencia del dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el Derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento, teniendo en cuenta, en particular, que la selección de referencias no es exhaustiva y no incluye algunas significativamente contrarias a la orientación que se mantiene. A este respecto resulta discutible que la Sentencia omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 CP alemán ni al Código de crímenes contra el Derecho internacional de 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra

la humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) “incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania”.

7. La Sentencia del Tribunal Supremo incluye, asimismo, un listado de tratados internacionales relativos a la persecución de delitos relevantes para la comunidad internacional suscritos por España con la finalidad de mostrar que, de una parte, en ninguno de esos tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, y que, de otra, en ellos se establece como forma de colaboración la clásica fórmula “aut dedere aut iudicare”; es decir, los Estados tendrán la obligación de juzgar a los responsables de delitos comprendidos en los tratados cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por algún otro Estado con competencia obligatoria según las disposiciones del respectivo tratado. Del análisis de ese sector del Derecho convencional internacional infiere el Tribunal Supremo la necesidad y la legitimidad de restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ a los casos en que el presunto responsable se halle en territorio español, al amparo del art. 96 CE, del apartado g) del art. 23.4 LOPJ, y del ya citado art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual las partes de un tratado no podrán invocar su Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Independientemente de lo que después habremos de afirmar, la interpretación seguida por el Tribunal Supremo para justificar tal criterio de restricción de la Ley debe ser rechazada ya por razones de índole metodológica. Para empezar, la pretendida referencia sistemática al apartado g) del art. 23.4 LOPJ no puede servir para extender las conclusiones a las que el Alto Tribunal llega al resto de los delitos contenidos en los apartados precedentes del citado precepto. Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción

universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles “ex lege” en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto. No resulta, en consecuencia, ni mucho menos evidente que las limitaciones o condicionantes que, por vía de la interpretación de los diversos Tratados internacionales que menciona la Sentencia, se prediquen de estos últimos sean de aplicación analógica a los primeros. Procedimiento analógico que, además de ser contrario al principio “pro actione” al reducir de modo ostensible el acceso a la jurisdicción de los demandantes, no se ve amparado por una identidad de razón suficiente, según se acaba de afirmar.

De igual modo resulta muy discutible apelar al art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados como sostén de tal proceder argumentativo. Y ello porque, ni en el Convenio sobre genocidio, como ya se afirmó, ni en los Tratados que menciona la Sentencia impugnada, se contempla prohibición alguna del ejercicio de la jurisdicción universal unilateral que pudiera considerarse incumplida por lo dispuesto en la Ley española.

Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios “in absentia” en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la co-

munidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito “sine qua non” para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

8. Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que “una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales” se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción “contra legem” a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de redu-

cir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación “de facto” del art. 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el “telos” del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio “pro actione”, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que “los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ‘ratio’ de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad” (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una “denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable” (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3).

9. Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 del Código penal (CP) el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realiza-

dos tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un in-

terés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir “el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes” (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación “de facto” del art. 23.4 LOPJ. Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redundan en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de

interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio “pro actione”) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos.

10. De todo lo anterior se desprende que tanto el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 han vulnerado el derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que procede otorgar el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de la Audiencia Nacional anulado sin que, en aras a preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo proceda entrar a analizar las denuncias de vulneración de otros derechos fundamentales que se efectúan en la demanda.

Sentencia 240/2005 de la Sala 1.ª del TC de 10 de octubre de 2005 (BOE 15 de noviembre de 2005) (Recurso de amparo 5430/2000)

REVISIÓN PENAL. (VIRTUALIDAD DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH COMO “HECHO NUEVO”)

Art. 954.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Aun concluyendo que no se produjo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a consecuencia de un auto denegatorio de la interposición del recurso de revisión, la Sala entiende que la expresión “hechos nuevos que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 de la LECrim. debe interpretarse de modo que en él se incluyan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Se reproduce, asimismo, el voto particular del magistrado Rodríguez Zapata).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Por la autoría de un delito de intrusismo y dos delitos relativos a la prostitución los demandantes de amparo fueron condenados en el año 1990 a penas de pri-

sión y de multa que sumaban un total de diez años y de 350.000 pesetas en el caso de las impuestas al Sr. Lapiedra y de nueve años y 250.000 pesetas en los demás casos. Dichas penas adquirieron firmeza tras la desestimación del recurso de casación que

interpusieron los condenados, fueron revisadas tras la entrada en vigor del nuevo Código penal y han sido ya completamente ejecutadas. A pesar de la extinción de su responsabilidad penal los recurrentes instaron la revisión del fallo que les condenaba por entender que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999 (asunto *Riera Blume y otros c. España*) evidenciaba su inocencia al declarar que algunas de las víctimas del delito que habían testificado en el juicio habían sido privadas ilegalmente de libertad durante la instrucción de la causa. Mediante el Auto recurrido ahora en amparo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo inadmite el recurso de revisión por considerar, en síntesis, que ni la Sentencia invocada constituía un hecho nuevo a los efectos de proceder a la revisión de la condena ni, en cualquier caso, de serlo, incidiría en el sentido de la Sentencia condenatoria que se pretende anular.

(...)

6. El Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo denegó la interposición del recurso de revisión en virtud de que no concurrían “nuevos hechos ... de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado” (art. 954.4 LECrim). Esta decisión se sustentó en dos argumentos: el primero, de tipo formal, consistía en que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no constituía un hecho nuevo; el segundo se refería a la desconexión entre el contenido de dicha Sentencia y la revisión pretendida.

a) Dichos argumentos se presentan de un modo conjunto. Si los escindimos a los efectos analíticos necesarios para resolver la queja que se nos plantea, hemos de afirmar que el primero de ellos, atinente a la falta de concurrencia de un hecho nuevo, no podría sustentarse por sí sólo en este caso una decisión de inadmisión de la revisión. La motivación del Auto se remite a la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo relativa a que un cambio jurisprudencial no es

un “hecho nuevo” pero, tras señalar que “en el presente caso ni siquiera puede hablarse de cambio jurisprudencial” y sí “de la existencia de una sentencia dictada por el TEDH”, no expresa por qué una Sentencia tal no puede ser considerada como un hecho nuevo o cómo se infiere dicha aseveración de que no pueda un cambio jurisprudencial constituir un hecho nuevo. Así, aislado el argumento, si para sustentar la inadmisión el Auto se limitara a afirmar que la Sentencia invocada no es un hecho nuevo, estaríamos ante una decisión que incurriría en el defecto descrito como constitutivo de una infracción al art. 24.1 CE: se trataría en tal caso de una decisión formalista, injustificadamente cercenadora de la defensa de los intereses que pueden estar en juego en el proceso de revisión.

b) En general, en virtud de los criterios expuestos que delimitan el control constitucional en torno a las decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, no parece constitucionalmente aceptable que se deniegue una revisión penal por razones formales cuando lo que el recurrente alega es que en un procedimiento diferente se ha llegado a la constatación firme y de obligado acatamiento de que una de las pruebas en que se sustenta su condena fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales, queja que encaja nítidamente con la finalidad originaria del recurso de revisión: “remediar errores sobre los presupuestos fácticos de la infracción” (STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5). Ni puede negarse que una sentencia sea un “hecho”, “algo que acaece en el tiempo y en el espacio” (STC 150/1997, FJ 5), ni cabe negar que respecto al proceso que finalizó con su condena la Sentencia invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituya un dato nuevo, consistente en la imposibilidad de valorar dicha prueba. Se trata así de lo propio de la revisión, según afirmábamos en el ATC 112/1991, de 11 de abril, que no es una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso de-

rivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto.

Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación *pro actione* tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan —especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes— y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria” (STC 150/1997, FJ 5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos que evidencien la inocencia del condenado” del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración.

Procede resaltar en este punto que el Auto cuyo enjuiciamiento constitucional se nos pide es, en lo que aquí importa, sustancialmente diferente a las resoluciones analizadas en los AATC 260/2000, de 13 de diciembre, y 96/2001, de 24 de abril. En el primero son dos los datos relevantes para la

diferenciación: la extemporaneidad era la *ratio decidendi* de la decisión de inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones; dicha nulidad se pretendía sustentar en la declaración de vulneración de derechos de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que “no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto)” y cuyos “Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto [internacional de derechos civiles y políticos], dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). Por su parte, la irreprochabilidad constitucional que afirma el ATC 96/2001, de 24 de abril, se refiere a una Sentencia que desestimaba el recurso de revisión solicitado a partir de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a una cuestión que ya había sido objeto de enjuiciamiento en el proceso que se pretendía revisar. La Sentencia del Tribunal Supremo fundamentaba la denegación de la revisión en que “el recurso de revisión no es medio adecuado para otros fines que no sean la modificación fáctica prevista en los cuatro apartados del art. 954 LECrim” y en que “la Sentencia del TEDH que invoca el recurrente no constituye prueba indubitada suficiente para evidenciar el error del fallo por ignorancia de la misma ... Lo único que pone de manifiesto esa Sentencia del TEDH es la existencia de un vicio procesal en la composición del Tribunal sentenciador, pues no se refiere a la Sentencia condenatoria ni a la desestimatoria del recurso de casación, de modo que no es demostrativa de error alguno material en el pronunciamiento del fallo condenatorio” (FJ 3).

7. En el caso que enjuicamos los demandantes de amparo solicitaron la revisión de un proceso en función de la incidencia que en el mismo pudiera tener la vulneración de un derecho fundamental enjuiciada en otro procedimiento y declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, de lo anteriormente expuesto se deduce que en estos casos la revisión solicitada no puede ser inadmitida o denegada por razones puramente formales, relativas a la consideración como hecho nuevo de la sentencia del Tribunal Europeo o a la apriorística imposibilidad de que la misma pueda afectar a la culpabilidad de alguien declarada en otro proceso. No sucederá necesariamente lo mismo en los supuestos en los que la cuestión consista en el restablecimiento del derecho declarado vulnerado por el Tribunal Europeo y en los que tal restablecimiento exija una anulación de una sentencia firme que dicho Tribunal no puede acordar. En estos casos hemos considerado razonable desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva que el Tribunal Supremo entienda que el Ordenamiento no le permite acometer dicha anulación a través de un proceso de revisión (ATC 96/2001, de 24 de abril), porque no se trata en rigor de un hecho nuevo, externo al proceso, sino de un nuevo examen de lo en su día ya examinado.

En el presente caso hemos de señalar que el Auto recurrido, siquiera sea en fase de admisión, procedió a la revisión instada al afirmar que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue dictada “a instancia de unos recurrentes distintos de los condenados en la Sentencia cuya revisión se solicita y por hechos igualmente distintos”, sin que se dé “ninguna conexión” entre aquella Sentencia, que “estimó que los recurrentes, adeptos del Grupo CEIS, habían sido privados de su libertad ilegítimamente, con que los dirigentes de dicho Grupo hubiesen sido condenados por delito de intrusismo, al atribuirse la condición de psicólogos sin serlo y el haber inducido o determinado a adeptos del Grupo a la prostitución”: “la prueba de cargo valorada por la Sala de Barcelona y que superó el control casacional nada tiene que ver y no se deriva de la detención que sufrieron las seis personas que recurrieron al TEDH, detención que debe recordarse fue previa al propio proceso penal. Al respecto baste con la lectura de los

tres primeros fundamentos jurídicos” (razonamiento jurídico 2).

Frente a las objeciones de constitucionalidad que suscitaba la inadmisión por razones formales relativas a la falta de concurrencia de un hecho nuevo, ninguna presenta este razonamiento como justificativo de la denegación de acceso al proceso. Y no por supuesto porque fueran distintos los demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los solicitantes de revisión ante el Tribunal Supremo, pues obvio es decir, a la luz de nuestra jurisprudencia, que la vulneración de los derechos fundamentales de unos puede evidenciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de otros en la medida en la que pruebas decisivas de cargo contra éstos procedan directamente de la vulneración de los derechos de aquéllos. Una alegación que se detuviera en este solo dato de la falta de identidad de los demandantes en uno y otro foro no superaría, por su formalismo, el filtro que delimita la efectividad de la tutela judicial en materia de acceso a la jurisdicción. Es más, la falta de identidad subjetiva revelará normalmente el hecho de que la revisión se insta por lo decidido en otro asunto, cosa congruente con el, “por definición”, “carácter extrínseco” de los motivos de revisión y con el hecho de que no se configure este recurso “como una nueva instancia añadida al proceso” (ATC 112/1991, de 11 de abril, FJ 2).

No es esta sin embargo la razón crucial que esgrime la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la inadmisión, sino la que entiende que, por razones de contenido apreciadas ya *a limine*, la Sentencia de Estrasburgo invocada no afecta materialmente a la condena de los recurrentes, pues la misma se sustenta sobre pruebas ajenas a la privación de libertad a la que se refería dicha Sentencia.

Desde la perspectiva desde la que se dirige la queja al Auto de inadmisión, que es la de vulneración del derecho de tutela por denegación injustificada de acceso a la juris-

dicción, sólo procede analizar si esta razón de fondo es congruente con el objeto de la revisión y, más allá, si la certidumbre sobre la falta de fundamento de la pretensión de quien lo promovió no resulta a su vez infundada. Salvados tales requisitos resultará que la inadmisión en cuestión por razones de fondo es un ejercicio de tutela judicial, pues cierra razonablemente el proceso ante la imposibilidad futura de que puedan prosperar los intereses últimos de quienes lo pusieron en marcha —intereses que en este caso no consistían en que se paralizara la ejecución de la pena, pues ésta ya se había completado— y ante la incertidumbre que el propio proceso puede generar para legítimos intereses generales y de terceros, máxime en un proceso extraordinario como es el de revisión. Tal es lo que ha sucedido con el Auto recurrido, cuyo contenido denegatorio no sólo no resulta manifiestamente irrazonable, arbitrario o fruto de un error patente, sino que tampoco supone un sacrificio desproporcionado de los intereses de quienes solicitan tutela judicial a través de un proceso de revisión, pues precisamente lo que el órgano judicial les indica, siquiera en el comienzo del procedimiento, es que dicha revisión no produce los efectos pretendidos por quienes la demandaban. Este último juicio no aparece a su vez “prima facie” infundado, sino que, por el contrario, se sustenta en los razonamientos de la Sentencia condenatoria para la constatación de los hechos probados. No se ha producido, pues, ni, en rigor, una denegación de revisión, ni una denegación infundada o desproporcionada del acceso a la jurisdicción.

(...)

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA
PÉREZ A LA SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE
DE 2005, RECAÍDA EN EL RECURSO
DE AMPARO NÚM. 5430/2000

1. Estoy de acuerdo con el fallo y la razón de decidir de la Sentencia. (...)

2. Cuando se llega a una conclusión tan clara no se alcanza a comprender con nitidez el sentido que tengan los razonamientos críticos que se vierten en el fundamento jurídico 6 de nuestra Sentencia. Se razona en dicho fundamento jurídico, y de forma minuciosa, la necesidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo tenga que modificar su doctrina y considerar “pro futuro” que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos las que nuestra Sentencia denomina “de este tipo” (“sic” en FJ 6.b), deban ser consideradas como “hecho nuevo” a efectos del recurso extraordinario de revisión. La experiencia demuestra que es cada vez más frecuente, tanto en Derecho comparado como en España, invocar ante los Tribunales Supremos variadas Sentencias de Tribunales internacionales que, como acontecía en este caso, carecen a veces del relieve decisivo que defienden quienes legítimamente las invocan. ¿Deben conducir los razonamientos que se vierten en el fundamento jurídico 6 a que la Sala Segunda o, en su caso, otras Salas del Tribunal Supremo deban ensanchar las causas del recurso extraordinario de revisión a riesgo de desvirtuar su naturaleza e incluso de la seguridad jurídica? Ciertamente es que los razonamientos del fundamento jurídico 6 se vierten sólo “obiter”, ya que es claro que no afectan a la razón de decidir de nuestra Sentencia, pero ese riesgo existe. Por eso exteriorizo en este Voto concurrente mi discrepancia con este extremo de la Sentencia mayoritaria, no sin reiterar el aprecio que siempre me merecen las autorizadas opiniones de mis compañeros de Sala.

3. Creo firmemente en el principio de unidad del Derecho público interno y externo que defendió, ya en los años 30 del siglo pasado, el gran constitucionalista Boris Mirkin-Guetzèvitch. Sin embargo, me parece excesivo afirmar que “con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la expresión [hechos nuevos que evidencian la inocencia del condenado] del art.

954.4 LECrim debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración” (FJ 6 de la Sentencia mayoritaria). Sobre este problema se pronunció, con acierto, la STC 245/1991, de 16 de diciembre, la cual advirtió, sin embargo, que “nuestro legislador no ha adoptado ninguna disposición que permita a los Jueces ordinarios la revisión de las sentencias penales firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH” (FJ 4).

Sería sin duda necesario que el legislador lo hiciese, tal vez con más amplitud de lo que le pidió el fundamento jurídico 5 de la citada STC 245/1991, pero no creo que sea posible que la deseable unidad del Derecho público en una Europa democrática la puede conseguir una sentencia de amparo de este Tribunal y, menos aún, por la vía de interpretar en un sentido tan expansivo como incorrecto el artículo 954.4 LECrim. Por eso también me parece improcedente la afirmación del fundamento jurídico 6 de la Sentencia mayoritaria que declara que una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de hecho nuevo será una interpretación rigorista y de excesivo formalismo que se opone al principio de interpretación *pro actione*.

4. En el plano de la legalidad ordinaria —en el que, con una finalidad loable, se mueve, en definitiva, el citado fundamento jurídico 6 de nuestra Sentencia— resulta

que la revisión penal es, por su misma naturaleza, una acción de naturaleza extraordinaria y excepcional, para rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas. El recurso de revisión implica una desviación o excepción de las normas generales que informan todo el sistema; sus normas son, así, de aplicación restrictiva y de rigurosa formalidad, dándose única y exclusivamente en los cuatro casos cerrada y taxativamente establecidos en el art. 954 LECrim, sometidos a condiciones de interpretación estricta, sin posibilidad de interpretaciones analógicas o de política criminal que desnaturalicen o desvirtúen su esencia o desborden su alcance, ya que cualquier extralimitación afectaría al principio de intangibilidad de la cosa juzgada y a la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE. La STC 150/1997, de 29 de septiembre, forzó, a mi entender indebidamente, el citado art. 954.4 LECrim con la consideración de que debe considerarse como hecho nuevo a efectos del recurso de revisión una Sentencia de este Tribunal. El fundamento jurídico 6 de la Sentencia de la que discrepo quiere ensanchar aún más dicho supuesto pero, al hacerlo, no sólo desbordamos claramente la misión del recurso de amparo, que no alcanza a imponer una interpretación hartamente discutible de la legalidad ordinaria que sólo compete constitucionalmente al Tribunal Supremo, sino que desvirtuamos aún más el recurso de revisión penal convirtiéndolo en un suceso extemporáneo del supuesto contemplado en el art. 849.1 LECrim.

Por eso, reiterando mi máxima consideración a la mayoría, expreso mi discrepancia en este Voto.

**Sentencia 247/2005 de la Sala 1.ª del TC de 10 de octubre de 2005
(BOE 15 de noviembre de 2005) (Recurso de amparo 6336/2002)**

DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a ser informado de la acusación a consecuencia de la condena impuesta por el Supremo en casación por unos hechos distintos de los que configuraban la acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Cuando el hecho por el que se condena es diferente al hecho por el que se acusa puede producirse una vulneración del derecho a ser informado de la acusación. La razón estriba en que, aunque al acusado se le comuniquen tanto el escrito inicial de acusación como las conclusiones definitivas de los acusadores, aunque sea con ello ilustrado de que se le atribuyen ciertas conductas, no lo es de las esenciales que concretan la acusación “en el momento de emisión del fallo condenatorio” (STC 95/1995, de 19 de junio, FJ 3). Dado que la información de la acusación es un presupuesto de la defensa, un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostienen la acusación podrá suponer asimismo una vulneración del derecho de defensa, al hacer imposible el descargo de una imputación que se desconoce. Finalmente, la incongruencia respecto a los hechos es indicativa de una pérdida de la garantía de imparcialidad del órgano judicial, pues la innovación respecto a los hechos tiende a confundir “acusación y condena” (STC 95/1995, de 19 de junio, FJ 3). Re-

cientemente en nuestra STC 123/2005, de 12 de mayo, dijimos que “[e]l fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, o 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). Sin embargo, este deber de congruencia también ha encontrado su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento (por todas, SSTC 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; o 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7), puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusa-

ciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías” (FJ 4).

Desde cualquiera de las perspectivas constitucionales convergentes en la variación de los hechos entre la acusación y el fallo, la relevancia constitucional exige que no se trate de cualquier alteración, sino de una alteración esencial, y que no se trate de una alteración meramente formal, sino que se trate de una verdadera novedad en el debate que constituye el proceso: “a este respecto este Tribunal ha señalado que no toda variación del relato de hechos probados en relación con el relato de hechos atribuidos a los acusados por parte de la acusación está vedada al órgano judicial de enjuiciamiento, de modo que éste resulte estrictamente constreñido a asumir o no el relato de la acusación en todo o en parte, pero sin posibilidad de matizar o precisar dicho relato. Los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación exigen que no se alteren los aspectos esenciales de tal relato con la inclusión de datos nuevos que no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio y de los que, por lo tanto, no quepa afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción” (STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 3).

3. En el caso que enjuicamos debemos señalar que se condenó finalmente por unos hechos distintos a los que configuraban la acusación, que tal diferencia entre uno y otro relato era significativa desde la perspectiva ya citada de los derechos fundamentales en juego y que, por lo demás, no se aprecia que los nuevos datos incorporados a la Sentencia ahora recurrida hubieran sido *de facto* objeto de pleno debate y contradicción en el proceso.

En efecto, como con más pormenor se describe en los antecedentes, mientras que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, que luego elevó a definitivo, se atri-

buía al recurrente un acto de venta de 0,17 gramos de cocaína y la posesión de otros 2,44 gramos de la misma sustancia, distribuidos en seis dosis, y se calificaba esta conducta como un delito contra la salud pública mediante droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica que causa grave daño a la salud, la Sentencia del Tribunal Supremo finalmente condenatoria lo es por la posesión de 3,52 gramos de hachís con la finalidad de tráfico y a título de delito contra la salud pública mediante sustancia que no causa grave daño a la salud. La comparación de los sustratos fácticos de acusación y fallo revela con nitidez que se trata de hechos sustancialmente diferentes, con posesión de sustancias distintas (cocaína y hachís), que merecen distinta consideración penal (art. 368 del Código penal: CP), en cantidades diversas (2,44 gramos y 3,52 gramos) y en una disposición diferente (dividida en seis partes la cocaína; indivisa la porción de hachís).

Se comprueba, además, que en el acta del juicio no hay expresa mención a la posesión del hachís. A tal droga sólo se refiere en una ocasión el acusado para afirmar que, además de cocainómano, “también tomaba chocolate o hachís”; asimismo el acta señala que al finalizar la fase probatoria del juicio se procedió a la lectura de los datos relativos a la aprehensión policial de droga y al análisis de la misma, constando en dichos documentos, además de lo relativo a la cocaína, que se había aprehendido 3,52 gramos de “resina de cannabis (hachís)”. De datos tan fraccionarios no cabe inferir ni que la acusación se refiriera implícitamente a la posesión de hachís ni que tal posesión y su finalidad fueran objeto de debate. De hecho, si bien es cierto que la Sentencia de instancia incluye en el relato de hechos probados que junto a la cocaína “se encontraban 3,52 gramos de hachís”, también lo es que no hay mención de esta sustancia en la fundamentación, que la condena se impone por la posesión para el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud —calificación propia

de la cocaína pero no del hachís—, y que la multa, que ha de guardar relación con el valor de la droga objeto del delito, se cuantifica exclusivamente en relación con el valor de la cocaína aprehendida, único que se menciona en el relato de hechos probados.

4. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta en el segundo fundamento a los elementos fácticos que acabamos de exponer conduce a la estimación de la queja del recurrente atinente a la vulneración de su derecho a ser informado de la acusación. A esta estimación no empece ni el hecho de que la aprehensión del hachís figurara ya en los hechos consignados en la Sentencia de instancia sin que nada objetara a ello el recurso de casación interpuesto por el hoy recurrente, ni que la Sentencia condenatoria ahora recurrida fuera consecuente con la estimación de un recurso de casación.

a) La inclusión del hachís en el relato fáctico de la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, por una parte, no desmiente que la posesión de tal sustancia no formó parte del debate procesal, como evidencian, según lo ya expuesto, el escrito de acusación, el acta de la vista oral y el propio tenor de la fundamentación y del fallo de dicha Sentencia. Por lo demás, tal inclusión y su falta de rechazo en el recurso de casación no comportan una actitud negligente del recurrente en la invocación del derecho que ahora reputa vulnerado [art. 44.1 c) LOTC]. La vulneración no se produjo con la mera alteración del relato fáctico, sino con la consideración de tal alteración como base para la condena, sólo atribuible a las Sentencias de casación, que son las que dieron lugar a la tempestiva reacción en amparo del recurrente. Antes de ese momento, tras el dictado de la Sentencia de instancia y ante el tenor de ésta, no cabía estimar que

fuera relevante la adición de la posesión de una pequeña cantidad de hachís que no dio lugar a calificación ni a condena alguna.

b) En relación con el recurso de casación hemos afirmado que “la estructura contradictoria en esta segunda instancia ya no es predicable de la relación entre quien ejerce una pretensión punitiva (acusación) y quien se defiende de ella (acusado) para que sea resuelta por un órgano judicial dentro de los límites en los que se establezca dicho debate; sino de la relación entre quien ejerce una pretensión de revisión de la legalidad de la resolución (recurrente) y los razonamientos de la resolución impugnada (resolución de primera instancia), para que sea resuelta por un órgano judicial superior dentro de los límites en que se establezca dicho debate” (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 9). Lo anterior no obsta para que, admitida la pretensión de casación y anulada la Sentencia impugnada, la nueva Sentencia que dicte el propio órgano de casación haya de ceñirse a los términos fácticos que delimitaban el debate procesal, como exigencia básica de los derechos de defensa, a ser informado de la acusación y a la garantía de un Juez imparcial. No en vano en la citada STC 123/2005 la denegación del amparo que se solicitaba se sustentó en que “el recurrente, para contradecir la condena por el delito de homicidio intentado contenida en la Sentencia impugnada, que era la concreta pretensión punitiva contenida en el escrito de calificación provisional y definitiva por la acusación, y que fue objeto de debate en la primera instancia, ha contado tanto con la posibilidad efectiva de conocer la calificación jurídica de la condena como con la de debatir contradictoriamente en la casación frente a las razones expuestas por la resolución impugnada para considerar concurrentes los elementos típicos del delito de homicidio intentado” (FJ 10).

**Sentencia 249/2005 de la Sala 2.^a del TC de 10 de octubre de 2005
(BOE 15 de noviembre de 2005) (Recurso de amparo 5299/2003)**

CONDENA EN APELACIÓN. (NE BIS IN IDEM Y REFORMATIO IN PEIUS)
Arts. 24 CE; 902 y 903 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir en “bis in idem” y “reformatio in peius” al condenarse a quien previamente había sido absuelto en sentencia dictada en la misma causa y no impugnada por ninguna de las acusaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Entrando ya en las cuestiones sustantivas que el demandante somete a nuestro enjuiciamiento conviene advertir que, aun cuando la demanda de amparo resulta manifiestamente lacónica en su referencia a los derechos fundamentales (o la vertiente de ellos) que resultan implicados en la cuestión suscitada, sí que acierta a poner en evidencia lo esencial de la cuestión que plantea el caso: que la condena del demandante de amparo deriva de la anulación de las dos Sentencias que le habían absuelto en primera instancia, y que tal anulación se produjo por la Audiencia Provincial al conocer de recursos de apelación que no fueron deducidos por ninguna parte acusadora, sino por los otros dos condenados.

Pues bien, en lo que ahora interesa, el rechazo de un doble enjuiciamiento de la misma conducta se ha encuadrado por la jurisprudencia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, y se ha concretado en la imposibilidad de proceder

a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada (STC 2/2002, de 16 de enero, FJ 3 b). En esta última Sentencia recordábamos que en la STC 159/1987, de 26 de octubre, “declaramos la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que ‘en el ámbito ... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme’ (FJ 2), pues, además, con ello se arroja sobre el reo la ‘carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional’ (FJ 3)”. “En aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en ‘bis in idem’, hemos considerado que no cabe reabrir un proceso

penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en ‘bis in idem’ (ATC 1001/1987, de 16 de septiembre, FJ 2); hemos declarado carente de fundamento la alegación relativa a haber incurrido en ‘bis in idem’ al haberse sustanciado dos procedimientos penales, pues sólo existía una coincidencia parcial entre los hechos enjuiciados (ATC 329/1995, de 11 de diciembre); y hemos afirmado, igualmente, la ausencia de lesión de esta garantía, por las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición solicitada, bien porque no constaba que se hubiera dictado en España ‘sentencia alguna definitiva en relación con el caso’ (STC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4), bien porque se entienda que, en la medida en que el objeto del procedimiento extradicional no reside en efectuar un pronunciamiento condenatorio, no puede haber reiteración sancionadora (STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; ATC 90/1985, de 6 de febrero). “El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en ‘bis in idem’, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España (‘Boletín Oficial del Estado’ de 30 de abril de 1977)— dispone que ‘nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país’”.

4. En el presente supuesto cabe afirmar que la inicial absolucón del demandante de amparo en la primera Sentencia dictada por el Juez de lo Penal, en cuanto no fue recurrida por ninguna parte acusadora, constituye una decisión firme que, por ello, aun cuando se pueda considerar producto de un error de apreciación del juzgador, impedía un segundo pronunciamiento, incluso en el marco del mismo proceso. A esta consideración no cabe oponer un entendimiento puramente ritual o formal de la cosa juzgada, que atendería a que la Sentencia del Juzgado de lo Penal fue anulada en su integridad y, por tanto, también respecto del demandante de amparo, pues lo decisivo para la firmeza reside en que se ejerció la pretensión punitiva frente al demandante, que se resolvió en sentido absolutorio y que tal pronunciamiento no fue impugnado por los legitimados para ello. Otro entendimiento de la cuestión podría hacer aleatoria la existencia de la cosa juzgada, haciéndola depender de circunstancias accidentales como, por ejemplo, de que los acusados hubieran sido juzgados conjuntamente o por separado, como admite la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) en ciertos supuestos. Finalmente cabe señalar que este principio inspira también el art. 903 LECrím (los procesados no recurrentes se benefician de lo resuelto en vía de recurso, pero no se ven perjudicados en lo adverso) que, aun cuando previsto para el recurso de casación, puede ser extendido a la apelación, tal como se ha hecho con la norma contenida en el art. 902 LECrím, que proclama la prohibición de la “*reformatio in peius*” (así, por ejemplo, STC 200/2000, de 24 de julio). De este modo el dictado de la segunda Sentencia con desconocimiento de la inicial absolucón devenida firme vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

5. Una segunda vertiente del derecho a tutela judicial efectiva que se ve comprometida en el caso que enjuiciamos es la de la prohibición de la “*reformatio in peius*”. La doctrina constitucional incluye este princi-

pio en el régimen de garantías legales de los recursos, integrándolo en el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión. La “reformatio in peius”, como puntualiza la STC 28/2003, de 10 de febrero, en su FJ 3, “tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación”; de esta manera, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, “el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes”. Esta Sentencia aborda la cuestión de los efectos de la “reformatio in peius” cuando en la apelación no ha intervenido parte acusadora y la agravación de la pena ha tenido lugar de oficio para corregir un error del Juez “a quo”, y (partiendo de la doctrina sentada en la STC 84/1985, de 8 de julio), afirma, en su fundamento jurídico 4, que “el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron”. Finalmente concluye en su fundamento jurídico 5 que: “Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no re-

forma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5)”.

6. Corolario de lo anterior es que existirá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo cuando la agravación de la situación del interesado sea consecuencia del propio recurso, sino también, como efecto reflejo, cuando no pueda afirmarse que deriva del recurso de la acusación o, al menos, de quien (ordinariamente como coacusado) adopta posiciones acusadoras en defensa de su propia inocencia. Pues bien, en el supuesto del demandante de amparo su absolución por el Juez de lo Penal, en cuanto no recurrida por el Ministerio público, no podía verse empeorada por la apelación deducida por los coacusados, quienes, además, no ostentaban posiciones contrapuestas o que se sirvieran de la acusación del demandante para postular su inocencia. Sin embargo lo cierto es que, como consecuencia del recurso de apelación deducido por los otros dos acusados que resultaron condenados, fue dictada en el mismo proceso una tercera Sentencia en la cual se le condenaba como autor de dos delitos de robo con violencia, y es evidente que si la prohibición de la reforma peyorativa impide el empeoramiento del recurrente en apelación, con mayor motivo dicho empeoramiento estará vedado respecto de quien ni siquiera recurrió.

**Sentencia 251/2005 de la Sala 2.^a del TC de 10 de octubre de 2005
(BOE 15 de noviembre de 2005) (Recurso de amparo 1733/2004)**

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

Arts. 80 y ss. del Código Penal

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

SÍNTESIS

El período probatorio comienza a correr desde la fecha en la que se concede la suspensión de la ejecución de la pena, sin que la interposición de un recurso eventualmente admitido a un solo efecto contra dicha decisión lo interrumpa. Reproducimos también el voto particular discrepante emitido por uno de los magistrados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra dos Autos dictados por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, con fechas respectivamente de 19 de enero y 27 de febrero de 2004, por los que se ordenaba proceder a la ejecución del Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, de fecha 31 de diciembre de 2003, revocatorio de la concesión al recurrente por el mencionado Juzgado del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión por tiempo de un año a la que había sido condenado por Sentencia firme. A esas dos resoluciones se les reprocha haber vulnerado los derechos del actor a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, respectivamente reconocidos en los arts. 17.1 y 24.1 CE. En el *petitum* de la demanda se solicita la nulidad de dichos Autos y, alternativa o subsidiariamente, también la del Auto dicta-

do por la Audiencia Provincial de Valladolid cuya ejecución ordenan.

El Ministerio Fiscal considera que, si bien la demanda de amparo no se dirige formalmente contra esta última resolución, ello no obsta a que deba considerarse asimismo objeto de impugnación en este proceso constitucional toda vez que los Autos del Juzgado recurridos fueron dictados en ejecución de la misma. En coherencia con esta conclusión, propone la estimación del presente recurso de amparo por apreciar en el referido Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid la existencia de un error patente lesivo del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al haber estimado que no concurrían los requisitos necesarios para la concesión al demandante de amparo de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por tiempo de un año a la que había sido condenado dado que no se trataba de un delincuente primario, toda vez que la condena recaída por otro delito fue

pronunciada con posterioridad al momento de comisión del hecho por cuya condena solicitó la remisión condicional, lo que vendría a descartar tanto su condición de delincuente no primario cuanto la concurrencia del motivo de revocación de la suspensión condicional de la condena previsto en el art. 84 del Código penal (CP), que exigiría que esa otra condena hubiera obedecido a un delito cometido durante el plazo de suspensión fijado, lo que no sería aquí el caso.

(...)

3. Sentado lo precedente, procede que examinemos en primer lugar la alegación planteada por el Ministerio Fiscal en el sentido de afirmar que el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de diciembre de 2003 incurrió en un error patente, lesivo del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al revocar la suspensión de la ejecución de la pena que le había sido concedida por Auto del Juzgado de lo Penal núm. 2 de esa misma ciudad de 30 de mayo de 2000.

Según la motivación contenida en el Auto de la Audiencia para fundamentar la indicada revocación del beneficio en cuestión, en el recurrente “no concurría el requisito establecido en el art. 81.1 CP ya que los antecedentes generados por la sentencia de fecha 28 de octubre de 1998 (firme el 26 de noviembre de 1999) y correspondiente al delito cometido el 22 de junio de 1998 (por el que se le impuso una pena de un año de prisión) no podían haber sido cancelados al tiempo de resolver sobre la suspensión de la condena (30 de mayo de 2000) impuesta como consecuencia de la sentencia dictada en la presente causa el día 21 de enero de 2000 —firme el 8 de marzo del mismo año— por el delito cometido el 25 de julio de 1998”.

De la anterior motivación se desprende que la Audiencia consideró que el actor no era un delincuente primario, según exige el art. 81.1 CP como requisito “sine qua non” para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, toda vez que

había cometido otro delito un mes antes de haber perpetrado el hecho cuya condena había dado lugar al otorgamiento de dicho beneficio, delito por el que había sido juzgado y condenado asimismo con anterioridad a la concesión del mismo sin que tal antecedente hubiera podido ser cancelado previamente. Pues bien: en opinión del Ministerio Fiscal, esta fundamentación habría incurrido en un error patente al apartarse de la interpretación comúnmente dada por la jurisprudencia a dicho requisito en el sentido de entenderlo equivalente a que, en el momento de comisión del hecho cuya condena hubiese dado lugar a la concesión del beneficio de referencia, el penado hubiese sido ya condenado por Sentencia firme por motivo de la comisión de otro delito distinto, lo que obviamente no habría sucedido en el presente caso.

Para decidir si el Auto dictado en apelación incurrió o no en un error patente lesivo del derecho del actor a la tutela judicial efectiva ha de comenzarse por recordar que, a tenor del canon establecido en este Tribunal para examinar la existencia de esta clase de error, “un error del órgano judicial sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del art. 24.1 CE. Para que se produzca tal afectación es necesario, sin embargo, que concurran determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En concreto este Tribunal ha afirmado (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 173/2003, de 29 de septiembre, FJ 2) que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre

que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico ('ratio decidendi') de la resolución, de forma que la solución hubiera sido inequívocamente otra o no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (SSTC 124/2004, de 19 de julio, y 251/2004, de 20 de diciembre, por citar dos de las más recientes)" (STC 142/2005, de 6 de junio, FJ 2).

A la vista de esta doctrina, no cabe compartir el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal respecto de la existencia de un error patente, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en el Auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid. No sólo porque, de tratarse en verdad de un error sobre los elementos de hecho determinantes de tal decisión, cabría poner en duda su naturaleza de evidente o manifiesto a simple vista, sino porque no se trataría en realidad de un error fáctico sino de una distinta valoración de una cuestión jurídica, cual sería la de la existencia o inexistencia de la condición de "delincuente primario" en el demandante de amparo.

Esta conclusión no empece, sin embargo, que pueda examinarse la vulneración del derecho más arriba mencionado, que el recurrente reprocha a los Autos dictados por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid, desde la distinta perspectiva de la comprobación de si, dadas las circunstancias, la motivación contenida en los mismos y, en definitiva, también en el Auto de la Audiencia a cuya motivación se remitieron "in toto", fue razonable o, por el contrario, no puede considerarse razonable a partir del canon reforzado que viene aplicando este Tribunal cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, entra en relación con el derecho a la libertad personal contemplado en el art. 17.1 CE.

4. En efecto: como hemos señalado en otras ocasiones (por todas, STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), sobre las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo "pesa un deber de motivación reforzada, por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE [entre otras, SSTC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6 a)]. Ese plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, 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 expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5). Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3), hallándose en todo caso vinculados los Jueces y Tribunales por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (según la expresión utilizada en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos 'programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente' [STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; y, en el mismo sentido, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las

pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 8) ... Asimismo, ese juicio ponderativo ha de venir informado por el principio del 'favor libertatis', lo que conlleva que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no sean más intensas que las estrictamente necesarias para la preservación de ese otro bien jurídico constitucionalmente relevante con el que se enfrenta".

La aplicación de esta doctrina al presente caso nos conduce necesariamente a declarar la irrazonabilidad, tanto del Auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid, cuanto de los Autos pronunciados por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de esa misma ciudad en ejecución de aquél, al no haber cumplido su motivación con esas especiales exigencias de reforzamiento axiológico, exigencias que habrían debido llevarles a valorar debidamente las circunstancias concurrentes en el presente caso y, en particular, el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado del Auto por el que se había concedido al demandante de amparo el beneficio de la suspensión condicional hasta que se produjo la revocación del mismo, máxime a la vista de que el Juzgado no acordó la concesión de un efecto suspensivo a su decisión de admitir a trámite el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el mencionado Auto de concesión.

5. Como ha quedado expuesto, el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la resolución otorgante del beneficio en cuestión fue estimado por Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de diciembre de 2003, denegándose en consecuencia al demandante de amparo "la suspensión de la condena impuesta en la presente causa". Di-

cha resolución fue adoptada más de tres años después de que se admitiera la interposición del recurso exclusivamente con efecto devolutivo y, por lo tanto, una vez superado con creces el plazo de dos años de suspensión de la pena privativa de libertad acordado por Auto del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid de 30 de mayo de 2000, cuyo vencimiento se produjo el 30 de mayo de 2002. No habiendo vuelto a delinquir el actor durante ese plazo de dos años, computable, según ha quedado anteriormente dicho, a partir del dictado de esta última resolución al carecer el recurso interpuesto de efecto suspensivo, ha de concluirse necesariamente que la única condición impuesta a la suspensión de la pena había quedado cumplida y que, por ello mismo, también había de entenderse cumplida la pena de un año de prisión impuesta al actor por Sentencia firme, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.2 CP a cuyo tenor: "Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto".

Pese a ese carácter no suspensivo del recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal contra la resolución adoptada por el Juzgado, la Juez de lo Penal, una vez estimado dicho recurso por la Audiencia, ordenó la detención del actor a fin de que cumpliera la referida condena por entender que dicha revocación equivalía a que no hubiese disfrutado nunca del beneficio de su suspensión. Así lo expresó claramente en su Auto de fecha 19 de enero de 2004, reiterándolo en el posteriormente dictado a raíz del recurso de reforma interpuesto contra dicha resolución en el que, no obstante haber vuelto sobre sus pasos al concluir que no cabía dicho recurso por más que hubiera afirmado lo contrario en el Auto recurrido, entraba en

el fondo del asunto afirmando textualmente lo siguiente: “ha de indicarse que no se deja sin efecto la suspensión acordada sino que, dado que el auto en que se acordó no era firme y, por ello, fue recurrido, lo que sucedió es que la Audiencia acuerda no acceder a la suspensión, resolución que es firme y que fiel y llanamente significa que el penado nunca disfrutó del beneficio previsto en el artículo 81 del Código penal, por lo que ‘a sensu contrario’, tampoco permite entender cumplida la pena cuya ejecución pendía de que se dictara resolución firme sobre su suspensión”.

6. Semejante argumentación confunde lo que en realidad son dos cosas diferentes: de una parte, la firmeza de la decisión relativa a la suspensión de la ejecución de la condena, firmeza que efectivamente no cabía estimar en este caso al haberse presentado contra la misma un recurso de apelación; y, de otra parte, el inicio del periodo de disfrute de dicho beneficio que ya había tenido lugar a partir del mismo momento en el que fue acordado, toda vez que el mencionado recurso de apelación carecía declaradamente de efectos suspensivos.

Esta última conclusión acerca del momento de inicio del periodo de suspensión de la ejecución de la pena se desprende, por lo demás, directamente de los propios términos en que viene legalmente configurada la institución también conocida como remisión condicional de la pena o condena condicional. Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del “ius puniendi” renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos genera-

les que también han de cumplir las penas. La ejecución de la pena impuesta quedaría así en suspenso durante un cierto tiempo —que en el presente caso ascendía a dos años— a la espera de que el condenado cumpla la condición de no delinquir de nuevo en dicho plazo. El incumplimiento de dicha condición implica automáticamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 CP, la revocación del beneficio y la consiguiente ejecución de la pena de prisión impuesta. El cumplimiento de la condición por el penado le hace, por el contrario, acreedor de un derecho a que la pena cuya ejecución estaba en suspenso le sea remitida.

La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del “ius puniendi” se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el periodo de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Carecería, en efecto, de sentido dilatar “sine die” dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de “prueba” preestablecidos el periodo adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de conformidad con lo establecido en el art. 84 CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se ocasionaría inseguridad jurídica al penado dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la

resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatara varios años.

7. Existe, por otra parte, otra razón de peso para alcanzar esa misma conclusión de que el periodo probatorio comienza a correr a partir de la fecha en la que se concede la suspensión de la ejecución de la pena, sin que la interposición de un recurso eventualmente admitido a un solo efecto contra dicha decisión lo interrumpa. A tenor de lo dispuesto en el art. 136 CP, los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, siendo para ello requisito indispensable, entre otros, que no hubieran delinquido nuevamente durante un cierto plazo —que en este caso sería de tres años, de conformidad con lo establecido en el art. 136.2 CP—, debiendo comenzar el cómputo de dicho plazo, según reza el texto del art. 136.3 CP, desde el día siguiente a aquél en el que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional. Pues bien: de seguirse el criterio enunciado en los Autos recurridos en el sentido de que la presentación de un recurso de apelación contra los mismos suponía su ausencia de firmeza y, en consecuencia, una situación equivalente a que el beneficio en cuestión no se hubiera comenzado a disfrutar, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el penado no sólo vería retrasado “sine die” el disfrute de la medida de suspensión condicional de la pena inicialmente concedida, sino también la extinción de dicha pena y, en consecuencia, su derecho a reclamar, en su momento, la cancelación del correspondiente antecedente penal. Sería, en definitiva, como si lo que en un principio se presenta como un beneficio para el condenado a pena corta privativa de libertad redundara finalmente en un claro perjuicio, derivado de su sometimiento a un periodo de tiempo más o menos largo y, en cualquier caso, indefinido antes de que pudiera comenzar a cumplir la condición impuesta y, con ello, a activar el cómputo del

plazo previsto para que, una vez cumplida dicha pena, pudiera optar a la cancelación de tal antecedente penal. Lo que, lejos de favorecer su rehabilitación y reinserción social, retardaría indebidamente tal efecto.

A este último respecto debe recordarse que, a partir de la STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3, este Tribunal ha venido manteniendo que la “ratio” del indicado beneficio no es otra que “la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo” (vid. en el mismo sentido SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). Sin olvidar, por otra parte que, tal y como también ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones, “la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo” (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 5 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON VICENTE CONDE MARTÍN
DE HIJAS RESPECTO DE LA SENTENCIA
DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO
NÚM. 1733/2004

Con el respeto que siempre me merece el parecer de mis colegas con el que fundan las Sentencias del Tribunal, creo, no obstante, oportuno manifestar el mío disidente del de la mayoría, haciendo uso de la facultad al respecto establecida en el art. 90.2 LOTC, formulando al respecto mi Voto particular.

1. Estimo, en contra de lo decidido en la Sentencia, que los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid recurridos en el proceso son perfectamente adecuados a Derecho y que no vulneran los derechos fundamentales de los arts. 24.1 y 17.1 CE, por lo que la demanda debía haber sido desestimada.

2. Ante todo no me resulta compartible el planteamiento de partida de la Sentencia de incluir, como se hace de hecho, en el objeto del recurso la impugnación del Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 31 de diciembre de 2003, por el que se revocó el Auto del Juzgado de lo Penal de otorgamiento del beneficio penal de la suspensión condicional de la pena.

El referido Auto de la Audiencia pudo haber sido recurrido y no lo fue, por lo que considero que queda fuera de nuestro posible enjuiciamiento crítico. Parto así de que en dicho Auto se revocó el Auto inicial del Juzgado de suspensión de ejecución de la condena, y que esa revocación es punto de partida para el enjuiciamiento de los ulteriores Autos del Juzgado, los recurridos, que ante la revocación del beneficio de la condena condicional ordenaron la ejecución de la pena impuesta en la Sentencia del Juzgado. El que los Autos recurridos tengan una relación de conexión con el Auto de la Audiencia no creo que elimine la sustantividad de cada resolución para justificar en este caso la ampliación del objeto del recurso.

3. La tesis de nuestra Sentencia consiste en esencia en que, al haber sido admitido en un solo efecto el recurso contra el Auto que otorgó la suspensión condicional de la pena impuesta, el plazo de suspensión inició su curso, y que, cumplido el plazo sin volver a delinquir durante él, “había de entenderse cumplida la pena de un año de prisión impuesta al actor por Sentencia firme” (así se dice en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia).

Creo, ante todo, que se incurre en un error cuando se habla de cumplimiento de la pena, pues el transcurso del plazo de suspensión de la ejecución sin delinquir no implica cumplimiento de pena, sino sólo el presupuesto para la concesión final del beneficio de la remisión de la pena, como dice el art. 85.2 CP, que no es sino precisamente la exoneración del cumplimiento de la pena; o en otros términos, y utilizando la propia terminología legal del capítulo III del título III, libro primero del Código penal, una “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”. La sustitución de la ejecución de la pena por su remisión en modo alguno, a mi juicio, puede calificarse de cumplimiento de la pena.

4. Lo que en la Sentencia se suscita es si el transcurso del plazo de suspensión de la ejecución de la pena por el retraso en la tramitación del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra el Auto del Juzgado de lo Penal, que concedía la suspensión impedía revocar el beneficio de la suspensión.

Estimo que, al margen de la irregularidad que pudiera representar tal retraso, la misma no era suficiente para tener que dar por sentado el derecho al beneficio de la remisión de la pena, sin poder tener en cuenta por tanto la concurrencia de los requisitos legales para su otorgamiento, cuyo control era precisamente el que se planteaba en el recurso de apelación.

La argumentación de nuestra Sentencia sobre el hecho de que el recurso contra el Auto de suspensión se admitiera en un solo

efecto me resulta artificiosa y no compartible.

A mi juicio el hecho de que no se admitiera con efecto suspensivo no tenía otra consecuencia que la de que no se suspendía la suspensión de la ejecución de la pena; en otros términos, y como afirma nuestra Sentencia, que estaba corriendo el plazo atendible para que, si no se volvía a delinquir, pudiera obtenerse el beneficio final de la remisión de la pena.

Pero ese hecho no eliminaba el de que la misma concesión de ese plazo de suspensión no era incondicionada e irreversible, sino que estaba condicionada por el efecto devolutivo del recurso, y supeditada en su eficacia a que el recurso entablado confirmase la concesión del beneficio o la revocase.

No creo así que quepa plantear el derecho a la remisión de la pena (que no la constatación de su cumplimiento por el transcurso del plazo de la suspensión) como simplemente condicionado por el transcurso del plazo de suspensión sin delinquir, sino que la pendencia del recurso de apelación introducía un elemento condicionante anterior, cual era el de la validez jurídica de la suspensión misma. De este modo, y como bien entendieron los Autos del Juzgado de lo Penal recurridos, si se revocaba el Auto de sus-

pensión, la suspensión otorgada perdía toda su eficacia.

5. Nuestra Sentencia, aun sin decirlo expresamente, viene a consagrar la teoría de que la extralimitación del plazo de suspensión de la ejecución de la pena sin delinquir priva a la Audiencia Provincial, al resolver el recurso contra el Auto de suspensión de la pena, de la posibilidad de estimarlo, controlando la concurrencia o no de los requisitos que lo condicionan, pues el único factor atendible es el del cumplimiento de la obligación de no delinquir durante el plazo de suspensión.

Una concepción tal, que es a la que de hecho conduce la doctrina que sentamos en nuestra Sentencia, me parece de todo punto inaceptable.

6. Considero por lo expuesto que, revocado el Auto de suspensión de la ejecución de la pena y firme el Auto revocatorio, el beneficio de la remisión condicional queda sin efecto, y que es ineludible el cumplimiento de la Sentencia firme de condena, sin que, al ordenarlo así por el Juzgado sentenciador, se vulnerasen los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de libertad personal contra lo que decimos en nuestra Sentencia.

**Sentencia 254/2005 del Pleno del TC de 11 de octubre de 2005
(BOE 15 de noviembre de 2005) (Cuestión de inconstitucionalidad
1702/1999)**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

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

SÍNTESIS

En esta sentencia se desestima la cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instruc-

ción núm. 3 de Logroño, en relación con el párrafo 2 del art. 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. (Véanse, en el mismo sentido, las SSTC 255/2005 y 256/2005, de 11 de octubre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se promueve por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Logroño en relación con el párrafo 2 del art. 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRC), en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, por entender que pueden “conculcar derechos de relevancia constitucional, concretamente los contenidos en los arts. 14, 15, 24.1 y 117.3”. Los vicios que cabe apreciar en el Auto de planteamiento, ya advertidos por el Abogado del Estado, podrían conducir a su inadmisión por razones formales similares a las expuestas en el ATC 172/2004, de 11 de mayo, dictado en otra cuestión de inconstitucionalidad planteada por el mismo órgano judicial en relación con los mismos preceptos. No obstante, la aplicación de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 181/2000, de 11 de mayo, permite llegar a la desestimación de las genéricas dudas de constitucionalidad planteadas en la presente cuestión, y ello sin “entrar en consideraciones, y menos decisiones, relativas al problema subyacente en la aplicación de la norma cuestionada, o mejor dicho, en los presupuestos de hecho y normativos determinantes de su aplicación, tarea que es la propia del órgano judicial competente” (STC 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 1) y que, por eso mismo, escapa a la competencia del Tribunal Constitucional.

2. El Auto de planteamiento considera vulnerado, en primer lugar, el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, al entender que, “partiendo de la base de que en todos los hechos civilmente culposos el régimen jurídico es el mismo (arts. 1902 y concordantes del Código Civil, CC) resulta inadmisibile desde el punto de vista del principio de igualdad que se establezcan diferencias en cuanto al modo de determinar y cuantificar los daños causados”. Del mismo modo, se dice, la instauración del baremo hará que los ilícitos penales que derivan de la circulación de vehículos a motor comporten con toda probabilidad una indemnización distinta para los perjudicados a la que en cualquier otro caso les hubiera sido reconocida por el Tribunal aplicando las reglas contenidas en los arts. 109 y ss. del Código Penal (CP), resultando también arbitraria la discriminación que la ley introduce entre las víctimas de delitos culposos y dolosos, puesto que estos últimos quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

Pues bien, en cuanto a las discriminaciones denunciadas en el ámbito del Derecho civil, basta señalar que, como dijimos en la STC 181/2000, “de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales” (FJ 11). Afirmación que resulta igualmente aplica-

ble a las vulneraciones que el Auto imputa al sistema en contraste con el régimen de la responsabilidad civil derivada del delito; y es que, como afirmamos también en el mismo fundamento jurídico, las alegadas vulneraciones del derecho a la igualdad “no descansan en un juicio comparativo entre sujetos irrazonablemente diferenciados por el legislador. Antes bien, son el resultado de una comparación entre las distintas posiciones jurídicas en las que puede encontrarse un mismo individuo, por lo que debemos concluir que los preceptos cuestionados no vulneran el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución”.

3. En segundo lugar, denuncia el Auto de planteamiento la posible vulneración del art. 15 CE que, al consagrar el derecho a la vida y a la integridad física y moral, debe conducir a la reparación de los daños y perjuicios sufridos bajo el principio de la *restitutio in integrum*, algo que no puede lograrse con el baremo dado tanto su obligatoriedad como las carencias y defectos de que adolece.

Por su vinculación con los reproches que se dirigen a la normativa cuestionada desde la óptica de los arts. 24 y 117.3 CE, de las consecuencias del carácter obligatorio del baremo nos ocuparemos cuando abordemos la pretendida oposición entre las normas legales cuestionadas y los indicados preceptos constitucionales. Respecto de las otras cuestiones suscitadas hemos de reiterar aquí que el “mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el art. 15 de la Constitución” (STC 181/2000, FJ 8); a lo que añadíamos que “el art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: En primer lugar, en el sentido de exigirle que establezca unas pautas indemnizatorias suficientes, en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)— y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda

a la integridad —según la expresión literal del art. 15 CE, de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas” (FJ 9).

A la luz de lo anterior debe concluirse que, desde la perspectiva del art. 15 de la Constitución, no cabe oponer reparos a la constitucionalidad del sistema de baremación legal cuestionado.

4. Por último el Auto de planteamiento achaca a las normas impugnadas la vulneración de los arts. 24 y 117.3 CE por los que, respectivamente, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y se reserva a los Jueces y Tribunales la potestad de juzgar. En una argumentación conjunta el órgano cuestionante considera que ambos preceptos resultan lesionados por el baremo, pues los perjudicados o víctimas por los ilícitos culposos “civiles o penales” provenientes de hechos ocurridos con motivo de la circulación de vehículos de motor no pueden encontrar el debido amparo judicial para ser tratados de igual modo que las víctimas de otros ilícitos culposos, toda vez que el sistema instaurado pretende que el Juez renuncie a su facultad de valorar la prueba.

Como hemos señalado, “tal alegación nos sitúa en el ámbito de la adecuada delimitación de funciones entre los Poderes Legislativo y Judicial” (STC 181/2000, FJ 18). Pues bien, como continuaba la misma Sentencia en el siguiente fundamento jurídico, “del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia”, siendo así que las previsiones normativas en cuestión “en modo alguno interfieren en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional”, pues permiten al Juez o Tribunal “emitir los oportunos pronunciamientos resolviendo, conforme a la ley, la controversia existente entre las partes”.

Por tanto no cabe apreciar vulneración del art. 117.3 CE, conclusión que ha de extenderse al art. 24 CE que el Auto de planteamiento entiende conculcado por el sistema de baremo en su conjunto, sin que, dados los términos globalizadores en que dicho planteamiento se realiza, resulte relevante que este Tribunal haya considerado contrarias al último precepto constitucional

las previsiones contenidas en el apartado b) de la tabla V del anexo (factores de corrección por perjuicios económicos aplicables a la indemnización por incapacidad temporal), cuando el daño tenga causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo (STC 181/2000, FJ 21).

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 29 de noviembre de 2005

Primer asunto: Pena correspondiente al delito electoral: alcance de la supresión de la pena de arresto de fin de semana.

Acuerdo:

“Al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal.”

Segundo asunto: ¿Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican en relación con las Leyes penales especiales?.

Acuerdo:

“Sí”.

Tercer asunto: Acumulación de condenas: ¿debe exigirse la firmeza de las sentencias?

Acuerdo:

“No es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación.”

Sentencia 339/2005, Sala de lo Penal del TS, de 21 de marzo de 2005

REVISIÓN PENAL

Art. 954.4.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

La conformidad prestada por el acusado en el proceso no es equiparable con la prueba de confesión y no impide que pueda prosperar la revisión de la sentencia, como en el caso de autos, por la vía del art. 954.4.º de la LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El recurso de revisión se fundamenta en la comunicación de la Dirección General de la Policía de 18-11-2003, de la misma fecha de la sentencia condenatoria del acusado. En esa comunicación la Dirección General de la Policía confirmaría la versión defensiva del acusado, es decir, que el coche que conducía le había sido prestado por su legítimo dueño.

La revisión debe ser estimada.

1. El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la revisión de la sentencia considerando que “el acusado fue condenado por estos hechos tras prestar su conformidad, tanto él mismo como su letrado” y que, por lo tanto, “no puede considerarse que se hayan producido hechos nuevos que evidencien la inocencia del condenado”.

La Sala no comparte este punto de vista, dado que se basa en una total equiparación

de la conformidad con la prueba de confesión. Sin embargo, la conformidad expresada en el proceso no debe ser equivalente a la prueba de los hechos mediante confesión, dado que no se basa en un expreso reconocimiento de la autoría, sino en la presión que ejercía en el caso concreto sobre la Defensa y el acusado el riesgo de ser sometido a una pena mayor ante la situación de imposibilidad de conseguir otras pruebas —que como se vio existían— y, en el caso de que no se le creyera su versión de los hechos —que como se vio era real—, no tuviera ningún otro elemento para contradecir la acusación.

Por otra parte entendemos que un nuevo informe proveniente de la Dirección General de la Policía conteniendo una aclaración decisiva sobre los hechos, proveniente de sus propios archivos a los que el acusado no tenía acceso y que, además, desmiente la versión anterior que sirvió de único apoyo de la acusación, cumple con las exigencias formales del art. 954.4.º de la LECr.

Sentencia 460/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de abril de 2005

ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO

Arts. 11.1 LOPJ; 553 y 567 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Nulidad de registro domiciliario debido a la entrada de la policía local para asegurar el resultado del registro antes de la llegada y de la presencia de la comisión judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

B) Recurso de Manuel:

Tercero.—(...)

El Primero de los motivos se refiere, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 18 y 24 de la Constitución Española, a la supuesta infracción de los derechos fundamentales de presunción de inocencia e inviolabilidad domiciliaria, al haber procedido los funcionarios policiales a efectuar la entrada en el domicilio del recurrente antes de que llegase al lugar la comisión judicial y, por ende, de disponer de la correspondiente autorización para ello.

Pretende justificar la Audiencia esa entrada precoz, plenamente acreditada, indicando que semejante actuación policial "... estaba justificada para que los moradores del edificio no hicieran desaparecer la droga ocupada en el mismo, garantizando así el resultado del registro domiciliario...".

Evidentemente, esa razón no puede ser nunca justificativa del allanamiento domiciliario llevado a cabo por agentes de la Auto-

ridad pues, de aceptarse como válida, semejante finalidad serviría para excluir en la práctica totalidad de los casos, o al menos en aquellos en los que a criterio de los funcionarios policiales intervinientes una circunstancia así concurriera, la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional, en su función de tutela del derecho fundamental objeto de injerencia, en demérito de las garantías constitucionalmente establecidas para el ciudadano.

Precisamente la propia norma establece aquellas excepciones en las que se permiten las actuaciones "de propia autoridad" (art. 553 LECrim.) de los agentes policiales, en vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), restringidas a la necesidad de detención de personas sobre las que penda mandamiento de prisión para evitar su fuga o de presuntos responsables de delitos relacionados con bandas armadas o terrorismo, así como en los supuestos de flagrancia delictiva. Excepciones que, como es lógico en materia de injerencia en un derecho fundamental como ésta, siempre habrán de tener una interpretación restrictiva y que aquí no se dan.

Máxime cuando, como en este caso, se intenta justificar la actuación excepcional en la necesidad de adoptar medidas de aseguramiento del éxito de la práctica posterior de la diligencia probatoria, lo que la propia Ley reserva expresamente a la decisión del Juez autorizante de la entrada domiciliaria al afirmar: "Desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro" (art. 567 LECrim.).

No pudiendo atribuirse, por tanto, los policías intervinientes, y fuera de lo que les autoriza la norma procesal, la facultad para decidir la irrupción en la vivienda, sin disponer del oportuno mandamiento judicial, bajo su solo criterio respecto de la conveniencia, en aras de mera eficacia investigadora, de actuar restringiendo o allanando un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

Cometida semejante irregularidad como antecedente inmediato del registro posterior y con tal influencia en el resultado de éste que, según consta en Autos, fue lo observado por los policías locales en su irrupción inicial

lo que posibilitó no sólo el hallazgo de la droga, en un patio interior al que había sido arrojada, sino incluso la vinculación con el recurrente identificado como su previo poseedor, la diligencia adolece de nulidad.

Y como quiera que es también a partir de ese registro, precedido de la referida infracción, y de lo observado por los funcionarios mediante ella, de donde se ha extraído el material probatorio de cargo esencial para fundamentar la conclusión condenatoria, puesto que el resto de elementos acreditativos expresamente enumerados por los Jueces "a quibus" en su Resolución (declaración inicial y sobre conocimientos de referencia de testigo protegido que se retracta de ella posteriormente en Juicio, hallazgo de ciertos utensilios como una balanza y condición de no consumidor de drogas del recurrente) lo son fundamentalmente en relación y como refuerzo tan sólo del dato nuclear de aquella ocupación de la sustancia acaecida en el curso del registro viciado por la previa intervención incorrecta de los agentes, no cabe alcanzar otra decisión que la de la estimación del motivo y correspondiente absolución del recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que deriva ineficacia para las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales.

Sentencia 604/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de abril de 2005

INADMISIÓN DE PRUEBA (TESTIMONIO DE MENOR)

Arts. 24 CE; 850.1.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez**

SÍNTESIS

Denegación por el Tribunal de instancia de la exploración del menor en juicio, que la Sala considera fundada y motivada y, por consiguiente, no vulnera el derecho a la prueba reconocido en el art. 24 de la CE.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo único de impugnación ha sido presentado por el cauce del número 1.º del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.), y se centra en la inadmisión de una prueba: la exploración por el Tribunal y durante el juicio de la niña Fátima . Niña nacida el 14-07-1998, en tanto los hechos delimitadores de las pretensiones penales, relativos a delitos contra la libertad sexual, son ubicados en el primer trimestre del año 2001.

Segundo.—La Audiencia denegó la exploración en el juicio; expresando detalladamente las razones de que la inadmitiera, de manera que respetó la tutela judicial efectiva que exige el art. 24 de la Constitución española. Y, a su vez, la Defensa de la Acusación había propuesto en tiempo y forma aquel medio probatorio y, ante la denegación, formuló las oportunas protestas. Ya conviene matizar que, por la ahora recurrente, se había interesado que la prueba fuera “llevada a cabo a través de videoconferencia, en la forma que por la Sala se considerara oportuna”.

No ha desconocido la Audiencia la doctrina de esta Sala —véanse sentencia de 05-10-2004 y 21-11-2003 y anteriores que mencionan— sobre la habilidad de la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia; y de ahí la pertinencia, en principio, del medio probatorio propuesto. Pero también ha tomado en consideración la importancia que la psicología del testimonio debe tener, como disciplina científica, al tratar de las declaraciones de niños —así lo aceptan las sentencias, aunque posteriores, de 21-11-2003 y 14-03-2005—, cuando expresan: “la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente

pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente el derivado de la fácil sugestionabilidad, en función de las circunstancias personales y de entorno, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les somete, y más si se trata de evaluar la credibilidad de sus testimonios, juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto”.

Lo que determina la importancia extrema de contar con especialistas en psicología del testimonio, dentro del proceso penal con niños, bien actúen aquéllos como los peritos en sentido estricto, bien lo hagan auxiliando a los jueces en la práctica de otros medios de investigación o de prueba.

Tercero.—La Audiencia ha atendido, sin que ello encierre irracionalidad alguna, a tres factores sobre los que han dictaminado peritos: a) el perjuicio síquico que pudiera originar en la niña una exploración durante el juicio —aunque se viera mitigado a través de la videoconferencia—, b) la mayor o menor eficacia de la aportación directa de datos por la niña (de menos de tres años al tiempo en que se ubican los hechos que pretendidamente le afectaron como víctima) en razón a sus capacidades mnémicas y a su sugestionabilidad, y c) la conveniencia de sustituir aquella directa aportación por la valoración que realicen los peritos acerca de la credibilidad sobre las aportaciones previas de datos por la niña.

Cuarto.—El tribunal “a quo” se ha encontrado con dictámenes psicológicos enfrentados, por lo que se ha visto obligado a

una selección crítica, que razona explícitamente. Selección que ha consistido sustancialmente en alzaprimar los dictámenes emitidos por especialistas que han sido traídos al proceso por su adscripción a la Administración de Justicia o a otros órganos públicos u oficiales y en alzaprimar los dictámenes que presenten una mayor exposición de las técnicas y los protocolos seguidos. Conjunción de criterios que no consta se aparte de pautas insitas en la experiencia general, de normas de la Lógica o de principios o reglas de otra ciencia; y conjunción que ha llevado a dar la mayor relevancia a los peritos Sres. Carlos Daniel y Gabriel, cuyas conclusiones concuerdan con la resolución adoptada por la Audiencia respecto a la no exploración de la niña durante el jui-

cio. Y no hay razón para estimar que no ha sido acertada la ponderación entre la feble relevancia atribuible a una exploración de la niña en el juicio y la grave repercusión perjudicial para ella de esa exploración.

Quinto.—El derecho a la prueba que reconoce el art. 24 CE no es ilimitado —véanse sentencias de 29-04-1997 y 18-10-1999 TS— y la limitación que estableció la Audiencia estuvo, según queda expuesto, fundada y motivada. No puede ser apreciada la causa de impugnación que prevé el art. 850.1.º LECrim., y el recurso ha de ser desestimado; lo cual, con arreglo al art. 901 LECrim., lleva consigo la imposición de las costas a la recurrente y a la pérdida del depósito constituido.

Sentencia 537/2005, Sala de lo Penal del TS, de 25 de abril de 2005

IMPRUDENCIA PUNIBLE

Arts. 565 y 586.3.º Código Penal 1973

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

SÍNTESIS

En la sentencia que cierra el denominado “caso Ardystil” se analiza con detalle la imputación de las muertes y lesiones, a título de imprudencia omisiva, al inspector de trabajo que omite adoptar medidas relativas a la seguridad de los trabajadores en una visita de inspección girada por denuncia concerniente a inexistencia de alta de afiliación a la Seguridad Social.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Franco.

Segundo.—(...)

Vistos los razonamientos expresados por el Tribunal de instancia para sustentar la condena del recurrente por un delito de impru-

dencia temeraria, como lo expuesto por el recurrente para rechazar dicha condena, reiteramos lo anteriormente expresado de que las cuestiones claves, que sí se plantean en el presente recurso, es si el acusado omitió el deber de cuidado que le era exigible, si esa omisión incrementó el riesgo no permitido y si los resultados acaecidos en la vida y salud

de los trabajadores son o no concreción de esa hipotética omisión o si se hubieran evitado si hubiese actuado con mayor diligencia.

Pasamos a examinar estos puntos esenciales, empezando por las notas básicas que, acorde con la doctrina de esta Sala, caracterizan a una conducta imprudente, en este caso en la modalidad de comisión por omisión.

Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 726/1998, de 22 de enero y 1823/2002, de 7 de noviembre, que el comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción”, que también podemos llamar “comisión”, y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada “omisión”. Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto realizó una visita en su condición de Inspector de Trabajo a la empresa en la que se produjeron muertes y graves lesiones por no adoptarse las debidas medidas de seguridad en el trabajo, ámbito al que se extendía su competencia acorde con la normativa que se ha dejado antes expresada.

Tampoco ofrece cuestión que el acusado se desentendió e hizo caso omiso de las condiciones y bajo qué medidas de seguridad realizaban sus funciones los trabajadores de la empresa que visitó, sin que sirva de excusa, en este caso, el que el fin de su visita estuviese dirigido a la constatación de una denuncia atinente a la Seguridad Social, ya

que si bien es cierto que no se puede exigir que en una visita para un fin concreto que no está relacionado con las medidas de seguridad e higiene se inspeccione, por propia iniciativa y sin causa que lo justifique, las condiciones en las que se está realizando los diferentes trabajos, sin embargo existen supuestos en los que pueden resultar patentes y a simple vista las deficiencias en materia de seguridad o casos, como el presente, en el que se trata de una empresa que funcionaba clandestinamente y sin ningún tipo de control, lo que puede presuponer unas condiciones laborales precarias en todos los aspectos, incluida la seguridad, y ello unido a que la actividad que se desarrollaba en la empresa podría entrañar riesgo para la salud de los trabajadores, dada la naturaleza de los productos que se empleaban y manipulaban, por lo que resultaba aconsejable que se hubieran ejercido, al mismo tiempo, las competencias que en seguridad e higiene corresponden a los Inspectores de Trabajo y en este supuesto al ahora recurrente. Extremos que quedan perfectamente acreditados, como se recoge en la sentencia de instancia, por las declaraciones de los trabajadores que no fallcieron, por las depuestas por la dueña y empresaria de la empresa, por el propio recurrente y por los informes periciales, tanto respecto a los que afectan a la vida y salud de los trabajadores como los concernientes a las medidas de seguridad que resultaban necesarias atendidas las actividades y productos empleados para la estampación aerográfica, como consta en la causa, piezas separadas y acta del juicio oral.

Hubo, pues, omisión de la diligencia debida y nada había que restringiera o limitara la capacidad y competencia del recurrente para investigar las condiciones en las que se estaba prestando el trabajo y con qué medidas de seguridad, acción que omitió y que, en este caso, le era exigible.

El resultado producido, consistente en el fallecimiento y lesiones graves de varios de los trabajadores de la empresa inspeccionada, extremos acreditados por los informes médico periciales, es concreción de la situa-

ción de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a las medidas de seguridad necesarias para preservar la salud de los trabajadores, que desde un principio se deberían haber adoptado, especialmente las consistentes en medios o instrumentos de aspiración o extracción localizados sobre las mesas de trabajo, así como de ventilación forzada para la renovación del aire de los locales, medidas que venían exigidas por la normas que regulan las actividades con sustancias tóxicas con las que se trabajaba en la empresa y que influyeron decisivamente en las muertes y enfermedades, como consta en los informes periciales a los que se hace mención en la sentencia de instancia, siendo bien expresivo el emitido por el Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Alicante, que obra a los folios 5 y siguientes del Tomo I de la Pieza Separada de dictámenes químicos. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Y así viene descrito en el relato histórico de la sentencia de instancia. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese inspeccionado y exigido las medidas de seguridad que aconsejaba la manipulación de productos tóxicos a cuya exposición e inhalación se sometió a los trabajadores.

Ciertamente son varios los criterios que se pueden seguir para afirmar la imputación objetiva del resultado: la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de la protección de la norma y la teoría de la evitabilidad. Cualquiera de estos criterios de imputación pueden afirmarse en el supuesto que examinamos, ya que al no adoptarse las adecuadas medidas de seguridad no se impidió que se incrementase el riesgo para la vida y salud de los trabajadores que implicaba la actividad de estampación por aerografía sin esas medidas y cautelas, actividad que constaba en la denuncia que determinó la visita de inspección; para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá im-

putación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma, en otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado; y eso ciertamente no sucede en el presente recurso ya que la vida y salud de los trabajadores está incluida en el ámbito de protección de las normas infringidas; y la evitabilidad se infiere en cuanto de haberse actuado conforme a la norma y a las medidas de seguridad exigidas, el resultado no se hubiera producido.

Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía, inspeccionando y exigiendo las medidas de seguridad que eran requeridas. El propio recurrente reconoce ese desconocimiento llegando incluso a declarar que no sabía que la estampación se hacía por la modalidad de aerografía y que desconocía esa técnica, si bien es cierto que ese desconocimiento únicamente es atribuible a su desinterés en cuanto consta en la denuncia presentada contra María por Simón, que tuvo entrada en la Inspección Provincial de Trabajo y que determinó la visita de inspección, que la referida empresaria se dedicaba a la estampación por aerografía textil en situación laboral de clandestinidad. Así obra al folio 11 del Tomo I de la Pieza Separada de Inspecciones de Trabajo.

Quedan pues, acreditados los extremos en los que se sustenta la conducta imprudente del recurrente, como se razona por el Tribunal de instancia, y ello permite entrar en la calificación jurídica de esta conducta, adelantando la respuesta que se dará a otros motivos del recurso.

Conforme a lo antes expresado, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión

cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo eso se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia se asienta en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención de las medidas de seguridad que eran exigidas.

Otra cuestión a dilucidar es el carácter grave o temerario de la imprudencia apreciada por el Tribunal de instancia, es decir si las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado que incumbían a este acusado.

En el presente caso nos movemos dentro del ámbito de la culpa inconsciente, ya que el ahora recurrente omitió, voluntariamente y cuando podía hacerlo, el cumplimiento del deber de advertir el riesgo que suponía para los trabajadores realizar sus cometidos en esas condiciones, y aunque tiene declarado esta Sala (cfr., entre otras, Sentencia 966/2003, de 4 de julio), que hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave, igualmente se reconoce que frente a la culpa consciente, la inconsciente constituye la frontera inferior de la culpa, la que la separa del caso fortuito.

Y respecto a otros criterios para diferenciar la imprudencia grave o temeraria de la simple, como puede ser la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido o su relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo, si se aplican a la omisión de los deberes profesionales que se imputan al recurrente, no permiten calificar de temeraria o grave su omisión imprudente, ya que no puede afirmarse, por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que fuesen tan evidentes o palpables las infracciones a las medidas de seguridad que había que corregir, aunque pudieran sospecharse

por la clandestinidad del trabajo inspeccionado, y por otra parte, junto a las ausencias de determinadas medidas de seguridad que deberían estar ya instaladas desde que se inició esa actividad en la empresa, para evitar la toxicidad del aire que respiraban los trabajadores, no cabe duda, como se infiere del relato fáctico de la sentencia recurrida, que igualmente contribuyeron, a los resultados de muerte y enfermedades, los productos que se utilizaban y que posteriormente se cambiaron, para la estampación aerográfica como los que se emplearon para limpiar las pistolas que se usaban para pintar, lo que no era previsible para el acusado en el momento en el que se realizó la visita a la empresa, y todo ello determina que el resultado acaecido guarda una cierta desproporción con la conducta omisiva del recurrente y en estos casos la gravedad de la imprudencia debe ser degradada (cfr. Sentencia de esta Sala 844/1999, de 29 de mayo de 1999) y lo mismo sucede cuando han concurrido otras conductas imprudentes toda vez que esa concurrencia determina una menor responsabilidad, una menor evitabilidad y una menor perspectiva de la peligrosidad, y consecuentemente un menor grado de influencia en la causación del resultado. (Cfr. Sentencia de esta Sala 681/2001, de 24 de abril). Por último diremos que en este caso, la ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso delitos de homicidio y de lesiones por imprudencia, integrando pues, conductas de comisión típicas previstas en el Código Penal.

Por todo lo que se deja expresado, ha existido prueba de cargo legítimamente obtenida que acredita los hechos que se declaran probados, si bien la calificación jurídica de la conducta imputada a este recurrente, en relación a la sentencia recurrida que lo fue de imprudencia temeraria, debe ser degradada a la de imprudencia simple, con los efectos que se examinarán con otros motivos y en la segunda sentencia de casación.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

Sentencia 558/2005, Sala de lo Penal del TS, de 27 de abril de 2005

COMPETENCIA TERRITORIAL (TEORÍA DE LA UBICUIDAD). PRUEBA INDI-CIARIA

Arts. 24 CE; 14 y 15 LECrim.

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

SÍNTESIS

Entre otras cuestiones de interés, hace aplicación la sentencia de la Sala del Acuerdo de su Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 (reproducido en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal) en relación con el principio de ubicuidad para negar la vulneración invocada del derecho al Juez predeterminado por la ley. Se detiene, asimismo, sobre la singular potencia acreditativa del indicio consistente en la negativa de los acusados de someterse a un reconocimiento de voces para identificar las que aparecen en las cintas como atribuidas a ellos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo. Recurso de Alejandro.—
(...)

El motivo quinto, denuncia quiebra del derecho al Juez predeterminado por la Ley “... lo que supondría la nulidad de todas las actuaciones...”.

Tan grave acusación la justifica porque la encuesta judicial se inició en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Requena, pero sin embargo, ya al poco de empezar se debiera haber acordado la inhibición al de Gandía, y fue pasados ocho meses cuando se inhibió el Juzgado de Requena en favor del de Gandía.

Partiendo de la base de que la competencia objetiva es idéntica para ambos Juzgados

en relación al conocimiento e instrucción del hecho investigado, todo queda reducido a la determinación de la competencia territorial, lo que resitúa el debate en un nivel muchísimo menos trascendente que el propuesto por el recurrente.

Como se afirma en el FJ sexto, la inicial competencia territorial de Requena estuvo motivada en que el primer teléfono intervenido era de persona que residía en Chiva, de aquel partido judicial. Fue posteriormente cuando se inició otra investigación en Gandía en relación a otras personas de la misma red, y fue cuando acreditado tal extremo, se produjo la inhibición en favor de Gandía.

No ha habido quiebra en el derecho al Juez predeterminado por la Ley, pues tanto

Requena como Gandía eran competentes, respectivamente para la instrucción a la vista de los datos obrantes cuando la iniciaron, cuestión distinta es que posteriormente para evitar la fractura de la causa se acumulara todo en el Juzgado de Gandía, a mayor abundamiento, como se acordó por unanimidad en el reciente Pleno no Jurisdiccional de Sala de 3 de febrero de 2005, Juez competente territorialmente lo son todos aquellos en cuya jurisdicción se realice algún elemento del tipo de acuerdo con el principio de ubicuidad.

No estará de más recordar en esta línea de relativizar al máximo los conflictos competenciales por razón del territorio, con la STS de 15 de marzo de 2003 que "... las discrepancias interpretativas relativas a la competencia entre órganos de la Jurisdicción Penal ordinaria, no pueden dar lugar a la infracción del derecho al Juez predeterminado por la Ley...". En el mismo sentido, SSTS 132/2001, 1864/2002 y 65/2005 de 30 de enero.

El motivo debe ser desestimado.

(...)

Octavo. Recurso de los hermanos Blas y José (...)

En este control casacional verificamos, como ya hemos dicho, el cumplimiento por el Tribunal del plus de motivación que exige la prueba indiciaria, y singularmente destaca con especial luz, la razonabilidad del juicio de inferencia obtenido a la vista de los indicios citados.

Existe, "ex abundancia", un detalle de singular potencia acreditativa en favor de la conclusión alcanzada por el Tribunal. Nos referimos a la negativa de ambos recurrentes a someterse a un reconocimiento de voces para identificar las que aparecen en las cintas como atribuidas a ellos.

Obviamente, todo imputado no está obligado a facilitar su propia inculpación, por ello esta facultad para guardar silencio o someterse a cualquier prueba que puede inculparle.

Esto es así, pero ello no quiere decir que su silencio no pueda ser objeto de interpretación por parte del Tribunal. No se trata de una estrategia destinada a debilitar o adelgazar la entidad del derecho a la presunción de inocencia y a no declarar.

Más limitadamente, se trata de valorar la situación en la que se le hace patente al inculpado la existencia de fuertes datos incriminatorios que exigirían una explicación exculpatoria del mismo, y éste renuncia a dar toda explicación.

En esa situación, legítimamente, el Tribunal puede considerar y valorar esa negativa como que no hay explicación exculpatoria posible por parte del inculpado y que en consecuencia, éste es culpable, no por el silencio mantenido sino por las pruebas incriminatorias que se le presentaron y respecto de las que no quiso dar explicación.

Esta doctrina ha tenido su reflejo en varias sentencias del TEDH, *Murray vs. Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, *Averill vs. Reino Unido* de 6 de junio de 2000 y *Condrón vs. Reino Unido* de 2 de mayo de 2000, en términos inequívocos.

"...De un lado es evidente que es incompatible con estos derechos el basar una sentencia condenatoria solamente o principalmente en el silencio del acusado o en su negativa a contestar. Por otro lado, este Tribunal estima igualmente obvio que tales derechos no pueden evitar que el silencio del acusado, en aquellos casos en que claramente le es exigible una explicación, se tome en consideración para reafirmar la convicción de la prueba aportada por la acusación..."

"...No puede, por tanto, decirse que la decisión de un acusado de guardar silencio a lo largo de un procedimiento criminal no deba necesariamente tener repercusiones cuando el Tribunal valore la prueba en su contra..."

De esta misma Sala Casacional se pueden citar las SSTS 498/2003, de 24 de abril; 358/2004, de 16 de marzo; 788/2004 de 18 de junio; 1240/2004, de 5 de noviembre; y 1440/2004, de 29 de abril; entre otras, y del Tribunal Constitucional: sentencia 202/2000, de 14 de julio.

Sentencia 577/2005, Sala de lo Penal del TS, de 4 de mayo de 2005

ADHESIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN

Arts. 846.bis b), d) y e) y 861 LECrim.

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

SÍNTESIS

Primera sentencia en la que se hace aplicación del nuevo criterio más amplio sobre el ámbito de la adhesión en el recurso de casación penal, adoptado en el Acuerdo del Pleno de la Sala de 27 de abril de 2005 (reproducido en el número 16 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Undécimo.—(...)

B) Con lo cual llegamos al problema procesal relativo al ámbito que la adhesión ha de tener en el recurso de casación penal, planteado por el Ministerio Fiscal.

Conocida es la posición tradicional de esta sala, singularmente restrictiva en esta cuestión, como acabamos de decir en una reciente sentencia dictada en el recurso 1208/2003, con fecha 23 de marzo de 2005, con cita de otra nuestra anterior de 10 de marzo de 2000 que se expresa en los siguientes términos: “la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse y unirse al recurso complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen

la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para ejercerlo había caducado”. En el mismo sentido se han pronunciado otras muchas sentencias de este mismo tribunal, como las de 2 de febrero de 1998, 23 de junio de 1999, 10 de julio de 2001 y 6 de marzo de 2002. No obstante conviene decir aquí que esta doctrina jurisprudencial aparece matizada en otras sentencias de esta sala como las de 6 de marzo de 1995, 19 de octubre de 2000, 18 de febrero de 2004 y la que acabamos de citar de 15 de marzo de 2005. En una reunión plenaria de esta sala, celebrada el 27 de abril de 2005, hemos acordado adoptar un nuevo criterio más amplio en esta materia amparados en dos sentencias del Tribunal Constitucional, citadas en el escrito de recurso del Ministerio Fiscal, la 50/2002, de 25 de febrero, y la 148/2003, de 14 de julio,

en las que se rechazan sendos recursos de amparo por la circunstancia de que la parte recurrida en un recurso de casación penal no planteó la adhesión, diciendo que, si se hubiera planteado y el Tribunal Supremo lo hubiera rechazado conforme a su postura tradicional sobre este mecanismo procesal, el alegato de indefensión del recurrido podría haber prosperado. Lo que ocurrió en estos dos casos es que dicha parte recurrida no planteó la mencionada adhesión y esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse al respecto. Se trataba de un médico absuelto en la instancia porque se consideró atípica su conducta, que luego fue condenado en casación sin que en este trámite se hubiera esgrimido por la defensa del médico la presunción de inocencia, alegada ante la Audiencia Provincial.

El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo porque no se había intentado la adhesión. Si se hubiera planteado la adhesión y en el Tribunal Supremo la hubiéramos rechazado en aplicación de la referida posición restrictiva, el TC habría estimado la demanda de amparo: la indefensión habría sido clara, al haberse quedado sin resolver la cuestión de la presunción de inocencia precisamente por insistir el TS en tal interpretación estricta.

Por otro lado, la interpretación amplia que se propuso y se aceptó en este pleno de 27 de abril de 2005 tiene su respaldo en los términos en que aparece redactado el último párrafo del art. 861 LECrim. que dice así a propósito del recurso de casación penal:

“La parte que no haya preparado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado

por la otra, alegando los motivos que le convengan”.

Esto es, se autoriza al recurrido a articular un recurso de casación no preparado ante la Audiencia Provincial, aprovechando el trámite dado al formulado por la parte recurrente. Dice esta norma procesal: “alegando los motivos que le convengan”, es decir, los que le favorezcan a él en su postura procesal en defensa de sus propios intereses que lógicamente han de ser contrarios a los de la parte recurrente.

Ocurre aquí, y esta es la raíz del problema, que el término “adhesión” utilizado por el legislador no es adecuado, sino equívoco, como ha puesto de manifiesto la doctrina. Adhesión viene de adherir que significa “estar unido, pegar una cosa a otra”. Esta es la razón por la cual en las recientes modificaciones procesales ya no se utiliza este término (adhesión): art. 846 bis b), 846 bis d) y 846 bis e) LECrim., introducidos por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, reguladores del Tribunal del Jurado, que hablan de “recurso supeditado de apelación”; y también la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Ley 1/2000, de 7 de enero, en su art. 461.1 que dice “impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable”.

Conviene añadir aquí que es principio fundamental en materia de recursos devolutivos, a fin de evitar aquellos que pudieran plantearse simplemente para dilatar la ejecución de una sentencia firme, el que quien recurre sepa que, si lo hace, puede verse perjudicado en la decisión final, pues el hecho de recurrir puede ocasionar que lo haga también la parte contraria alegando lo que le convenga en beneficio de su propia postura procesal.

Sentencia 625/2005, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2005

LÍMITES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Arts. 458 y 462 Código Penal; 954.3.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Reflexiona la Sala sobre la imposibilidad de que en sede casacional pudiera incorporarse al proceso una hipotética sentencia condenatoria por falso testimonio prestado en causa criminal como el previsto en el art. 954.3.º de la LECrim., considerando deseable que en la futura reforma se arbitre algún mecanismo que dé respuesta a esta problemática, sin necesidad de esperar a la revisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Sin embargo, existe una segunda alegación que aducen los recurrentes, ciertamente sugestiva, bajo el rótulo de “otros datos de gran trascendencia”. Tales datos lo constituyen, en efecto, la auto-denuncia que formula el propio perjudicado, Claudio, el día 26 de agosto de 2003, poco tiempo después de dictada la Sentencia de la Audiencia, en concreto ésta lleva fecha de 23 de junio de 2003, en la cual se retracta de su anterior declaración inculpativa, lo achaca a la “manía” que tiene a los denunciados (policías locales ahora recurrentes), y se lo imputa a otros (“que no puedo determinar quiénes fueron...”), y lo adereza todo ello con la mención de que se encontraba bajo los efectos de las sustancias estupefacientes que consume.

Esta denuncia da lugar a la incoación de las Diligencias Previa 1029/2003, que sigue el Juzgado de Instrucción n.º 2 de La

Línea de la Concepción, sin que hasta ahora conste su resultado, por delito de falso testimonio.

Pretende el recurrente que se introduzcan estos hechos en esta sede casacional incidiendo en la valoración probatoria que llevó a cabo la Sala sentenciadora de instancia. Ello no es posible. El juicio oral celebrado lo es en única instancia, y éste es un recurso extraordinario de casación, no un recurso devolutivo de apelación, o de segundo grado jurisdiccional. Postula también que se suspenda el curso del recurso de casación hasta que se resuelva la causa incoada al entonces denunciante. Pero aun así, parece meridiano que si así lo hiciéramos, difícilmente podría incorporarse a este proceso en esta sede casacional una hipotética sentencia condenatoria por falso testimonio prestado en causa criminal contra reo, que tiene su cauce específico en las previsiones del art. 954.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“cuando esté sufriendo condena al-

gundo en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal”). Nuestro ordenamiento jurídico procesal-penal no tiene resuelto este problema, tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil, que mantiene —por lo demás— una causa semejante en su art. 510.3.º, pero es indudable que para resolverlo habrá de tener en cuenta este Tribunal Supremo la causa en que se apoya para dar una respuesta constitucionalmente razonable (piénsese, por ejemplo, en el apartado segundo del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la aparición de la persona a la que se refiere el mismo), lo que daría lugar, con seguridad, a una inmediata paralización del recurso de casación en trámite. Sin embargo, las características singulares de lo ahora planteado, aconsejan no tomar determinaciones que no están previstas de modo alguno en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nada más diremos, desde luego, para no prejuzgar la decisión que en su día ha de tomarse por el correspondiente órgano de enjuiciamiento. El delito de falso testimonio se tipifica en el art. 458 del Código Penal y también a él se refiere el art. 715 de la LECrim., y en el art. 462 del mismo, se articula una excusa absolutoria relativa a que la verdad se diga “para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso

de que se trate”. No ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse acerca de qué clase de sentencia se refiere el mencionado precepto, aunque no vemos obstáculo para que pueda estar referida (inclusive) a la sentencia de apelación, en el caso de que el procedimiento tenga dos instancias ordinarias, porque en el segundo grado jurisdiccional es posible la revisión completa de la valoración probatoria, e incluso la introducción de nuevos elementos probatorios, con las particularidades que ha establecido —para esta materia— recientemente el Tribunal Constitucional. Ello beneficiaría el adecuado descubrimiento de la verdad (“ex” arts. 701, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y facilitaría la activación de la excusa absolutoria, que tiene por finalidad precisamente reforzar los mecanismos para que se consiga la averiguación de dicha verdad en el proceso penal. No es posible, sin embargo, en esta sede casacional, salvo supuestos de patente injusticia, porque la justicia siempre es un valor constitucional. Sería deseable, sin embargo, que el legislador arbitrara algún mecanismo en la futura revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cumplida respuesta a esta problemática en sede casacional, sin necesidad de esperar al juicio revisional y rescisorio previsto en los arts. 954 y siguientes de aquélla.

Sentencia 601/2005, Sala de lo Penal del TS, de 10 de mayo de 2005

ERROR DE PROHIBICIÓN. DETENCIÓN ILEGAL

Arts. 14.3 y 163.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece en la sentencia la doctrina general sobre el error de prohibición, sus modalidades y ámbito de aplicación, ocupándose también de los supuestos en los que cabe apreciar la modalidad atenuada de detención ilegal prevista en el número 2 del art. 163 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Pues bien, el recurrente se refiere expresamente a la ausencia de dolo por error de prohibición. Este error se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS 17/2003, de 15 de enero; 755/2003, de 28 de mayo y 861/2004, de 28 de junio, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003, de 14 de noviembre, que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal.

Ahora bien la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente —como precisa la STS 755/2003, de 28 de marzo, antes citada— en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos ...o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor

podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción.

No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. de 20 de febrero de 1998 y 22 de marzo de 2001), y como decíamos en las SSTS 1171/1997, de 29 de septiembre y 302/2003, de 27 de febrero:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 de noviembre de 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 de marzo de 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS 11 de marzo de 1996, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe

invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En los hechos probados de la sentencia recurrida, dado el cauce casacional utilizado, no cabe admitir la existencia de error alguno en el recurrente, lo que bastaría para desestimar el motivo.

Sin embargo, cabe añadir que la necesidad de prueba del error, exigida reiteradamente por esta Sala, tampoco se percibe en el caso examinado en el que la testigo-víctima desmiente la versión del recurrente, insistiendo en que éste la encerró y no la dejaba salir porque ella quería ir a ver a su madre y él decía que fuera más tarde, que su madre estaba mala.

Cuarto.—No obstante la propia versión que de los hechos ofrece la víctima en orden a que el acusado decía que fuera a ver a su madre más tarde revela que la privación de libertad sufrida por aquella, desde su inicio se preveía como temporal, lo que posibilita la aplicación del art. 163.2, posibilidad que quedaría cobijada en el único motivo del recurso por infracción de Ley, en virtud de la voluntad impugnativa, dado que, a través de la prueba, han de quedar acreditados todos los aspectos del tipo.

Siendo así, ya hemos indicado que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí, que en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito es indiferente, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo y el ánimo del autor orientado a causarla.

Sin embargo, como decíamos en la STS 1695/2003, de 7 de octubre, no puede ser indiferente para la calificación del delito el que se acredite que la decisión del autor está presidida de antemano por una limitación en la duración de la privación de libertad, pues el artículo 163.2 prevé una pena inferior cuando el culpable diera libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días

de su detención, sin haber logrado el objeto que había propuesto. Esta Sala ha establecido que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso. Pero ello no excluye, que en algunas ocasiones excepcionales sea posible afirmar que la voluntad del autor respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas”, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (SSTS 1400/2003, de 28 de octubre; 421/2003, de 10 de abril; 1499/2002, de 16 de septiembre).

De los hechos se desprende que el acusado, que convivía con la víctima en la vivienda sita en la primera planta, sin que consten episodios anteriores al denunciado, ni malas relaciones entre ellos, procedió a cerrar por fuera la puerta de dicha vivienda, encerrando a Marina en el salón para impedir que saliera a ver a su madre, de modo que la duración de la privación de libertad, anticipadamente, se representaba como inferior a 72 horas, por lo que nos encontraríamos ante el subtipo atenuado del apart. 2 del art. 163, que de acuerdo con algunos pronunciamientos de esta Sala, como el contenido en la S. 628/2004, de 17 de mayo, resulta de aplicación no solo cuando activa y voluntariamente ponga el infractor en libertad a su víctima sin consumir el propósito perseguido con la Detención, sino también cuando posibilita la fuga de ésta, con un comportamiento claramente negligente en sus cautelas para mantener la privación de libertad, como ocurrió en el caso en el que se deja una ventana sin cerrar en la primera planta.

Las anteriores consideraciones no suprimen el carácter antijurídico de la conducta merecedora de sanción penal, conducen a

reducir ésta, imponiendo la sanción adecuada a la subsunción de los hechos en el apartado 2.º del art. 163. En atención a los datos que obran en la sentencia, entre ellas las relaciones de convivencia, cuando los hechos

sucedieron entre el acusado y la víctima, el perdón expreso de ésta se considera adecuada la pena de dos años de prisión.

En este limitado aspecto, el motivo se estima.

Sentencia 606/2005, Sala de lo Penal del TS, de 11 de mayo de 2005

INFORME PERICIAL

Art. 788.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Con mención de la doctrina recogida en el Acuerdo plenario de 25 de mayo de 2005 sobre el alcance del art. 788.2 de la LECrim. (reproducido en el número 16 de la Revista de Derecho Penal), se declara la nulidad probatoria del Informe de la Oficina de Atención a la Víctima del delito, cuya validez probatoria estaba subordinada al menos a su desarrollo contradictorio durante la instrucción y a su regular introducción en el plenario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) empleando la vía del artículo 5.4 LOPJ, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con las debidas garantías, con cita del artículo 24 CE. Alega el recurrente la inexistencia en el juicio de prueba de cargo suficiente de los hechos, sin que tampoco haya sido obtenida con todas las garantías, concretando dicho argumento en la prueba consistente en el Informe de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito (folios 58 a 65 de los autos). Sostiene que dicho informe

fue impugnado expresamente por la defensa, no siendo ratificado durante la instrucción ni en el acto del juicio oral (la acusación no interesó la citación de los informes). Admite que dicha impugnación tuvo lugar con posterioridad al escrito de calificación provisional, aduciendo que el letrado defensor que intervino en el juicio fue distinto al que calificó provisionalmente los hechos (que era del turno de oficio). La Sala tuvo por realizada la impugnación por providencia de 27 de noviembre de 2003. Según lo anterior la consideración de dicho informe como prueba de cargo vulnera los de-

rechos enunciados más arriba. El acusado tampoco dispuso de la posibilidad de contradicción ni en las diligencias sumariales ni en el Plenario.

La sentencia, fundamento de derecho segundo, otorga validez a dicho informe remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada de los Acuerdos de Sala General adoptados en 21 de mayo de 1999 y 23 de febrero de 2001. Como recuerda la STS 290/2003 (citada por la Audiencia) son numerosos, reiterados y concordados los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga “prima facie” eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad profesional de los peritos, es decir, que el Informe Pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será precisa la comparecencia de los peritos al Juicio Oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen, sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes, para que, sólo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción. Pero cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita (SSTS n.º 1642/00 o 652/2001).

Ahora bien, la cuestión consiste en analizar si es extrapolable sin más lo anterior al

presente caso. Con independencia de la incidencia del cambio de letrado, que desde el punto de vista del derecho de defensa puede permitir ciertas excepciones al principio de preclusividad absoluta de los trámites procesales, lo cierto es que los términos de comparación son evidentemente disímiles si tenemos en cuenta la naturaleza, el objeto y los sujetos (peritos) que llevan a cabo el informe técnico. Ni éstos son funcionarios públicos, ni el objeto de la pericia es analítico con la precisión y rigor técnico que ello comporta, ni la fuente de información es objetiva. Precisamente por ello la Disposición Adicional Tercera de la LO 9/2002 añadió un segundo párrafo al artículo 788.2 LE-Crim., que se refiere al Procedimiento Abreviado, donde tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por Laboratorios Oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. Con independencia de que esta causa ha seguido los trámites de Sumario ordinario, ello evidencia la especificidad de la doctrina de la Sala General aplicable en principio sólo a los supuestos contemplados en la misma, teniendo en cuenta su especialidad, que ha determinado la adición del párrafo transcrito más arriba. Siendo ello así, la validez de la prueba estaba subordinada al menos a su desarrollo contradictorio durante la instrucción y a su regular introducción en el Plenario. No constando tampoco ratificación alguna no es válida como prueba de cargo porque vulnera el derecho al proceso debido en su manifestación relativa a la garantía de la prueba.

No obstante lo anterior, el motivo no puede ser estimado teniendo en cuenta la existencia de otras pruebas de cargo, plenamente válidas, que ha tenido en cuenta el Tribunal para alcanzar su convicción sobre los hechos tipificados en el antiguo artículo 153, actual artículo 173 CP, que ha sido el aplicado, donde no se consigna como elemento del delito el resultado del menoscabo psíquico, como

sucede en el actual artículo 153 redactado por la LO 11/2003. En el fundamento primero, relativo a la motivación fáctica, la Sala de instancia parte de las declaraciones de la denunciante que confronta con las del denunciado, desarrolladas en el acto del juicio oral bajo los principios que rigen en el mismo, cuya aptitud incriminatoria se revela con la simple lectura de dichos fundamentos. En el fundamento tercero, también relaciona y tiene en cuenta la Sala de instancia declaracio-

nes de los agentes de la Policía Local y de la ex mujer del procesado, cuyo contenido corrobora lo manifestado por la denunciante, poniendo de relieve las razones de la falta de credibilidad del testigo de descargo. Por todo ello existen actos válidos de prueba cuyo desarrollo ha tenido lugar en el Plenario y cuyo contenido revela suficiente aptitud incriminatoria a juicio de la Audiencia, que expone los argumentos sobre los que asienta su credibilidad.

Sentencia 609/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de mayo de 2005

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 733 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Vulneración del principio acusatorio al variar el Tribunal de instancia el marco de imputación que figuraba en las conclusiones definitivas de las acusaciones sin hacer uso del planteamiento de tesis del art. 733 de la LECrim. (condenó por dos delitos al haber dos víctimas cuando las acusaciones, pese a la duplicidad de víctimas, habían considerado que los hechos integraban un solo delito).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Los motivos segundo y cuarto denuncian la vulneración del Principio Acusatorio por dos vías distintas cuales son el art. 24.2 CE y el art. 851.4.º LECrim., pero que confluyen en la situación de indefensión

sufrida por el acusado, razón por la cual los estudiaremos conjuntamente. (...)

(...) el motivo, que cuenta con el expreso apoyo del Ministerio Público, debe ser estimado por razones diferentes a las alegadas por el recurrente. Para ello, conviene aclarar que la acusación pública y particular acusa-

ron en sus conclusiones definitivas de un delito continuado de agresión sexual en relación a los tocamientos y felaciones con los menores, y de un delito de abusos sexuales en relación al episodio de la sodomización con el palo. En ambos casos, las acusaciones no acusaron por un delito por cada una de las víctimas, sino de un solo delito y una sola pena a pesar de hacer constar que hubo dos sujetos pasivos de tales acciones. El Tribunal, por su parte, excluyó el elemento de violencia o intimidad que califica como agresión el abuso sexual y, por ello consideró que la global conducta del acusado se inculcaba en un ilícito de abusos sexuales con carácter continuado, pero al ser dos las víctimas de dicha conducta, califica los hechos como constitutivos de dos delitos, uno por cada uno de los menores perjudicados.

(...)

Tanto la doctrina de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, tienen establecido que el principio acusatorio supone que la acusación debe ser totalmente precisa tanto respecto al hecho imputado como a su calificación jurídica, siendo asimismo necesario que la sentencia sea congruente con la acusación, debiendo someterse a los límites marcados por ésta, no sólo en cuanto a los hechos que se imputan, sino también en cuanto a la calificación jurídica de los mismos. En este sentido, recuerda la STS de 28 de enero de 1994 en la que se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, la Constitución establece un complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí —principio acusatorio, de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión— lo que se traduce en la exigencia de que entre la acusación y la sentencia exista una relación de identidad del hecho punible, de tal forma que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminal, de manera que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole que pueda exceder de los términos en que ha sido formulada la acusación o apreciar hechos o cir-

cunstancias que no hayan sido objeto de la misma y sobre los cuales el acusado no haya tenido oportunidad de defenderse a no ser que el Tribunal sentenciador los haya introducido en el debate por el cauce al efecto establecido en el art. 733 de la Ley Procesal Penal. Sobre la base de estos criterios, la determinación de que los hechos enjuiciados constituyen un solo delito a pesar de ser dos las víctimas que se plasma en las conclusiones definitivas de las acusaciones, entraña necesariamente una valoración jurídica de los hechos, y se integra en la calificación jurídica de los mismos, que debe ser respetada por el juzgador a no ser que el Tribunal plante la tesis que le permite el citado art. 733 para dar oportunidad a las partes a reconsiderar su postulación.

Planteadas la cuestión en los términos antedichos, debemos recordar el criterio de esta Sala según el cual, el ámbito del proceso, y concretamente el de la sentencia que pone fin al mismo, viene marcado por la calificación definitiva de la acusación, tanto jurídica como fácticamente, lo que, a su vez, significa que el debate procesal contradictorio debe recaer sobre la calificación jurídica de lo que es el objeto del proceso, de manera tal que el acusado tenga la oportunidad real y efectiva de defenderse no sólo sobre la realidad de los hechos que le imputa la acusación en sus conclusiones definitivas, sino también sobre las calificaciones jurídicas derivadas de esos hechos que afecten su ilicitud y a su punibilidad (véase STS de 15 de marzo de 1997).

De otro lado, como apunta el Fiscal al apoyar el motivo, el respeto al principio acusatorio exige que se dé una debida y coherente relación entre la acusación formulada en las conclusiones definitivas y la sentencia, "...cerrando toda posibilidad de condena sorpresiva por algo de lo que antes no fue acusado y contra lo que no pudo articularse una estrategia defensiva (véanse SSTS de 28 de febrero y 22 de septiembre de 1998, entre otras). Por ello mismo, el pronunciamiento del Tribunal sentenciador ha

de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados definitivamente por la acusación y la defensa, es decir, —se repite— sobre los hechos imputados y las consecuencias jurídicas de los mismos que hace la acusación.

La esencia del “*thema decidendi*” en el caso que nos ocupa consiste en determinar el alcance de la calificación jurídica efectuada por las acusaciones en la instancia, que, como ha quedado dicho, es un elemento al que está vinculado el juzgador al dictar su sentencia. Es decir, si la conceptualización realizada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas de que los hechos integran un solo delito a pesar de ser dos las víctimas, es una expresión de la calificación jurídica o si, por el contrario, queda aquella reducida a un mero elemento para la determinación de la pena a imponer pero sin relevancia calificatoria como dice el Tribunal de instancia. Y son numerosas las sentencias de esta Sala que han consolidado el criterio de que la calificación jurídica engloba a las pretensiones efectuadas por el Fiscal respecto a la clase de delito, el nivel de perfeccionamiento de éste, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes (“*ad exemplum*”, STS de 5 de mayo de 1997 y 22 de septiembre de 1998) en cuanto que de ellos depende la específica responsabilidad penal que se imputa y todos ellos emanan de los hechos de los que se acusa.

En nuestro caso, y a tenor de esta doctrina, no parece aventurado integrar también en el ámbito de esa calificación jurídica que debe respetar el Tribunal sentenciador, la conceptualización efectuada por las acusaciones de la instancia de que se ha cometido un solo delito y no dos como resultado de la actuación del acusado. Y ello, por cuanto que, como los anteriormente citados, se trata de una conclusión de naturaleza inequívocamente jurídica, que tiene su fundamento en los hechos imputados y tiene, como aquéllos, una relevante y directa repercusión en la pena a imponer; razones por las cuales entiende esta Sala que el tratamiento y efec-

tos que debe atribuirse a esa conclusión jurídica plasmada por el Fiscal y la acusación particular en sus conclusiones definitivas, no debe diferir de aquellos otros factores —grado de perfeccionamiento del delito, de participación en el ilícito, concurrencia de circunstancias...— que forman parte de la calificación. Del mismo modo que cuando la acusación califica los hechos imputados como constitutivos de delito continuado, considera esta Sala que el principio acusatorio impone al Tribunal ceñirse a esa calificación y no le estará permitido modificarla sancionando individualizadamente cada una de las ilícitas conductas que supondría una exacerbación de la pena en notorio perjuicio del encausado; y ello es así porque, en tal caso, el Tribunal no se limitaría a aplicar las reglas especiales para la aplicación de las penas de la Sección 2.^a, del Capítulo II, del Título III del CP, que son disposiciones a observar una vez sentadas las bases fácticas y jurídicas sobre las que dichas reglas operan, sino que habría alterado sustancialmente esas bases ya preestablecidas en el debate procesal a las que debe atenderse sin introducir nuevos aspectos jurídico-penales en perjuicio del acusado.

Por último, conviene insistir en que el Tribunal sentenciador ni siquiera hizo uso del art. 733 LECrim., que le permite plantear la tesis y es en la sentencia donde se rechaza la calificación jurídica definitivamente efectuada (en lo que aquí interesa) por el Fiscal con la consiguiente e inevitable repercusión penológica que tal decisión implica, privando de esta manera al acusado de la posibilidad de alegar en contra de la construcción jurídica introducida por el Tribunal y de defenderse de la misma, que se plantea en términos decisorios de una manera novedosa, sorpresiva y con inequívoca y perjudicial relevancia en la sanción que finalmente se establece por el juzgador. De suerte que no parece dudoso que con este proceder, el Tribunal de instancia ha vulnerado la piedra angular sobre la que descansa todo el edificio del principio acusatorio que no es otra

que la proscripción de la indefensión que se proclama en el art. 24 CE.

Como consecuencia de todo lo expuesto deberá admitirse el reproche que de consuno demandan el recurrente y el Ministerio Fiscal procediendo la anulación de la sentencia impugnada, dictándose una nueva resolu-

ción que se ciña y respete el marco de imputación que figuran en las conclusiones definitivas de las acusaciones en lo referente al extremo controvertido y, en consecuencia, sancionar por un solo delito tal y como se establecía en las pretensiones de las partes acusadoras.

Sentencia 626/2005, Sala de lo Penal del TS, de 13 de mayo de 2005

DELITO CONTINUADO. MEDICIÓN DE LA PENA

Arts. 66.1.6.º y 74 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la admisibilidad o no de delito continuado en los ataques a la libertad sexual y al alcance de la regla 6.ª del art. 66, núm. 1 del CP en orden a la determinación de la pena concreta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...) El art. 74 del Código Penal, tras definir el delito continuado en su apartado 1, dice en el apartado 3 que “quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual”; precisando que, “en tales casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

Sobre la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en este tipo de delitos, la

jurisprudencia de esta Sala no ha sido lo suficientemente clara y pacífica que sería de desear (véase la Sentencia 578/2004, de 26 de abril), lo que no es óbice para destacar las siguientes directrices fundamentales: A) En principio, debe partirse de que el delito de violación no admite la posibilidad de estimar la continuidad delictiva. Cada agresión constituye una ofensa personal y merece la imposición de una pena individualizada (v. SSTs de 27 de marzo de 1987, 4 de octubre de 1993 y de 22 de septiembre de 1995). B) Ello no obstante, en un segundo momento de la evolución de la doctrina jurisprudencial, se ha apreciado lo que se ha de-

nominado unidad natural de acción en aquellos casos en los que, de hecho, se han producido varias agresiones, pero en el marco de una misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación de fuerza o intimidación (supuestos de “iteración inmediata”, en la que todos los actos responden al mismo impulso libidinoso), apreciando la comisión de un único delito, con la lógica posibilidad de individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho (v. SSTs de 10 de diciembre de 1986 y 16 de diciembre de 1991). Y, C) finalmente, existe también una línea jurisprudencial más matizada que, sin desconocer el carácter excepcional que en cualquier caso cabe reconocer en este tipo de infracciones penales a la continuidad delictiva, la admite en aquellos supuestos en que exista una relación sexual duradera, que obedezca a un dolo único o suponga el aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando al mismo sujeto pasivo; concurriendo la homogeneidad de los hechos con la imposibilidad (en algunos supuestos) de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron (v. SSTs de 29 de febrero y 25 de mayo de 1998 y de 26 de enero de 1999); es decir, en supuestos en los que “se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo” (v. STS de 10 de julio de 2002 y la en ella citadas). (...)

Décimo.—(...) Hemos dicho (entre otras, en Sentencia 1297/2003, de 9 de octubre, y últimamente en Sentencia 24-2-2005) que el art. 66, regla primera, del Código penal, dispone que “cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del

hecho, razonándolo en la sentencia”. Esta es la redacción en la fecha de la sentencia de instancia; hoy, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha retocado dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: “razonándolo en la sentencia”, no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución española, y el art. 72 modificado por la LO 15/2003, obliga a los juzgadores al oportuno razonamiento de la concreta dosimetría penal.

Evidentemente, la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas. Aquí, el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con

devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente. Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de las Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función,

que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad.

Sentencia 678/2005, Sala de lo Penal del TS, de 16 de mayo de 2005

VIDEOCONFERENCIA

Arts. 229 LOPJ; 731 bis LECrim.; 24 y 120 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Celebrado el juicio oral sin la presencia física de los acusados, que lo siguieron por videoconferencia desde el establecimiento penitenciario en el que se encontraban internados, la Sala lo anula y ordena su repetición al no considerar suficiente para prescindir de su presencia las genéricas razones de peligrosidad aducidas por el Tribunal de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En efecto, nos hallamos ante una Resolución judicial de sentido condenatorio, dictada tras la celebración de un Juicio en el que los acusados no se hallaban físicamente presentes en la Sala de Audiencia en la que éste se celebraba, sino, tan sólo, a través de una comunicación electrónica, de transmisión del sonido y la imagen, desde el Centro Penitenciario en el que se encontraban internados.

La Audiencia justifica esta circunstancia, para el caso concreto en el que aquí se produce, con base, esencialmente y de forma prácticamente exclusiva, en razones de seguridad dada la alta peligrosidad de los sometidos a enjuiciamiento. Y afirma que, con ello, no se vulneraron los derechos fundamentales de los juzgados, con expresa alusión a los de tutela judicial efectiva y defensa, así como a los principios de legalidad, celebración en audiencia pública, contradicción e intermediación.

Es cierto el que, además de esa razón concreta, también se extienden los Juzgados “a quibus” en otras argumentaciones, éstas de carácter más genérico, en relación con las facilidades y ventajas de todo orden que, según su criterio aporta a la práctica judicial esta nueva posibilidad de celebración de Juicios, entre las que se encuentran las de evitación de molestias a las restantes personas obligadas a comparecer ante el Tribunal, la evitación de suspensiones, la mejor organización de la tarea judicial e, incluso, el ahorro de los gastos motivados por el traslado de los acusados en situación de prisión preventiva. (...)

Tercero.—La primera conclusión que cabría extraer de las reflexiones vertidas por la Audiencia en sus Resoluciones a propósito de esta cuestión no es otra que la del por qué no se celebran ya en la actualidad todos los Juicios orales, al menos aquellos en los que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva, mediante el sistema de videoconferencia pues, según se afirma, todo lo que ofrece esta innovadora fórmula son múltiples ventajas, sin merma alguna de los derechos fundamentales y garantías propios de nuestro enjuiciamiento penal.

Pero esto, evidentemente, no es así. No se puede afirmar que en un futuro los Juicios no lleguen a celebrarse en todos los casos, utilizando los propios términos del Tribunal “a quo”, en forma “virtual”. Sin embargo, hoy por hoy, el principio general es el de que los acusados se encuentren en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados. Y hay indudables razones para ello.

Es cierto y basta la lectura del texto vigente de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial para advertir que la actual normativa procesal permite tal fórmula, a partir de la Reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003 que introdujo el nuevo texto del artículo 229.3, que ahora dispone que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas “...podrán realizarse a través de videoconferencia u otro

sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Y, más en concreto, para el acto del Juicio oral en el procedimiento penal, el nuevo artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al afirmar que “El tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Pero, evidentemente, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa.

Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser “objeto” de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de “sujeto”

activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio.

Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia.

El contenido de la declaración de un testigo, por citar sólo un ejemplo de las múltiples vicisitudes imprevistas que pueden surgir en el desarrollo de la vista oral, es capaz de provocar una necesidad de instantáneo intercambio de información entre el Letrado y su defendido, por lo que no resulta, en modo alguno, insólito, en la práctica judicial, que, en tales ocasiones, se solicite autorización a la Presidencia de ese acto, para que se acceda a esa comunicación. Autorización que, de denegarse, puede plantear indudables problemas en orden al respeto debido al derecho de Defensa.

Esto hace que incluso esta Sala, siguiendo la estela del propio Legislador, se haya pronunciado con determinación en una línea de la que es claro exponente la reciente Sentencia de 2 de marzo de 2005, cuando proclama que:

“En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, cuyo art. 42.2.º prevé que: ‘...el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores...’, lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado”.

Obviamente, con los modernos métodos de comunicación electrónica que aquí se analizan sufren esos planteamientos, tendentes a facilitar plenamente el derecho de Defensa,

salvo que se adopten las medidas oportunas, técnicamente posibles, de comunicación, al menos auditiva, independiente, directa y constante, entre el Defensor y su defendido. Solución que, no obstante, también podría dar lugar, en la práctica, a eventuales complicaciones merecedoras de estudio.

Por ello, al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida.

Quedando, por supuesto, fuera de esa ponderación cualesquiera alusiones a planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, pues es obligación del Estado, dentro del correcto ejercicio de su “ius puniendi”, facilitar los medios necesarios para respetar los principios rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento, siempre que fuere posible.

De modo que sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate.

Amén de aquellos otros supuestos como en los que el Tribunal se haya visto obligado a replicar a una conducta perturbadora con la expulsión del desobediente, en los que, precisamente, la posibilidad de que siga su Juicio a través de medios electrónicos desde un lugar externo a la Sala, como acontece en procedimientos de los que conocen ciertos Tribunales supranacionales, se erige en el más eficaz y garantista sucedáneo de la presencia física de quien ha forzado, de manera inevitable, esa situación.

Y, en este sentido, las razones de seguridad que se esgrimen, de manera fundamental, en el caso que nos ocupa, atendiendo a la elevada peligrosidad apreciable en alguno

de los acusados, aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados.

Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo.

De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante video-

conferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos.

Cuarto.—En consecuencia, procede la estimación de los Recursos que plantearon los aludidos motivos relacionados con la analizada cuestión, a propósito de la celebración del acto del Juicio sin la asistencia personal de los acusados, comunicados con la Sala de Audiencia en la que eran juzgados a través de videoconferencia, procediendo por ello, y sin posibilidad de entrar en el análisis de los restantes motivos planteados en los Recursos de los condenados ni del interpuesto por el Abogado del Estado como responsable civil subsidiario, la declaración de nulidad de dicho acto y ordenando, a pesar de la frustración que ello supone dado el largo tiempo ya transcurrido desde el acaecimiento de los hechos objeto de las actuaciones, la celebración de un nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición del que participó en el Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente el adecuado ejercicio del derecho de Defensa de los recurrentes, posibilitando la asistencia a los mismos de sus Defensores, en comunicación con ellos, presentes en la misma Sala de Audiencia.

Sentencia 717/2005, Sala de lo Penal del TS, de 18 de mayo de 2005

AMENAZAS. ALEVOSÍA. ABUSO DE SUPERIORIDAD

Arts. 22, núms. 1.º y 2.º, 169.2 y 620.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analizan con detenimiento los criterios de separación entre delito y falta de amenazas, así como (en un caso de tentativa de homicidio) entre las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Con un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal denuncia la indebida aplicación del art. 620.2 del Código Penal, y correspondientemente postula la aplicación del art. 169.2 del propio Cuerpo legal. En definitiva, la Sala sentenciadora de instancia calificó los hechos que enseguida transcribiremos como de falta de amenazas, y el Ministerio Fiscal considera que estamos ante un delito de la propia significación jurídica.

El relato fáctico dice lo siguiente: “...en el transcurso de estas situaciones de violencia (se refiere al notable deterioro de las relaciones afectivas) le llegó a decir (Rodolfo a María Virtudes) “cuidado lo que dices”, “te voy a buscar”, “te voy a cortar el cuello y se lo voy a llevar a tu padre”, manifestando asimismo que iba a matar a su padre, todo ello fue provocando a la Sra. María Virtudes un estado de ansiedad, angustia y temor permanente”.

Tales expresiones se enmarcan, y así debe tenerse en cuenta para juzgarlo, en una serie de episodios de violencia intrafamiliar (en este caso, de género), de inusitada gravedad, que culminaron con los hechos producidos el día 22 de noviembre de 2002, base del delito de homicidio en grado de tentativa, como tendremos ocasión después de analizar más detenidamente.

La Sala sentenciadora de instancia subsumió tales hechos en la falta de amenazas tipificada en el art. 620.2 del Código Penal, por las siguientes razones, que este Tribunal no comparte, razón por la cual ya anuncia la estimación del motivo.

Dice aquella Sala que las frases amenazantes tienen lugar en un período de tiempo anterior a la comparecencia de María Virtudes en la Comisaría de Policía, efectuada el día 4 de julio de 2002, para denunciar los

hechos que venían sucediendo desde el mes de diciembre de 2001. El delito de amenazas no requiere la inmediata denuncia para que se colmen los requisitos jurídicos del tipo, si la gravedad de las expresiones, la seriedad del mal con que se conmina, y las circunstancias de todo orden que han de barajarse revelan que la víctima se ha visto compelida a un extenso sufrimiento psíquico de temor por tales expresiones. El “*factum*” así lo pone de manifiesto: no solamente las palabras son por sí mismas suficientemente ilustrativas del mal con que se amenaza (te voy a cortar el cuello, entre otras), sino que las mismas producían en la Sra. María Virtudes un sentimiento de ansiedad, angustia y temor permanente. Si ello lo unimos con todos los episodios de violencia que se narran en el relato histórico, especialmente lo acontecido con el bebé de ambos, la situación de angustia no puede estar más que justificada. Y si finalmente los hechos terminan por demostrar la realidad de las amenazas del acusado, dando rienda suelta a sus instintos mediante una serie de disparos con un rifle, en plena calle, de coche a coche, a modo de triste secuencia cinematográfica, con dolo de matar a su pareja, no es difícil enmarcar tales expresiones en el delito previsto en el art. 169.2 del Código Penal. Como señala el recurrente, el hecho de que la víctima soporte durante un tiempo más o menos prolongado una situación de violencia doméstica —en la que se enmarcan las referidas amenazas—, hasta que se decide a denunciar en Comisaría los hechos, relatando pormenorizadamente los diferentes episodios vividos hasta entonces, no puede ser un índice de la mayor o menor gravedad de las amenazas proferidas y la decisión de denunciar no es indicativa de la mayor o menor seriedad de ésta, mucho menos en este marco, en donde bien es sabido que la víctima debe vencer dificultades de todo orden antes de decidirse a dar este paso legal. Y la seriedad de la amenaza es indicativa tam-

bién del criterio del juez de instrucción de concederle la oportuna orden de protección, dictando el alejamiento del infractor.

El segundo argumento de la Sala sentenciadora de instancia es que no se produjeron daños físicos (“sin que, afortunadamente, sufriese ningún mal físico”). Pues, bien, ni el delito de amenazas requiere que las amenazas se traduzcan en realidad, pero es que, además, en el caso enjuiciado, el episodio ocurrido el día 22 de noviembre de 2002 revela bien a las claras que sucedió todo lo contrario. A punto estuvo la denunciante de perder la vida, en las tres secuencias de persecución en coche, bajo una lluvia de disparos producidos por un rifle de palanca, cargado con cartuchos, de la marca “Winchester” que portaba el acusado, consumándose en consecuencia las palabras en los hechos.

El tercer elemento lo relaciona el Tribunal “a quo” en la falta de reiteración de las amenazas, lo que no es del todo cierto, si leemos el “factum”, ya que tales expresiones se producen a lo largo de la convivencia entre el acusado y su pareja, y desde luego, no lo precisa el tipo penal aplicable, teniendo aquéllas claros signos de apariencia de realidad, lo que demostraron después los hechos, si es que había alguna duda de la literalidad de las mismas. Tan creíbles fueron las amenazas que la Sra. María Virtudes solicitó y obtuvo una orden de alejamiento para garantizar su protección personal.

La jurisprudencia de esta Sala, ya desde antiguo (SS. 9-10-1984, 18-9-1986, 23-5-1989 y 28-12-1990), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consume con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales: 1.º) Una conducta por parte del

sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal; 2.º) Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que la expresión del propósito sea persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y 3.º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad (SS. 4-11-1978, 13-5-1980, 2-2, 25-6, 27-11 y 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985 y 18-9-1986).

El Código Penal de 1995, tras tipificarse el delito de amenazas de un mal integrante de delito, y de un mal no constitutivo de delito, si son condicionales, en el apartado 2.º del art. 620 se sanciona como falta la provocación de una amenaza de carácter leve, con lo que la contravención tiene un carácter residual, refiriéndose a las conminaciones de males no constitutivos de delito, sin imposición de condición.

El criterio de la Jurisprudencia manifestado, entre otras, en las Sentencias de 11-2 y 23-4-1977, 4-12-1981, 12-2-1985, 6-3-1985, 23-5-1985, 27-6-1985, 20-1-1986, 13-2-1989, 30-3-1989, 23-5-1989, 3-7-1989, 11-9-1989, 23-4-1990, 18-11-1994 y 25-1-1995, es que la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

En definitiva, la diferencia entre el delito y la falta es siempre circunstancial.

Y en el caso de autos, como ya hemos dejado constancia más arriba, la literalidad de las palabras proferidas, frente a la impresión producida en la mujer, que llegó a solicitar una orden de protección ante su situación de temor y angustia, la conducta agresiva del autor, quien de modo reiterado establecía en sus relaciones con la víctima un comportamiento violento y amenazante, la evidente capacidad de cumplir la amenaza de muerte, al punto de tratar de matar a María Virtudes con empleo de un rifle y una secuencia duradera de implacable persecución desde su vehículo. Todos estos elementos deben conducir a la estimación del motivo, y en consecuencia, condenar a Rodolfo como autor de un delito y no de una falta de amenazas, a la pena que razonaremos en la segunda sentencia que ha de dictarse como consecuencia de dicha estimación. (...)

Tercero.—(...) 2. La circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS. 5-6-1995, 27-4-1996, 7-2-1997 y 21-3-2000, entre otras muchas, y últimamente, Sentencia 1274/2003, de 7 de octubre):

1.º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos exami-

nando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una “alevosía menor” o de “segundo grado”.

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Por su parte, la alevosía según tiene declarado esta Sala, requiere para poder ser apreciada:

a) en cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima;

b) en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar; y

c) que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS. de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992). En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se halla en aniquilar las posibilidades de defensa.

De modo que son tres las modalidades de la alevosía admitidas jurisprudencialmente:

a) la proditoria que, como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa;

b) la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto y la ejecución; y

c) la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento, en este caso como característica más genuina de la cobardía común (Sentencia citada de 21-6-1999).

3. Hemos dicho reiteradamente que la utilización de un arma de fuego por parte del agresor en un delito contra la vida, convierte ordinariamente su acción en alevosa, ante la anulación de toda defensa que pueda desplegar la víctima, que inerte ante tal acometimiento, se le priva de toda posibilidad de defensa, que es lo que constituye la esencia de tal circunstancia agravante. Ahora bien, el caso que resolvemos es de esos que podemos decir "límites", entre la concurrencia de alevosía y el apreciado abuso

de superioridad. Para resolverlo, y desestimar el motivo, como ya anunciamos, hemos de partir de las consideraciones de que parte la Sala sentenciadora de instancia y de su apreciación probatoria mediante la inmediatez, lo que se ha traslucido en el relato histórico que hemos dejado anteriormente transcrito. Dice el Tribunal "a quo", y en ello conviene la recurrente, que el acusado no aprovechó las circunstancias en las que la víctima se hallaba para asegurar la eficacia de su acción agresiva, en primer lugar, por tratarse de un encuentro casual, y después, porque se aproximó al vehículo de su expareja, con el rifle en la mano, pero sin disparar, como pudo bien hacerlo, y dio tiempo a que María Virtudes se apercibiera de las intenciones del acusado, bloqueara los pestillos, activara las luces de alerta ("warning"), y se pusiera en marcha, cuando las condiciones del tráfico se lo permitieron, produciéndose a continuación la desdichada persecución que protagonizó aquél.

No se anularon, pues, todas sus posibilidades defensivas, aunque se aprovechó la ventaja que el arma suponía en un claro desequilibrio de fuerzas, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar. (...)

Sentencia 721/2005, Sala de lo Penal del TS, de 19 de mayo de 2005

ERROR DE PROHIBICIÓN

Art. 14.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras reconocer la posibilidad de que el funcionario policial pueda apelar a la causa de justificación de legítima defensa (y no sólo al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del cargo), analiza la resolución los criterios que determinan la evitabilidad del error sobre los presupuestos de una causa de justificación (que califica como error de prohibición).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El segundo motivo, error de derecho por la inaplicación de la eximente de cumplimiento de un deber, art. 20.7 del Código Penal, aparece correctamente resuelto en la sentencia impugnada por lo que nos remitimos a cuanto se fundamenta en la Sentencia. Es claro que, como el recurrente afirmó en el enjuiciamiento, si disparó lo hizo para preservar su integridad física, consecuentemente la justificación que se postula no puede ser la del cumplimiento de un deber, sino la de legítima defensa. Por otra parte, el ordenamiento jurídico, que autoriza el empleo de medios de coacción a los agentes de la autoridad para el cumplimiento de sus funciones, no autoriza el empleo de armas de fuego para la detención de presuntos delinquentes en huida de las intimaciones de los funcionarios policiales. La posible agresión a que se vean sometidos podrá ser justificada, cuando concurren los requisitos previstos en la ley, por la vía de la legítima defensa.

En el primero de los motivos de la oposición denuncia el error de derecho, denunciando la indebida aplicación del art. 14.3 del Código Penal, reputando de invencible el error sobre los presupuestos de la causa de justificación de legítima defensa, al entender que la situación que se describe en el relato fáctico, del que se parte en la impugnación, debió ser considerada como error invencible, en lugar de error vencible declarada en la sentencia.

La clásica distinción entre error de hecho y de derecho, y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el art. 14 del Código Penal vigente, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, bien porque yerra sobre la prohibición contenida en la norma, error de prohibición directo, bien porque su error recae sobre los presupuestos de una causa de justificación,

como la creencia errónea sobre la existencia de una agresión ilegítima, error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, directo o indirecto, la norma penal del art. 14.3 del Código prevé la misma solución, la exclusión de la responsabilidad penal, si el error es invencible, o la disminución de la consecuencia penal en uno o dos grados, si el error es vencible. La jurisprudencia ha destacado la necesidad de la acreditación del error y también que ha de atenderse para su valoración a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, esto es a las circunstancias culturales, psicológicas, etc., de quien pretenda alegar el error.

En los términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo, “doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación”.

Esta misma sentencia aborda el núcleo de la discusión de este recurso, la valoración sobre la valoración de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, afirmando que ésta ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstan-

cias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

También ha de ponderarse que el margen de error es distinto cuando la situación fáctica a valorar parte de una agresión real, aunque dimensionada de forma errónea, que cuando la agresión es irreal, pues, en este caso, "el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo" (STS 755/2003).

Con las anteriores premisas abordamos la función casacional que nos corresponde, en

este supuesto valorar la corrección de la declaración del tribunal de instancia sobre la vencibilidad del error existente. El tribunal ha tenido en cuenta la profesión del acusado, policía en una función propia de su actuación profesional. Realiza diecisiete disparos, de ellos varios al aire, sin que a esa utilización de un medio coactivo, como lo es el arma de fuego, y de sonoridad manifiesta se siguieran respuestas por parte del perseguido con el arma que creía que llevaba. Esa ausencia de respuesta a los disparos realizados debió vencer la situación de error sobre la llevanza de un arma de fuego por parte de la persona a la que perseguía. Añadimos, para comprobar la lógica de la decisión del tribunal el análisis de la pericial que relata la realización de los disparos a escasa distancia, 150 cm. y 50 cm., respectivamente, lo que permite comprobar las circunstancias concurrentes en el momento de los disparos, de lo que no hacemos otra valoración jurídica que pudiera ser lesiva para el recurrente pero que, en todo caso, anula la pretensión de invencibilidad del error que se postula en el recurso.

De la anterior exposición se deduce, con arreglo a las leyes de la lógica, que el acusado pudo haber vencido el error sobre la concurrencia de una situación de agresión ilegítima que legitimara su conducta de disparar a matar al perseguido, pues al tiempo de la realización de los disparos las circunstancias concurrentes podían haber disipado la situación de error que padecía.

Sentencia 646/2005, Sala de lo Penal del TS, de 19 de mayo de 2005

ESTAFA. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Art. 251.2 Código Penal (Art. 531.2 Código Penal 1973)

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

SÍNTESIS

Se realiza un amplio análisis de la modalidad de estafa impropia recogida en el art. 251 núm. 2 del CP, señalando las diferencias existentes entre

la regulación ahora vigente y la prevista en el CP Texto Refundido de 1973, extendiéndose también sobre el problema de la imputación objetiva en la estafa, en conexión con el principio de autorresponsabilidad. Se extractan finalmente algunas consideraciones relativas al alcance de la responsabilidad civil derivada del mencionado delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Fidel y “Temptra, SL”. (...)

Segundo.—Igualmente debemos recordar que, no obstante el laconismo del texto del párrafo 2.º del art. 531 CP puede afirmarse que la doctrina legal ha completado, sin una discusión, los requisitos que configuran el delito consistente en disponer de un bien sabiendo que estaba gravado. Así la jurisprudencia ha declarado:

a) Es indiferente que el bien sea mueble o inmueble.

b) Que se trate de cosa propia —aunque el delito puede ser cometido cuando se actúa con poder y representación del propietario, también para diferenciarse del párrafo 1.º

c) Ha concretado el concepto de gravamen, que no limita exclusivamente a los reales (como prendas o hipotecas), sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales, ciertas prohibiciones de enajenar, etc.

d) Como la estafa tipo, el engaño es también exigible en ésta, con la palabra “sabido” (ahora “ocultando”) la existencia y subsistencia del gravamen.

e) El perjuicio patrimonial que no exige que sea determinado con absoluta precisión, bastando con que rebase la cifra que le diferencia con la falta.

f) La circunstancia de que la enajenación fraudulenta afecta a bienes muebles o

inmuebles, propia que unas veces el perjudicado era el adquirente (generalmente ante gravámenes reales), otras veces lo será el titular del gravamen, si no es real ni se refiere a inmuebles, pues entonces entrarán en juego los preceptos civiles sobre créditos preferentes.

h) Finalmente la existencia del ánimo de lucro y la relación de causa a efecto entre engaño y perjuicio son obvios en todo delito de estafa (SSTS 692/1997, 795/1998, de 26 de mayo; 2193/2001, de 19 de noviembre; 1080/2001, de 9 de julio; 282/2001, de 21 de febrero).

Respecto al argumento de que la tipicidad descrita en el art. 531.2 C. 1973 es inaplicable, considera el motivo que la sentencia infringe normas sustantivas a tener en cuenta en la aplicación de la Ley penal, a saber los arts. 433, 609, 1095 y 1462 CC en cuya virtud y conforme a la teoría del título y el modo que rige en nuestro derecho civil, para la adquisición del dominio y demás derechos reales se exige la concurrencia tanto de una causa remota (título), consistente en el acuerdo sobre el precio y la cosa, como de una causa próxima (modo de adquirir) inexistente en la entrega real, simbólica o fáctica de la cosa.

La sentencia sitúa el momento de la comisión del delito en la firma del documento privado de 20-5-1995, la constitución de la hipoteca se había producido el 13-11-92, y en el momento de la firma de aquel contrato no se informa al adquirente de la existencia de la hipoteca previamente constituida. Con posterioridad se produce por el adquirente el

pago del precio. Tras ello el 7-5-1996 por Miguel, informando que él no podía firmar la correspondiente escritura —pues no era el titular del inmueble— procede, no obstante, a la entrega de llaves al comprador. No se ha otorgado hasta la fecha escritura pública de compraventa.

En estos supuestos (constitución de hipoteca con anterioridad a la entrega) entiende el recurrente que es doctrina reiterada de esta Sala la que sostiene que tal conducta no resulta incardinable en el art. 531 C. 1973. Así quien aun habiendo vendido un bien en documento privado no ha perdido la condición de dueño por falta de la entrega de la cosa, ni se finge dueño cuando la enajena grava o arrienda con posterioridad, no incurriendo, por tanto en la conducta prevista en el art. 531.1.º CP 1973, ni tampoco podría ser incardinable su conducta en el art. 541.2.º al faltar el requisito esencial de haber enajenado, haber dispuesto del bien en el sentido de haber verificado la efectiva traslación de su dominio.

En definitiva se sostiene en el motivo que con arreglo a una tal concepción del modo de adquirir la propiedad, a cuya luz habrá que interpretar las conductas descritas en el art. 531 CP 1973, el CP 1995, tipificó expresamente, abordando una cierta laguna de punibilidad denunciada en la doctrina, la conducta de quien habiendo enajenado como libre cosa mueble o inmueble la gravare o enajenare nuevamente antes de la efectiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero (art. 251.2 CP), precepto de imposible aplicación retroactiva a los hechos declarados probados en la sentencia conforme a lo dispuesto en los arts. 2.2 CP y 9.3 CE.

El motivo no puede ser acogido.

Ciertamente, como señala la STS 1329/2003, de 18 de octubre, la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales.

Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609, 1095, 1462 CC) de for-

ma que no consumándose la venta con la “traditio” el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código, Jurisprudencia tanto anterior como posterior a la reforma del artículo 531 por la Ley de 1983 (SSTS 17-12-1976, 17-11-1977, 19-2005 y 18-10-1978, 22-07-1984, 25-02-1985, 26-07-1988, 26-2005 y 15-10-1990, 29-01-1992, 19-06-1997, 02-04-1998, 20-07-2000, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin “traditio” y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos CC (SSTS 09-10-1968, 15-04-1970, 21-03-1977, 11-06-1979, 20-10-1988, 30-03-1990, 03-07-1992, 14-02-1994, 13-10-1998, 28-06-2002 n.º 1193, 19-11-2002 n.º 1927, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código Civil el artículo 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 CC, que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia me-

ramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis que considera suficiente la venta en documento privado sin “tradicito” posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de “doble venta”. Como expone la reciente STS n.º 1193/2002, de 28/2006, con cita de la precedente de 14-02-1994, “la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código Penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado”, añadiendo que “si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el

perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo 1450 del Código Civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código Penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado”. La STS n.º 1927/2002, de 19 de noviembre, abunda en esta línea, con cita de la S. 1193/2002, argumentando que “los dos párrafos del art. 531 del CP, Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato —título— no ha transmitido la cosa —modo—, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la “tradicito”, entendiendo que existe un derecho de crédito del “comprador”; frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (TR 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del Código Penal aplicable a los hechos”.

De conformidad con esta línea precedente, debemos concluir que el presente caso la

conducta atribuible al recurrente si tiene encaje en el delito del art. 531.2 CP. No se trata de quien habiendo vendido en documento privado, posteriormente constituye una hipoteca, conducta que con anterioridad a la adición del último párrafo del apartado 2.º (“habiéndose enajenado como libre la gravare... antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero”), podrá plantear los problemas sobre la necesidad o no de tradición real o ficticia en aquella primera venta, supuesto contemplado en la STS 1012/2002, de 30 de mayo, sino de hipoteca previamente constituida, que se oculta en el momento de la venta en documento privado, conducta que integra el tipo del art. 531.2, actual 251.2, primer párrafo (“el que dispusiera de una cosa mueble o inmueble ocultado la existencia de cualquier carga sobre la misma...”) cuya tipología requiere:

a) que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida ésta en su más amplio significado.

b) que a través del mismo haya sido transferido dicho objeto como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen.

c) que con conocimiento de tal gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando esta existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro; y

d) que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero (SSTS 759/1998, de 26 de mayo; 2193/2001, de 19 de noviembre; 1080/2001, de 9 de julio).

El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa en el momento de la celebración del contrato, de ahí que al concertarse las respectivas voluntades es cuando el vende-

dor debe hacer uso de su deber de información (STS 17 de febrero de 1990).

Tercero.—Finalmente en este mismo motivo primero argumenta el recurrente que en el hecho probado se describe una realidad incompatible con la existencia de engaño bastante propio del delito de estafa del art. 531.2 CP 1973 o 251.2 CP 1995, cual es que a la fecha de la suscripción del contrato privado de 20 de mayo de 1995, las circunstancias de ser el bien inmueble titularidad de la mercantil “Tempra, SL” y hallarse gravado con hipoteca a favor de la Caixa de Girona eran “operaciones debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad”, que no obstante fueron conocidas por el comprador sino “después de firmar el contrato reseñado, haber efectuado el pago íntegro de las cantidades pactadas y haber recibido las llaves del piso”, lo cual permite la aplicación al supuesto presente de la doctrina jurisprudencial que señala que entre el engaño y la disposición patrimonial debe darse una relación de causalidad que quede excluida cuando el sujeto pasivo ha omitido un comportamiento diligente en la conclusión del negocio jurídico, esto es, cuando el sujeto de la disposición patrimonial tuvo la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar engaño bastante en el sentido del tipo del art. 528 ó 531.2 CP, como sucede en el caso que se examina en el que la existencia del Registro de la Propiedad pudo llevar al comprador a conocer la existencia del gravamen y al no acudir al Registro para comprobarlo el engaño no puede considerarse idóneo y no puede hablarse de estafa.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca que tiene carácter constitutivo, no empece la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase, porque en el ámbito de la compraventa el Legislador ha querido constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador re-

lativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes en el momento mismo del acuerdo de voluntades generador de la obligación, porque lo expresamente reputado como constitutivo del engaño en el art. 531.2 CP, no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para describir la situación real de la finca, porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que impliquen disposición constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes.

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.

En todo, existe un margen en que se 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 defenderá de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones a que se obliga. Cada parte, las relaciones que concurran entre las partes contratantes, las circunstancias personales del sujeto pasivo y a la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

De acuerdo con este principio de autorresponsabilidad, la doctrina ha excluido la imputación objetiva en la estafa de los siguientes casos:

a) Negocios de riesgo calculado o especulativos, por ejemplo, la concesión de créditos sin comprobar el estado patrimonial del solicitante.

b) Relaciones jurídico-económicas entre comerciantes. Se entiende que existe coresponsabilidad, pues los móviles de diligencia exigidos en este caso son mayores.

c) Utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, pues siempre hay una actuación negligente del comerciante o de la entidad emisora y pueden ser fácilmente evitables con una mínima diligencia.

d) Casos de excesiva comodidad de la víctima, en los que hubiera podido evitar el error con el despliegue de una mínima actividad.

Doctrina esta que no sería aplicable al caso que se examina. La inscripción en el Registro de la Propiedad que necesariamente acompaña a toda hipoteca (es un elemento formal constitutivo de la misma) no impide que este delito pueda cometerse. Es claro que cuando el comprador adquiere el inmueble en una Agencia API con establecimiento abierto al público y oferta de venta del mencionado inmueble, no hay desconfianza en el adquirente que le incite a acudir al Registro Público para comprobar si hay algún gravamen sobre el bien que adquiere. En todo caso, como dice la STS 846/2000 de 22-5, incluso sin las circunstancias específicas del presente supuesto, es claro que la posibilidad de acudir al Registro de la propiedad para conocer la existencia del gravamen no impida la realización del delito (SS. 13-10-1987, 12-11-1987, 15-10-1999, 23-1-1992, 4-9-1992, 25-9-1992, 207/1996, de 29 de febrero, 115/1997, de 29 de enero, 1158/1997, de 22-9, 18-3-1998, 26-5-1998, 24-7-1998, 1182/1998, de 13-10, 5-11-1998 y 25-1-2000).

De admitirse la tesis del recurrente estaríamos vaciando de contenido el art. 251.2 CP, es decir, este artículo sería inaplicable y, por decirlo de otro modo, sobraría. Por ello si el CP prevé la estafa inmobiliaria es porque prevé la posibilidad de que se venda un inmueble gravado con hipoteca, sin poner de manifiesto el vendedor al comprador la existencia de tal gravamen y sin que el comprador haya consultado el Registro de la

Propiedad, más aún en el caso que se examina en el que la venta se hizo a través de una agencia API y el contrato fue redactado por el encargado de la misma, confiando el comprador en la solvencia y honradez de una Agencia dedicada con titulación oficial a la intermediación inmobiliaria incumpléndose por aquél su obligación legal de hacer constar en el contrato la existencia de cargas en el inmueble. (...)

Séptimo.—El cuarto motivo de casación, por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim por errónea aplicación de los arts. 109 y 110 CP 1995 e indebida inaplicación del art. 111 del mismo Texto Legal (arts. 101 y 102 CP 1973). Entiende el motivo que la sentencia en materia de responsabilidad civil aplica acumulativamente las consecuencias de restitución, reparación e indemnización, siendo así, que a tenor del hecho probado y la estructura típica de la estafa, atendible por ser obligación “ex delicto” y no “ex contrato”, una tal consecuencia habría de constreñirse a la restitución, es decir, a la devolución con intereses del precio pagado con la cosa y eventualmente de lo pagado por el Sr. Cristóbal, por la cesión de la hipoteca, dado que el Legislador, art. 110 CP, relaciona las consecuencias civiles “ex delicto”, según un orden de prelación en el que figura con carácter preferente la restitución que “siempre que sea posible” es excluyente de la reparación.

El motivo no puede prosperar.

La restitución de los mismos bienes es la primera vía de reparación con carácter general en los delitos contra el patrimonio (art. 110 CP 1995, art. 101 CP 1973) pero no la única. Así la jurisprudencia, STS 22-10-2002, precisa que la restitución es solo susceptible de imponerse jurídicamente en los casos de ilegítima disposición pues según el diccionario “restituir” es volver una cosa a quien la tenía antes. El recurrente cuestiona esta afirmación sosteniendo que la restitución es prioritaria a la indemnización, por esto solo es cierto cuando exis-

tiendo la cosa, el perjudicado hubiera sido desposeído de la misma, lo que no ha sucedido en el caso presente, precisamente porque el Sr. Cristóbal adquirió la propiedad del inmueble mediante compraventa perfecta y consumada con abono total del precio y entrega de las llaves y toma de posesión del piso, y pago de 48.309,25 €, correspondiente a la cesión del crédito hipotecario que en el procedimiento sumario art. 131 LH, se estaba ejecutando en el Juzgado 1.ª Instancia 4 de La Bisbal, autos 251/1998, precisamente por la falta de pago de la hipoteca por los titulares registrales.

Siendo así el pronunciamiento de la sentencia que no acuerda la restitución de la cosa sino la reparación condenando a Fidel, como legal representante de “Tempra, SL” a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa, y a ambos acusados como responsables civiles directos a devolver la suma de dinero pagado por el Sr. Cristóbal por la compra del crédito hipotecario, debe entenderse correcto.

En efecto ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1 CP) es el propio procedimiento penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (art. 109.2 y concordantes del CP, art. 111 y concordantes LECrim.).

Sentado que los perjudicados cuentan con la opción legal de acudir al proceso penal para deducir sus pretensiones civiles derivadas del hecho delictivo, no existe norma legal alguna que limite el contenido de tales pretensiones a las propias de la responsabilidad extracontractual, una interpretación tanto literal como lógica, y sistemática de todas las normas sobre responsabilidad civil “ex delicto” —así las contenidas en el CP como en el CC— ha de llevarnos a la inequívoca conclusión de que los perjudicados pueden deducir en el seno del proceso penal cualquier tipo de pretensiones civiles “ex delicto”.

to”, tanto de condena como meramente declarativas o incluso, constitutivas.

Por tanto, si el perjudicado puede en el proceso penal ejercitar cualquier tipo de acciones tendentes a lograr cualquiera de las contenidas que a la responsabilidad civil “ex delicto” asigna el art. 110 CP, es evidente que estará en libertad para configurar su pretensión en los términos que le parezca más convenientes, sea fundándola en supuestos de responsabilidad contractual o extracontractual, lo que vendrá normalmente indicado por la formulación de la conducta típica que sea objeto de enjuiciamiento.

Esto es, parece evidente que las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el CP pueden integrarse con lo que el Derecho Civil dedica a las distintas formas de responsabilidad civil, las cuales tendrán así carácter supletorio respecto de los arts. 109 y ss. CP, supletoriedad que no se refiere única y exclusivamente a las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, sino a todas las disposiciones civiles reguladoras de las distintas modalidades de responsabilidad, y por supuesto, a la responsabilidad contractual.

Siendo así, el art. 1124 CC faculta al perjudicado a escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolu-

ción, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resulta imposible. Habiendo optado el querellante por la primera, esto es, exigir el cumplimiento mediante el otorgamiento de la escritura pública y la indemnización de daños y abono de intereses nada puede objetarse a tal posibilidad.

La petición resolutoria del recurrente, deviene, por el contrario, inadmisibile. La resolución solo puede solicitarla quien ha cumplido por su parte (SSTS Sala 1.ª 20-12-1993, 9-5-1994, 24-11-1995, 24-9-1997, 5-7-1999), constituye, por ello, un principio básico en materia de resolución contractual, aquel que niega dicha facultad al titular de una obligación recíproca que hubiera dejado de cumplir lo que a él incumbía, es decir, para ejercitar la facultad resolutoria, el reclamante tiene que aparecer como fiel cumplidor; independientemente de la conducta atribuible a la parte contraria pues en otro caso nos encontraríamos ante dos incumplimientos recíprocos, en vez del supuesto que contempla el precepto legal (STS 13-3-1990). Según reiterada doctrina de la Sala Casación civil (SS. 18-3 y 22-5-1991, 8-5-1994), se exige a quien pretende resolver que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales (SSTS 9-5-1996, 9-7 y 4-12-1998).

Sentencia 652/2005, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2005

PERICIAL. ANÁLISIS QUÍMICOS

Arts. 788.2 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Propuesta en el juicio ordinario como prueba documental la pericia relativa a análisis químicos sobre sustancias de tráfico prohibido con impug-

nación de la defensa, la Sala confirma la sentencia absolutoria del Tribunal de instancia y niega la posibilidad de extender al proceso ordinario lo que con carácter excepcional por razones prácticas y de mera funcionalidad está previsto para el abreviado en el cual, en ausencia de previsión legal al respecto, tan sólo cabría admitirla ante un grado absoluto de consenso entre todas las partes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de instancia, de contenido absolutorio, plantea, en un único motivo y con apoyo en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, al no haberse tenido en consideración, por el Tribunal de instancia, la prueba pericial referida al análisis de la sustancia ocupada a los acusados, propuesta como documental en el escrito de Conclusiones Provisionales de la Acusación, lo que determinó, a la postre, la absolución de aquellos.

El Ministerio Público, en definitiva, lo que solicita es que se anule la Sentencia de la Audiencia y que se le ordene que dicte una nueva, en la que valore el contenido de los folios del Sumario relativos a la pericia química de referencia, y enfatiza al poner de relieve la trascendencia que nuestra decisión ha de tener para el funcionamiento mismo de la Fiscalía, si bien reconoce que ya existe otra Resolución reciente de esta misma Sala, en concreto de fecha 21 de enero de 2004, que desestimó una pretensión semejante a la ahora planteada.

Para una adecuada comprensión de la cuestión que aquí se nos somete, han de describirse previamente los sucesos procesales que dieron como resultado la decisión que se impugna.

Se trata de unas actuaciones seguidas, por delito contra la Salud pública y en los trámites del Procedimiento Ordinario, contra tres personas a quienes se ocupó un paquete que supuestamente contenía sustancia de tráfico prohibido. Sustancia que fue analizada, incorporándose el resultado de ese análisis al Sumario.

En su escrito de Acusación el Fiscal no interesa la práctica, en el Juicio oral, del correspondiente Informe pericial sobre este extremo y, en su sustitución, sí que solicita que se tenga dicha prueba en cuenta, como documental, a partir de los folios, unidos a las actuaciones, que el resultado de la misma incorporan. Prueba que será, posteriormente, admitida por la Audiencia.

A su vez, una de las Defensas, en sus Conclusiones Provisionales, impugna expresamente esa documental, aunque sin indicación alguna de las razones para ello.

El Juicio se celebra, por lo tanto, sin la presencia de los peritos y sin que Acusación ni Defensas aludan a esa circunstancia en ningún momento, hasta la práctica de la documental en la que se interesa por todas las partes que sea tenida en su integridad por reproducida, excepto la manifestación de la Defensa que reitera su concreta impugnación de aquellos documentos en los que figura la analítica.

Los Juzgadores “a quibus”, finalmente, acuerdan la absolución de los acusados ante la ausencia de acreditación suficiente de la naturaleza de la sustancia intervenida, lo que motiva el Recurso del Fiscal.

Así las cosas, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la determinación del carácter de la sustancia objeto del delito es, obviamente, determinante a la hora de un enjuiciamiento como el presente y que dicho extremo ha de acreditarse mediante la correspondiente pericia.

Tan sólo la conformidad de todas las partes con el contenido de los documentos, incorporados a las actuaciones, en los que el resultado del análisis se recoge, permite al Tribunal acceder a su valoración, a pesar de esa desnaturalización del medio probatorio, inicialmente configurado como pericial y con posterioridad transmutado en documental.

Es cierto que la Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha introducido una nueva redacción para el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, en su apartado 2 párrafo segundo, ahora literalmente reza así:

“En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

Pero no sólo hay que tener en cuenta que este precepto hace referencia exclusiva a los trámites seguidos en el Procedimiento Abreviado, sin posibilidad de extensión, por su carácter excepcional y excluyente de las garantías y principios generales imperantes en el ámbito probatorio, a un Sumario Ordinario como el presente que constituye el trámite común frente al carácter especial del Abreviado, a pesar de que el Fiscal parece pretender una tal extensión, sino que, además, la propia existencia del precepto transcrito viene a confirmar la inicial ausencia de carácter documental de las pericias incorporadas a unas actuaciones, toda vez que para que puedan ser tenidas como tales se ha visto obligado el Legislador, por razones prácticas y de mera funcionalidad, posiblemente

discutibles desde criterios de estricta constitucionalidad, a introducir la nueva norma, restringida a una clase de procedimientos, en exclusiva, y a concretas pericias adornadas de unas determinadas exigencias.

Evidenciándose con todo ello, por tanto, lo anómalo y extraordinario que resulta pretender hacer pasar una verdadera pericia por prueba documental. Situación que, en ausencia de previsión legal al respecto en el Procedimiento Ordinario, tan sólo cabría admitir ante un grado absoluto de consenso entre todas las partes, que se ve frustrado cuando una de ellas, tan sólo, discrepa de semejante mecanismo manifestando su oposición.

No se nos oculta, no obstante, cómo estos planteamientos, que indudablemente son los únicos correctos desde la perspectiva de las garantías probatorias exigibles en todo procedimiento, pueden también dar lugar a prácticas fraudulentas por parte de determinadas Defensas que utilicen su actividad impugnatoria con espurias finalidades de provocación de dilaciones e innecesarias complejidades procesales que, en realidad, nada aporten a la finalidad de esclarecimiento de la verdad material de lo enjuiciado.

Pero no sólo hay que recordar, una vez más, que la carga de la prueba relativa a los extremos que configuran la tesis acusatoria (y la naturaleza de la sustancia objeto del delito contra la Salud pública evidentemente es uno de ellos de carácter esencial) incumbe en exclusiva a quien sostiene esa Acusación y que hacerlo mediante documentos, en este caso tan obvio de pertinencia de la pericia, debe ser tratado como una excepción tan sólo autorizada si no media oposición alguna, sino que, además, existen también otros mecanismos, a disposición del Fiscal y de los propios Juzgadores, para combatir las referidas prácticas contrarias a la buena fe procesal, sin necesidad de tener que asumir el que, en evitación de éstas, haya de despreciarse totalmente la manifestación impugnatoria carente de fundamento expreso y tener por bueno el resultado de una pericia, consignada documentalmente y

sin sometimiento a posibilidad de contradicción propia de aquella.

Es cierto que, como dice el Recurso, razones de igualdad de trato a las partes podrían aconsejar la comunicación al Fiscal de la actitud impugnatoria de la Defensa, a fin de que pueda subsanar o completar sus propias solicitudes iniciales, supliendo la omisión legal de un trámite de traslado a la Acusación de los escritos de Conclusiones Provisionales de las Defensas por medio de la entrega de las correspondientes copias o, incluso, haciendo constar estos extremos en el Auto de admisión de pruebas, toda vez que por el mero hecho de la impugnación no ha de derivarse el automático rechazo de la documental propuesta por el Fiscal, lo que también podría cubrir las finalidades de puesta en alerta del Ministerio Público respecto de la actuación de la Defensa, pues dicha documental, en principio, resulta admisible, aunque sometida, como en este supuesto, a las consecuencias derivadas de su ulterior valoración una vez que la Defensa, en el correspondiente trámite, mantenga o desista de su impugnación inicial.

Pero esto no excluye la exigencia de un actuar diligente, por parte del representante del Ministerio Público, ni, menos aún, puede suponer la restricción de las garantías propias del ejercicio del derecho de Defensa, ignorando por completo una expresa manifestación impugnatoria, cuando, como ya se ha adelantado, existían aún mecanismos disponibles para reparar el vacío probatorio.

En este sentido, el Ministerio Público hubiera podido:

a) interesar, en su propio escrito de Conclusiones Provisionales, subsidiariamente y para el caso de que la Defensa impugne la documental propuesta, la comparecencia de los peritos al acto del Juicio, para la práctica del Informe.

b) examinar, previamente al Juicio y en virtud de las facultades de libre acceso que en todo momento ostenta respecto de las actuaciones en curso, los escritos de Conclusiones de las Defensas, y a la vista de ellos

poder formular solicitudes al respecto. Para lo que no pueden ser óbice los argumentos esgrimidos en el presente Recurso en relación con la indudable sobrecarga de trabajo que pesa sobre la Fiscalía o con las molestias que pudieran ocasionarse al funcionamiento de la oficina judicial, pues se trata, tan sólo, del control de aquellos procedimientos en los que se haya propuesto una tan excepcional medida como la de la suplantación de la pericia mediante los documentos obrantes en las actuaciones. Razones las alegadas que, de otra parte y a pesar de su consistencia, nunca podrán ser causa de justificación bastante para la limitación de las garantías aplicables al enjuiciamiento penal de unos hechos.

c) proceder al examen de tales extremos incluso en el inicio de las sesiones del Juicio oral, a fin de interesar la conversión, manteniendo el mismo objeto probatorio, de la inicialmente propuesta prueba documental en pericial practicable en el propio Juicio, en aras de un más completo respeto a las garantías de orden probatorio, e incluso, si es preciso por razones de preclusión de los trámites correspondientes previstos para el Procedimiento Ordinario, proponer al Juzgador que haga uso de la facultad que le confiere el artículo 729.2.º de la Ley de ritos penal, en orden al acuerdo de práctica de pruebas necesarias y no propuestas en su debido momento por las partes.

d) en todo caso, siempre el Fiscal tanto como el propio Tribunal podrán, cuando menos, requerir a la parte para que explicité las razones de su impugnación, a fin de decidir acerca de su fundamento y de si la práctica de la pericia reviste las exigencias de necesidad probatoria, antes de negar toda eficacia a esa voluntad impugnatoria manifestamente expresada, dando por supuesta una mera intencionalidad procesalmente fraudulenta.

Pues bien, en el presente caso, aun cuando la Defensa tan sólo haya explicado los motivos de su impugnación en el informe final, entre otras posibles razones porque en

ningún momento se le han preguntado antes, tampoco el Fiscal, que alude en su Recurso a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ha llevado a cabo ninguna de las iniciativas procesales enunciadas, manteniendo una postura de absoluta pasividad, al parecer en la confianza de que la Audiencia iba a tener por acreditada la naturaleza de la sustancia con base en unos documentos que ni siquiera fueron leídos en fase de prueba documental, para cumplir con ello las mínimas exigencias de contradicción y publicidad propias de la actividad probatoria desarrollada en el acto del Juicio oral penal.

Lo que acontece es que el Tribunal de instancia, con razonable criterio ampliamente expuesto en los Fundamentos Jurídicos Primero a Tercero de su Resolución, no tuvo en cuenta en su decisión esos documentos y procedió a dictar Sentencia absolutoria, debidamente motivada, otorgando con ello, a todas las partes, la tutela exigible en nuestro sistema, que, como es de sobra sabido, no tiene por qué ser obligadamente coincidente con las pretensiones deducidas en Juicio.

Razones por las que procede la desestimación del motivo y, con ella, la del Recurso en su integridad.

Sentencia 670/2005, Sala de lo Penal del TS, de 27 de mayo de 2005

ROBO CON INTIMIDACIÓN

Art. 242.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se precisa en la sentencia el alcance del subtipo agravado de robo con violencia o intimidación por empleo de arma u otro objeto peligroso, rechazando su concurrencia en el caso enjuiciado, en el que se intimida con una pistola de aire comprimido fabricada con material plástico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El acusado recurre en casación contra la sentencia condenatoria formulando un primer motivo al amparo del art. 849.1.º LECrim., alegando que se han infringido por indebida aplicación los arts. 237 y

242.2 del Código Penal en los dos delitos de robo por los que ha sido condenado.

La vía casacional utilizada nos reconduce al contenido del “factum”, donde, sobre el particular, figura que en ambos episodios depredatorios, el agente portaba “...una pistola de aire comprimido fabricada con mate-

rial plástico, sin marca, con número de serie 224302, apta para disparar proyectiles del tipo bola PVC de 6 mm de diámetro, fabricada en Taiwán, en buen estado de conservación y funcionamiento...”.

El Tribunal “a quo” argumenta jurídicamente la aplicación del art. 242.2 CP en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia (pág. 8), fundamentando la integración del medio utilizado en el subtipo agravado no en la condición de “arma”, sino en la de “medio peligroso”, haciendo hincapié en que las pistolas simuladas merecen la consideración de medio peligroso siempre que pese a no poder ser consideradas como armas de fuego por no poder propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora, se hallen integradas por materiales compactos y duros que permitan su utilización como medio agresivo o de naturaleza contundente y exponiendo que la utilización de la pistola de aire comprimido que simulaba una pistola semiautomática “Colt” del calibre 45 ACP, presentaba una perfecta similitud con la pistola antes señalada verdadera y de fuego real, de tal manera que era suficiente para suscitar la correspondiente reacción intimidativa en cualquier persona que se viera encañonada por semejante artefacto, viniendo determinado el peligro derivado de su uso por la reacción susceptible de originar en las personas atacadas, desencadenando estímulos de carácter psíquico-emotivo con repercusión grave sobre la salud de las mismas.

Esta argumentación justificativa de la agravación la contradice el recurrente aceptando que la pistola en cuestión tenía una evidente eficacia intimidatoria, pero no puede inscribirse en el concepto de “medio peligroso” que requiere el subtipo agravado al estar fabricada con material plástico que le priva de la característica de objeto contundente susceptible de producir graves lesiones.

El motivo, que viene apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto, el razonamiento de la sentencia consiste

en que la aplicación del término “objeto peligroso” del art. 242.2 viene determinado por la capacidad de la pistola simulada para producir una eventual afectación al equilibrio psíquico de las víctimas, pero esta hipótesis de perturbación emocional es la propia de todos los delitos de robo intimidatorio en los que el medio para vencer la resistencia de la víctima al despojo de sus bienes consiste, precisamente, en generar un real temor a sufrir el mal con el que el autor amenaza al sujeto pasivo y la agravación que se recoge en el precepto no consiste en un mayor amedrentamiento sufrido por los amenazados con la acción, sino en un mayor peligro de parte del sujeto activo del hecho (sentencia de 4 de febrero de 2000), siendo de subrayar que la doctrina sólidamente asentada de esta Sala ha establecido la exclusión del subtipo agravado incluso cuando la pistola utilizada, aun siendo una auténtica arma de fuego, no es apta para el disparo, con lo que, consecuentemente, se excluye también la aplicación del precepto agravatorio por la eventual perturbación emocional que pudiera sufrir la víctima ante la amenaza de un arma de fuego auténtica de la que el sujeto pasivo ignora que no pueda disparar, de suerte que, en estos casos, la aplicación del art. 242.2 CP sólo sería posible si se considera que el arma constituye un objeto peligroso por su carácter de objeto contundente en virtud del material con el que ha sido fabricada.

Esta necesidad de objetivar los resultados del eventual empleo del medio utilizado por el agente, fundamenta, desde otra perspectiva, la estimación de la censura casacional. Así, en cuanto a su consideración de objeto contundente susceptible de producir efectivos daños a la vida o a la integridad de quien recibe la intimidación, la doctrina de esta Sala viene exigiendo sin fisuras, la constatación de que el objeto empleado esté fabricado por materiales compactos y duros que, utilizados a modo de maza, sean idóneos para producir aquellos resultados, lo que no es el caso al constar como dato fáctico que la

pistola simulada era de plástico, sin más precisiones.

Por otra parte, y para apurar la exégesis, contemplado el instrumento intimidatorio en cuestión según sus propias características de pistola real de aire comprimido, pudiera pensarse que ante esa capacidad real de efectuar disparos de bolitas de PVC de 6 mm propulsados por el gas, nos encontraríamos ante un objeto peligroso “per se”. Sin embargo, esta hipótesis debe ser excluida, pues, examinado el Informe Pericial efectuado (F. 183-185) al amparo de la facultad que a esta Sala le otorga el art. 899 LECrim., allí se concluye que el dispositivo de disparo no permite grandes velocidades en el proyectil, siendo su carácter lesivo escaso, dependiendo del lugar del cuerpo donde impactase y de la distancia de disparo. La fuerza del aire comprimido de esta pistola es escasa para el supuesto de utilizar una bola de plomo o material distinto al plástico co-

mo proyectil, por lo que se infiere el nulo carácter lesivo en este supuesto al ser utilizada.

Así las cosas, la alegación del Fiscal al apoyar el motivo es perfectamente asumible, toda vez que no es apreciable en este caso esa mínima capacidad lesiva necesaria para la agravación. Es verdad que aplicada directamente a algunos órganos especialmente sensibles de forma muy próxima (por ejemplo, un ojo), las lesiones podrían ser graves. Pero eso no es suficiente para calificar de objeto peligroso a esa pistola pues también con otros objetos (un lápiz o el mismo dedo humano) se puede llegar a esos resultados lesivos. El fundamento de la agravante exige algo más que una hipótesis rebuscada. Objetivamente hablando no hay datos que permitan afirmar que el uso de esa pistola de aire comprimido añadía un plus de peligrosidad a la acción (vid. sentencia TS 618/2000, de 10 de abril).

Sentencia 994/2005, Sala de lo Penal del TS, de 30 de mayo de 2005

PROSTITUCIÓN. INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Arts. 188.1 y 313.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se analizan en la sentencia de manera detenida los límites entre el delito de favorecimiento coactivo de la prostitución y el de inmigración clandestina, admitiendo su perfecta compatibilidad. Uno de los magistrados formula voto particular; que también recogemos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Nos resta por examinar el motivo primero que suscita, como conclusión de fondo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la indebida aplicación del concurso entre los delitos relativos a la prostitución y el de inmigración clandestina.

1. Todo su extenso alegato pasa más por la confrontación con el hecho probado que por la vía de la alegación jurídica de la indebida calificación de los hechos.

Hace más hincapié en el tema del artículo 313.1 del Código Penal ya que mantiene que la doctrina acerca de si la prostitución es o no un trabajo no es pacífica. Sostiene que las chicas trabajaban para sí y que, en todo caso, el tipo genérico del artículo 188.1 del Código Penal subsume o absorbe la conducta de la emigración clandestina. El contenido de la sentencia se limita a considerar que se vulneraron los trámites necesarios para la permanencia en España y se les impuso unas condiciones laborales de absoluta desprotección colocándolas en situación de penuria.

2. Nada tenemos que añadir a lo que se dice en el escrito del Ministerio Fiscal sobre la inequívoca concurrencia del tipo de prostitución coactiva que aparece perfectamente descrito en el relato de hechos probados. En este caso, no se discute que se trata de un delito en el que el bien jurídico protegido es el de la capacidad de autodeterminación de las personas mayores de edad para ejercer libre y voluntariamente a la prostitución.

El delito del artículo 313.1 se encuentra bajo la rúbrica general de los delitos contra los derechos de los trabajadores y se castiga cualquier actuación que “promoviere o favoreciere, por cualquier medio, la inmigración clandestina de trabajadores a España”.

Su consumación se produce por el simple desarrollo de las conductas facilitadoras de

la entrada en el territorio español sin cumplir las formalidades aduaneras y las leyes de inmigración de personas que en el caso del artículo 313.1 del Código Penal, debe complementarse con otro elemento del tipo que es la de la condición de trabajador de las personas cuya inmigración ilegal se favorece o facilita. Es necesario analizar separadamente el elemento normativo previo que es el de la inmigración clandestina.

En la STS núm. 1092/2004, de 1 de octubre, se decía lo siguiente sobre esta cuestión: “...conviene recordar que por trabajadores debe aceptarse un concepto amplio que incluya también a quienes pretenden obtener un puesto de trabajo en nuestro país y no solo a quienes ya lo han obtenido, pues como se razonaba en la STS núm. 739/2003, de 14 de mayo, ‘de no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país’.

En cuanto a lo que deba entenderse por inmigración clandestina, en principio no es posible identificarla de un modo excluyente con aquella que tiene lugar evitando los pasos fronterizos establecidos por las autoridades correspondientes de cada país. Inmigración clandestina no es solo aquella que se lleva a cabo mediante una entrada cuya realidad física se oculta a las autoridades, aunque ésta también lo sea.

Dice la STS núm. 739/2003, de 14 de mayo, antes citada, que debemos entender por la inmigración clandestina a la que se refiere el artículo 313 del Código Penal, ‘el hecho de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal. Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en Espa-

ña en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente'. En otras resoluciones se identifica inmigración clandestina con aquella que se efectúa al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España (STS núm. 2205/2002, de 30 de enero de 2003).

En esta sentencia, la núm. 2205/2002, se consideró inmigración clandestina la entrada en nuestro país como turista cuando la finalidad era trabajar en un club de alterne. Y de la misma forma en la STS núm. 1045/2003, de 18 de julio.

Por lo tanto, de un lado, la jurisprudencia ha considerado como trabajador a quien aún no lo era pero pretendía serlo, y de otro lado, consideró favorecimiento de la inmigración clandestina la actividad de quien facilitó la entrada de una persona en el País declarando falsamente una finalidad legítima para su visita, cuando desde un primer momento quien favorecía tal inmigración lo hacía para destinar al inmigrante al ejercicio de la prostitución. También será, pues, inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible”.

El término empleado por la Ley, “clandestino”, puede interpretarse como referido a algo secreto u oculto y según el DRAE, especialmente a aquello hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla. Su significado gramatical referido a la inmigración comprende tanto aquella que no se ve al realizarse a través de lugares no establecidos para ello, fuera del acceso de las autoridades, como aquella otra que se ejecuta mediante mecanismos tendentes a la desfiguración y ocultación de sus aspectos ilegales.

Por otro lado, el bien jurídico protegido son los derechos de los trabajadores, y concretamente en relación al artículo 313.1, frente a las condiciones perjudiciales que se derivan para los mismos de su condición de

inmigrantes clandestinos, lo que favorece su explotación y su sumisión a condiciones no aceptables. Según la STS núm. 1330/2002, de 16 de julio, “el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS de 30 de junio de 2000)”.

La interpretación acogida por la jurisprudencia mayoritaria de la Sala, y mantenida en el Pleno no jurisdiccional de fecha 13 de julio de 2005, no solo es posible gramaticalmente, sino que supone una mejor protección del bien jurídico. No cabe ninguna duda que la condición de inferioridad del trabajador puede surgir tanto de un caso como del otro, que en ese aspecto no presentan diferencias sustanciales.

En el caso actual, se declara probado que, con la finalidad de traer a las víctimas del hecho a España, un hermano de la acusada, les “compró en Brasil, tres pasajes de avión desde São Paulo a París, para el día 31 de julio de 2003, de ida y vuelta, para pasar como turistas”. No se trata, por lo tanto, del incumplimiento del plazo de estancia como turista por parte de las mujeres, ni de la decisión de éstas de quedarse a trabajar una vez consumido el plazo de la estancia legal, ni tampoco de la explotación de unas personas que en su momento entraron como turistas. Lo que se declara probado es que los acusados se organizan para traerlas a España y que, para que entren como turistas en el espacio Schengen, les facilitan un billete de ida y vuelta, con lo cual aparentan una finalidad puramente turística y ocultan la inmigración real, que subyace bajo esa apariencia, a las autoridades encargadas de evitarla.

Por otra parte, el artículo aplicado en la sentencia es el 188.1 en la redacción vigente hasta 30 de septiembre de 2003, que sancionaba la determinación a la prostitución mediante engaño, y otras modalidades. Nada se dice en el mismo respecto de la nacionalidad del sujeto pasivo ni, en su caso, de la

forma de entrada en España. Si se tratara de españolas o de extranjeras residentes legalmente en España, se aplicaría solo el 188.1, es decir, que la conducta consistente en traer subrepticamente a dichas personas a España que no está sancionada por ese artículo y que sin embargo es relevante penalmente, en cuanto aparece sancionada por otro precepto.

Y de otro lado, el 188.2 en la redacción vigente al tiempo de los hechos no se refiere a la entrada, estancia o salida clandestinas. La clandestinidad es un elemento relevante que se sanciona en otros artículos (313.1 CP).

Por todo ello, el motivo se desestima. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN
PALLÍN A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL
RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 516/2004

La interpretación que equipara la entrada clandestina con el acceso a territorio nacional o zona Schengen con documentación absolutamente legal, pero ocultando los verdaderos motivos del viaje no entra en las previsiones del artículo 313.1 del Código Penal y constituye una interpretación extensiva que choca con el principio de legalidad. La clandestinidad en su sentido gramatical y en su esencia político-criminal, solo está constituida por la acción de ocultarse de las autoridades.

La acción que desarrolla el acusado es la realmente prevista en el artículo 313.2 ya que se le imputa haber simulado contrato con engaño si bien determinando la entrada en España, lo que no contempla el tipo sino el favorecimiento, por este medio fraudulento, de la emigración de una persona desde territorio nacional a otro país. Por todo ello, la conducta también quedaría fuera de las previsiones legales estando asimismo vedada la interpretación extensiva que se ha realizado en algunas resoluciones de esta Sala y en la postura que mantiene la Fiscalía General del Estado en su Circular sobre extranjería.

2. Los hechos están claramente incardinados en el artículo 188.1 del Código Penal porque así lo ha decidido la sentencia recurrida. En principio, nada tenemos que objetar a esta inicial calificación ya que ha existido engaño inicial para atraer a las personas y coacción posterior para mantenerlas en la prostitución. La pena prevista es de dos a cuatro años de prisión y de 12 a 24 meses de multa.

3. El legislador, al regular la inmigración clandestina de personas en el artículo 313.1 del Código Penal, añade que deben reunir la condición de trabajadoras lo que, de momento no concurre en las personas que se dedican a la prostitución. Al margen de situaciones previstas en el derecho comparado y de alguna propuesta en este sentido, lo cierto es que se han incluido en el tipo sólo aquellas personas que entren clandestinamente atrayéndolas con la oferta de una ocupación laboral, dada su específica condición de trabajador, sobre cuya existencia se desbordan las previsiones del tipo.

El legislador, dentro de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, (Título XV.bis), contempla, en el artículo 318.bis.2, en la última redacción que no estaba vigente en el momento de los hechos, el tráfico ilegal o la emigración clandestina para la explotación sexual de personas, imponiendo una pena de cinco a diez años de prisión. Una interpretación sistemática nos lleva a establecer claramente que es el propio legislador el que distingue y ya distinguía antes, nítidamente, entre el tráfico ilegal y la inmigración clandestina, considerándolas como dos modalidades distintas si bien, en este caso, las equipara a efectos de penalidad cuando la finalidad última perseguida, por una y otra conducta, es la explotación de la prostitución de las personas o la dedicación de las mismas al tráfico sexual.

4. Por ello, en el momento presente, favorecer la entrada ilegal no clandestina para el ejercicio de la prostitución tiene una mención específica que claramente se impone por el principio de especialidad en el artículo 318 bis.2 del Código Penal, que entra en

concurso normativo con el artículo 188.1 que se resolverá con arreglo al principio de absorción (artículo 8.3.º del Código Penal) ya que el 318 bis.2, abarca la totalidad de la conducta imputada y además por aplicación de la regla 4.ª de dicho precepto al establecer una penalidad mas grave.

5. La clandestinidad equivale a eludir los trámites de acceso, tratando de sortear los requisitos administrativos exigidos para entrar de forma legal y normal por los puestos de control, tanto terrestres como marítimos. La existencia de fraude viene determinada por el uso de artificios documentales caracterizados por su falsedad que engañen a los controladores de los puestos de entrada. Aquel que habiendo entrado legalmente en régimen de turista, incumple el plazo de estancia permitida por decisión propia o previamente inducido solamente incurrirá en irregularidad administrativa. No podemos considerar al inductor como delincuente y al infractor como autor de una irregularidad administrativa. Según el relato fáctico los acusados, no facilitan la habilitación administrativa de acceso a nuestro territorio

sino que promueven la entrada enviando billetes de avión de ida y vuelta.

6. La conducta determinante y específica es la de emplear a personas en el tráfico de la prostitución, explotándolas de manera coactiva. En virtud del principio de especialidad y de consunción la conducta mencionada abarca toda la ilicitud de la norma descrita en el artículo 318 bis del Código Penal que, en su anterior redacción por LO 1/1999, de 30 de abril, considera agravada la conducta básica por el hecho de favorecer el tráfico ilegal con engaño, que si bien se castiga con igual pena, satisface mejor el principio de especialidad.

En el caso presente no existe entrada ilegal en el territorio español ya que el punto de acceso a Europa fue el Aeropuerto de París donde obtuvieron en visa de turista de tres meses. Desde allí viajaron a España en un autobús por lo que no necesitaron siquiera acreditar su condición ya que el control de fronteras exteriores, al tratarse de territorio Schengen, no se produjo en el momento de la entrada en España.

Sentencia 764/2005, Sala de lo Penal del TS, de 8 de junio de 2005

ESTAFA IMPROPIA

Art. 251.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se absuelve del delito de estafa por el que fue condenado en instancia a quien vende el piso a él asignado en procedimiento civil de separación, cuando aún no se ha liquidado la sociedad de gananciales, sin reintegrar al copropietario las cantidades desembolsadas por éste.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Para abordar las interesantes cuestiones que plantea este recurso consideramos necesario hacer una síntesis de los hechos que se recogen en los antecedentes de esta sentencia.

1. El acusado adquirió un vivienda en el año de 1994 cuando estaba soltero y contrajo matrimonio en el año 1996 fijando como domicilio conyugal el citado domicilio. El precio pagado fue parte en metálico y parte con un préstamo hipotecario que, contraído matrimonio, fue pagado con bienes que tenían la condición de gananciales y concretamente se dice que 100.000 pesetas fueron aportadas por la denunciante.

En el año 1998 inician trámites de separación que culminan en un posterior divorcio. En el curso de los trámites procesales se acuerda que el uso de la vivienda se adjudicaba al acusado hasta que se proceda a la liquidación de gananciales con su ex esposa anotándose dicha resolución en el Registro de la Propiedad.

El acusado cancela anticipadamente el préstamo hipotecario y vende la vivienda a terceros en escritura pública. La denunciante solicita la liquidación de la sociedad de gananciales y reconoce que 470.603 pesetas del precio de la vivienda se pagaron con cargo a los gananciales. Se condena al acusado como autor de un delito de estafa inmobiliaria del artículo 251.1 del Código Penal.

2. La primera cuestión que, como es lógico, se plantea con carácter previo, es si el Tribunal Penal tenía competencia para decidir si la vivienda era o no bien ganancial.

La cuestión ha sido abordada correctamente por el Tribunal penal ya que como ha quedado expresado disponía de todos los elementos fácticos para resolver, a los solos efectos de la sanción penal, la naturaleza de la vivienda en el marco de los bienes matrimoniales, como pórtico necesario para calificar la conducta imputada al recurrente.

El manejo de las disposiciones civiles y la utilización de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha sido impecable. Resaltamos, como más determinantes de la solución adoptada, la incuestionable presunción de ganancialidad que perdura, como criterio, en la legislación civil.

En casos como el presente la Sentencia de 23 de marzo de 1992 establece que “cuando una parte del precio de la adquisición de lo que luego fue hogar familiar, siquiera que comprado por uno de los cónyuges en estado de soltero, ha sido pagado durante el matrimonio con dinero ganancial, ha de resolverse que el citado piso fue adquirido para vivienda familiar y como tal la han venido usando los esposos hasta la separación matrimonial, corresponde “pro indiviso” a la sociedad de gananciales (en copropiedad a su vez), en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1354 en relación con el párrafo segundo del artículo 1357 ya citados, cuyas aportaciones habrán de ser determinadas en fase de ejecución de sentencia”.

Es cierto que esta doctrina, reiteradamente mantenida por la jurisprudencia, se está refiriendo, casi siempre a casos de compra de la vivienda familiar en estado de soltero pero en vísperas de contraer matrimonio.

Termina afirmando que la vivienda constituyó el domicilio conyugal de los esposos y correspondía “pro indiviso” a la sociedad.

A partir de estos antecedentes debemos entrar en el fondo de las cuestiones suscitadas.

(...)

Tercero.—Dada la imprecisión de la sentencia en orden a la utilización del artículo 251.1 y del artículo 251.2 del Código Penal, analizaremos conjuntamente ambas cuestiones en relación con el hecho probado tal como se recoge en la sentencia.

1. La sentencia, después de descartar las diversas hipótesis esgrimidas por la parte

acusadora, centra su reproche en la aplicación de la modalidad específica de estafa recogida en el artículo 251.1 del Código Penal. Razona diciendo que esta modalidad de estafa exige la existencia de la enajenación de un bien mueble o inmueble, que esta enajenación la realice el titular del bien y que sobre la misma exista un gravamen o carga real que desmienta su condición de libre.

Concurriendo estos presupuestos se da el engaño típico de la estafa. Advierte que la acusadora, su excónyuge, mantenía una reivindicación parcial en cuanto que se da como probado que existía un pago parcial del precio del piso por parte de la misma. Aplicando la doctrina jurisprudencial más extensiva del concepto de gravamen estima que la expresión “cualquier carga” no se limita a las reales sino a cualquier anotación, prohibición de enajenar o las garantías personales.

A continuación entra en contradicción argumental y añade que “vendido el mismo y no ingresado su importe en la cuenta de la liquidación y apropiándose el importe de la venta el acusado, se extrae el ánimo de lucro y el perjuicio causado, insistiendo que con ello se perfila el tipo del artículo 251.1 del Código Penal. En la parte dispositiva le condenan como autor de un delito de estafa inmobiliaria del mencionado artículo. Es decir en ningún momento se ha manejado la hipótesis de incluir los hechos en el artículo 251.2 del Código Penal.

3. En realidad se está describiendo un delito de apropiación indebida en cuanto que la cantidad obtenida por la venta del piso debió ser ingresada o contabilizada en la masa de gananciales, con objeto de proceder a su liquidación, es claro que esta conducta nunca podrá integrar un delito de estafa inmobiliaria ya que no concurren los elementos del tipo y sí podría haberse derivado hacia un delito de apropiación indebida o en su caso de alzamiento de bienes pero nunca como estafa.

4. Si no queremos ser incongruentes con los fundamentos de derecho y la parte dispositiva, debemos centrar nuestro examen en comprobar, si se dan los elementos constitu-

tivos del tipo del artículo 251.1 del Código Penal.

El elemento normativo del tipo exige que el autor del hecho se atribuya falsamente una facultad de disposición sobre una cosa mueble o inmueble de la que se carece.

En este caso el hecho probado entra en contradicción con este elemento insustituible del tipo ya que se afirma tajantemente y así se recuerda en los fundamentos de derechos, que nunca se le restringió la facultad de disponer o vender el piso, sino que se le advirtió que si las cantidades obtenidas con su venta estarían a resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Dicho de otra manera la acusadora tenía un crédito, expectativa o derecho sobre la parte proporcional del precio que correspondía al porcentaje que se le había reconocido en la copropiedad de la vivienda. Los jueces concedieron al marido acusado no sólo el uso sino la facultad de vender por lo que sería incongruente acusarle de haberse atribuido una facultad de disposición que no tenía. En consecuencia no es posible integrar los hechos en el artículo 251.1 del Código Penal único que ha manejado la Sala sentenciadora.

4. (*sic*) Derivar la calificación hacia el artículo 251.2 del Código Penal sería vulnerar el principio acusatorio ya que no es posible establecer una homogeneidad entre los mismos, ya que ambos apartados parten de planteamientos y exigencias absolutamente antitéticas.

En el número primero el engaño consiste en atribuirse falsamente la capacidad de disposición y en el segundo se supone y reconoce esa capacidad de disposición, si bien el engaño radica en ocultar al comprador, nunca a los copropietarios, la existencia de cualquier carga sobre la misma. El comprador realizó un contrato perfectamente válido y el perjuicio causado a la querellante por no haber recibido en la liquidación su parte, sólo se podría valorar penalmente desde la perspectiva de la apropiación indebida o del alzamiento de bienes. Admitimos que este supuesto es un po-

co más forzado, ya que el inmueble no era enteramente del acusado, pero si se había burlado el crédito que tenía la acusadora sobre la masa ganancial que debió ser integrada por el importe de la cantidad recibida como precio de la vivienda y pagada por entero. Por otro lado la sentencia admite o

por lo menos no dice que el comprador estuviera al tanto de la situación, por lo que no sería consecuente anular esta y privarle de un bien lícitamente adquirido.

En consecuencia no encontramos ninguno de los elementos constitutivos del delito de estafa por el que ha sido condenado.

Sentencia 724/2005, Sala de lo Penal del TS, de 9 de junio de 2005

FALSEDAD DOCUMENTAL

Art. 390 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se entiende como documento oficial una hoja de examen tipo test, manipulada por la acusada con el fin de aprobar a un alumno, pese a que éste resultó finalmente suspenso y se trataba de una prueba parcial, aunque liberatoria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Por el cauce del art. 849.1.º LECrim., se denuncia indebida aplicación del art. 390.1.º y 4.º Código Penal, por inaplicación de las normas jurídicas sustantivas de carácter administrativo que debían haber sido observadas en la aplicación de la ley penal. Ello porque —se dice— la sentencia afirma que el examen parcial y su calificación alterados se integraron en el expediente académico del alumno, al trascender a un

acta o “actilla” reputado documento oficial; naturaleza ésta que no puede predicarse de una mera lista provisional de alumnos declarados aptos en un examen parcial. Por tanto, la acción tenida por inculpa no habría trascendido a ningún documento oficial, carecería, además de aptitud para hacerlo y fue rectificadora en pocos días.

La recurrente centra este motivo en explicar cómo, a la luz de la normativa académica, no se estaría en presencia de un acta, y, en consecuencia, se dice, lo alterado nun-

ca habría sido un documento oficial. En todo caso, se trataría de un listado provisional de alumnos con información de los resultados de un examen parcial, listado que ni siquiera figura incorporado a la causa. Y, además, habría concurrido la circunstancia de que la acusada, en su calidad de profesora asociada a tiempo completo, carecía de capacidad jurídica para suscribir actas.

Pero tiene razón el Fiscal, cuando en su riguroso informe pone de manifiesto que, según la sentencia, hay un primer documento afectado, la hoja de examen, el resultado de cuya alteración se proyectó en otras actuaciones burocráticas. Y es que, en efecto, como afirma la sala, “el documento que se modifica es el examen escrito, parcial y liberatorio...”; examen “que se integraba en el expediente académico del alumno...”. Por tanto, al margen, también en este caso, de la posible imprecisión en el tratamiento semántico de alguno de esos trámites ulteriores, lo cierto es que consta acreditada la manipulación del contenido de una hoja de examen confeccionada en el departamento de la asignatura y ya utilizada en la realización de una prueba académica de evaluación de conocimientos. Con el resultado in cuestionable de falsear el nivel de éstos y, consecuentemente, con trascendencia efectiva para el expediente del interesado y, por ende, en el ámbito público de referencia. Es obvio que, de no ser por esto, una conducta como la inculpada habría carecido de todo interés.

Cierto que no se trató de un examen final, pero también lo es que la calificación obtenida en la prueba, de carácter liberatorio, contribuía objetivamente a la configuración del resultado de éste. Y, en todo caso, se trata del soporte escrito de una actuación oficial, en cuanto propia de un ente público estatal, destinado a dejar constancia de datos de imprescindible consideración en el desarrollo de la actividad del mismo. Pues, en efecto, es de total obviedad que el cometido de las instituciones docentes consiste en impartir conocimientos y formar futuros profesionales, expidiendo, en su caso, los

correspondientes títulos acreditativos de la aptitud requerida. Y, siendo así, está fuera de duda que de la autenticidad de los datos manejados en la calificación de los alumnos depende la eficacia en el desempeño de esa función docente de particular relieve social.

Según reiterada y, por ello, ya tónica jurisprudencia de esta sala, son documentos oficiales los expedidos o utilizados por las diversas administraciones públicas en el desarrollo de su regular funcionamiento y para la efectividad de sus fines institucionales (SSTS número 2549/2001, de 4 de enero de 2002 y 835/2003, de 10 de junio de 2003). Y siendo así, tanto por la procedencia del impreso de examen; como por el carácter de la actividad a cuya realización estaba preordenado y para la que, en efecto, se utilizó; como por el marco, formal y público, de la misma; como por el destino de su resultado, el carácter oficial del documento y de su contexto de uso no puede ser más patente.

En consecuencia, ya por esto solo, y al margen de que lo colocado en el tablón de anuncios mereciera o no el calificativo de acta, la actuación de la acusada incidió sobre un soporte gráfico apto para integrar el supuesto de hecho del precepto que, sin razón, se dice infringido. Por tanto, el motivo debe rechazarse.

Quinto.—También al amparo del art. 849.1.º LECrim. y con carácter subsidiario respecto del motivo anterior, se ha alegado inaplicación del art. 16.1.º en relación con el art. 390.1.º y 4.º, todos del Código Penal. Ello, se afirma, porque la inmediata rectificación de la calificación de “apto” en el listado de alumnos con el resultado de la prueba obliga a considerar la actuación inculpada como meramente intentada.

Pero la objeción no es atendible. En efecto, la conducta prevista como criminal en el tipo penal de referencia, se concreta en la alteración del contenido expresivo de un texto. Y, de este modo, para la consumación del delito basta la materialización de la misma en condiciones que le doten de idonei-

dad para inducir a error acerca de alguna de las particularidades relevantes de la actividad documentada.

Es cierto que el alumno firmante del examen no se benefició de un inmerecido aprobado final de la asignatura, a consecuencia de tal manipulación. Pero, según se ha expuesto, el impreso cumplimentado en el acto del examen parcial tenía carácter oficial (como la propia actividad documentada), y realmente llegó a darse una alteración efectiva del mismo, y, además, en términos que, en principio, lo hacían adecuado para obtener el fin perseguido, pues, ya con esas condiciones de falta de autenticidad, produjo determinados efectos en el trámite académi-

co; como lo prueba el hecho de que tuvo que ser rectificado. Por tanto es claro que el documento mistificado tuvo consecuencias en el trámite administrativo que le era propia y, de este modo, puso en peligro, o, más bien, lesionó, incluso, el bien jurídico protegido.

Tal es el criterio seguido de manera regular en la jurisprudencia de esta sala, que entiende consumado el delito de falsedad cuando se materializa la alteración o mutación de verdad, aun en el caso de que el autor no hubiera llegado a obtener el fin perseguido con tal modo de actuar (SSTS 2 de febrero de 1985, 26 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993; 1215/1999, de 29 de septiembre y 1243/2002, de 7 de julio).

Sentencia 924/2005, Sala de lo Penal del TS, de 17 de junio de 2005

BLANQUEO DE CAPITALS

Art. 301.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una interpretación restrictiva de la modalidad imprudente del delito de blanqueo de dinero, en cuya virtud es preciso un deber especial de cuidado que, en principio, sólo cabe exigir a aquellas personas o entidades a las que incumbe una especial diligencia en el control de las operaciones sospechosas de blanqueo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 3. Las modalidades dolo-
sas del blanqueo de dinero se centran en
dos géneros de actuación. Por un lado, el
blanqueo, a sabiendas, de que los bienes te-
nían su origen en un delito grave y por otro,

como modalidad agravada, cuando los bie-
nes proceden del tráfico ilícito de drogas.
Ahora bien, casi todas las modalidades de-
lictivas, requieren actuar con conocimiento
de la procedencia u origen de los bienes, con
actos de ayuda, ocultación o encubrimiento,
encaminados a eludir las consecuencias le-

gales de las actividades ilícitas que han generado los bienes. Asimismo castiga cualquier otra modalidad de encubrimiento para difuminar u ocultar la procedencia de los bienes. Este texto del artículo 301 del Código Penal tiene una extensión discutible en el apartado 3, a los hechos de igual naturaleza realizados por imprudencia grave, introduciendo un factor culpabilístico que no deje de chocar y confrontarse con la redacción del texto, que se refiere reiteradamente, a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes.

La referencia a la imprudencia grave hay que conectarla con los sujetos que tienen una especial obligación o deber de actuar desplegando un específico cuidado. No toda negligencia determinará una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave, integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo.

4. El reproche penal que se hace a la recurrente en la sentencia, se basa exclusivamente en la omisión del deber de cuidado. Lo normal es que la imputación se haga a título de dolo, incluso con la extensiva ampliación de la conducta al dolo eventual, pero plantea serios problemas cuando se trata de realizar la imputación, como en el caso presente, a título de imprudencia grave. La doctrina ha mostrado sus reticencias cuando los sujetos no tienen una especial responsabilidad profesional ante lo que se ha denominado con acierto “un deber de diligencia intensificado” que podría derivar en una auténtica “negligencia profesional” como sucede en los casos de imputación imprudente del fraude de subvenciones en el derecho alemán. La figura del artículo 301.3 del Código Penal ha sido seriamente cuestionada por la doctrina que la considera exagerada al no hacer matices respecto de la condición del sujeto activo. Un excesivo ensanchamiento de la imprudencia grave a todo tipo de sujetos intervinientes en la operación de blanqueo, es contraria al principio de intervención mínima, que nos lleva ante supuestos de peligro abstracto e incluso a figuras tan comprometidas

como la tentativa, que produce como consecuencia la sanción de imprudencias sin resultado. Como señala un sector importante de la doctrina, la impunidad de las conductas en las que exista un error sobre el tipo ha de ser la regla general sin que ello suponga impunidad alguna ya que como se ha demostrado, en el caso presente, se incoaron expedientes administrativos y se procedió a la retención, comiso y sanción sobre la cantidad de dinero ocupada.

5. La nueva figura del blanqueo de capitales se encuadra dentro de la amplia gama de delitos contra el orden socioeconómico y bajo la rúbrica concreta de la receptación y otras conductas afines. En las figuras de ayuda o colaboración con los delincuentes para que se aprovechen de los efectos y los beneficios de los delitos, las antiguas modalidades del encubrimiento y de la receptación, necesitaban de una reetiquetación o actualización a la luz de los nuevos fenómenos de la delincuencia organizada. La generación de ingentes cantidades de dinero puede incluso poner en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de los fenómenos generalizados de corrupción.

Tanto en el encubrimiento como en la receptación se exigía, como presupuesto previo, la existencia de un hecho delictivo que el encubridor conocía con perfiles más detallados, mientras que al receptor le bastaba con tener una percepción genérica de la procedencia ilícita de los bienes que adquiría.

6. Esta limitada concepción necesita ser ampliada, aunque los presupuestos básicos de la procedencia delictiva del dinero o bienes se exige también en la figura conocida como blanqueo de dinero. Las figuras típicas son las de adquirir, convertir o transmitir, es decir, labores de interposición, generalmente realizadas entre la organización o la persona física que genera los beneficios ilícitos, aunque no se descarta que sea una persona, testafarro o sociedad, formalmente distinta, la que realice el blanqueo. No está claro que en el caso de que sean las mismas personas, las conductas se solapen y absor-

ban, aunque el legislador parece estar refiriéndose constantemente a terceros al emplear, más adelante, la expresión ayudar a la persona o personas que hayan participado en el delito fuente, a eludir las consecuencias legales de sus actos. Las conductas activas se cierran con una cláusula genérica referida a la realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir. Con objeto de cerrar el círculo de conductas lo más posible y evitar actividades de ingeniería financiera o comercial, el apartado 2 del artículo 301 del Código Penal sanciona también los actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos. Como era lógico, exige también que los que así actúen lo hagan a sabiendas de su procedencia ilícita.

7. El artículo 303, da pie para establecer, como conclusión, que el legislador está pensando en una amplia gama de profesionales entre los que incluye a los empresarios, intermediarios del sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador en el ejercicio de su cargo y finalmente, aumenta la pena de inhabilitación, cuando los hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

8. El deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares que se prestan a realizar un traslado en maletas o de forma similar, de una suma de dinero metálico. En estos casos, las personas que aceptan esta operación necesariamente deben intuir o conocer la procedencia ilícita del dinero aunque sea de forma genérica o abstracta. El contacto que se establece entre el que suministra el dinero y que el que realiza el transporte no se puede solventar con una mera imputación de imprudencia sino que, en todo caso, supone un concierto de voluntades

que sitúa al transportista en el núcleo de la actuación dolosa, en forma de ayuda típica contemplada en artículo 301. Como no podemos empeorar la situación procesal de la recurrente, no queda más remedio que admitir que la calificación jurídica de los hechos no ha sido la correcta.

9. De conformidad con el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, las obligaciones, actuaciones y procedimientos dirigidos a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva, en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años, delimita los posibles sujetos activos de una omisión negligente. Los sujetos obligados son los siguientes: a) las entidades de crédito; b) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida; c) las sociedades y agencias de valores; d) las sociedades de inversión; e) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones; f) las sociedades gestoras de cartera; g) las sociedades emisoras de tarjetas de crédito; h) las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, sea o no como actividad principal, respecto a las operaciones realizadas con esa actividad. Asimismo quedan obligadas las personas físicas o jurídicas que ejerzan las siguientes actividades profesionales o empresariales: a) casinos de juego; b) las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles; c) las personas físicas o jurídicas como auditores, contables externos o asesores fiscales; y d) los notarios, abogados y procuradores. Finalmente, establece el Reglamento que “como funcionarios especialmente obligados a este deber de colaboración se considerará a los registradores de la propiedad y mercantiles....”.

Toda esta amplia gama de personas puede comportarse de forma negligente en el cumplimiento de su deber de especial cuidado que les obliga a comunicar operaciones sospechosas.

10. El particular que colabora no puede refugiarse en la ignorancia de la proceden-

cia del dinero. Nadie puede justificar seriamente que se presta a transportar cantidades de dinero, sin más detalles ni datos del que les entrega la cantidad y de la persona o grupo a la que van destinados.

Por lo expuesto los motivos deben ser estimados.

Sentencia 753/2005, Sala de lo Penal del TS, de 22 de junio de 2005

QUIEBRA. PRESCRIPCIÓN

Arts. 131 y 260 Código Penal

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

SÍNTESIS

El “dies a quo” para determinar el plazo de prescripción en el delito de quiebra se fija teniendo en cuenta exclusivamente el procedimiento penal, sin atender a las vicisitudes procesales de índole civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Bajo el ordinal cuarto del escrito de recurso y con invocación del art. 849.1.º LECrim., se ha denunciado infracción del art. 131 Código Penal, sobre el plazo de prescripción del delito en la presente causa. El argumento es que todos los hechos inculcables habrían sido ejecutados con anterioridad al momento —18 de abril de 1990— en que se instó el expediente de suspensión de pagos por “Construcciones Algarra, SL”, solicitud a la que se dio trámite mediante auto del 25 del mismo mes y año.

Teniendo esto en cuenta —dice el recurrente— y que el Código Penal aplicable a los hechos es el de 1995, y, en concreto, el art. 260.1, que conmina la conducta allí descrita con pena de hasta 6 años de prisión, el delito merece la consideración de grave, a tenor de lo que dispone el art. 33.1.2.a) en relación con el art. 13.4 del mismo texto; y, por tanto, conforme a lo previsto en el art. 131.1, tercer párrafo, el tiempo de prescripción es de 10 años.

Por su parte —se recuerda— el art. 132 Código Penal establece que ese término empieza a correr el día en que se comete la

infracción, interrumpiéndose cuando el procedimiento se dirija contra el culpable. Lo que en este caso —concluye la parte— equivale a decir que los hechos de la causa habrían prescrito el día 18 de abril de 2000. Ello, a pesar de que la acusación particular hubiera presentado querrela, admitida a trámite el 3 de junio de 1999, porque tal decisión fue recurrida en reforma y en queja, con el argumento de hallarse pendiente recurso contra la de calificación de la quiebra dictada en la jurisdicción civil, con el resultado de que la Audiencia provincial dispuso el sobreseimiento de la causa hasta que fuera firme esta última resolución, que lo fue en virtud de sentencia de 15 de mayo de 2000. Esta objeción fue suscitada como cuestión previa en el acto de la vista, y desestimada, porque el tribunal de instancia entendió que el curso de la prescripción se había interrumpido por el escrito del comisario de la quiebra instando la apertura de la pieza de calificación, presentado el 14 de enero de 1997. Según criterio acogido en la sentencia de esta sala de 20 de diciembre de 2000, con fundamento en que la pieza quinta del procedimiento de quiebra no versa en exclusiva sobre cuestiones de índole civil, sino que en ella se investiga asimismo la actuación del quebrado a efectos de una posible responsabilidad penal.

Pero ocurre que el art. 132.2 Código Penal, interpretado en la forma que impone su contexto normativo y con el rigor semántico que requiere el “*ius puniendi*”, obliga a entender que el único “procedimiento” cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal. Así es en reiterada jurisprudencia de esta sala, con expresión en sentencias que van desde la de 2 de julio de 1878 a otras mucho más recientes, como la de 6 de julio de 1990, que requiere una “actividad instructora”, o la 1151/1999, de 9 de julio, que se refiere a la “sumisión a procedimien-

to penal”. Y lo mismo en la del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo, que identifica como órganos judiciales con habilitación legal para la realización de actos de esa trascendencia a los que “ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales”, y, como marco exclusivo de éstos, al proceso penal.

A esta consideración eminentemente procesal, habría que añadir hoy la circunstancia de que el Código Penal vigente ha rescindido la dependencia del orden penal respecto del civil y mercantil en la materia, pues las insolvencias punibles ya no son objeto de normas penales en blanco, sino que fijan de forma autónoma los supuestos sancionables. Y, además, el art. 260.3 Código Penal profundiza la independencia procesal de la jurisdicción penal, pues no condiciona la persecución del deudor a la previa conclusión del proceso civil. Y, coherentemente, la Ley concursal, 22/2003, de 9 de julio, en su art. 189, dispone que la iniciación de una causa criminal relacionada con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste.

En consecuencia, y por tales consideraciones, la tesis mantenida por el juzgador en este caso, como fundamento de su decisión de desestimar la concurrencia de la prescripción del delito, no puede compartirse, puesto que el momento que legalmente cuenta es el de iniciación del proceso penal —“*stricto sensu*”— contra los acusados; lo que, en efecto, tuvo lugar en la fecha que señalan los recurrentes. Siendo así, y siendo también cierto que el delito motivador de la condena es el del art. 260.1 Código Penal; que está conminado con una pena de prisión cuyo límite máximo es de 6 años, que tiene la consideración de grave; y que, por ello, su término de prescripción es de 10 años, el motivo debe acogerse, con la consecuencia de entender prescrito el delito. Así, no cabe ya entrar en el examen de los restantes.

Sentencia 865/2005, Sala de lo Penal del TS, de 24 de junio de 2005

ERROR DE TIPO. ATENUANTE ANALÓGICA

Arts. 14 y 21.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Caracterización general del error de tipo. Niega su concurrencia, en un supuesto de apropiación indebida, pese a que el autor llevó a cabo la conducta asesorado por un abogado. Se rechaza también la apreciación de una circunstancia atenuante analógica por no concurrir completamente el error de tipo, expresando qué supuestos permiten apreciar la mencionada circunstancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—Los motivos tercero y cuarto, formalizados por idéntico cauce casacional que el anterior, postulan la apreciación de un error de tipo vencible, o eventualmente, un error de prohibición, también con el carácter de vencible (art. 14 del Código Penal).

Es evidente que este último no procede, en tanto que nada consta en los hechos probados acerca del desconocimiento de la recurrente sobre el comportamiento llevado a cabo por la misma, por lo demás notorio para cualquier comerciante, acerca de que no se pueden hacer propias mediante desvío de fondos a cuentas particulares de aquello que es acervo común social, ingresándolo en su propio patrimonio. La necesidad de prueba de tal elemento de desconocimiento (STS

2010/2002, de 3 de diciembre) es suficiente para su desestimación. Máxime cuando para excluir el error resulta suficiente con que pueda racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de que concurriese tal elemento típico (STS 1104/95, de 30 de enero de 1996, entre otras).

Muy interesante, sin embargo, la propuesta que el autor del recurso, con innegable brillantez, postula acerca del error de tipo, bajo el argumento de que quien actúa bajo los dictados de su abogado, está en la creencia errónea de la ajeneidad del dinero dispuesto, que el recurrente califica de error vencible, porque bien pudo haber llevado a cabo otra consulta legal para despejar tal error.

Como señala la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997,

constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible. Tal doctrina de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición aparece recogida por primera vez en nuestro Código Penal como consecuencia de la importante modificación legislativa de 1983, que introdujo el artículo 6.bis.a) regulador, aunque sin usar esta terminología, de las dos clases de error que conocemos como error de tipo (error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrava la pena) y el error de prohibición (creencia errónea de estar obrando lícitamente). En términos semejantes se pronuncia ahora el Código Penal de 1995 en su artículo 14. El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6.bis.a) en su párrafo 3.º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 “error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la

sanciona la Ley Penal. Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Conviene añadir, además, que el error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la referida sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997. La duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Por lo demás, el error de tipo vencible acarrea la impunidad de la conducta, en tanto que el delito de apropiación indebida no puede cometerse por imprudencia.

Dicho error de tipo ha sido menos abordado por la jurisprudencia de esta Sala. Recae, como sabemos, sobre un elemento sustancial de la infracción criminal, de modo que el agente cree estar obrando lícitamente, a pesar de conocer que la norma prohíbe ese comportamiento delictivo con carácter general (error de prohibición). Requiere, por consiguiente, una prueba plena sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal. Nada impedirá, como así ocurre aquí, que no habiéndose planteado en

la instancia, este Tribunal Casacional pueda pronunciarse al respecto, por la vía de un motivo por estricta infracción de ley, si existieran los elementos fácticos debidos para su aplicación.

El recurrente entiende que la acusada ignoraba al realizar los hechos típicos la ajeneidad de la cosa apropiada (hacerse con fondos propios de la sociedad, de la que era copartícipe), bajo el argumento de que así fue aconsejada por su abogado. Así lo exponen los hechos probados. Ahora bien, esta circunstancia no excluye el conocimiento de los elementos del tipo, porque para ello también debería haberse hecho constar en el relato histórico, o bien razonándolo en los fundamentos jurídicos, que mediante este asesoramiento la acusada desconocía, o bien estaba incurso en un error (evitable, según se ha propuesto), acerca de que tal conducta era completamente lícita, porque no se apropiaba de nada ajeno. Sin embargo, los contornos fácticos del caso sometido a nuestra revisión casacional, nos llevan a otros resultados. En primer lugar, es incompatible esta propuesta con la aducida explicación (véase el motivo anterior), acerca de que lo que trataba de conseguir era una especie de aseguramiento de su saldo favorable en la disolución de la sociedad matrimonial (por lo demás, de indeterminado valor en la concordancia fáctica de la sentencia recurrida). En segundo lugar, porque la retirada de fondos, también lo hemos visto anteriormente, se lleva a cabo para intentar neutralizar una conducta afin por parte de su exmarido. En tercer lugar, porque la reiterada apropiación de fondos a cuentas distintas, y opacas (como la correspondiente a su hija, que es adonde se deriva la mayor parte de las cantidades), no es muy conforme con esa conciencia de estar obrando lícitamente. En cuarto lugar, porque tal proceder no se comunica al otro socio, ni se deja constancia escrita de que se va a operar así, sino que los hechos probados narran la conducta con tintes de clandestinidad (retiradas mediante cheques y efectivo, que va a parar a la cuenta de su hija).

En consecuencia, ambos motivos no pueden prosperar.

Noveno.—El motivo quinto reclama subsidiariamente a los anteriores, la construcción de una atenuante analógica relacionada con el aludido error de tipo.

Ahora bien, aun siendo de nuevo una brillante aportación del autor del recurso, sobre una materia que la jurisprudencia de esta Sala no se ha pronunciado, no podemos sino declarar que los contornos del error se encuentran dispuestos legalmente en el aludido art. 14 del Código Penal, y difícilmente pueden integrar una atenuante de construcción jurisprudencial, por esta vía de la analogía.

Para que una atenuante pueda ser estimada como analógica de alguna de las expresamente recogidas en el texto del Código Penal, dice la Sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2000, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 3 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998).

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco atenuantes restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en

los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la “ratio” de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

No parece en todo caso que la circunstancia atenuante analógica prevista en el art. 21.6 del Código Penal sirva como una cláusula general de individualización de la pena que ajuste ésta a la verdadera culpabilidad del sujeto activo del delito, al menos como doctrina uniforme de esta Sala casacional (véase la STS 1180/2001, de 2 de julio).

Esto es lo que pretende el recurrente. De modo que aun concediendo la razón al recurrente, operaremos por la vía de la individualización penológica, por falta de motivación de la pena, a que se refiere el motivo octavo de su recurso, para ofrecer una respuesta adecuada a la entidad de los hechos y a la culpabilidad de la recurrente.

Sentencia 828/2005, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2005

TESTIGO OCULTO

Art. 41 LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Nulidad de la prueba testifical practicada fuera de la vista de los acusados y manteniendo oculta la identidad del testigo, al no constar las razones atendidas por el Tribunal para ello, y pese a la falta de denuncia en el proceso de tal irregularidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La doctrina de esta Sala sobre el recurso de casación establece que el

control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del per-

tinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede. Como excepciones a esta doctrina general se han señalado los casos de infracción de derechos fundamentales, pues su vulneración debería considerarse de oficio por el Tribunal, y aquellos otros casos en los que el planteamiento de la cuestión no planteada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (STS n.º 57/2004, de 22 de enero). También se ha aclarado que, cuando se trata de derechos fundamentales cuya configuración legal establezca el tiempo y las condiciones de su ejercicio, éstas deberán de ser respetadas, de manera que si la ley impone su alegación en un determinado momento del proceso o en unas determinadas condiciones, la omisión de esa actuación conforme a Derecho impide su alegación posterior.

En el caso, consta efectivamente que durante la instrucción de la causa se ocultaron los datos de identidad del testigo sin que existiera ninguna resolución judicial que lo autorizara.

Según se alega, y así se desprende del acta del juicio oral, el Presidente del Tribunal, en el mismo acto del juicio acordó que el testigo prestara su declaración de forma que estuviera fuera de la vista de los acusados, sin que esta decisión fuera precedida de una petición fundamentada. No consta que se revelara su identidad. Así se desarrolló la prueba y ello no dio lugar a ninguna petición o queja de la defensa relativa a la forma de practicar la prueba o a la identidad del testigo, o al menos no consta en el acta ninguna incidencia en este sentido.

Ello no impide que ahora se alegue, en cuanto que afecta al derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, puede afectar al derecho de defensa en cuanto que limita las condiciones de contradicción en que se practica la prueba testifical, y puede afectar al derecho a la presunción de inocencia en cuanto que esa prueba sea valorada como prueba de cargo.

La LECrim., en el artículo 705 dispone que el Presidente mandará entrar a los testigos, lo que supone que estén físicamente en la misma Sala durante el interrogatorio, permitiendo la confrontación entre el testigo y el acusado, y aumentando de esa forma las posibilidades de valoración del Tribunal sobre la base de la inmediación. Asimismo, el conocimiento de la identidad del testigo permite orientar algunos aspectos del interrogatorio y cuestionar algunos elementos que puedan afectar a la credibilidad. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 20 de noviembre de 1989, Caso Kostovski contra Países Bajos, en la que se decía que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito”.

Aunque esta sea la regla general, no puede desconocerse que en algunos casos los riesgos serios que puede correr el testigo que acude al Tribunal a mantener su testimonio pueden ser de tal naturaleza que debiliten su decisión de declarar, dando lugar a situaciones negativas para el funcionamiento correcto y eficaz de la Administración de Justicia. En atención a esta clase de consideraciones la Ley permite algunas excepciones a esta forma de practicar la prueba testifical, las cuales suponen una disminución de la vigencia de los principios que regulan el juicio oral, aportando a cambio una mayor seguridad al testigo. Concretamente la ocultación de éste respecto del acusado puede afectar al principio de contradicción, que resulta limitado en cuanto que se suprime la confrontación directa entre ambos. En el artículo 707 de la LECrim. se prevé expresamente la posibilidad de que, tratándose de testigos menores de edad, puedan ser interrogados de modo que se evite la confrontación visual con el inculpado. Y la Ley Orgánica 19/1994 prevé asimismo que en el curso del proceso o en la vista oral se acuerden, entre otras, medidas que eviten la identificación visual normal del testigo, o, concreta-

mente ya para el enjuiciamiento, otras medidas nuevas, distintas de las ya acordadas.

Sin embargo, en todos los casos, tanto el artículo 707 de la LECrim. para el juicio oral, como la Ley Orgánica 19/1994 para la fase de instrucción o para el juicio oral, en atención sin duda a que se trata de medidas que suponen la restricción de derechos fundamentales dentro del marco del derecho a un proceso público con todas las garantías, del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, exigen que la decisión se adopte motivadamente por el Juez o Tribunal, y concretamente cuando se refiere a las medidas que puede adoptar el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, exige además que se efectúe por el órgano jurisdiccional una previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos (y peritos) en relación con el proceso penal de que se trate, (artículo 4.1 de la LO 19/1994). Ello constituye la forma de trasladar a los afectados las razones de la restricción de los derechos que inicialmente les corresponden, y además, generalmente, la vía que permite el control posterior a través del recurso sobre la racionalidad y el acierto de la decisión adoptada por el Juez o Tribunal. De esta forma se impone a los Tribunales no solo la necesidad de actuar de forma prudente, sino de expresarlo en su decisión de forma comprensible.

En el caso, la decisión se adopta verbalmente, lo cual es posible, aunque no excusa de una mínima motivación. No se desprende del acta que ésta existiera, por lo que permanecen ignotas las razones del Tribunal para mantener la ocultación de la identidad del testigo y para practicar la prueba estando éste en un despacho contiguo a la Sala de audiencias, oculto al menos para los acusados. De las características del hecho no se

pueden deducir la existencia de peligros graves para el testigo, pues se trata de unos hechos calificados por la Audiencia como delito de detención ilegal, y no consta tampoco ninguna circunstancia relativa a las relaciones entre acusados y testigo o referida a la peligrosidad concreta de aquellos. No es posible, por lo tanto, conocer las razones atendidas por el Tribunal y realizar el adecuado control acerca de la ponderación de bienes realizada y de la justificación de la medida adoptada, lo que da lugar a la declaración de nulidad de la prueba así practicada en cuanto afecta al derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, la nulidad de la prueba solo conduciría a la estimación del motivo en el caso de que provocara algún cambio en el fallo de la sentencia.

La cuestión queda entonces concretada en determinar si la anulación de esta prueba testifical determina la absolución o si, por el contrario, el Tribunal dispuso de otras pruebas que permitan mantener el relato fáctico, sin perjuicio de lo que luego se dirá.

En la sentencia se mencionan además de la declaración de la víctima otras dos pruebas. De un lado, la declaración de los propios acusados que reconocieron el incidente aunque negando la calificación más grave para ellos. Y de otro lado, la testifical de los agentes de Policía, que presenciaron la última fase de los hechos, siendo uno de ellos sujeto pasivo de la falta contra el orden público. Pruebas que, según la sentencia, coincidían en su contenido básico y esencial con la declaración de la víctima.

Por lo tanto, aun prescindiendo de la declaración testifical cuya nulidad hemos declarado, existe prueba de cargo de forma que el motivo se desestima en cuanto que no provoca por sí mismo alteración alguna en el fallo de la sentencia.

Sentencia 866/2005, Sala de lo Penal del TS, de 30 de junio de 2005

APERTURA DE CONTENEDOR SOSPECHOSO DE OCULTAR DROGA

Art. 282 LECrim.

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

SÍNTESIS

Legalidad de la diligencia de apertura del contenedor sospechoso de ocultar droga en cuanto actividad de investigación llevada a cabo por la Policía en el marco de sus competencias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Como reconoce el propio recurrente en modo alguno le es aplicable al examen efectuado del contenedor el protocolo exigible para los envíos postales.

En primer lugar, hay que recordar que la policía judicial está facultada por sí y ante sí a efectuar las diligencias necesarias para recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, en tal sentido citamos el art. 282 de la LECriminal y lo mismo se reitera en el art. 11 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y en el art. 547 y siguientes de la LOPJ, en referencia a la policía judicial. En el marco de esas facultades de prevención de delitos en su doble vertiente de investigación y aseguramiento del cuerpo del delito se encuentra sin lugar a dudas el examen de un contenedor que haya podido levantar sospechas, como es el caso de autos, y en tal sentido nos remitimos, entre otras, a las SSTS 112/2000, de

26 de enero; 996/2000, de 30 de mayo y STC 303/1993, de igual modo que se efectúa a diario en los puertos, aeropuertos.

Expresamente debemos recordar que en estas funciones de control y prevención del delito de tráfico de drogas en el marco del transporte de mercaderías, tienen el carácter de policía judicial, dado su específico cometido, no sólo las unidades orgánicas de policía judicial, sino en general los funcionarios de aduanas, policía de frontera y el Servicio de Vigilancia Aduanera. En tal sentido nos remitimos a las SSTS 1484/1999, de 14 de octubre y 624/2002, de 10 de abril. Hay que recordar la amplia conceptualización de policía judicial que se contiene en el art. 283 LECriminal. Pero es que, además, como se relata en el “factum” y no se cuestiona, el contenedor no fue abierto ante la sola presencia de los funcionarios policiales, sino que estuvo presente el consignatario de la carga —empresa “Maersk España, SA”— legítimada en su condición de tal y que por ser

ajeno a la actividad policial, su presencia viene a eliminar de raíz toda sospecha de manipulación dejando sin contenido fáctico todas las alegaciones efectuadas por el recurrente relativas a si la droga fue hallada en el interior del contenedor, o si los precintos se encontraban intactos, y así consta en el “*factum*”, en él se hace constar que el precinto era el 195521, en el recurso, aunque en otro motivo —el tercero—, se argumenta que no existió coincidencia en los precintos del contenedor, tratando de dejar abierta la posibilidad de una manipulación con posterioridad al embarque del contenedor. El examen del folio 217 de las actuaciones acredita la total exactitud con la única e irrelevante diferencia de que el precinto completo es el LAO195521, es decir una combinación de letras y números, en tanto que en el “*factum*”, sin duda por error sólo se hace referencia a la numeración, que es totalmente coincidente con la reflejada en el acta de apertura, y esto es lo realmente relevante.

En esta situación, es obvio que no era precisa la presencia del destinatario del contenedor, ni tampoco la autorización judicial. Se trató de una diligencia en investigación de un posible delito, sólo se tenían sospechas... tal vez por el doble dato de su procedencia —Panamá—, y su destino —una empresa de jamones—, y unido a ello el contenido declarado de pescado congelado, sospechas que sólo se tradujeron en la existencia de una especial vigilancia que no de una entrega vigilada, como parece sugerir el recurrente. Se está extramuros de este medio excepcional de investigación regulado en el art. 263 bis LECriminal que sí requiere acuerdo del Juez, del Ministerio Fiscal, o —no se olvide— los Jefes de Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Aquí no hubo acuerdo porque no hubo entrega vigilada.

Fue correcta la actuación de la policía sin necesidad de actuar bajo la dirección del Juez al tratarse de una diligencia de investigación, dándosele cuenta cuando se tuvo la evidencia de haberse encontrado la droga en el interior del contenedor. No hubo quiebra en el proceso de aprehensión de la droga.

El rechazo de la anterior denuncia, arrastra lo relativo a la tutela judicial efectiva que se dice también vulnerada por falta de control judicial en el momento de la aprehensión de la droga. A ello se añade que la droga no fue depositada en el Servicio Administrativo de control de drogas —la Unidad Administrativa del Ministerio de Sanidad y Consumo— que actúa como único servicio de control de estupefacientes, sino que quedó depositada en poder de la Guardia Civil. De este dato, facilitado por la propia Guardia Civil no puede derivarse quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, en España sólo la unidad administrativa es la única legitimada para efectuar los controles y exámenes de las drogas aprehendidas, de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Reino de España a consecuencia de la ratificación de los Convenios Internacionales sobre prevención y represión del tráfico de drogas. En tal sentido, SSTS 1395/2000, de 8 de septiembre; 1997/2000, de 20 de diciembre; 2083/2001, de 10 de enero de 2002; 21/2002, de 15 de enero y 962/20004, de 21 de julio, entre otras. Ahora bien, cuestión distinta es el tema del almacenamiento, en el que se pueden ver desbordadas las previsiones del servicio en el caso de grandes aprehensiones. En todo caso, del hecho del que en el presente caso, por razones de seguridad quedase custodiado el alijo aprehendido en dependencias de la Guardia Civil nada se puede derivar en el sentido de quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva ni existiese quiebra en la cadena de custodia. Resulta cuando menos inconsistente decir que no hubo medidas de aseguramiento, porque el depósito lo fue en dependencias de la Guardia Civil, hecho comunicado a la autoridad judicial, cuyo silencio al respecto sólo puede interpretarse como un consentimiento de dicho depósito, que, no debe olvidarse, quedaba a disposición de la autoridad judicial —folios 2 y 4 del Atestado—. Procede el rechazo de la denuncia relativa a la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentencia 895/2005, Sala de lo Penal del TS, de 7 de julio de 2005

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Arts. 28 y 29 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater**

SÍNTESIS

En un caso de atentado terrorista la Audiencia Nacional concluye, de la existencia de una huella del acusado en la placa de la matrícula del coche utilizado, la autoría de aquél en los distintos delitos imputados. Entiende, por el contrario, el Tribunal Supremo, que del mencionado dato sólo cabe concluir su autoría en la sustitución de la placa de la matrícula y su complicidad en la tentativa de asesinato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) 1. La sentencia recurrida ha admitido que “la principal prueba que se ha practicado en las actuaciones que implica al acusado en los hechos consiste en la obtención de una huella dactilar en una de las placas de matrícula que se retiraron del Opel Corsa matrícula F-....-FR , cuya matrícula legítima había sido sustituida por la placa de matrícula inauténtica F-....-FZ” Fundamento Jurídico segundo, 2. El Tribunal “a quo” estimó que ésta era una prueba directa de la autoría de los delitos que le atribuye al recurrente (pág. 14). Más adelante la Audiencia afirma también en el mismo lugar que el acusado “en el acto del juicio oral pudo haberse defendido de las imputaciones que se formulaban declarando y dando explicaciones convincentes acerca de la existencia de esta huella en una placa de matrícula sustraída por la organización terrorista ETA.

No lo hizo así y prefirió acogerse a su derecho a guardar silencio”. Por último, se hacen referencias a un informe de balística que demuestra que el arma del atentado pertenecía a ETA y se sostiene que “por la experiencia de este Tribunal se conoce que en múltiples atentados de ETA se ha utilizado un coche sustraído al que luego se le coloca un explosivo para evitar la identificación de los autores del hecho”.

2. La racionalidad del juicio por el que los tribunales infieren de un determinado hecho la realización de una acción punible atribuible a un determinado autor es, desde la STS 19/1988, objeto del recurso de casación por infracción de ley, dado que se trata de una cuestión vinculada directamente con la garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenida en el art. 9.3 CE y, por lo tanto, legitimada por el art. 852 LECrim. como motivo de casación.

En el presente caso la Audiencia ha razonado a partir de un hecho innegable y no negado por la Defensa: la participación del acusado en alguna fase del hecho que se desprende sin dificultad alguna de la existencia de una huella digital que aparece en la matrícula falsificada puesta en el coche utilizado para huir del lugar del asesinato. A partir de aquí la Audiencia ha razonado inductivamente y ha apoyado su conclusión en circunstancias acompañantes constatadas en la causa que entendió le permiten sostener que el acusado no sólo manipuló la placa de la matrícula, sino que participó en el robo del vehículo, que es autor de la falsificación y coautor del asesinato del General. Estos elementos son el ejercicio del derecho a no declarar del acusado, el informe de balística, que demuestra que los disparos se han realizado con el mismo arma con el que se dio muerte a D. Esteban y las características del atentado, que son las habituales de los atentados de ETA.

De estos elementos carece de toda eficacia el efecto indiciario que se podría deducir del ejercicio del derecho a no declarar, toda vez que el ejercicio de un derecho no puede tener consecuencias que disminuyan el derecho.

Los otros elementos prueban que el recurrente es miembro de la organización terrorista, conclusión de los hechos probados que la Defensa no impugna, y que ha tomado parte de alguna manera en el atentado, por lo menos, en la preparación del coche para la huida de los autores directos. No es posible saber, por el contrario, si participó en la ejecución del atentado, dado que los testigos que ha tomado en cuenta la Audiencia no han aportado nada relevante sobre la identidad de los autores. Ello no obstante, es indudable que se trata de una participación en el delito de asesinato, lo que es consecuencia del dolo con el que actuó, pues tuvo necesariamente conocimiento del peligro concreto que generaba con su acción. En efecto, una persona que pertenece a un grupo terrorista, que prácticamente sólo opera mediante

atentados a las personas, sabe que la preparación de un coche con una matrícula falsa es, con gran seguridad, un acto de cooperación en el delito que caracteriza básicamente el modo de actuar de la banda. Ciertamente al recurrente —suponiendo que no haya participado en la ejecución del asesinato, hipótesis que nos impone admitir el principio “in dubio pro reo”— le era totalmente indiferente el delito que se cometería con el coche, pues resulta claro que no tomó ninguna medida que limitara la posibilidad de que con el vehículo se cometiera el asesinato, en el que se le imputa haber tomado parte. El dolo (eventual) del recurrente alcanza también a la tentativa de asesinato del conductor del coche del General, ya que es sabido que el plan de este tipo de acciones terroristas incluye también la eliminación de personas, defensas u obstáculos que se interpongan en la realización del propósito principal.

En ambos hechos, sin embargo, no puede ser considerado autor, sino sólo cómplice, puesto que no es posible afirmar que tuvo el dominio del hecho ni del atentado contra el general ni del realizado contra el conductor del coche que lo esperaba. Asimismo, tampoco puede ser calificada la acción del recurrente la de un partícipe necesario. Como es sabido el partícipe necesario debe haber prestado una importante cooperación difícilmente sustituible, sin haber tomado parte en la ejecución del delito, pues si hubiera tomado parte sería coautor. En la medida en la que, en el presente caso su colaboración con los ejecutores (la preparación del coche para acceso al lugar del asesinato y para la huida), era fácilmente reemplazable por la de otra persona, sólo cabe considerar al recurrente cómplice en los términos del art. 16 CP 1973. En consecuencia, se le debió aplicar la pena del art. 233 CP de 1973, atenuada en un grado, según lo disponía el art. 53 vigente cuando se cometió el delito. La cuestión tiene una trascendencia penal limitada, dado que la Audiencia ya rebajó dos grados la pena por la tentativa —que en realidad, por ser acabada, no merecía tal ate-

nuación— y sólo corresponde imponer, en consecuencia, el grado máximo de la reclusión menor, que en este caso se debe concretar en 17 años, 4 meses y 1 día.

También es claro que el acusado es autor, en el sentido del art. 14.1 CP 1973, de la sustitución de la placa de la matrícula del vehículo, tal como lo preveía el art. 279 bis CP 1973. La materia de la prohibición de esta disposición está actualmente recogida en el art. 390.1 CP, dado que la unión de un documento falso al objeto que tal documento tiene la finalidad de identificar es una de las formas de alteración del contenido del documento.

Por el contrario, no es posible inferir de la existencia de una huella digital en la matrícula falsificada que haya tomado parte en el robo del automóvil utilizado luego en el

atentado. No existe ningún elemento que demuestre la necesidad de que quien prepara un coche para acceder al lugar del hecho y favorecer la huida del mismo, haya sido también el autor de la sustracción con fuerza en las cosas de ese vehículo.

Tampoco es posible inferir la tenencia de explosivos, pues cabe la posibilidad, no descartada por la Audiencia, de que hayan sido otros los que tenían el explosivo utilizado en su poder y que éstos lo hayan instalado en el coche para hacerlo desaparecer.

Por último, sobre el delito de estragos (art. 571 CP) la Audiencia entendió que no debía pronunciarse por no haber sido formalizada la correspondiente acusación y, consecuentemente, no ha sido objeto del presente recurso.

Sentencia 937/2005, Sala de lo Penal del TS, de 7 de julio de 2005

ASESINATO

Art. 140 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se casa la aplicación por la Sala del art. 140 del CP, pese a no haber sido solicitado —por error— por la parte acusadora, en un asesinato en el que concurren alevosía y ensañamiento. El mencionado precepto constituye un verdadero subtipo agravado y lesiona el principio acusatorio aplicarlo sin solicitarlo la acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En síntesis lo que se denuncia por el recurrente es que la sentencia

dictada en apelación ha aplicado el art. 140 del Código Penal que fija la pena del delito de asesinato cuando concorra más de una de las circunstancias del artículo anterior —el

del asesinato— entre los veinte a veinticinco años de prisión.

La sentencia del Tribunal del Jurado, tras declarar en el FJ primero la concurrencia de las circunstancias agravantes específicas de alevosía y ensañamiento, en el FJ cuarto razona y motiva la no aplicación del art. 140 porque el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en su acta de acusación no recogió ni solicitó la aplicación del art. 140, y en esa situación sólo tuvo en cuenta la pena tipo del delito de asesinato prevista en el art. 139 —prisión de quince a veinte años—, y teniendo en cuenta —además— la concurrencia de la atenuante de confesión el Tribunal impuso la pena de prisión en la extensión de diecisiete años por aplicación de la regla penológica 2.ª del art. 66 del Código Penal.

El argumento esgrimido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para, con admisión del recurso del Ministerio Fiscal, aplicar la pena prevista en el art. 140 es que el principio acusatorio no se vulnera siempre que se mantenga el Tribunal sentenciador en el marco punitivo señalado por la Ley aunque se supere el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, y, en consecuencia razonó que “...quien presidió el Tribunal y dictó la sentencia que ahora se cuestiona, pudo legítimamente aplicar la agravación que deriva del artículo 140 del Código Penal, debiendo, además, hacerlo superando para ello los escrúpulos que expuso en su sentencia y que no afectaban en realidad al principio acusatorio...” —FJ tercero “in fine” —.

Ya anunciamos que no podemos comparar esta argumentación y que en consecuencia el recurso va a ser estimado. La discrepancia se encuentra en que el presente caso no se corresponde ni es equivalente con la doctrina de esta Sala fijada en el Pleno no Jurisdiccional de 14 de julio de 1993 según el cual el Tribunal puede superar el límite cuantitativo de la pena pedida por las acusaciones siempre que se mantenga dentro de los límites legales, y siempre que exista una motivación reforzada justificadora de la imposición dentro del límite legal por encima

de la petición acusadora —en tal sentido STC 20/2003, de 10 de febrero—, no constituyendo motivación de la pena la sola apelación a la facultad discrecional del órgano judicial, que más limitadamente es sólo expresión del decisionismo judicial pero no de su motivación.

Más aún, en el campo doctrinal e incluso dentro del sistema penal español no dejan de existir voces y argumentos en contra de la vigencia de esta teoría por entender que el Tribunal sentenciador, en ningún caso debería rebasar el límite máximo de la pena pedida por la acusación al representar ese límite la justa y proporcionada compensación punitiva, consiguiéndose el restablecimiento del respeto al orden jurídico violado, lo que llevaría a la conclusión de que el Tribunal, desde su posición neutral y por tanto sin descender a la arena del combate para convertirse en acusador —en palabras de la Exposición de Motivos de la LECriminal— no podría imponer pena superior, sin desbordar, superando, el papel de la acusación, aunque legalmente fuese posible, de igual modo que en el campo de los intereses privados que también existen en el delito —la responsabilidad civil—, tampoco se admite que pueda superarse el “petitum” solicitado.

En tal sentido, se contabiliza algún voto particular dentro de esta misma Sala en la STS 788/1999, de 14 de mayo, así como la Sentencia de 12 de febrero de 1993 y 7 de junio de 1993 citadas en dicho voto.

En la primera de las sentencias se hace referencia a “...una perfecta congruencia, tanto en la calificación jurídica del hecho como con la pena impuesta...”, y en la segunda, se afirma que “...la función individualizadora de la pena que el Tribunal corresponde encuentra su techo en el ‘quantum’ de tal pero solicitado por la más grave de las acusaciones...”, igualmente citamos la circular de la Fiscalía General del Estado... y ya, con carácter claramente normativo y por tanto constituyendo un referente de la mayor importancia, el art. 88 del Código Procesal Militar determina que “...La sentencia no podrá imponer pena que exceda de

la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad...”.

Desde estas reflexiones hay que concluir, que en todo caso hay que ser extremadamente cauteloso en la aplicación de esta doctrina aplicada por el Tribunal de la Apelación.

En el presente caso, la acusación del Ministerio Fiscal, si bien hizo referencia a la concurrencia de las agravantes de alevosía y ensañamiento, y sobre ambas se pronunció el Jurado positivamente, es lo cierto que en la calificación jurídica sólo hizo referencia al art. 139. Sin duda se trató de un error, pero teniendo en cuenta que el principio acusatorio se proyecta sobre los hechos pero también sobre la calificación jurídica en la medida que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio —STS 260/2005, de 28 de febrero— y que paralelamente el acusado debe saber “ex ante” de los hechos de los que se le acusa, y también de la calificación jurídica pues ambos as-

pectos son necesarios para poder articular eficazmente su defensa en los términos del art. 24 CE, habrá que concluir que la aplicación de la teoría de la posible superación por el Tribunal de la pena máxima pedida por las acusaciones, aunque dentro del límite legal no es de aplicación al caso de autos. La naturaleza del art. 140 es la propia de un subtipo agravado como lo acredita la hipergavación de la pena prevista que constituye un salto cualitativo dando lugar a una nueva figura que mantiene respecto del asesinato del art. 139 la misma relación que la existente entre éste y el homicidio del art. 138, por ello es claro que se está extramuros del ámbito de la doctrina antes aludida y citada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para revocar la sentencia de primera instancia.

No se trata de meros escrúpulos sino de la aplicación de un nuevo tipo penal cuya aplicación no había sido solicitada por el Ministerio Fiscal por lo que no puede ser aplicado sin riesgo de vulneración del principio acusatorio como aquí ha ocurrido.

Sentencia 916/2005, Sala de lo Penal del TS, de 11 de julio de 2005

PRUEBA DOCUMENTAL (INFORMES PERICIALES)

Art. 788.2 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo del Pleno de la Sala de 25 de mayo de 2005 (reproducido en el número 16 de la Revista) se desestima el recurso afirmando el valor como prueba documental del resultado de la prueba pericial documentada en el sumario sin que sea bastante para impedir tal valoración la mera impugnación de la defensa sin concretar razón alguna que justifique su desacuerdo y explique su impugnación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene la inexistencia de prueba acerca de la naturaleza de las sustancias intervenidas. La defensa impugnó los análisis periciales sobre dichas sustancias y propuso la declaración del perito. La Audiencia denegó la comparecencia del perito que también había sido propuesta por el Ministerio Fiscal como prueba para el juicio oral precisamente para el caso de que la defensa impugnara los análisis periciales. Al inicio del juicio oral la defensa insistió en la necesidad de comparecencia del perito, lo que fue nuevamente denegado por el Tribunal.

El derecho a la presunción de inocencia, con rango de derecho fundamental (artículo 24 CE), implica que nadie puede ser condenado sin que se haya demostrado con arreglo a la ley la existencia de los hechos constitutivos del delito por el que se dicta la condena y la participación del acusado en ellos. La iniciativa probatoria respecto de tales hechos corresponde a la acusación, sin que sea precisa ninguna actuación del acusado para la efectividad del derecho.

En los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, la prueba debe ser suficiente para acreditar la naturaleza de la sustancia intervenida, pues ese dato constituye uno de los elementos del tipo objetivo. La determinación del porcentaje de riqueza también es un dato de interés, que resulta imprescindible cuando se trate de cantidades tan pequeñas que puedan hacer surgir dudas acerca de la presencia suficiente de principio activo, o cuando se trata de supuestos en los que se aplica la agravación por la notoria importancia de la cantidad de droga.

En la causa obra un informe pericial en el que se hace constar expresamente que se han seguido los protocolos científicos reco-

mendados por Naciones Unidas, informe cuya documentación fue propuesta por el Ministerio Fiscal como prueba documental.

El artículo 788.2 de la LECrim., en la redacción vigente al tiempo del juicio oral, permite introducir como prueba documental en el juicio oral el resultado del análisis pericial sobre las drogas, en determinadas condiciones que el mismo precepto establece. Tal previsión legal puede encontrar explicación en las particularidades de esta clase de prueba, generalmente consistente en la aplicación de procedimientos químicos o protocolos estandarizados, lo que unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realizan, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados. Estos aspectos han sido valorados por la doctrina de esta Sala, que ha reconocido a dichos informes, “prima facie”, valor probatorio sin necesidad de ratificación en el acto del juicio oral.

Naturalmente, ello no impide que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensa de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia y necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el Tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles.

En el caso actual, la prueba consistente en la comparecencia de los peritos en el juicio oral propuesta condicionadamente por el Ministerio Fiscal en el escrito de conclusiones provisionales y por la defensa en sus conclusiones y al inicio del juicio oral, fue inadmitida por la Audiencia. En atención a la doctrina de esta Sala sobre la validez de los informes periciales sobre drogas emiti-

dos por organismos oficiales, puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 788.2 de la LECrim., y muy especialmente teniendo en cuenta que no consta que la defensa articulara ninguna razón que hiciera necesaria la comparecencia de los peritos, la denegación ha de considerarse correcta, pues aun cuando la prueba pudiera considerarse pertinente, dada su relación con el objeto del juicio, no era necesaria, toda vez que ya existía un informe pericial emitido por un organismo oficial propuesto como prueba documental, y no se aportaban razones que justificaran una ratificación o ampliación de dicho informe.

Sin perjuicio de lo antes dicho, en realidad el recurrente no se queja de la denegación de la prueba. Lo que sostiene es que, dada esa denegación y su impugnación pre-

via de los análisis, no ha existido prueba de cargo acerca de la naturaleza de la droga.

Sin embargo, como hemos señalado, el artículo 788.2 de la LECrim. permite la incorporación al juicio oral como prueba documental del resultado de la prueba pericial documentado en el sumario, tal como fue propuesto en este caso por el Ministerio Fiscal. En ese sentido existió prueba documental acerca de la naturaleza de las sustancias intervenidas, pues aunque la defensa hubiera expresado su negativa a aceptar el resultado del informe pericial, lo que efectuó sin concretar razón alguna que justificara su desacuerdo y explicara su impugnación, ello no impide su valoración por el Tribunal, conforme a lo acordado en el Pleno no jurisdiccional celebrado por esta Sala el 25 de mayo de 2005.

Sentencia 997/2005, Sala de lo Penal del TS, de 13 de julio de 2005

DOLO EVENTUAL. HOMICIDIO

Art. 138 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un homicidio en el curso de un robo, a la hora de imputar aquél como doloso o imprudente, menciona la sentencia hasta diez teorías del dolo eventual. Por otra parte, imputa la muerte a quien, sin intervenir en la agresión, se muestra indiferente ante ella.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 6. Toda la doctrina advierte de la extraordinaria dificultad para

distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, habiéndose construido numerosas teorías, lo que evidencia la inestabilidad y debilidad del concepto.

Frente a la tesis más generalista del dolo eventual, como la acción asumida a pesar de la posible lesión de bienes jurídicos, existen multiplicidad de posiciones doctrinales que enumeramos sin ánimo de exhaustividad.

- a) Teoría de la aprobación o del consentimiento.
- b) Teoría de la indiferencia.
- c) Teoría de la representación o de la posibilidad.
- d) Teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de la evitación.
- e) Teoría de Frank, que toma en consideración la conducta del individuo en el caso de que se hubiesen representado las consecuencias del resultado. Es decir, si hubiera desistido o continuado adelante.
- f) Teorías combinadas.
- g) Teoría del riesgo de Frisch, es decir, una conducta que pudiese acarrear un riesgo no permitido de muerte.
- h) La no improbable producción del resultado y habituación al riesgo de Jakobs. El dolo eventual existe cuando se menosprecia, con negligencia o ligereza, la importancia del bien afectado por la intensidad del riesgo.
- i) La teoría del peligro no cubierto o asegurado de Herzberg, ante la conciencia de que existe un peligro remoto de producirse el resultado.
- j) La teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto de Schorth, según la mayor o menor facilidad de que se produzca el resultado.

La recapitulación de todas estas teorías no nos conducen a resultados seguros en orden a la distinción, no exenta de consecuencias gravísimas en cuanto a la pena, entre el dolo eventual y la culpa consiente, hasta el punto de que algún sector de la doctrina haya propuesto un tercer género de la culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia.

7. Dejando a un lado las teorías, ya que nuestra labor consiste en adoptar una solución para el supuesto concreto, debemos

ponderar si la acción, en cada caso distinta y evaluable, nos lleva a considerar que el sujeto que la realiza, puede abarcar plenamente el resultado por la propia naturaleza de los actos que asume independientemente de cual sea la valoración subjetiva o volitiva del sujeto.

En el caso presente resulta incontestable que el empleo del bate para golpear a la víctima no se realizó con la intensidad necesaria para causar la muerte, ya que la autopsia no detecta traumatismos desencadenantes de la muerte. El examen de las tres cavidades no proporciona datos para conectar los golpes con el resultado.

8. No obstante, el relato fáctico, añade una actuación que puede considerarse decisiva en orden a la causación del resultado mortal sin descartar, por supuesto, las patologías que orgánicamente contribuyeron, de forma decisiva, al episodio tromboembólico en el que confluyen las dolencias congénitas. El mecanismo desencadenante, no fue otro sino la acción voluntaria de uno de los acusados que, ante la indiferencia e impasibilidad del resto, colocó un armario encima del cuerpo, es que necesariamente tenía que producir una inmovilidad causante de serios riegos circulatorios que terminaron produciendo un resultado que, cualquier persona racional, podía imaginarse, en función del efecto mecánico de inmovilización, que todos aceptaron.

Analizando los detalles del hecho concreto y eximiéndonos de teorizar sobre tesis doctrinales, es inevitable aceptar que la decisión de colocar encima de una persona inconsciente a consecuencia de golpes no letales un objeto tan voluminoso como un armario, podría desencadenar efectos mortales por diversas causas u orígenes. No se puede admitir la ruptura del curso causal por el hecho de la existencia de graves fallos patológicos en la víctima ya que, en todo caso, el factor desencadenante se puede concretar directamente con el propósito de inmovilizar a la víctima en deficientes condiciones físicas externas bajo el peso de un armario. Por ello no se

debe descartar o no se puede descartar la existencia de un dolo eventual, nunca directo, en la producción del resultado.

9. El segundo aspecto es el que se deriva de la actuación del recurrente, al que se le imputa una actitud impasible e indiferente, que le hace solidario de la acción del sujeto activamente protagonista y del resultado. Podríamos señalar, a efectos dialécticos, que no hubiera podido disuadir, al autor de los golpes, de su conducta excesivamente violenta pero, incuestionablemente, se le debe reprochar su indiferencia y su falta de reacción ante el hecho de que se hubiera colocado un armario sobre el cuerpo de una

persona seriamente afectada por los golpes previos. Su comportamiento exigible pasa por una conducta activa que se le debía reclamar y que no le podía ocasionar ningún efecto perjudicial o reacción violenta del sujeto principal. Con su actitud daba por buena la posible causación de resultados perjudiciales para la vida derivados de un hecho tan definitivo como el de colocar un armario sobre un cuerpo abatido y previamente golpeado, lo cual quiere decir que no le resultaba absolutamente indeseable o rechazable dicha situación. Abandonó el lugar sin adoptar una conducta activa de eliminación del riesgo evidente y palmario para cualquier persona medianamente razonable.

Sentencia 1017/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2005

SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Arts. 24 CE; 655, 694, 784.3 y 787.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa por imposición en sentencia de conformidad de pena superior a la mutuamente aceptada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. El segundo motivo, al amparo del art. 852 de la LECrim. en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, denuncia

infracción de precepto constitucional (“una serie de violaciones en cadena”), por haberse impuesto a los acusados penas superiores a las interesadas por la acusación, pese a la conformidad mostrada por la defensa con la

calificación definitiva del Ministerio Fiscal, lo que les ha causado la consiguiente indefensión, por lo que ahora se ven abocados a atacar el proceso en su propia esencia.

Desde la perspectiva indicada, la parte recurrente denuncia la vulneración del derecho de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías y del principio acusatorio, “dado el hecho de que la acusación pactó con la defensa, tras la celebración de la fase probatoria en juicio y tras verse impedido el Fiscal de llevar a cabo una acusación en toda regla...”, habiéndose centrado el pacto Fiscal-defensa “en este caso en particular en el alcance de las penas”; sin que la Sala de instancia hiciera uso de la facultad excepcional del art. 733 de la LE-Crim. En último término, la parte recurrente denuncia también “falta de motivación de la resolución judicial del art. 120.3 CE, que se entronca en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, prevista constitucionalmente en el art. 24.1 de la CE”.

2. El examen de las actuaciones pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, inculpó a los acusados por un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.2.º del Código Penal, solicitando se les impusiera a cada uno de ellos la pena de prisión de once años y multa de cincuenta mil euros”, en tanto que la defensa de los acusados solicitó su libre absolución; y, llegado el juicio oral, tras la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y admitidas por el Tribunal, en el trámite de calificación definitiva, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales para imputar a los acusados la comisión de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, solicitando se impusiera al acusado, en concepto de autor de tal delito, las penas de tres años de prisión, accesorias, y multa de 30.000 euros, con arresto sustitutorio caso de impago, y a la acusada, como cómpli-

ce del mismo delito, las penas de dos años de prisión y multa de 20.000 euros, y dos meses de arresto. Tras de lo cual, la defensa se adhirió a la calificación definitiva del Ministerio Fiscal.

Es evidente, pues, que la defensa de los acusados se ha conformado con la acusación formulada contra ellos por el Ministerio Fiscal, por lo que hemos de estimar que nos encontramos en un supuesto de conformidad de las partes, y buena prueba de ello es que el Tribunal de instancia omite en su sentencia toda motivación sobre la prueba de los hechos que declara probados y, también, toda fundamentación sobre la calificación jurídica de los mismos, y sobre participación de los acusados y concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, afirmando a este respecto que “la admisión, por parte de la defensa, de la calificación jurídica que la acusación pública realizada en el trámite del juicio oral (...) releva a este Tribunal de toda consideración jurídica ..” (v. FJ 1.º), limitándose, en definitiva, a tratar de fundamentar su decisión de imponer a los acusados unas penas superiores a las solicitadas por el Ministerio Fiscal.

3. En materia de sentencias dictadas por conformidad de las partes (v. arts. 655, 694, 784.3, 787.1, 8.º 1.2 y concordantes de la LECrim.), la jurisprudencia consolidada de esta Sala sostiene que la conformidad de las partes es vinculante tanto para el acusado como para las partes acusadoras, que han de pasar tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada; vinculación que también alcanza al Juez o Tribunal, que no podrá imponer al condenado pena superior a la pedida por la acusación (v. SSTs de 20 de junio de 1966, 19 de noviembre de 1974, 29 de enero de 1977, 30 de septiembre de 1993 y 17 de noviembre de 2000 y las citadas en ellas), por estimar que la imposición de pena mayor que la solicitada, aparte de la infracción del artículo 655, párrafo segundo, de la LECrim., vulnera los valores superiores encarnados en el principio acusatorio y en el derecho de defensa.

Sentencia 1023/2005, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2005

PRUEBA ANTICIPADA

Arts. 448 y 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

Suficiencia para cumplir las garantías previstas legalmente al realizar la testifical anticipada, con la presencia de los letrados de los imputados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El imputado en un proceso penal ostenta el derecho a oír los testimonios vertidos en su contra y a formular preguntas a los testigos de cargo y de descargo que presenten las partes (así lo reconoce el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Ese derecho se materializa en nuestro ordenamiento jurídico a través del ejercicio de la defensa técnica por un Letrado de su libre designación o por un nombrado de oficio, si bien goza asimismo de un cierto contenido personal en tanto derecho a estar presente en el acto del juicio oral dirigido en su contra.

De otro lado, es doctrina consolidada de esta Sala que para que la irregularidad de una diligencia probatoria produzca su nulidad ha de ser de tal naturaleza que afecte a la misma línea de base del proceso, impidiéndole mantener el necesario equilibrio. En caso contrario, habrá que examinar si el defecto o vicio ha contaminado todo el proceso o si éste puede quedar a salvo si se prescinde de dicho requisito y se comprueba que el insoslayable derecho de defensa ha quedado salvaguardado satisfactoriamente en el caso concreto.

No puede olvidarse que la regulación de la nulidad de los actos procesales prevista en los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se condiciona, en último extremo, a la existencia de una efectiva e insoportable indefensión, que quiebre irremediablemente la exigible e inexcusable igualdad de armas base del principio de contradicción. La tutela judicial efectiva exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollen sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24.2 CE, se concibe como la negación de la expresada garantía ya desde SSTC de 25 de enero de 1993 y de 28 de noviembre de 1994.

Llevando al presente supuesto la doctrina jurisprudencial expuesta, se aprecia que el Juzgado instructor, habida cuenta de las evidentes dificultades que ofrecería en el momento del juicio oral la citación y comparecencia del testigo extranjero y de los propios acusados, resolvió el dilema mediante el mecanismo legalmente previsto para dichos supuestos en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consistente en la realización como prueba anticipada de la

testifical oportuna, exigiéndose para ello la presencia de todas las partes del proceso y la representación de los acusados por sus defensores técnicos. Ciertamente, la diligencia fue practicada sin la presencia física de los imputados, si bien estando presentes sus respectivos Letrados, en el ejercicio del legítimo derecho de defensa de aquéllos, de manera que la invocada irregularidad procesal en ningún momento puede estimarse de tal entidad y relevancia para la causa que provoque la nulidad de la prueba, dado que la intervención de los Abogados legalmente designados impide que pueda hablarse de indefensión para los imputados.

En un segundo término, en la celebración del juicio oral se procedió a la declaración de los acusados, quienes pudieron exponer en dicho acto lo que a su derecho conviniera, y se leyeron asimismo las declaraciones testificales consignadas como prueba anticipada, sin que la defensa que ahora recurre expresara nada de contrario sobre su contenido, sino únicamente al comienzo de las sesiones en cuanto a entender nula la diligencia por ausencia del imputado. Por el contrario, sí gozó el acusado, por sí mismo y también a través de su Letrado, de la oportunidad de alegar en la vista oral lo que a su derecho conviniera de contrario a la versión de los hechos ofrecida por medio de la prueba testifical anticipada, por lo que de ninguna manera cabe estimar indefensión ni pro-

ducción de vicio procesal de crucial entidad para la valoración de los hechos.

El órgano instructor actuó con cumplimiento de las mínimas garantías previstas legalmente al realizar la testifical anticipada, pues si bien es cierto que la Ley prevé la posible presencia del procesado en la práctica de la prueba testifical anticipada, la efectiva presencia de los respectivos Letrados ha de entenderse bastante en cuanto cumplimiento de las básicas garantías procesales.

Por su parte, en este caso el Tribunal “a quo” se encuentra legitimado para tener en cuenta a la hora de formar su convicción —como tuvo— la prueba hoy impugnada, al haberse procedido adecuadamente a dar lectura de su contenido en el juicio oral, por aplicación del artículo 730 de la LECrim. sin que por la defensa que ahora recurre se impugnara en dicho momento su concreto contenido.

Consecuentemente, debe entenderse que el acusado tuvo oportunidad de contradecir el testimonio de cargo presentado por la acusación pública, por lo que visto el conjunto de las actuaciones y el contenido argumental ofrecido al respecto por la sentencia de instancia se infiere que no se ha producido quebrantamiento de ninguna garantía procesal, de modo que la prueba practicada anticipadamente ha de estimarse válida en todos sus efectos, siendo procedente la desestimación del motivo de casación interpuesto.

Sentencia 1046/2005, Sala de lo Penal del TS, de 13 de septiembre de 2005

FALTA DE MOTIVACIÓN DEL VEREDICTO

Arts. 120.3 CE; 61.1.d) LOTJ

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

SÍNTESIS

Expuesta la doctrina general sobre la necesidad de motivación y sus particularidades cuando se trata de veredicto de no culpabilidad, se ratifica

la decisión del Tribunal de apelación apreciando la falta de motivación del veredicto por no constar las razones para no dar valor probatorio suficiente a la prueba directa e incriminatoria sometida a la consideración del Jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) La cuestión planteada hace necesario recordar cómo la Jurisprudencia de esta Sala, desde la sentencia 364/1998, se ha pronunciado sobre las dos fases necesarias de la motivación, concebida como operación de subsunción lógica de los hechos en la norma (fundamentación) regulada en los artículos 142 LECrim. y 248 LOPJ, por una parte, y, por otra, como operación crítica operante sobre la fundamentación estricta y que da a conocer “ad extra” las razones tenidas en cuenta para la subsunción, siendo ambas exigibles, pues de lo contrario carecería de sentido la norma contenida en el artículo 120.3 CE, añadiendo que “la apreciación conjunta de la prueba que se admite por la jurisprudencia supone una carencia de motivación en cuanto a los hechos probados y una total dificultad de saber si en esa apreciación se han tenido o no en cuenta elementos de prueba no admitidos por la ley o que llegaron al proceso de forma heterodoxa o que no fueron objeto de desarrollo en términos de contradicción o posibilitación de defensa”. Igualmente se refiere a la “motivación reforzada” que se deriva del contenido del artículo 61.1.d) LOTJ, constituyendo la omisión de esta exigencia legal una causa de nulidad conforme al artículo 240.1 en relación con el 5.1, ambos LOPJ. Por último, declara que la expresión de la duda sobre la ocurrencia de los hechos no puede erigirse sin más en fundamento de la absolución. El sustrato de la misma debe configurarse mínimamente y ello es compatible con lo que declara el artículo 54.3, último inciso, LOTJ.

Substancialmente en la misma línea las SSTs 1187/1998, de 8-10, de 14-2-2000, 626/2000, de 5-4, y 1240/2000, de 29-6, cuyo fundamento jurídico décimo se ocupa del contenido de la motivación de las resoluciones del Tribunal del Jurado, con cita de la anterior n.º 960/2000, de 29-5, que declara lo siguiente: Hemos declarado que la motivación de la sentencia se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial. A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que llevan al Tribunal sentenciador a dictar la resolución, sino que va a permitir al Tribunal Superior, en virtud de la impugnación, que pueda comprobar la lógica y la racionalidad de la función jurisdiccional. Ambas direcciones de la motivación tienen como destinatario el ciudadano que requiere la actuación judicial, y el pueblo del que emana la Justicia. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si el ejercicio de esa función responde a los presupuestos legales que permite la adopción de la resolución, pues la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la norma penal (STS 1658/1999, de 15 de noviembre).

En esta exigencia hemos de distinguir, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella

por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la prueba. En este sentido la STS 12-3-2003 declara que en el caso de juicios con jurado, la decisión en materia de hechos incumbe exclusivamente a éste, y con la decisión, también al deber de motivar “ex” art. 120.3 CE. La Ley [art. 61.1.d)] precisa ese imperativo exigido a los jurados que fijen los “elementos de convicción” y que expliquen de forma sucinta “las razones” por las que entienden que determinados hechos han sido o no probados. La imputación, el “*thema probandum*” propuesto por la acusación, por lo general, no se prueba de una vez, ni conjuntamente en todos sus extremos, ya que el resultado de los diversos medios probatorios puestos en juego, suele verter sobre los distintos elementos o aspectos de aquél, que, por lo común, describe una conducta con diferentes segmentos de acción, es decir, más o menos compleja.

Y, por otro lado, de los medios de prueba suelen obtenerse contenidos informativos no siempre unívocos, ni rigurosamente coincidentes, a los que quepa remitirse de manera global y sin matices. Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen las razones de asignarles algún valor probatorio... La identificación de los elementos de convicción ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la explicación de “las razones” puede ser sucinta, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Cuarto.—De otra parte la motivación de las sentencias es exigible “ex” art. 120 CE

“siempre”, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales —y entre ellos cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el canon exigible (SSTC 34/1997, de 15-2; 157/1997, de 13-7; 200/1997, de 24-11; 109/2000, de 5-5; 169/2004, de 6-10).

Por el contrario, las sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, dice el art. 120.3 CE, es requerida “siempre”. No cabe por ello entender que una sentencia absolutoria puede limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del por qué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria (STS 424/2001, de 19-4).

Por la misma razón, en el caso de los veredictos de no culpabilidad y aunque en ocasiones esta Sala haya dicho que basta con expresar la duda, SSTC 13-2-1998, 29-5-2000, 5-2-2001, según la cual “la duda del Tribunal del Jurado es por sí misma un fundamento suficiente de la absolución. El ciudadano sabe que la razón de la absolución es la duda, es decir la falta de convicción en conciencia del Tribunal y, por esta razón, la expresión de la duda tiene el valor de un fun-

damento jurídico hábil para sostener el pronunciamiento del Tribunal”, y en similar sentido SS. 2007/2002, de 13-2 y 122/2003, de 29-1, no siempre será así, pues a veces, sobre todo cuando hay pruebas directas de gran carga incriminatoria, o cuando existen acreditados hechos con gran fuerza indiciaria, será preciso justificar la duda, explicar por qué se le ha presentado la duda, es decir, aludir a las razones que expliquen por qué el jurado duda de una versión que a primera vista aparece rayana en la certeza. Así la SS. 19-4-2001 declaró la falta de motivación de un veredicto que se limitaba a indicar que las pruebas practicadas no demostraban que el acusado se hubiese encontrado en el lugar de los hechos, contra lo abiertamente declarado por cuatro testigos sobre cuya falta de credibilidad nada argumentó, ni siquiera sucintamente, el Jurado.

Contrario de cuanto antecede es que no puede medirse el nivel de exigencia de motivación con parámetros generales y abstractos, sino en función de cuáles fueron los debates, las dudas, las incertidumbres y las tesis contrapuestas en el caso concreto, de tal modo que un observador imparcial y ajeno a la deliberación esté en condiciones de “apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no es fruto de la mera arbitrariedad” (SSTS 29-5-2000, 22-11-2000).

Las afirmaciones precedentes no deben llevar, sin embargo, a la confusión entre el juicio sobre la existencia (y suficiencia) de la motivación y el juicio sobre la razonabilidad de la valoración de los elementos de convicción llevada a cabo por el Jurado. Debemos precisar que una cosa es que el razonamiento o motivación del veredicto sea, no ya más o acertado, sino arbitrario o carente de toda razonabilidad —que es lo que podría implicar la falta de motivación alegable por la vía del apartado a) del art. 846.bis.c)— y ora muy distinta que, al amparo del mismo, pueda entrarse a discutir si el Jurado estuvo o no acertado en la valoración de la prueba”, criterio marcado por la sentencia de esta Sala 25-10-1999, confor-

me al cual “a pretexto de una falta de motivación no puede intentar cuestionarse la valoración alcanzada por el Tribunal de Jurado”, bien entendido que la STS 384/2001, de 1-3, en un caso también de absolución declaraba haber lugar al recurso, entre otras razones, porque hacer “descansar la motivación en la totalidad de la prueba practicada no puede ser en realidad motivación alguna”.

Así, en efecto, añadimos ahora, si la motivación, por estar clara, pone al descubierto que el Jurado ha valorado las pruebas de manera manifiestamente equivocada, entonces el reproche que puede hacerse no es el de falta de motivación, sino el de arbitrariedad del veredicto en sí, pudiendo llegarse a alterarlo por la vía del apartado e) del art. 846.bis.c) o incluso, en algunos casos, por la vía del apartado b); si, en cambio, el veredicto no es en sí mismo irrazonable (es decir es defendible), pero se ofrecen razones completamente periféricas y alegadas de lo que constituyó el debate entre las partes y el ámbito de divergencia entre unas tesis y otras, o simplemente son explicaciones “carentes de toda razonabilidad”, entonces el Tribunal no podrá revisar el relato fáctico (pues pudiera estar bien fundado y no puede esta Sala implantar la competencia del Tribunal “a quo” más que en los casos en que el veredicto en sí carezca de toda base razonable) pero sí acordar, por el insubsanable defecto de falta de motivación adecuada, la repetición del juicio oral con nuevo Tribunal de Jurado”.

Quinto.—Procede ahora analizar, desde las premisas que se acaban de recordar, si a la vista de la actividad probatoria llevada a cabo en el juicio oral, y de los argumentos de las tesis incriminatoria y absolutoria que se cruzaron, se cumplen las exigencias de explicación y motivación del veredicto, es decir, si como ya hemos adelantado, su contenido es suficiente como para que alguien que no participó en la deliberación llegue a encontrar suficientemente explicadas las ra-

zones por las que se llegó a un veredicto de no culpabilidad, a pesar de la existencia de una prueba directa, el testimonio de dos testigos presenciales que, “a priori” comportaban una gran carga incriminatoria.

Pues bien, el jurado frente a esta prueba de cargo, sin consignar en modo alguno que otros elementos probatorios son contradictorios con aquella, se limita a no considerarla creíble debido a unas presuntas contradicciones entre los dos testigos. La sentencia del Tribunal Superior dictada en el recurso de apelación, de una parte, considera que, desde una perspectiva jurídica sustantiva y procesal, no se puede declarar la ineficacia absoluta de los testimonios directos, aduciendo contradicciones intrascendentes sobre las manchas de sangre, color de los coches o sobre la diferencia entre una pistola y un revólver, sin haber practicado un careo o sin reparar que existe coincidencia en lo esencial y que aquellas nada tienen que ver con el hecho punible y la autoría del recurrente, tratándose de imprecisiones y olvidos de aspectos puntuales intrascendentes que resultan lógicos se cometan cuando han transcurrido más de cinco años desde que ocurrieron los hechos y el acusado estuvo huido varios años, y sin tratar de averiguar cuál de las dos declaraciones era la verdadera de resultar contradictorias las mismas; y de otra parte, que el Jurado no se pronuncie sobre las declaraciones prestadas por los funcionarios policiales y por el propietario del local, que aludían a varias personas que estuvieron tomándose copas y que luego se había escuchado un tiroteo fuera o como si fueran petardos o detonaciones, para concluir que se han infringido los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de indefensión y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, quebrantándose las normas y garantías constitucionales y violándose los arts. 61.1.a) apartado 4 y 63.1.a) y e) LOTJ.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe apreciar que en la sentencia recurrida se haya incurrido en irrazonabilidad, arbitrarie-

dad o patente error en el proceso de interpretación y aplicación del art. 63.1.e) en relación con el art. 61.1.d) antes citados, ya que, como ha quedado acreditado por un lado se ha partido de una interpretación del art. 61.1.d) LOTJ, sobre la exigencia de sucinta explicación, atendiendo a su propio contenido literal, a la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos de la Ley y al requisito de motivación del art. 120 CE, en conexión con el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que alcanza a todas las partes de la relación jurídico procesal (art. 24.1 CE) para concluir que al menos, es necesario para entender cumplida dicha exigencia individualizar inequívocamente las pruebas y cualquiera otros elementos de convicción que han llevado a declarar o rechazar probados los hechos que se plantean al Jurado en el acta del veredicto. Y por otro se ha razonado para la aplicación de este precepto que las afirmaciones contenidas en el acta de votación del veredicto, al expresar solo las supuestas contradicciones, pero no los motivos en que se sustentan para considerarlas esenciales en relación a la autoría del recurrente, no reúnen las características de la explicación exigida legalmente.

En definitiva hemos de insistir en que la Sala de apelación no podría apreciar la falta de motivación del veredicto por el hecho en sí de que se atribuya por el Jurado más o menos valor probatorio a un determinado testimonio, pues no se trata de corregir la valoración del material probatorio, sino de analizar si se han dado o no explicaciones que permitan calificar tal valoración como razonable o como irrazonable. Pero el Jurado, como ya hemos dicho, no aclara por qué no considera creíbles aquellas pruebas directas debió motivar con alguna explicación, distinta, desde luego, de la que ofreció en el veredicto, la trascendencia de esas supuestas contradicciones y omitió cualquier otra referencia al resto de los medios de prueba sometidos a su consideración.

Por ello, esta Sala no está en condiciones de saber si la conclusión a la que llegó el Jurado es o no absolutamente irrazonable, pues cabe imaginar hipótesis no descartables que podrían darle justificación, lo cierto es, sin embargo, que la razón ofrecida pa-

ra no dar valor probatorio suficiente como para despejar las dudas a los hechos reseñados, no aparece, con lo que, al tratarse de unos extremos tan elocuentes por sí mismos, no cabe más que concluir que el veredicto estuvo insuficientemente motivado.

Sentencia 1034/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de septiembre de 2005

DECLARACIÓN TESTIFICAL MEDIANTE COMISIÓN ROGATORIA

Art. 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Validez de la declaración testifical practicada mediante comisión rogatoria y posteriormente introducida en el juicio oral por la vía del art. 730 de la LECrim. por existir importantes dificultades para la comparecencia en él del testigo residente en el extranjero (vid., en similar sentido, STS núm. 1091/2005, de 22 de septiembre de 2005).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por infracción de ley y de precepto constitucional, arts. 24.1 y 2 CE y 11.3 LOPJ por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, e inaplicación del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE en relación con el art. 5.4 de la LOPJ. Alega el recurrente, en primer lugar, que se desconoció su derecho constitucional cuando no suspendió el tribunal de instancia la vista para que se celebrara ante él la prue-

ba testifical de Maite, en vez de proceder a la lectura de sus declaraciones, no constando que se apurara la búsqueda de la testigo; resultando absurdo que se localizara a la testigo protegida para la celebración de la comisión rogatoria por la que declaró, y, en cambio no se hiciera lo mismo para su citación para la vista del juicio con el tiempo suficiente para que ello fuera posible, puesto que tan sólo se cursó una comunicación a Interpol en este sentido dieciocho días antes de la Vista.

Pues bien, el primer aspecto del motivo invocado ha de tener su fundamento en la indefensión que se cause a la parte que lo sufre, no existiendo una automática correlación entre denegación de prueba e indefensión.

Es claro, que, como reconoce el Ministerio Fiscal, las pruebas de cargo aptas para la desvirtuación de la presunción de inocencia han de practicarse en el juicio oral, en el que alcanzan plena realización las garantías propias de los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, y así lo ha declarado constantemente la jurisprudencia. (...)

No obstante, tiene declarado el Tribunal Constitucional y esta sala, que cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

Y ello también es predicable en el caso en el que el testigo resida en el extranjero, habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un tribunal español, pese a los acuerdos internacionales (Estrasburgo de 1959 y Schengen) existentes al respecto, de modo que por tales dificultades estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el art. 730 LE-Crim. que permite la lectura en el plenario a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pudieron ser reproducidas en el juicio oral.

La STS de 29-10-1999, n.º 1570/1999 nos recuerda que una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional —sentencia 25 de octubre de 1993— y de esta sala, sentencias

5 de junio y 16 de noviembre de 1992, 16 de febrero de 1998, ha declarado que una de las excepciones a la necesidad de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, que conforman la práctica probatoria en el plenario, es la del testigo que se encuentra en el extranjero, fuera de la jurisdicción del tribunal no siendo factible lograr su comparencia, excepción que encuentra fundamento en el grave obstáculo que su comparencia en el acto del juicio oral, presenta la residencia de un testigo en el extranjero.

En nuestro caso, las circunstancias concurrentes en Maite ilusoramente llevan a considerar totalmente ilusorias las facultades del tribunal de instancia para forzarla a trasladarse a España y a intervenir personalmente en el juicio oral. Piénsese que fue extraditada desde Venezuela a Italia y allí está pendiente de un proceso judicial bajo el régimen de testigo protegido o “colaborador con la justicia”, en un asunto de blanqueo y tráfico de drogas de considerable importancia. No es lo mismo declarar en Italia en el seno de la Comisión Rogatoria al amparo del Convenio Europeo de Asistencia Judicial de Estrasburgo de 20-4-1959, ratificado en Italia a través de la Ley 215/1961 y del Tratado de Schengen ratificado por Italia, a través de la Ley 388/1993, que trasladarse en las condiciones pretendidas a España. La ausencia de facultades coactivas del tribunal español sobre la testigo residente en el territorio extranjero, no hubiera producido sino una inútil dilación del procedimiento.

Según consta en las actuaciones, si bien el tribunal penal español acordó por auto de 20-2-2004 (f.º 20) admitir todas las pruebas propuestas por las partes y entre ellas la citación de la testigo Maite, propuesta expresamente por el Ministerio Fiscal y por la defensa de Gustavo y, por remisión a la prueba del Fiscal por Mauricio, señalando el juicio para el día 22-3-2004, también obran (f.º 37 y ss.) los esfuerzos efectuados para su citación a través de Interpol para su comparencia en la Vista, con inclusión de la cédula

de citación traducida al italiano, sin que diera resultado positivo (f.º 63).

Como indica la sentencia de esta sala de 5-12-2003, n.º 1631/2003, el fundamento de las previsiones del art. 730 LECrim. (en relación con el art. 719 LECrim.) es hacer compatible el derecho de las partes a la práctica de las pruebas propuestas y el de realizar la justicia en un tiempo razonable, sin que la ausencia de un testigo conlleve, sin más, la impunidad.

De ahí que la práctica del testimonio en el juicio oral pudiera ser sustituida, atendida su imposibilidad, por la lectura de la declaración que en su momento prestó en presencia del Juez, de Fiscal, del Letrado de su defensa, y con la concurrencia del correspondiente fedatario.

Así las cosas, no puede estimarse que concurren los requisitos de fondo para la estimación del motivo basado en la improcedente denegación de la prueba en los términos solicitados.

En el caso ni siquiera pidieron las defensas la suspensión de la Vista para la comparecencia de la testigo (f.º 79 del acta), tal como les autorizaban los arts. 745 y 746.3.º LECrim., habiéndose limitado dos de las tres defensas concurrentes a la vista, y una sola correspondiente a los hoy recurrentes, a

oponerse a la petición de lectura de declaraciones efectuada por el Ministerio Fiscal y secundada por otra de las defensas. Mucho menos procedieron a consignar las preguntas que hubiese formulado a la testigo, para permitir que la sala pudiese valorar la necesidad de la prueba, tal y como se requiere por la doctrina de esta sala en sentencias de 30 de septiembre de 1996, 10 de febrero de 1997 y 22 de marzo de 1999, o de 14-3-2000, n.º 453/2000.

Así pues si bien, en su momento, pudo darse la pertinencia de la prueba, entendida como oportuna y adecuada en relación con la cuestión debatida en el proceso (STS 27/1994, de 19 de enero), no concurría su necesidad, tal como la entiende el Tribunal Constitucional (STC 166/1983, de 7 de diciembre y 45/1990, de 15 de marzo) como susceptibilidad de que el fallo hubiera podido ser otro mediante la práctica de la prueba omitida; o como proyección sobre la eventualidad de un cambio en el signo de la decisión, como a ella se ha referido esta sala (STS 336/1995, de 10 de marzo y 604/1995 de 4 de mayo). Debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que en el caso, ni se ha demostrado tal capacidad de influencia de la prueba denegada sobre el resultado de la sentencia de la sala de instancia, ni ésta infringió las normas de procedimiento.

Sentencia 1040/2005, Sala de lo Penal del TS, de 20 de septiembre de 2005

DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN (MEMORIA DE TELÉFONO MÓVIL)

Art. 282 LECrim.

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

SÍNTESIS

No invade el secreto de las comunicaciones la diligencia de investigación de los números marcados y recibidos en la memoria de un teléfono móvil, que en el caso de autos es valorado como un dato indiciario que, en unión de otros concurrentes, permite enervar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) El recurrente, con un larguísimo desarrollo expositivo, trata de refutar las pruebas practicadas en el juicio oral, como si de una segunda instancia se tratara este grado jurisdiccional extraordinario. Sin embargo, el motivo invocado no permite sino examinar si se han practicado pruebas de cargo, en condiciones de regularidad procesal y constitucional, y que su valoración lo haya sido en términos de racionalidad.

Hacemos nuestras las argumentaciones probatorias que se recogen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, en donde se citan las declaraciones de los agentes policiales actuantes, los seguimientos efectuados, el encuentro anterior, al que ya nos hemos referido, pero, sobre todo, el hallazgo de casi un kilogramo de cocaína, fruto de la intervención policial en el momento en que todos ellos son detenidos. Que habían concertado una cita es algo tan evidente como se refleja en las llamadas telefónicas incorporadas a la memoria de los teléfonos móviles de los implicados, que desbarata la tesis ofrecida por el recurrente de que se trataba de un encuentro casual, fruto de ayudar a Víctor Manuel en la avería que, en su versión, éste, un desconocido, había sufrido en la carretera. No se explicarían de esa forma las llamadas obrantes al folio 151 de las actuaciones, sobre las que ninguna objeción procesal puede oponerse, al tratarse de un medio de investigación procesal, sobre una especie de agenda electrónica, que incorporan los teléfonos móviles, respecto a las llamadas recibidas o realizadas desde el mismo. Del propio modo que en un registro domiciliario (o de un vehículo o de una maleta), no se invade el ámbito del se-

creto de las comunicaciones porque se hallen varias cartas cerradas, en donde se haga constar, en lugar visible del sobre, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del matasellos, por poner solamente un ejemplo. Si no se abre la carta, no hay invasión en el secreto de las comunicaciones, que es lo que protege el art. 18.3 de la Constitución española. Distinto será el indicio probatorio razonado que se podrá construir con tales elementos, que es lo que ha llevado a cabo la Sala sentenciadora de instancia. Como ha dicho la Sentencia de esta Sala, número 316/2000, de 3 de marzo, “es indudable que en este caso, no habiendo conversación ni manifestación de hechos por el interlocutor, no se interfirió en el ámbito propio que el secreto de las comunicaciones protege. La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación; ni tampoco lo es la previa comprobación de la memoria del aparato, que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas”. (...)

En definitiva, la entrevista previa, el encuentro con la droga, los seguimientos a los que fueron sometidos, las cantidades de metálico en su poder, las llamadas telefónicas, y el nivel de vida del recurrente, con —a lo sumo— muy esporádicos trabajos, son datos indiciarios suficientes para enervar la presunción de inocencia del ahora recurrente, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Sentencia 1021/2005, Sala de lo Penal del TS, de 20 de septiembre de 2005

ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Art. 58 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa al abono de prisión preventiva en causa distinta a aquella en la que se sufrió la mencionada medida cautelar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La regulación actual del art. 58 CP modificado por Ley 15/2003, de 25 de septiembre de 2003, ha venido a recoger la interpretación jurisprudencial del art. 33 que, si bien en un primer momento, dado que sólo se refería a que “el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena”, fue entendido de forma restrictiva, no considerando abonable más prisión preventiva que la sufrida realmente en el proceso a que la sentencia se refería, con posterioridad consideró abonable en una determinada causa el tiempo de prisión preventiva sufrida en otra (bien por exceso respecto a la pena impuesta o incluso por haber recaído sentencia absolutoria), con la limitación de que las causas hubieran estado en coincidente tramitación, para no generar en quien tiene a su favor un tiempo de prisión

preventiva sobrante, “un crédito o saldo positivo” de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena. Así pues, lo inaceptable es el abono de prisión preventiva anteriormente sufrida, en causas posteriores, pues ello podía equivaler a una “compensación en pena futura” como si de una invitación a delinquir se tratara con los perniciosos efectos criminógenos que podría conllevar.

La jurisprudencia de esta Sala, ahondando en la “ratio legis” del límite cronológico establecido en el art. 58 del CP, ha venido sentando una doctrina cuya proclamación más contundente la hallamos en las sentencias, invocadas por el recurrente, n.º 808 de 15 de mayo de 2000 y la n.º 2394, de 18 de diciembre de 2001, cuyos principales criterios resumimos a continuación:

1) No tiene sentido acudir al sistema de indemnización por error judicial o por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, previsto en los arts. 292 a 297

LOPJ, sí es posible computar la privación de libertad sufrida preventivamente en otra causa distinta a aquélla en la que se acordó.

2) Esa afirmación debe estar matizada por una excepción, que se impone por razones de prevención del delito y de seguridad jurídica. Así, en los casos en que el reo es conocedor ya de su situación y de sus posibilidades de cómputo para hechos futuros, no debe serle abonada la privación de libertad preventiva que no pudo amortizar en la causa que la sufrió, ya que el saberse titular de un “crédito” o “saldo” positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia, produciría un sentimiento de impunidad, causante de un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria (o condenatoria de pena inferior), dictada en la causa en que la medida cautelar fue acordada.

3) Ha de permitirse, en la línea de esta interpretación teleológica, que el abono de prisión preventiva en hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le ab-

solvió, o impuso pena menor a la prisión sufrida.

Sólo a partir de tal momento cabe decir que el sujeto puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye, en suma, el fundamento de la limitación o excepción contenida en el art. 58 del Código Penal.

Tercero.—Trasladando tal doctrina al caso que nos ocupa, resulta que los hechos delictivos objeto de condena tienen lugar el 19 de enero de 2001 y la sentencia absolutoria dictada en el sumario 101/1984 (Rollo 77/2002) es de fecha 20 de junio 2003, de suerte que la prisión preventiva sufrida por esa causa en el año 1999 puede serle abonada al haber tenido conocimiento con posterioridad a tal fecha de la absolución decretada. Hasta entonces, lo lógico y esperable es que la prisión preventiva se abonara en una eventual condena de la causa en que se sufrió, posibilidad que solamente quedó eliminada con la absolución recaída, ya en el año 2003, pues hasta que tal circunstancia no se produjo, incluso las medidas cautelares de las presentaciones quincenales ante el órgano jurisdiccional que conocía de la causa, se estuvieron produciendo con regularidad.

Sentencia 1058/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de septiembre de 2005

COMPETENCIA

Arts. 24.2 CE; 17.5 y 18.2 LECrim.; 1.1.a), 2.c), 5.2 y 48.3 LOTJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

A falta de norma expresa en la LOTJ que regule la cuestión y haciendo uso, analógicamente, de las soluciones brindadas en los arts. 18.2 de la LECrim. y 48.3 de la LOTJ, se ratifica la competencia de la Audiencia sin

vulneración del derecho al Juez legal que había enjuiciado la causa habiendo sido uno de los delitos sometidos a su conocimiento introducido en las conclusiones definitivas de las acusaciones y competencia del Tribunal del Jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero denuncia la vulneración de derechos fundamentales, al amparo del artículo 5.4.º LOPJ, al considerarse infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, y en concreto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley recogido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, al carecer de competencia objetiva la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento y fallo del delito de allanamiento de morada.

Alega el motivo que el reproche casacional viene delimitado por el cambio en la calificación definitiva que operó el Ministerio Público en su escrito de acusación, introduciendo el delito de allanamiento de morada, de competencia exclusiva del Tribunal del Jurado, a tenor de lo dispuesto en el art. 1 apartado 2 LOPJ, de manera que —concluye— la decisión de la Sala de la Audiencia Provincial al aceptar el enjuiciamiento de un delito del que inequívocamente carecía de competencia, quiebra el derecho al Juez predeterminado entendido éste como el Juez establecido por la ley. (...)

Tercero.—(...) es menester advertir que la queja que se nos formula en trance casacional debía haberla efectuado el defensor del acusado en forma y momento procesal debidos, siendo así que ni se planteó como cuestión previa según lo establecido en el art. 786.2 LECrim. (“...acerca de la competencia del órgano judicial...”), teniendo en cuenta que uno de los delitos que ya se imputaban, el de amenazas condicionales, también forma parte del catálogo de ilícitos atribuidos al enjuiciamiento por el Tribunal

del Jurado; ni se incluyó esta cuestión en las conclusiones definitivas como pretensión en la que podría haber postulado nulidad de actuaciones o la retroacción del procedimiento al momento en que pudiera ser transformado en el que es propio del Tribunal del Jurado, debiendo recordarse que las materias a que debe responder el Tribunal juzgador son las que constituyen auténticas pretensiones que figuren en las conclusiones definitivas, que, como decimos, determinan el objeto del proceso, y no las meras alegaciones vertidas en el juicio vía de informe que no son sino argumentos que apoyan la pretensión.

Cuarto.—Desde el punto de vista sustantivo, o de fondo, tampoco el reproche tiene razón de ser, y a este respecto, la respuesta que ofrece la Sala de instancia a la “alegación vía de informe” (en un alarde de celo al derecho a la tutela judicial efectiva del acusado) es plenamente satisfactoria, acertada y concorde con la doctrina de este Tribunal Supremo, algunas de cuyas resoluciones se invocan para rechazar la violación del derecho al juez predeterminado por la ley. Así, la STS de 7 de diciembre de 2000 examinaba el caso de un juicio ante la Audiencia Provincial por delito de homicidio imprudente que en conclusiones definitivas se transformó en delito doloso, lo que suponía la incompetencia del órgano jurisdiccional ante el que se habían juzgado los hechos, en favor del Tribunal del Jurado. En la mentada resolución de esta Sala, insistíamos en que las normas que determinan la competencia para el enjuiciamiento de los hechos imputados parten de la previa delimitación del objeto del proceso. Desde el mismo podemos determinar la competencia para el en-

juiciamiento. El objeto del proceso no es algo estático a lo largo del proceso, su configuración ha ido evolucionando desde la incoación del procedimiento. Así, un hecho con apariencia delictiva va perfilándose a lo largo de su andadura procesal, desde la incoación hasta las conclusiones definitivas en el juicio oral. Por exigencias del principio acusatorio se hace necesario que la acusación delimite en el escrito de calificaciones provisionales el hecho imputado del que se dará traslado a la defensa conformando el objeto del proceso de la causa abierta en fase de juicio oral. Por ello esas calificaciones determinan el objeto del proceso al inicio del enjuiciamiento y determina el órgano competente para el enjuiciamiento. Esta construcción supone, como dijimos en la STS de 24 de marzo de 1992, que la competencia para el enjuiciamiento viene determinada por las pretensiones deducidas por las partes en los escritos de calificación. Y declarábamos que las modificaciones de las conclusiones provisionales que supongan una variación competencial aparecen parcialmente resueltas en las leyes procesales. Así, el art. 48.3 de la LOTJ, señala la continuación del enjuiciamiento cuando la modificación de la calificación se realiza para acusar de un delito que no sea competencia del Tribunal de Jurado. En el art. 793.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que celebrado el juicio ante el Juez de lo penal el cambio de calificación por un delito que exceda de su competencia, determinará la incompetencia y la remisión a la Audiencia Provincial.

El supuesto de la censura casacional no aparece expresamente regulado lo que hace necesaria la indagación de su solución a través de la interpretación. La laguna existente ha de ser resuelta a través de la analogía entre el supuesto contemplado en el art. 48.3 de la Ley del Tribunal de Jurado y el que es objeto de esta casación, criterio que determina la continuación del procedimiento hasta su decisión por sentencia por el órgano jurisdiccional que ha conocido del juicio

desarrollado en su presencia y que viene avalado por principios procesales de evidente transcendencia en el enjuiciamiento penal como el de conservación de actos y el de economía procesal.

Este criterio jurisprudencial ya se había consolidado anteriormente, como lo establecía la STS de 18 de febrero de 1999 en relación con un supuesto en el que trataba de enjuiciar dos hechos presuntamente delictivos que, en principio, están claramente sometidos al conocimiento de dos Tribunales distintos: el hecho que reviste caracteres de homicidio consumado debería ser juzgado por el Tribunal del Jurado, porque así lo dispone el art. 1.1.a) y 2.c) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado —LOTJ—, y el que reviste caracteres de homicidio intentado debería ser juzgado por la Audiencia competente según las reglas ordinarias de la LECrim., por estar limitada la competencia del Tribunal del Jurado, por el último inciso del art. 5.1 LOTJ, al conocimiento de los delitos contra las personas expresamente previstos que se hubiesen cometido en grado de consumación. Por otra parte, y aunque los dos delitos se encuentran en relación de conexidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17.5.º LECrim., esta causa de conexidad ha sido excluida por el art. 5.2 LOTJ de las que las determinan la extensión de la competencia del Tribunal de Jurado. Este inicial planteamiento parece dar la razón al Tribunal de instancia si no fuese porque el riesgo de que se rompa la contención de la causa de seguirse procedimientos distintos por uno y otro delito, aconseja vehementemente atribuir la competencia para el enjuiciamiento de los dos a un solo Tribunal. Esta Sala no ha tenido acceso al procedimiento en que se dictó la resolución recurrida pero, a la vista del relato que hace el Ministerio Fiscal —dos atentados contra la vida de sendas personas, cometidos por un mismo sujeto, que según los indicios los había ideado en una sola vez, en la misma localidad y en un corto período de tiempo, perpetrados además con el mismo instru-

mento y consecutivos a una discusión con las dos víctimas— entiende que, efectivamente, enjuiciar por separado cada hecho supondría crear el doble peligro de romper el contenido de la causa y dar lugar a sentencias contradictorias. Siendo así, la imposibilidad legal de atribuir la competencia al Tribunal de Jurado por una parte y la ausencia de una norma en la LOTJ que resuelva el problema por otro, nos lleva a hacer uso, por analogía, de la facultad que nos confiere para otros casos el art. 18.3.º LECrim. y declarar la competencia de la Audiencia Provincial para el conocimiento de los dos delitos conexos, solución que parece, además, coherente con el criterio que inspira el segundo párrafo del apartado 2 del art. 5 LOTJ, claramente favorable a la extensión de la competencia de los tribunales técnicos a expensas de la de los tribunales populares. En el mismo sentido, véase la STS de 30 de enero de 2003.

Y, desde luego, no puede ser más expresiva la STS de 11 de junio de 2002, citada en la sentencia impugnada, que deja sentado

que el Tribunal no puede impulsar la invocación de un nuevo procedimiento, que sería el del jurado, lo que supondría un nuevo enjuiciamiento de quien ya ha sido juzgado (que es lo que aquí ocurre), y que no parece en modo alguno descaminado fundar en aquella norma (el citado artículo 48.3 de la LOTJ), aplicable analógicamente puesto que las razones que la justifican (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y también razones de economía procesal) son las mismas, una excepción de sentido contrario en cuya virtud pueda un órgano de la jurisdicción técnica continuar conociendo de un hecho inicialmente calificado como delito del que dicha jurisdicción deba conocer —téngase en cuenta que la competencia del Tribunal viene determinada por los términos en que se formula la acusación— y, en conclusiones definitivas, calificado como delito reservado al conocimiento de la jurisdicción popular.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 1111/2005, Sala de lo Penal del TS, de 29 de septiembre de 2005

IMPUTABILIDAD

Arts. 20.1.º, 21.1.º y 21.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se analiza el concepto de esquizofrenia, sus modalidades y grados y la forma en que incide sobre la imputabilidad del sujeto, provocando la apreciación bien de la eximente completa, bien de la incompleta, bien de la circunstancia atenuante analógica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) 2. Aunque es difícil dar un concepto preciso de esquizofrenia, porque no es propiamente una enfermedad sino un conjunto de enfermedades por la variedad de síntomas que presenta, es lo cierto que se trata de una verdadera psicosis endógena, sin duda la más frecuente, que se caracteriza por producir un trastorno fundamental con escisión en la estructura de la personalidad, de modo que, si bien el sujeto puede conservar su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad, en ocasiones, sin embargo, no puede hacer uso de estas facultades porque hay otras funciones psíquicas, que no reconoce como suyas porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona, que le impulsan a actuar en un determinado sentido, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de la psicosis esquizofrénica, si bien las diversas manifestaciones en que se presenta originan las distintas clases de esta enfermedad, como son la esquizofrenia paranoide, caracterizada por las alucinaciones o ideas delirantes, la esquizofrenia hefebrénica, en la que los síntomas cambian con alteraciones del humor, tendencia a la soledad, irritabilidad o extravagancias, la esquizofrenia catatónica, con alteraciones de los impulsos y movilidad, rigideces o posturas fijas, la esquizofrenia simple o heboidofrenia, que presenta apatía progresiva, disminución de la espontaneidad y de la afectividad, falta de interés, etc.; pudiendo aparecer esta psicosis de forma lenta y continuada, si bien es lo más frecuente que la primera vez se presente por sorpresa en forma de brote agudo (brote esquizofrénico) que puede desaparecer y volver a repetirse, porque, en realidad, aunque remitan los síntomas la enfermedad es difícil que llegue a curarse, ocasionando la re-

petición de tales fases agudas un estado residual cada vez más intenso hasta llegar, a veces, a verdaderas demencias.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS. 22-1-1988, 8-2-1990, 8-6-1990, 28-11-1990, 6-5-1991, 16-6-1992, 15-12-1992 y 30-10-1996, 20-1-1997, 8-10-1998, 10-6-1999, 18-10-1999, 20-11-2000, 21-2-2002, 25-9-2003 y 27-01-2004, entre otras) y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la imputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a estos casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del art. 20.1 CP.

2.^a Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, como ocurrió en el caso examinado por esta Sala en su sentencia de 19 de abril de 1997, habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del art. 21.3.^a Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo art. 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (véase la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1990).

Incluso en ocasiones esta sala, pese a haberse diagnosticado en el acusado la esquizofrenia paranoide, no ha apreciado circunstancia atenuante alguna, ni siquiera en su

modalidad más leve, la del mencionado núm. 6.º del art. 21. Así, dos de las citadas sentencias, las de 20 de noviembre de 2000 (núm. 1341) y la de 25 de septiembre de 2003. Esta última tiene en cuenta esta grave enfermedad psiquiátrica sólo a los efectos de individualización de la pena, esto es, para

determinar su cuantía sin apreciar ni siquiera la mencionada atenuante analógica.

Como vemos, hay que estar a las circunstancias del caso, para examinar el efecto concreto de la enfermedad psíquica, la que sea, en la mente y voluntad del sujeto cuando el hecho delictivo tiene lugar.

Sentencia 1175/2005, Sala de lo Penal del TS, de 11 de octubre de 2005

SENTENCIA DE CASACIÓN POSTERIOR A LA DE AMPARO

Arts. 123.1 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo del Pleno de 15 de diciembre de 2000 se declara que la anulación por el Tribunal Constitucional de una sentencia de la Sala del Supremo o de los pronunciamientos de condena en ella contenidos por apreciar vulneración de derechos fundamentales no puede poner adecuado fin a la cuestión suscitada en el proceso penal, exigiéndose ofrecer esa respuesta por medio de la sentencia que corresponda al Tribunal Supremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Los condenados Cosme, Octavio y Adolfo, interpusieron en el mes de junio de 2002 recurso de amparo contra la sentencia de instancia y contra las sentencias de esta Sala ante el Tribunal Constitucional, el cual dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2005, en la que, tras establecer en el Fundamento Jurídico n.º 16 que “la

medida adecuada para restablecer a los recurrentes en amparo en los derechos fundamentales vulnerados es la de acordar la nulidad de dichas sentencias respecto a ellos únicamente”, declaró en el fallo la vulneración de los derechos de los recurrentes al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, y del derecho a la asistencia letrada de Octavio, y acordó la nulidad de la

sentencia de instancia y de las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

En lo que no se refiere a los tres recurrentes en amparo, la sentencia de esta Sala núm. 742/2002, de 24 de abril, debe considerarse firme. Las consideraciones siguientes afectan exclusivamente a los condenados Cosme, Octavio y Adolfo.

Segundo.—La respuesta que los Tribunales de instancia dan a la pretensión punitiva sostenida en el proceso penal puede ser cuestionada mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo en los casos establecidos por la ley. La sentencia dictada al resolver este recurso puede ratificar los pronunciamientos de la dictada en la instancia o bien, en caso de estimación, y tratándose de un motivo por infracción de ley, puede anularlos, sustituyéndolos por otros diferentes al dictar una segunda sentencia previa la casación y anulación de la recurrida, conforme al artículo 901 de la LECrim. En cualquiera de los casos, la decisión definitiva en el orden jurisdiccional penal, en estos supuestos, corresponde al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior, artículo 123 CE, de modo que la respuesta susceptible de ser cuestionada es, en realidad, la contenida en la sentencia de casación o, en su caso, en la segunda sentencia que se haya dictado.

En los casos en los que el Tribunal Constitucional anula una sentencia de esta Sala, o los pronunciamientos de condena contenidos en dicha sentencia, por apreciar vulneración de derechos fundamentales, no puede poner adecuado fin a la cuestión suscitada en el proceso penal, ya que en realidad no se ha producido una respuesta definitiva en derecho a la pretensión punitiva ejercitada en la instancia, respuesta que no puede ser otra que la condena o la absolución de los acusados. La anulación de una condena puede suponer, implícitamente, una absolución, en cuanto que aquella deja de existir como tal. Pero en numerosas ocasiones, es posible que, tanto los pronunciamientos de condena subsistentes, como los de absolución, en el

ámbito de la jurisdicción penal deben atender a otras cuestiones añadidas a los mismos, cuya resolución no corresponde, ni puede corresponder, al Tribunal Constitucional, y deben ser examinados para determinar su alcance por el órgano jurisdiccional, y en casos de recurso de casación, por esta Sala.

Ofrecer estas respuestas al justiciable es, como hemos dicho, competencia y responsabilidad de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, a los que corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de forma exclusiva y excluyente, según el artículo 117 de la Constitución.

Por lo tanto, procede ahora dar respuesta adecuada, expresa y firme, a la pretensión de condena mantenida por el Ministerio Fiscal en el proceso penal, dictando una sentencia que, acogiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en el caso en relación a los derechos fundamentales afectados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ, acuerde la condena o la absolución de los acusados, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que a este Tribunal corresponde por mandato constitucional, como Tribunal Supremo del Estado, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución).

En este mismo sentido, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 15 de diciembre de 2000, adoptó el siguiente acuerdo: “En los procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional consecuentemente con la nulidad y los

efectos decididos por el Tribunal Constitucional”.

Tercero.—La sentencia del Tribunal Constitucional dictada en relación al caso actual, no solo declara la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino también la infracción de la presunción de inocencia de los acusados que interpusieron en su momento el recurso de amparo, como consecuencia de la inexistencia de pruebas válidas de cargo.

Consecuentemente, aceptando expresamente el contenido de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales afectados, procederá estimar ahora los motivos de casación interpuestos por los condenados Cosme, Octavio y Adolfo, declarando la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, y dictando a continuación segunda sentencia en la que expresamente se acordará su absolución.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 192/2005, AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 11 de febrero de 2005

CALIFICACIÓN COMO DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA AUNQUE NO EXISTAN DAÑOS

Art. 381 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús M.ª Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

La diferencia entre la infracción administrativa y el delito reside en el grado de temeridad, que para el segundo debe ser notorio y evidente para el ciudadano medio, y además debe haberse puesto en efectivo peligro la vida o la integridad física de las personas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Es constante la jurisprudencia de nuestros tribunales en declarar que “conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial” —por todas, STS de 21 de abril de 2002. Tales infracciones normativas, y su gravedad, resultan incontrovertidas, pues no pueden merecer consideración distinta el hecho de sal-

tarse un semáforo en fase roja o circular por la acera en las circunstancias comprobadas como realizadas por la acusada.

Y, puesto que en la argumentación impugnadora se pretende limitar el reproche de la conducta infractora que se admite realizada a la propia del ámbito administrativo sancionador, ha de recordarse que, efectivamente, la infracción normativa precisa para realizar el delito de imprudencia temeraria, considerado el tráfico rodado como una actividad reglada, en principio resulta ser la

misma que se describe en la Ley del tráfico como infracción muy grave; sin embargo, la diferencia entre el delito de conducción temeraria y la mera infracción administrativa grave, o el salto cualitativo desde ésta a la realización típica de aquél, se producirá cuando la temeridad es notoria o evidente

para el ciudadano medio y, además de la infracción normativa grave, se acredite y constate la circunstancia de haberse puesto en peligro efectivo y grave la vida o la integridad física de las personas, pues en este supuesto estamos no ante un mero infractor sino ante un delincuente.

Sentencia 56/2005, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 1 de abril de 2005

INEXISTENCIA DE OMISIÓN DE SOCORRO Y CONDENA POR HOMICIDIO IMPRUDENTE EN ACCIDENTE DE TRÁFICO

Arts. 142, 195 y 621.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Marañón**

SÍNTESIS

No existió omisión del deber de socorro, porque, aunque el causante del accidente no prestó personalmente atención a las víctimas, había en el lugar otras personas que sí lo hicieron. Se condena por delito de homicidio imprudente por la gravedad de la culpa que se acredita en todas las circunstancias que fueron desatendidas por el actor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) procede analizar si en efecto concurren los elementos definidores del delito de omisión de socorro. (...)

(...) la ambulancia que compareció en el lugar de los hechos fue avisada por uno de los acompañantes del acusado, y, en especial, (...) la víctima fue auxiliada por vian-dantes que se encontraban en la zona hasta que llegó el personal facultativo; y, por lo tanto, en ningún momento, se encontró en una situación de desamparo o de peligro de abandono que pudiera justificar la aplicación del precepto indicado. (...)

(...)

Segundo.—(...) Es claro, que en nuestro caso concurren estos elementos y que tanto la calidad, como la cantidad de la vulneración del factor normativo y del factor psicológico de la culpa, son determinantes de temeridad y de grave culpa. Se omitieron elementales normas de cuidado (SSTS de 10/05 y 29/11 de 2001) y se pudo prevenir (poder saber) y se pudo evitar el siniestro y sus graves consecuencias (STS de 26/03/2001). Así, el acusado conducía su vehículo a una velocidad superior a la permitida, y, en todo caso, inadecuada al lugar de los hechos, después de haber ingerido bebidas alcohólicas como acredita su propia manifestación, a altas horas de la madru-

da, en una zona donde era exigible una especial prudencia por haber coches aparcados a su derecha e izquierda, y en una calle muy estrecha, y donde el deber de moderación de

la velocidad era especialmente intenso, pues había un paso de cebra, precisamente para exigir especial cautela y prudencia al ser un lugar habilitado para el paso de peatones.

Sentencia 379/2005, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 11 de abril de 2005

DIFERENCIA ENTRE DELITO Y FALTA DE DESOBEDIENCIA E IMPOSICIÓN DE PENA MÍNIMA EN ALCOHOLEMIA.

Arts. 20.2, 21.6, 379, 556 y 634 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Marca Matute**

SÍNTESIS

La desobediencia a la orden de detención del vehículo por la policía se considera delito por la oposición resuelta, eficaz, clara y contumaz a las órdenes de la policía. La pena por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas se rebaja al grado mínimo por falta de motivación de la sentencia de instancia y en atención a la gravedad de los hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—C.—(...) el primer criterio para solventar la distinción entre el delito y la falta de desobediencia a la autoridad o a sus agentes, depende de la gravedad de la conducta, tal y como se deduce de la lectura de los arts. 556 y 634 del Código Penal, ya que el primer precepto, referido al delito, introduce el adverbio modal “gravemente” y el segundo, referido a la falta, califica la desobediencia con la palabra “levemente”. Ahora bien, resolver si una determinada situación es atribuible al delito o a la falta es un problema valorativo que no solo ha de considerar la actitud más o menos hostil del sujeto activo, el empleo de mayor o menor violencia para perpetrar su conducta des-

obediente, sino que esencialmente ha de tener en cuenta la mayor o menor intensidad del ataque y consecuente lesión del bien jurídico cuya protección comparten tanto una como otra forma delictiva. (...) tratándose de un bien jurídico de control, éstos han de estar al servicio de bienes jurídicos básicos del sistema y que la gravedad de la desobediencia dependerá de la menor o mayor significación social de ese bien jurídico. De esta forma, el deber de obediencia de los ciudadanos en un Estado surge de la propia naturaleza democrática del Estado y no de un abstracto y absoluto principio de autoridad. De ahí la exigencia de que la orden deba ser legítima, cumplir con las formalidades legales y hallarse dentro del ámbito de las competencias de quien la emite (...).

En el caso que se somete a la revisión de la Sala basta la mera lectura del relato fáctico declarado probado para concluir que no nos hallamos ante un mero despiste en el ejercicio de la conducción, ni ante un simple problema de comprensión o de ejecución de las órdenes de detención, ni ante una desobediencia leve a los mandatos de los agentes de la autoridad, sino ante una oposición, resuelta, eficaz, clara, contumaz y terminante al cumplimiento de las repetidas órdenes acústicas y visuales de detención emanadas de dos policías, en el ejercicio legítimo de las funciones propias de su cargo, con el fin último de proteger la seguridad del tráfico; conducta que, al haber obligado a apartarse a uno de los policías actuantes para no ser atropellado, podía incluso haber sido calificada jurídicamente como delito de atentado, lo que no será objeto de especial estudio en la presente resolución por hallarse la Sala vinculada por la prohibición de “reformatio in peius”; (...)

D.—(...) Es por ello que, no concurriendo en el supuesto enjuiciado circunstancias atenuantes ni agravantes, procede la aplicación de lo prevenido en el art. 66.1.6.^a del vigente Código Penal en el que expresamente se es-

tipula que “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

En el caso de autos observamos que la sentencia de la instancia adolece de una evidente falta de motivación en lo relativo a la concreta extensión de la pena aplicable a D. Valentín puesto que, si bien es cierto que con tal fin se hace constar que se valoran las circunstancias de los hechos probados, no lo es menos que tal argumentación contiene una motivación meramente formal, sin que en ningún momento venga a concretarse cuáles sean dichas circunstancias o en qué consista la especial gravedad del hecho punible. Asimismo debemos resaltar que en el presente caso tal deficiencia de motivación tampoco puede entenderse subsanada mediante la integración o remisión a otros apartados de la sentencia puesto que en la misma, de una parte, no se hace específica referencia a la concurrencia de circunstancias personales en (...) que aconseje rebasar en la punición los mínimos legales previstos.

Sentencia 64/2005, AP LAS PALMAS, Sec. 1.^a, de 21 de abril de 2005

CONDENA POR ALCOHOLEMIA Y DESOBEDIENCIA CON ATENUANTE DE EMBRIAGUEZ

Arts. 20.2, 21.6, 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Goizueta Adame**

SÍNTESIS

Los síntomas externos ratificados por los agentes en el plenario y la conducción imprudente resultan prueba suficiente para acreditar la influencia en la conducción. Se aplica la atenuante de embriaguez en la condena por desobediencia, delito por el que también se condena en este caso por proteger bien jurídico distinto que el anterior.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Efectivamente, los agentes de la policía fueron muy claros cuando en el plenario afirmaron que el acusado circulaba de un lado a otro chocando con el bordillo, que una vez lo pararon se bajó del vehículo y comprobaron que balbuceaba, costándole mantener la verticalidad, haciéndose constar también el informe médico obrante la folio 12 el aliento etílico importante que presentaba el acusado, apreciando además el resto de síntomas de ingesta alcohólica antes referidos, tratándose de una prueba testifical de quienes observaron di-

rectamente al acusado en el mismo momento de los hechos. El juez de instancia ha contado pues, con prueba más que suficiente para plasmar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, habiendo valorado las pruebas de forma correcta y lógica.

Tercero.—En relación el tipo de desobediencia, se limita a afirmar la parte apelante que se está penalizando doblemente la conducta, sin embargo se trata de dos conductas diferentes, una la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y otra la desobediencia del artículo 556 del CP, atacándose bienes jurídicos distintos.

Sentencia 36/2005, AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, de 10 de mayo de 2005

VALOR PROBATORIO DE ANÁLISIS DE SANGRE NO EXPRESAMENTE REALIZADO PARA DETECCIÓN DE PRESENCIA DE ALCOHOL

Arts. 379 Código Penal y 23 Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Enrique Martínez Montero de Espinosa**

SÍNTESIS

No existió medición de alcohol en aire espirado porque el accidentado fue trasladado al hospital donde se efectuó el análisis de sangre con las debidas garantías. Procede la condena por delito del art. 379 del Código Penal en atención al resto de pruebas practicadas y la ratificación de síntomas externos realizada por los agentes actuantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) si bien no se le pudo practicar la prueba de alcoholemia en el acto al

tener que ser hospitalizado sí se le efectuó una extracción de sangre dando como resultado 1,34 g/l, dicha prueba fue practicada con todo tipo de garantías sanitarias y ante

el estado en que se encontraba el inculpado, habiéndose igualmente respetado las garantías necesarias en cuanto a su conservación y custodia y sin que se produjese ninguna anomalía tal y como expusieron los técnicos facultativos en el acto del juicio oral, pero reiteramos esta prueba incluso resulta ociosa en virtud de la prueba a la que anterior-

mente hemos hecho referencia, no habiéndose practicado en esta alzada nuevas pruebas, distintas de las ya practicadas, que puedan desvirtuar el resultado de aquellas, máxime cuando gracias a la intermediación el juzgador “a quo” pudo valorar la mayor o menor credibilidad de las versiones ofrecidas por las partes.

Sentencia 154/2005, AP OVIEDO, Sec. 2.ª, de 12 de mayo de 2005

SECRETARIO JUDICIAL LLAMADO COMO TESTIGO

Arts. 219.6.ª y 446 LOPJ

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Lanzas Robles**

SÍNTESIS

Habiendo actuado como testigo de la causa, el secretario judicial debió abstenerse. Se declara la nulidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Alega la representación de la recurrente la nulidad de actuaciones por haber intervenido en las mismas el Sr. Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción de Cangas de Onís, testigo, a la vez, de los hechos enjuiciados y también porque se tomó declaración a la imputada sin asistencia de Letrado. Ambas causas de nulidad concurren en el presente caso, como veremos a continuación.

Segundo.—Efectivamente, los Secretarios tienen el mismo régimen de abstención y recusación que los Jueces y Magistrados (artículo 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 63 del Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales aprobado por Real

Decreto 429/1988, de 29 de abril), entre ellas la de haber sido testigo (artículo 219.6.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Así pues, el Sr. Secretario debió de haberse abstenido y, al no haberlo hecho —a diferencia de la Sra. Juez—, ha viciado de nulidad de pleno derecho todos los actos en los que tuvo intervención —entre ellos, el auto que transformó las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (folio 20) y el de apertura del juicio oral (folio 41).

Consecuentemente y, de conformidad con lo establecido en el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede decretar la nulidad de todas las actuaciones en las que intervino el Sr. Secretario que debió abstenerse en su condición de tal, excepto la diligencia de constancia obrante al folio 4.

Sentencia 68/2005, AP CÁCERES, Sec. 2ª, de 16 de mayo de 2005

VALOR PROBATORIO DEL CERTIFICADO DE VERIFICACIÓN DE ETILÓMETRO Y CÁLCULO DE PENA

Arts. 50.5, 66 y 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio**

SÍNTESIS

En principio el certificado unido al atestado se considera prueba suficiente, salvo que la defensa ponga de manifiesto en su calificación provisional, o antes, dudas sobre su veracidad, pues en ese caso la acusación podrá instar lo que a su actuación convenga. La pena de dos años y tres meses de privación del carné de conducir se justifica por la alta tasa de alcohol en aire espirado que presentaba: 1,15 y 1,05 miligramos de alcohol por aire espirado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) En principio, y a efectos de acusación, la referencia en el atestado a la verificación metrológica del aparato realizada un par de meses antes de la prueba debe considerarse suficiente; no obstante, si la parte denunciada tenía dudas sobre la veracidad de tal afirmación podía haberlo puesto de manifiesto y, entonces sí, correspondería a la parte acusadora solicitar la incorporación a las actuaciones del correspondiente certificado de verificación.

No es eso lo que hizo la defensa sino que se limitó a una genérica impugnación global del atestado, impugnación cuya única con-

secuencia era la necesidad de traer a juicio a los agentes que lo elaboraron para que sus manifestaciones puedan servir de prueba de cargo. Pretender que de esa impugnación genérica del documento de denuncia resulta también implícitamente la impugnación de la certificación de verificación del etilómetro es erróneo, salvo que admitamos que para el acusado no rige la regla de respetar la buena fe procesal; la impugnación debía hacerse de forma expresa y en momento hábil al igual que toda impugnación de una prueba, de forma que la parte que propuso dicha prueba pudiera entonces proponer lo necesario para hacerla valer frente a la impugnación del contrario.

Sentencia 574/2005, AP MADRID, Sec. 17, de 25 de mayo de 2005

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS: MARIDO QUE, EN SU PROPIO ORDENADOR, DESCUBRE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE SU ESPOSA

Art. 197 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Matilde Gurrera Roig**

SÍNTESIS

Condena la sentencia al acusado que instaló un programa en su ordenador mediante el cual, volcando el contenido en el ordenador que tenía en su trabajo, podía leer los correos electrónicos de su esposa. Y ello, a pesar de haberse probado que el ordenador del domicilio era propiedad del acusado, quien lo había comprado, instalado con su propia clave, puesto la línea a su nombre y pagado las facturas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—El acusado Octavio mayor de edad, con DNI ..., sin antecedentes penales, en el año 1996 compró un ordenador y lo instaló en su casa, introduciendo su nombre de usuario y su propia contraseña. En julio de 2001 observó que las facturas mensuales de la compañía telefónica se incrementaban notablemente, porque se estaba disparando el consumo de internet, hasta 70 horas de consumo al mes, y a fin de averiguar quién utilizaba su ordenador, adquirió en un distribuidor legal en España, un programa llamado eBlaster para monitorizar la actividad informática y de internet desde una ubicación alejada, de forma que, desde su ordenador particular instalado en su domicilio, cada 30 minutos volcaba copia de todas las comunicaciones telemáticas a la cuenta de correo del ordenador que el acusado Sr. Octavio utilizaba en su oficina.

Al comprobar que la usuaria era su esposa Irene, que entraba en chats como casados/ infieles con conversaciones de contenido sexual y que además tenía otra pareja, contrató a una investigadora privada, la también acusada D.^a Guadalupe, remitiéndole todos los correos interceptados aportando dicha información al juicio de separación que se avecinaba, ante la angustia y el temor a perder la custodia de su hija de tres años y que ésta se educara en un ambiente inadecuado.

Guadalupe, se limitó como investigadora privada a elaborar un informe con los correos que Octavio le remitía, aportarlo al juicio de familia y ratificarse en su informe, devolviendo personalmente la documentación a su cliente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de descubrimiento de secretos, pre-

visto y penado en el art. 197.1 del Código Penal, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal, bien jurídico protegido, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española: derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y

b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

El elemento subjetivo se encuentra en la finalidad del sujeto activo de descubrir los secretos o vulnerar la actividad del otro, sin su consentimiento.

En cuanto al elemento objetivo del delito no hay duda de que en el presente caso concurre, pues el acusado reconoce en el Plenario que instaló en su ordenador un programa llamado eBlaster que volcaba toda la información telemática a su ordenador de la empresa, accediendo a todos los contenidos utilizados por quién entrase en su ordenador del domicilio particular, interceptando así el correo electrónico de su esposa, la querellante D.^a Irene.

Además debe concurrir el elemento subjetivo del tipo o ánimo tendencial consistente en que se perpetre la conducta para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Partiendo de la doctrina anterior, si bien no consta que el acusado colocara en su ordenador el mencionado programa eBlaster para descubrir la intimidad de la querellante, lo cierto es que una vez conoce el

contenido del correo electrónico de su esposa, no cesa en su actuación, sino que se apodera de los mismos sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal.

A tal conclusión se llega tras valorar en conciencia las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, donde en primer lugar el acusado relata de forma detallada que al comprobar que subía mucho el importe de la factura de internet del ordenador instalado en su vivienda y ante la desconfianza de que lo pudiera estar utilizando la chica de servicio, habló con un amigo D. Juan Pedro y amigo también de la querellante, experto en informática, quien ratificó la misma versión en su declaración ante el Plenario, para que le aconsejara como averiguarlo. Éste le habló de un programa llamado eBlaster y el acusado lo compró y lo instaló en su ordenador a fin de que le volcara todo lo actuado en internet a su otro ordenador de la oficina, alegando que al tratarse de su ordenador personal, al que se accedía con su propia clave secreta y a través de un programa comprado legalmente, nunca pensó que estuviera cometiendo un ilícito. Ante su sorpresa, empiezan a volcarse mensajes de correo electrónicos, entradas en chats como separados/infieles entre otros y en el programa msm-messenger de su esposa, con distintas conversaciones, algunas de explícito contenido sexual. Además, en algunos de estos mensajes la querellante habla de que su hija de tres años lleva mucho tiempo en la bañera y debe estar como una pasa, o que no va a cenar porque se queda dormida mientras le seca el pelo, etc.; precisamente estos contenidos según argumenta el acusado, fueron los que le impulsaron a buscar un detective que investigara la situación.

Así, entablada demanda de separación por parte de su esposa, el acusado ante el temor de perder la custodia de su hija y preocupado por la actitud de la madre hacia la niña, consultó con su abogado matrimonialista José Carlos quien, según declara el acusado, le aconsejó seguir con la investigación para aportarla al juicio de separación,

porque tratándose de una injerencia en su propio ordenador, no constituía ninguna ilegalidad, y añadiendo que el interés de la niña estaba por encima de todo, así después de asesorarse y en el convencimiento, según declara, de que actuaba correctamente, contrató a un detective privado, la también acusada Guadalupe y enviándole electrónicamente las comunicaciones de su esposa, para que ésta elaborara un dossier y aportarlo al juicio de separación matrimonial.

No queda acreditado, sin embargo, que la información obtenida de los e-mails de su esposa fuera difundida o revelada a terceros. Ningún testigo aporta la querellante que lo acredite, así, las únicas personas que reconocieron haber tenido acceso a la información de los mensajes electrónicos ilícitamente interceptados, fueron la detective privada D.^a Guadalupe también acusada, a quien el Sr. Octavio le remitía los mensajes a fin de que realizara la solicitada investigación y el abogado que llevaba la separación matrimonial que tiene deber de secreto, aportándolos a un procedimiento que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio: “Las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público”, no tenía el carácter de público y por tanto dicha conducta no es sancionable.

En consecuencia, el hecho acreditado y admitido por el acusado de que aportó dicha documentación al procedimiento de separación, no constituye divulgación de secretos, no habiendo en tal proceder dolo de divulgación, al tratarse de un procedimiento de publicidad restringida a las propias partes, a sus letrados y a los profesionales que integran el órgano judicial. Debemos por tanto absolver al acusado del delito de difusión o revelación de secretos a terceros que configura la modalidad agravada del párrafo 3.º del artículo 197 del Código Penal del que venía siendo imputado por la acusación particular, tipo de naturaleza dolosa que requiere la intención de difundir, revelar o ceder a

terceras los secretos descubiertos mediante la utilización de artificios técnicos de interceptación de telecomunicaciones.

Asimismo en lo que se refiere a la acusada Guadalupe, ésta según relata en el plenario, se limitó a ordenar el correo electrónico que le remitía su cliente el Sr. Octavio, y elaborar un informe que se aportó y ella ratificó en el juicio de separación. Declara que la llamó el abogado Sr. José Carlos para encargarle que fuera a Madrid a investigar a la esposa de un cliente por encargo de éste y una vez terminado el informe y el dossier con los correos que Octavio le remitía, volvió a Madrid y se lo entregó personalmente a él, en el portal de su casa. No consta que divulgara ningún secreto, pues su intervención en los hechos se limitó a realizar su trabajo como investigadora privada, devolviendo la información personalmente al Sr. Octavio.

Por todo ello, debemos absolver a la acusada Guadalupe de los delitos por los que venía siendo acusada, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales.

Segundo.—Del delito de descubrimiento de secretos es responsable en concepto de autor el acusado Octavio, por haber ejecutado directamente los hechos que lo constituyen, formándose en el Tribunal la convicción de su autoría, en los términos y por los motivos expuestos en el fundamento de derecho precedente.

Tercero.—En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la defensa del acusado solicita la apreciación de error de prohibición como existente o subsidiariamente error de prohibición vencible, (...)

No obstante, el reconocimiento de un error de prohibición está sujeto a severas limitaciones, precisamente, para evitar que por esta vía queden impunes, conductas merecedoras de reproche penal.

(...)

No cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el or-

denamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo consta que están prohibidas.

(...)

Y si bien es cierto, que el ordenador era del acusado, él lo compró (aporta factura) y lo instaló con su propia clave, él pagaba las facturas porque la línea estaba a su nombre y además su esposa no trabajaba y que según el testimonio de su esposa Irene en el acto del juicio, cuando hablaba por el msm-messenger con su nueva pareja, le pedía que borrara todo por si aparecía algún intruso, lo que nos podría hacer dudar de si el programa estaba configurado con una política de seguridad que solicitara una clave propia para iniciar la sesión como usuaria particular o se accedía al mismo automáticamente, o sea si ella había preservado expresamente la intromisión en su intimidad, lo cierto es que el acusado, por el contenido de los mensajes, muchos de ellos de claro contenido sexual, debía saber que eran datos “sensi-

bles” personales e inherentes a su intimidad más estricta que no podía invadir. (...)

Sin embargo, si debemos estimar la atenuante analógica prevista en el art. 21.6.ª en relación con los arts. 21.3.ª del Código Penal. El acusado, ante el temor de que en el juicio de separación se otorgase la custodia de su hija a la madre Sra. Irene, después de deducir del contenido de los correos electrónicos interceptados que su esposa no prestaba el debido cuidado a la hija de ambos que en aquel momento contaba sólo tres años de edad, y ante la situación de angustia y ofuscación provocada por la idea de que de ser así, la menor viviría en un ambiente poco apropiado para su educación, el acusado decide contratar un detective privado, con la finalidad de obtener pruebas sobre el comportamiento de su esposa que pudieran favorecer que le otorgaran a él la custodia de su hija, alegando desde su primera declaración que toda su obsesión se centraba en el interés de la menor.

Sentencia 174/2005, AP OVIEDO, Sec. 2.ª, de 26 de mayo de 2005

DISTINCIÓN ENTRE LA FALTA DE “DESLUCIMIENTO” DE INMUEBLES (ART. 626 CP) Y LOS TIPOS DE DAÑOS

Art. 626 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Luisa Barrio Bernardo-Rúa**

SÍNTESIS

No siempre es fácil trazar la frontera entre el deslucimiento de inmuebles y la causación de efectivos daños. La presente sentencia acoge como criterio discriminatorio el de observar si se trata de una alteración o modificación del inmueble o de su destrucción o deterioro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

En este supuesto la detenida lectura de las actuaciones y especialmente la lectura de la vista oral practicada no permite concluir de forma diferente que la expresada por el juzgador de instancia en su resolución por entender que el autor de los importantes desperfectos en la vivienda propiedad de Generosa fue el acusado Jesús María en represalia por la colocación de un registro eléctrico en el poste situado en su propiedad, como así resulta del testimonio preciso terminante y suficientemente expresivo facilitado por Generosa que además pudo comprobarlo de forma inmediata, dando aviso de ello a la Guardia Civil que practicó la correspondiente inspección ocular, al salir de su vivienda tras percatarse de que el acusado arrojaba algo contra la misma, lo que igualmente quedó corroborado con la incorporación a la causa de un reportaje fotográfico, donde se puede constatar la existencia de las manchas de pintura en diferentes partes de la vivienda, y la ocupación en el jardín de una brocha y un bote de pintura vacío con restos de pintura negra en el lugar y además con otros documentos incorporados a las actuaciones como la tasación pericial realizada y las facturas aportadas.

Tercero.—Se cuestiona con carácter subsidiario la infracción de ley por entender que los hechos enjuiciados deberían ser considerados como la falta contemplada en el artículo 626 del Código Penal en lugar del delito de daños imputado, como así lo ha entendido el juzgador “a quo”.

Cierto es que existen diferentes interpretaciones en los tribunales acerca de la aplicación de la falta de deslucimiento contem-

plada en el artículo 626 del Código Penal, pero no puede desconocerse que en su mayor parte se trataba de expresiones culturales, artísticas o de opinión realizadas en inmuebles públicos o privados donde se revela que la voluntad que movía la actuación de sus autores iba mas allá que el mero hecho de dañar pues, es llano que quien resuelve pintar, decorar (aun cuando sea sobre la base de su particular sentido estético) o “marcar” una determinada propiedad ajena no actúa, por lo general, con el propósito de dañarla, en el sentido de inutilizarla para su finalidad, de una manera, total o parcial, sino de alterar su estética o aspecto externo con otra finalidad.

Así, mientras unas sentencias han encuadrado esta clase de comportamientos en el delito (o la falta) de daños, otras entienden que cuando el mismo recae sobre inmuebles de dominio público o privado, estaremos ante la falta prevista en el artículo 626 del Código Penal (cualquiera que sea el importe o valor de la restauración del objeto afectado).

Sin embargo en este supuesto es patente que la única intención que presidió el comportamiento del acusado fue la de dañar la vivienda propiedad de su vecina y que el bien afectado para ser repuesto a su primitivo estado no sólo hubo de ser objeto de labores de limpieza sino que alguna de sus partes tuvo de ser repuesta, al haberse ocasionado su total deterioro o menoscabo como ocurrió con la carpintería metálica del balcón y del mirador, por ello nos encontramos ante verdaderos daños económicamente evaluables y no ante una mera modificación de la configuración del inmueble afectado, que en modo alguno pueden tener la consideración penal de mera falta de deslucimiento del artículo 626 del Código Penal.

Sentencia 606/2005, AP BARCELONA, Sec. 10.^a, de 10 de junio de 2005

IMPRUDENCIA MÉDICA: ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD QUE PONE LA INSTALACIÓN HOSPITALARIA AL SERVICIO DEL PACIENTE

Art. 120 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

Siguiendo la línea jurisprudencial más reciente trazada al respecto por el Tribunal Supremo, examina esta sentencia si debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad que pone la instalación hospitalaria al servicio del paciente en virtud de un convenio con otra entidad, de tal suerte que, como quiera que la elección de facultativo corresponde siempre al paciente, dicha institución podría considerarse un tercero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—La entidad declarada como responsable civil subsidiaria articula como motivo único de su recurso la improcedencia de esa consideración, poniendo acento en que la misma Sentencia “a quo” indica que no existe relación contractual ni dependencia entre el encausado y la Sociedad recurrente, aduciendo que en definitiva la Societat pone la instalación hospitalaria a servicio del paciente en virtud del convenio con la entidad Asistencia que se trata de contrato a favor de tercero siendo precisamente este convenio el que autoriza a utilizar las instalaciones del Hospital pero que no permite a Societat (...) la elección de facultativo que corresponde siempre al paciente.

En orden a la responsabilidad civil subsidiaria la más actual jurisprudencia sintetiza-

da en la reciente STS de 26 de enero de 2004 expresa: “la responsabilidad civil subsidiaria derivada del artículo 22 del Código Penal se ha ido progresivamente ensanchando mediante una interpretación que ha tenido muy en cuenta la evolución de las realidades sociales (artículo 3.º 1 del Código Civil), para comprender en el ámbito de dicha responsabilidad todos aquellos casos en que el sujeto activo del delito actúa en servicio o beneficio del principal, con inclusión de las extralimitaciones, demasías o ejercicio anormal de las tareas encomendadas siempre que “la meta o finalidad última sea la prestación de un servicio u obligación perteneciente al ámbito de la relación contractual establecida”. En esta evolución progresista que ensancha el concepto de este tipo de responsabilidad, se ha aplicado también la teoría del riesgo y aunque no pueda hablarse en sentido estricto de que en esta esfera impere un criterio de absoluta “responsabilidad objeti-

va”, lo que sí impera es el carácter dominante de un “ponderado objetivismo”. Siguiendo esa evolución se han señalado como requisitos o características que deben acompañar a la responsabilidad civil subsidiaria, los siguientes: 1.º No es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto, ni menos aún que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de un principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza, “cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario”. 2.º No es exigible que la actividad concreta del sujeto activo de la acción penal “redunde en beneficio” de ese responsable subsidiario. 3.º Basta con la existencia de una “cierta dependencia”, de modo que la actuación del primero “esté potencialmente sometida a una cierta intervención del segundo”. 4.º Finalmente, el delito generador de una y otra responsabilidad ha de hallarse comprendido dentro de un ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas, relacionado con la actividad, cometido o tareas confiadas el infractor (Resumen de la importante senten-

cia, ya mencionada, de 28 de diciembre de 1990, que a su vez recoge las de 29 de junio de 1987, 22 de mayo y 15 de noviembre de 1989)”.

Al hilo de tales criterios debe subrayarse la inexistencia de relación o vínculo contractual entre el encausado y Societat, siendo también irrelevante a los fines examinados que la actuación de aquél redundase o no en beneficio económico de esa entidad, lo que se niega en el recurso. El nudo gordiano se centra entonces en aquella “dependencia potencial” y que el delito se enmarque en las funciones encomendadas (abstracción hecha de su ejercicio normal o anormal). En ello goza de razón jurídica la parte apelante. En efecto, no existe ninguna subordinación ni incluso dependencia (en los atemperados márgenes con que viene configurada en la doctrina legal) entre el facultativo y la entidad Societat (...), motivo por el cual no disponía ésta (sino Asistencia a cuyo cuadro médico pertenece) de la facultad de asignación de cometidos, en este caso, médico-quirúrgicos. La razón última de análisis es esa cuestión subjetiva, distinta en todo caso de lo que sería la objetiva consistente en que se hubiese producido el hecho por carencia de infraestructura hospitalaria a la que la entidad recurrente venía obligada.

El recurso debe ser estimado.

Sentencia 114/2005, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 13 de junio de 2005

DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA: CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA CUOTA DEFRAUDADA. POSIBILIDAD DE APLICAR LA ESTIMACIÓN INDIRECTA

Art. 305 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Roger Redondo Argüelles**

SÍNTESIS

Se alza la impugnación del recurrente contra el método empleado por el Juzgador de instancia para determinar la cuota tributaria defraudada.

La sentencia de la Audiencia distingue entre las cuestiones prejudiciales de naturaleza administrativa-tributaria, a resolver por el tribunal penal de acuerdo con las normas de Derecho administrativo y las cuestiones de mero hecho, necesitadas de acreditación o prueba por la acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En el supuesto enjuiciado el acusado, ahora apelante, admite haber incumplido sus obligaciones respecto de la Hacienda Pública.

Igualmente también admite que conocía su obligación de tributar y sin embargo voluntariamente la incumplió.

Por ello el recurso se centra en impugnar la valoración, que de la cuota defraudada, se realiza por la Juzgadora en base a los informes periciales practicados, que a falta de otra prueba pericial contradictoria propuesta por al Defensa se limita a los informes y cálculos estimativos, practicados por el perito de la Agencia Tributaria, discrepándose igualmente del método utilizado para calcular la cuota defraudada, entendiéndose que debió utilizarse el sistema de estimación directa en vez de la indirecta, por su carácter subsidiario, conforme a la Ley General Tributaria, achacándose al referido método esa fiabilidad.

(...)

Para la resolución de estas cuestiones prejudiciales, en lo que se refiere a las cuestiones de derecho, el Tribunal penal se atenderá a las reglas del Derecho administrativo, y específicamente fiscal, como previene expresamente el artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero en lo que se refiere a las cuestiones de hecho, o probatorias, el Tribunal penal debe atenerse al sistema probatorio propio del proceso penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia deter-

mina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario. En el proceso penal la prueba de la culpabilidad del acusado incumbe en todo caso a la acusación, incluyendo en la culpabilidad los elementos objetivos y subjetivos integradores del delito, no siendo admisibles presunciones legales contra reo ni tampoco la inversión de la carga de la prueba. Sí es admisible, sin embargo, la prueba de indicios, pero en todo caso cumpliendo las condiciones de fiabilidad necesarias para estimar que la culpabilidad ha sido acreditada “fuera de toda duda razonable”. En caso de duda, el principio “in dubio pro reo” impone la absolución. (...)

Se impone, por tanto, diferenciar en que medida la regla referida a la determinación de la cuota sobre la base de los incrementos no justificados de patrimonio incluye aspectos sustantivos o materiales, y otros que constituyen normas puramente probatorias.

(...)

Antes de abordar, con el necesario detalle, la cuestión sometida a nuestra consideración, es preciso realizar una observación previa. La cuota tributaria resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal, sino que es precisamente la sentencia penal la que determina su cuantía a los efectos que son propios de esta jurisdicción.

Tradicionalmente, en el ámbito del llamado delito de fraude fiscal, el legislador español ha venido siguiendo el criterio de

requerir un límite cuantitativo determinado para deslindar el delito de la simple infracción administrativa. La naturaleza jurídica de ese límite cuantitativo es cuestión que ha venido siendo largamente discutida por nuestros especialistas. La opinión mayoritaria ha venido considerando que se trata de una característica del resultado típico, que ha de ser abarcada por el dolo (incluso eventual) del autor. Otro sector de la doctrina entiende, por su parte, que nos hallamos ante una condición objetiva de punibilidad. Sea como fuere, lo necesario es destacar que, parte del resultado o condición objetiva de punibilidad, en ambos casos se trata de un elemento que no puede ser presumido en contra del autor o, dicho en otros términos, cuya carga de la prueba corresponde a las acusaciones. Si no existe fijeza acerca de la cuota defraudada, o al menos de que ésta sobrepasa los límites que deslindan el delito de la simple infracción administrativa, no puede existir condena.

En el supuesto que ahora se somete a nuestra consideración, considera la parte apelante que la cuota tributaria correspondiente al ejercicio.... se ha fijado por un procedimiento de estimación indirecta, en gran parte como consecuencia de la falta de libros contables preceptivos que en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida se describe (y frente a cuya declaración nada se opone en el recurso que aquí se resuelve). Evidentemente —y no quisiéramos ser demasiado elementales en la descripción—, para cuantificar o medir el hecho imponible, se ha de determinar la base imponible, pudiendo distinguirse para ello, a los efectos que aquí nos importan, hasta tres métodos distintos: la determinación directa, la determinación indiciaria o presuntiva y la estimación. La estimación, en sentido estricto, es el método al que se recurre cuando no resulta posible fijar con certidumbre las bases imponibles de acuerdo con el método (determinación directa o determinación indiciaria) aplicable en principio, según la ley del tributo; es decir, cuando no es posible emplear los medios ordinarios de prueba.

Esto sucede muy singularmente cuando el sujeto pasivo ha incumplido sus deberes formales, tales como los de presentar declaración, llevar su contabilidad ordenadamente o colaborar con la Administración.

En este sentido, el artículo 50 de la Ley General Tributaria determina que cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración conocer los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos, o cuando los mismos ofrezcan resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora o incumplan sustancialmente sus obligaciones contables, las bases o rendimientos se determinarán en régimen de estimación indirecta, utilizando para ello cualquiera de los siguientes medios: aplicando los datos y antecedentes disponibles que sean relevantes al efecto; utilizando aquellos elementos que indirectamente acrediten la existencia de los bienes y de las rentas, así como los ingresos, ventas, costes y rendimientos que sean normales en el respectivo sector económico, atendidas las dimensiones de las unidades productivas o familiares que deban compararse en términos tributarios; valorando los signos, índices o módulos que se den en los respectivos contribuyentes, según los datos o antecedentes que se posean en supuestos similares o equivalentes.

Más todavía: el artículo 51 de esa misma ley establece que cuando resulte aplicable el régimen de estimación indirecta la inspección de tributos acompañará, entre otros extremos, a las actas incoadas para regularizar la situación tributaria de los sujetos pasivos: las causas determinantes de la aplicación del régimen de estimación indirecta, la justificación de los medios elegidos para la determinación de las bases o rendimientos y los cálculos o estimaciones efectuadas en base a las anteriores. A su vez, el artículo 81 de la ley reguladora del impuesto sobre el valor añadido empieza por señalar que con carácter general la base imponible se determinará en régimen de estimación directa, sin más excepciones que las estable-

cidas por la ley, añadiendo, inmediatamente después, que la aplicación del régimen de estimación indirecta comprenderá el importe de las adquisiciones de bienes y servicios efectuadas por el sujeto pasivo y el impuesto soportado correspondiente a las mismas.

Cuarto.—Aplicando la anterior Doctrina al supuesto enjuiciado, se considera que ante la absoluta falta de llevanza de libros de comercio por parte del acusado, y la omisión de presentación de declaraciones tributarias de IVA e IRPF, resulta correcto acudir al sistema de estimación indirecta para de-

terminar las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública. Para ello por el perito que rindió su informe en el Plenario, se ha tomado en consideración tanto los ingresos millonarios en las cuentas bancarias, como las facturas satisfechas, deduciendo como gastos: la mano de obra y las cuotas de la Seguridad Social. Resultando que el acto de juicio oral no se ha practicado ninguna otra prueba pericial contradictoria que pueda hacer dudar de la fiabilidad de la cuota calculada por los peritos de la Agencia Tributaria, y siendo ésta apreciada como correcta por la Juzgadora, no existen motivos para modificar en esta instancia dicha valoración probatoria.

Sentencia 156/2005, AP LAS PALMAS, Sec. 2.ª, de 15 de junio de 2005

INMIGRANTES EN PATERAS Y TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS

Art. 318 bis Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Varona Gómez-Acedo**

SÍNTESIS

Declara la Sala atípica la conducta de los inmigrantes que intentan acceder por medio de las llamadas “pateras” al territorio español por cuanto, en la actualidad, tales pateras no van patroneadas por alguien conocedor artesanal de la navegación marítima a cambio de precio, sino que son abandonados a su suerte.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Desde esta perspectiva, los hechos probados no pueden integrar el tipo delictivo por el que se ha formulado la acusación, al no integrar los elementos sustanciales del tipo.

Tanto de lo actuado en este juicio como de la experiencia de otros supuestos similares, podemos reconstruir la historia que finalizó en la arribada del acusado en compañía de otras personas a las costas de Fuerteventura, partiendo de países subsaharianos tan lejanos como Gambia, Nigeria, Mali,

Guinea Conakry, Costa de Marfil o República del Congo de los que se ven compelidos a emigrar, siempre por razones de buscar su sustento y el de sus familias y con frecuencia huyendo de situaciones de conflicto, opresión y guerras más o menos declaradas.

Luego de un largo y penoso recorrido hacia el Norte del Continente, son reunidos en las costas del Sáhara, por la promesa que les hacen clanes o familias marroquíes de procurarles un traslado por mar a las Islas orientales a cambio de unas cantidades que oscilan en torno a los mil euros. Si bien en un principio este traslado se efectuaba en unas embarcaciones de madera provistas de un motor fuera borda, conocidas por pateras, patroneadas por alguien conocedor artesanal de la navegación marítima, normalmente marroquí, la represión de estos patronos, cuando llegaban a nuestro país ha propiciado que se prescindiera de los mismos, de forma que son los propios emigrantes quienes sin otra noción que la indicación rudimentaria y somera del rumbo a seguir, son compelidos a dirigir la embarcación desde la misma costa africana o a lo sumo desde

alta mar donde son abandonados por el patrón que es recogido por un tercer cómplice.

De esta forma los más avisados de los emigrantes, en el improbable supuesto de que tenga alguna noción de navegación, o quienes más arrojo tienen, intentan dirigir una embarcación que se va llenando de agua guiados a medias por las corrientes o por las luces que adivinan en el horizonte.

La intención y el ánimo —si lo conservan—, de todos los ocupantes de la patera es agotar el camino de su propia emigración, a lo que se suma la misión casi imposible de salvar su propia vida. Para ello unos procuran mantener el precario rumbo, otros achican el agua, otros intentan que el motor no se pare y los más sobrellevar el mareo y el frío durante las cerca de veinte horas que, como media y en el mejor de los casos, dura el trayecto.

Ninguno de ellos y por lo tanto tampoco el acusado ha realizado “el tráfico de personas” que constituye el núcleo esencial del tipo delictivo a que antes nos hemos referido.

Sentencia 21/2005, AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, de 7 de julio de 2005

OTORGAMIENTO DEL CONTRATO SIMULADO EN PERJUICIO DE TERCERO Y ESTAFA PROCESAL

Arts. 248.1, 250.1.2.º y 250.3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández de Sevilla**

SÍNTESIS

El acusado utilizó en perjuicio de tercero un contrato simulado que hizo valer en procedimiento hipotecario e interdictal. Analiza la sentencia en el presente supuesto de concurso de leyes a qué pueden dar lugar estos hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Se cumplirían, así, en la conducta de los acusados todos los requisitos que definen el delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero, delito que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002 “constituye una modalidad de delito de estafa denominada falsedad defraudatoria o estafa documental, resultando evidente su aproximación a la falsedad documental, en el que varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce, normalmente en una escritura pública o en un documento privado”.

Y la citada Sentencia, junto con las de la misma Sala Segunda de 4 de junio del 2002, 30 de enero de 1985 y 25 de octubre de 1991 explica que “que esta figura delictiva exige para su apreciación:

a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, bien sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa).

b) Desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes.

c) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad la existencia de unánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción”.

Ahora bien, tal calificación no es suficiente, pues no se queda la conducta de los inculpados en el solo otorgamiento del contrato y en el uso extrajudicial del mismo. En casos como el presente en que el contrato simulado ha constituido el vehículo del engaño en procesos judiciales, en los que, en base a esa apariencia contractual se han tomado decisiones que no habrían procedido de conocer la real inexistencia del mismo, hay un plus de antijuridicidad, en cuanto se afecta no sólo el patrimonio del perjudicado sino que, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 14 de noviembre del 2002, a ello “se une lo que encierra de atentado contra el Poder Judicial al que se utiliza como instrumento al servicio de ilícitas finalidades defraudatorias, o bien, diríamos nosotros, para impedir que tal Poder cumpla sus fines a través del desarrollo normalizado del proceso”.

En efecto, los tipos contenidos en los artículos 529.2.^a y 532.2.^o del Código Penal de 1973 (correlativos a los de los artículos 250.1.2.^o y 251.3 del Código Penal de 1995) coinciden en buena parte de su descripción típica, en cuanto en ambos existe engaño (a través de la simulación contractual) y perjuicio de tercero, pero difieren en que en la estafa procesal se produce ese engaño a través del uso del contrato simulado en el proceso judicial, de modo que se engaña al Juez que, con su decisión influida por esa mendaz maniobra, perjudica a otra persona. Como gráficamente expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero del 2002, “existe en la estafa procesal una estructura triangular al no coincidir el sujeto pasivo con el perjudicado económicamente, lo que supone una dualidad personal —sujeto pasivo y sujeto perjudicado— ya expresamente prevista en el art. 248.1 cuando se habla de perjuicio propio o ajeno”. Por ello, no es determinante que las cesionarias del remate conocieran de la posible existencia del arrendamiento,

pues no son ellas los sujetos engañados, sino el Juez ante el que se presenta y se hace valer el ficticio contrato.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio del 2004, que confirma la de la Audiencia Provincial antes citada, se ratifica esta tesis, en caso que es prácticamente idéntico al presente.

Por último, no cabe negar, como pretende la defensa, la conexión entre el engaño producido a los Jueces que conocieron de los distintos procesos y el perjuicio. En el juicio hipotecario, la apariencia del contrato motivó inicialmente la suspensión de la posesión, con un retraso en el que se concreta y consuma el perjuicio; en el interdicto, la aportación de tal contrato fue decisiva para

que el Juez de Primera Instancia y la Audiencia considerasen que José Ángel era poseedor de buena fe, elemento imprescindible para otorgar protección posesoria, y en ese contexto se explican las declaraciones y razonamientos de las Sentencias dictadas en ese proceso.

Tampoco es admisible pretender eliminar el perjuicio causado a los adjudicatarios en el proceso hipotecario elucubrando con la posibilidad de la depreciación de las fincas ante la constancia de existencia de un posible arrendatario; si así fuera, perjuicio habría en todo caso y el perjudicado habría sido el acreedor hipotecario, pero en último término, aquella manifestación no pasa de ser una simple conjetura.

Sentencia 85/2005, AP PALMA DE MALLORCA, Sec. 1.ª, de 11 de julio de 2005

DISTINCIÓN ENTRE INTERCEPTACIÓN DE MENSAJE DE TEXTO POR TELÉFONO MÓVIL Y ACCESO AL MENSAJE YA REALIZADO

Arts. 18 CE; 11 LOPJ; 282 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Aleis López**

SÍNTESIS

En la instrucción de esta causa, la Policía accedió a los mensajes de texto de los acusados, no interfiriendo los mensajes mientras éstos tenían lugar. De esta manera, el derecho fundamental afectado no es tanto el derecho al secreto de las comunicaciones sino más bien el derecho a la intimidad. Centrado así el asunto, reitera la Audiencia la doctrina jurisprudencial al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Debe resolverse con carácter previo la cuestión de nulidad planteada al

inicio del juicio oral por la de defensa de Simón quien alegó la existencia de una posible vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones con motivo

del examen policial del registro de mensajes de texto existente en el teléfono móvil que portaba consigo el Sr. Simón en el momento de ser detenido y que consta referido en los folios 14 a 19 de las actuaciones, reclamando la anulación de todas las actuaciones practicadas a partir de dicha intervención ilegítima.

Ciertamente, en el caso de los mensajes de texto que se remiten por medio de un teléfono móvil nos hallamos ante verdaderas comunicaciones personales cuyo vehículo de transmisión es el teléfono, por lo que, en principio, resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 CE. Sin embargo en este caso la intervención policial denunciada no se produjo durante el proceso de comunicación, sino una vez concluido éste, de forma que, como se sostiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2002 que aborda y resuelve este mismo asunto y que seguiremos en este punto, no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, sino, en su caso, del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Así en la citada Sentencia, analizando un caso similar al presente, se argumenta que “la interferencia de la Policía en la comunicación recibida por el coacusado Ángel en su teléfono móvil, se produjo una vez consumado el proceso comunicativo del mensaje y de que el destinatario de éste hubiera tomado conocimiento de su contenido, por lo que la injerencia policial posterior podrá afectar en el derecho a la intimidad del núm. 1 del art. 18 CE pero no al del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 invocado por el recurrente.”

Así las cosas, excluida una posible vulneración del secreto de las comunicaciones, debe analizarse si la actuación policial, indagando el registro de mensajes de texto del acusado, supone o no una vulneración del derecho a la intimidad de éste determinante de la nulidad de dicha actuación, así como de las derivadas ex artículo 11 de la LOPJ.

Como es sabido y se rememora en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, cabe excepción a la regla general de la necesidad de mandato judicial para invadir la esfera de la intimidad de la persona, siempre que concurren una serie de requisitos: en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). (...) Tales requisitos concurren en el caso presente en que la Policía trata de averiguar todos aquellos datos que permitan relacionar a los detenidos con los graves delitos investigados, sin que haya motivo para diferenciar esta forma de proceder con el teléfono a la empleada con los papeles hallados en la cartera de otro del otro acusado, de forma que el examen policial de los mensajes se revela como una actuación razonable, prudente y proporcionada atendidas las circunstancias del caso, realizada por la Policía en el marco de la prevención e investigación de actividades criminales que la Ley encomienda a la policía judicial, y, en concreto, el art. 282 LECrim., el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Todo ello conduce, en buena lógica, a rechazar la cuestión de nulidad planteada, sin perjuicio de que, además, la supuesta declaración de nulidad no afectaría en este caso a

ninguno de los elementos probatorios en que se sustenta la acusación mantenida frente a ambos acusados, habiendo renunciado expresamente el representante del Ministerio Fiscal a utilizar la información obtenida por la Policía mediante el registro de mensajes de texto del teléfono móvil como prueba

de cargo en el acto del Juicio, sin que tampoco de su resultado se hayan obtenido indicios o evidencias que hayan conducido a otros medios probatorios de valor incriminatorio que pudieran hallarse contaminados por la invocada infracción, que se niega en cualquier caso.

Sentencia 104/2005, AP CÁCERES, Sec. 2.^a, de 14 de julio de 2005

DELITOS SOCIETARIOS: COMPATIBILIDAD ENTRE LA IMPOSICIÓN DE ACUERDOS ABUSIVOS Y DISPOSICIÓN FRAUDULENTE DE BIENES DE LA SOCIEDAD

Arts. 291 y 295 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio**

SÍNTESIS

Confirma la Audiencia la sentencia del Juzgado que condenó por concurso medial de dos diferentes tipos de delito societario. Las administradoras despidieron a sus esposos y otorgaron escritura de dación en pago del único bien social para satisfacer la indemnización generada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Se argumenta no ser de aplicación a los hechos enjuiciados el delito societario regulado en el artículo 295 del Código Penal.

Dicho precepto castiga a “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directa-

mente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren,”

Las querelladas Ana y Blanca, en su condición de administradoras de la sociedad, procedieron al despido injustificado de sus esposos (de hecho fue declarado nulo) socios-trabajadores con el único fin de constituir una deuda a favor de éstos por el importe de las indemnizaciones que les correspondían por ese despido (plasmadas en acuerdo conciliatorio celebrado ante el UMAC) que justificara la posterior dación en pago del

único bien de la sociedad a favor de sus maridos que se materializó en la escritura notarial de 3 de diciembre de 2002.

Se trata por tanto de administradoras de la sociedad que en beneficio de sus maridos (y en consecuencia también de ellas mismas) disponen fraudulentamente de bienes de la sociedad (fraude fueron el despido y la ulterior cesión) con abuso de las funciones propias de su cargo (es decir, empleando facultades de las que formalmente disponen para una finalidad distinta de la “diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal” que es el parámetro que según el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas rige el uso de las facultades concedidas a los administradores), y con ello causan un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad (la pérdida de su patrimonio). Concurren en consecuencia todos los elementos del delito del artículo 295 del Código Penal.

Cuarto.—Se argumenta que de concurrir el delito del artículo 295 no concurriría el delito del artículo 291 del Código Penal ya que el acuerdo adoptado en la Junta de 31 de

enero de 2003 o bien es irrelevante respecto del acuerdo de los administradores, o bien no es sino una atenuación de los efectos de aquel acuerdo.

El artículo 291 del Código Penal sanciona a “Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma”.

Ya ha quedado expuesto que lo acordado en aquella junta sobre opción de compra y uso de la finca no fue sino una maniobra de maquillaje que en nada atenuaba los efectos prácticos de la escritura de dación en pago; por lo demás, concurren los elementos del tipo (mayoría de accionistas que, en beneficio propio, adopta un acuerdo abusivo en perjuicio de la minoría) que se ha consumado pues se trata de la criminalización de una conducta (la mera adopción del acuerdo), y la producción del perjuicio pertenece al agotamiento del delito.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INSTRUCCIÓN 5/2005, DE 15 DE JUNIO, SOBRE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: MOMENTO EN EL QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
 - III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
 - IV. RELEVANCIA DE LA STC 63/2005.
 - V. PAUTAS DE ACTUACIÓN.
 - VI. NECESIDAD DE EVITAR DILACIONES INDEBIDAS.
 - VII. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 132 del CP en su apartado 2.º establece que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, *cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*.

El empleo de la fórmula *cuando el procedimiento se dirija contra el culpable* con toda su carga de indeterminación ha provocado ríos de tinta tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica.

Las críticas jurisprudenciales a esta expresión se explicitaron, entre otras, en la STS 855/1999, de 16 de julio, en la que se calificaba de *“desafortunada frase empleada por el anterior Código Penal y mantenida por el legislador de*

1995” y se han reiterado en la 879/2002, de 17 de mayo, que reconoce que “*es cierto que la determinación del momento interruptivo... constituye una cuestión polémica por la defectuosa técnica de la expresión legal*” y en las SSTS 672/1995, de 20 de mayo, y 1559/2003, de 19 de noviembre, sobre la base de que “*nuestro Código a diferencia de otros Códigos penales no establece —como sería preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica— qué actos procesales concretos determinan dicha paralización...*”.

En realidad esta fórmula indeterminada data de más antiguo, concretamente del CP de 1870 (artículo 133), y es desde luego constatable que otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico cultural emplean cláusulas ciertamente mucho más precisas en la regulación del momento procesal en el que debe entenderse interrumpida la prescripción (vid. artículo 160 del Código Penal italiano, artículo 72.2 del Código Penal suizo, § 78c del Código Penal alemán o artículo 121 del Código penal portugués). Más preciso era también nuestro Código Penal de 1822, que en su artículo 174 anudaba la interrupción de la prescripción a la interposición de acusación o demanda por particular o a la iniciación del procedimiento de oficio.

La recta interpretación de cuándo debe entenderse que el procedimiento se dirige contra el culpable ha dado lugar a un *corpus* jurisprudencial que ha construido pilares sólidos en aras a dotar de las necesarias dosis de seguridad jurídica a un concepto indeterminado.

Estos pilares se tambalean tras la reciente STC 63/2005, de 14 de marzo, que entra en contradicción con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, generando una cierta inseguridad jurídica en relación con la interpretación del artículo 132.2 del CP.

La Fiscalía General del Estado no puede inhibirse ante la situación creada y, siquiera con carácter provisionalismo, hasta tanto se consolide alguna de las alternativas interpretativas o surjan nuevos criterios, han de establecerse unas pautas unificadoras de la actuación del Ministerio Fiscal cuando deba enfrentarse a los supuestos afectados por las divergencias exegéticas generadas.

II. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: MOMENTO EN EL QUE SE INICIA EL PROCEDIMIENTO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forman ya parte del procedimiento, y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción.

[...]

Desarrollando esta idea, la STS 147/2003, de 5 de febrero, con gran profusión de citas de precedentes declara que “por razones de seguridad jurídica lo procedente es mantener en esta materia la doctrina mayoritaria de esta Sala, ya muy consolidada... que estima que para la interrupción de la prescripción basta con que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate”. En el caso analizado, y en aplicación de esta doctrina, “habiendo tenido entrada en los Juzgados querrela criminal... el día 10 de septiembre de 1998, y habiendo sucedido los hechos querrelados el día 14 de septiembre de 1993 y siendo el plazo de prescripción de cinco años... debe concluirse que la acción penal para perseguir los hechos no había prescrito, sin que se pueda tomar el auto de incoación de diligencias previas, y mucho menos la notificación al querrellado como elementos procesales para configurar el requisito de que el procedimiento se dirija contra el culpable”.

Este análisis del “*status quaestionis*” en la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos lleva, pues, a la conclusión de que conforme a la misma, el momento de interrupción de la prescripción coincide con el de la presentación de la denuncia o de la querrela ante el Juzgado de Instrucción, concretamente desde la incorporación de la misma al registro público judicial, sin que sea necesaria, para que se produzca aquélla, resolución judicial alguna de admisión a trámite, opción jurisprudencial en la que claramente late un propósito de dotar de la mayor seguridad jurídica a la fecha a partir de la cual opera la interrupción.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional declaró que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece de relevancia constitucional (SSTC 152/1987, de 7 de octubre, 255/1988, de 21 de diciembre, 83/1989, de 10 de mayo, 12/1991 de 28 de enero, 223/1991, de 25 de noviembre, 150/1993, de 3 de mayo y 157/1990, de 18 de octubre, y AATC 944/1986, 112/1987 y el reciente 340/2004).

[...]

Sin embargo, el TC matiza su posición al enfrentarse a alegaciones sobre prescripción en la STC 63/2001, de 17 de marzo, en la que declara que una vez que el legislador ha configurado libremente la institución de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, su aplicación en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. El

canon aplicable en este caso es el propio del artículo 24 de la CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente, canon éste reforzado por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales (artículos 17 y 23 de la CE)

Esta doctrina se reitera en las SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001, todas ellas de 17 de marzo.

En estas sentencias, no obstante, se rechaza que la decisión alcanzada sobre la no apreciación de prescripción hubiera sido arbitraria, manifiestamente irrazonable, o incurso en error patente.

Por fin, la STC 63/2005 analiza un supuesto ciertamente extravagante en el que una querrela formulada por la Agencia Tributaria, que fue presentada con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción legalmente establecido para el delito que se imputaba, no fue admitida a trámite hasta pasados casi dos años después de su presentación. El TC se enfrenta a una patología ante la que reacciona introduciendo unos criterios interpretativos del artículo 132 apartado 2.º del CP contradictorios con la jurisprudencia del TS.

En efecto, para la STC 63/2005 la voluntad “claramente manifestada por el legislador penal de que el ejercicio del ‘ius puniendi’ se constriña a un marco temporal preestablecido se vería contrariada de considerarse... que, para estimar interrumpido el plazo de prescripción en cada caso señalado, basta con la simple presentación de una denuncia o de una querrela sin necesidad de que para ello medie acto alguno de interposición judicial”. En consecuencia, para el TC “será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión...”.

Por todo ello concluye el TC que *la interpretación realizada por la Sentencia dictada en apelación de la norma contenida en el art. 132.2 del CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están o no prescritos, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por todo ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen; lo que conlleva la afirmación de que dicha resolución ha vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión.*

En síntesis, el TC en esta sentencia se adentra en la interpretación del artículo 132.2 del CP y exige, para que se interrumpa la prescripción, un acto judicial, estimando insuficiente la mera presentación de la denuncia o querrela.

IV. RELEVANCIA DE LA STC 63/2005

[...]

La STC 63/2005, aparte de reconocer situaciones jurídicas individualizadas, contiene declaraciones de carácter general sobre la interpretación del artículo 132.2.º del CP.

Empero, sin negar el indiscutible valor de esta sentencia del Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta a la hora de establecer los criterios provisionales de actuación del Ministerio Fiscal su carácter de precedente aislado, dictado no por el Pleno, sino por una sala del Tribunal, la concurrencia de votos particulares, el hecho de que el recurso de amparo se interpone no frente a una sentencia del Tribunal Supremo sino frente a una resolución de una Audiencia Provincial, y la existencia de una sólida línea jurisprudencial del TS en sentido contrario, emanada del ejercicio de las competencias que le son propias conforme al artículo 123 de la CE.

Deben en este mismo sentido tenerse en cuenta, además, las peculiaridades inherentes al caso concreto objeto de análisis en la STC 63/2005, que llevan al Alto Tribunal a declarar que *carece de toda razonabilidad... la extensión del plazo de prescripción legalmente previsto para el delito de alzamiento de bienes de modo que alcance a cubrir demoras como la producida en este caso*. Estas peculiares circunstancias del caso concreto hacen que incluso los dos votos particulares formulados en la STC 63/2005, en los que se considera inadecuada en línea de principio la elaboración de doctrina sobre el sentido de las normas de legalidad ordinaria, sean no obstante favorables a la estimación del amparo.

V. PAUTAS DE ACTUACIÓN

En la tesitura de asumir una interpretación hasta tanto no se consolide en un sentido o en otro alguno de los criterios actualmente contrapuestos (el asilado mantenido por la STC 63/2005 o el reiterado sustentado hasta la fecha por el TS), habrá de darse el máximo rango a la necesidad de preservar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), cuidando de evitar soluciones irreversibles y optando por pautas que, de no verse confirmadas por la ulterior jurisprudencia, puedan ser corregidas, bien a través de los medios de impugnación ordinarios o extraordinarios, bien mediante el desistimiento en la pretensión punitiva, bien incluso a través de la vía de la promoción del derecho de gracia.

Ello lleva a que, en las causas penales actualmente en tramitación en las que la denuncia o la querrela se hubiera presentado con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, los señores fiscales deberán mantener la inter-

pretación emanada de la jurisprudencia del TS, conforme a la cual se ha producido la interrupción del mismo, oponiéndose a las alegaciones que en sentido contrario pudieran plantearse y, en su caso, recurriendo las resoluciones que declaren la prescripción por no reconocer eficacia interruptiva a dichos actos.

Por otro lado, en todo caso, y “ad cautelam”, los señores fiscales tendrán presente la nueva línea interpretativa introducida por el TC en orden a evitar apurar plazos, de manera que las denuncias y querellas se presenten con antelación suficiente para dar tiempo a que el órgano instructor pueda resolver sobre la admisión a trámite antes del agotamiento de los plazos de prescripción.

[...]

VII. CONCLUSIONES

1.º Los señores fiscales cuidarán de presentar las denuncias y querellas con antelación suficiente para permitir que la resolución judicial sobre su admisión recaiga antes del cumplimiento del plazo de prescripción.

2.º Los señores fiscales desplegarán su celo para evitar dilaciones en la admisión o inadmisión a trámite de las denuncias y querellas presentadas en los Juzgados, en especial respecto de las presentadas por el Ministerio Público. Por ello, y respecto de estas últimas, una vez turnado el asunto al Juzgado al que corresponda, cuidarán de que por él mismo se provea sobre su admisión y de que se inicien las diligencias sin incurrir en retrasos injustificados, en orden a que en ningún caso se demore la resolución judicial más allá del plazo de prescripción.

3.º En tanto no se consolide una línea interpretativa contraria, en relación con las causas penales actualmente en tramitación en las que la denuncia o la querrella se hubiera presentado con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, los señores fiscales deberán mantener que se ha producido la interrupción del mismo, oponiéndose a las alegaciones que en sentido contrario pudieran plantearse y, en su caso, recurriendo las resoluciones que declaren la prescripción por no reconocer eficacia interruptiva a dichos actos.

CIRCULAR 4/2005, DE 18 DE JULIO, RELATIVA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

[Se extracta sólo lo relativo a algunos de los problemas jurídico-penales sustantivos y procesales abordados, en total un tercio aproximado del contenido de la Circular]

[...]

III. OBJETO DE LA LO 1/2004. EL ARTÍCULO PRIMERO

[...]

La decisión legislativa de “positivizar” formalmente el concepto de violencia de género, introduciéndolo en el propio texto normativo al definir el objeto de la Ley, determina cuatro importantes efectos:

III.A) Delimita el ámbito de aplicación de la Ley.

El artículo 1 circunscribe el ámbito de aplicación de la Ley mediante una descripción de la violencia de género que pretende erradicar y que, en cuanto objeto de la Ley, será determinante de la aplicación de las diversas modalidades de tutela previstas en la LOMPIVG, ya sea en relación con los derechos y medidas asistenciales recogidos en su Título II, como con el ámbito competencial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer o con aquellas especialidades introducidas en la legislación penal que hacen referencia a dicho concepto normativo.

El artículo primero acota la violencia de género objeto de regulación a la que el hombre ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja. Esta restricción del objeto legal se fundamenta en la concepción de esta norma

como una herramienta necesaria para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género —sobre la base de una realidad estadística que la pone de manifiesto como el tipo de violencia más grave y generalizado— desde el reforzamiento de la protección de la mujer en el ámbito de las relaciones afectivas en el que tradicionalmente ha asumido una posición de desigualdad por condicionantes socioculturales.

Por ello, pese a su genérica denominación, la LOMPIVG ni abarca todas las manifestaciones de la violencia de género, pues este es un concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo, en la familia y en la sociedad (maltrato doméstico, infanticidio de niñas, mutilación genital, explotación, agresión y acoso sexual, entre otras), ni siquiera toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida la violencia que pueda ejercerse por razón de sexo contra otros miembros femeninos del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, otras menores o incapaces) con la salvedad que se dirá.

Por tanto, como se indicó en la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de esta Ley y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia.

La entrada en vigor de esta Ley obliga, por ello, a diferenciar conceptualmente entre la violencia de género, descrita en el anterior párrafo, y la violencia doméstica que a partir de ahora queda circunscrita al resto de los sujetos pasivos previstos en el artículo 173.2 del CP.

Asimismo, la dicción legal del artículo 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer.

[...]

III.B) Describe las formas de manifestación de la violencia de género contra las que la LO 1/2004 pretende actuar.

[...]

Dicho artículo 1.3 agrupa en dos categorías las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, la física y la psicológica, sin que ello suponga restric-

ción de la aplicación legal a otras eventuales manifestaciones de la violencia de género si tienen cabida en la definición del apartado primero de dicho artículo. De modo que, siguiendo otras clasificaciones más detalladas como la del Consejo de Europa, las contenidas en algunas leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar surgidas a raíz de la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994, o las de nuestra legislación autonómica (leyes de Cantabria y Canarias), cabría afirmar, sin ánimo exhaustivo, que las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer que tienen cabida en esta Ley pueden reconducirse a las siguientes:

— Violencia física: relativa a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.

— Violencia sexual: referida a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual.

— Violencia psicológica: comprensiva de toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. La violencia psicológica, entendida en un sentido amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que en algunas clasificaciones son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica —entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos— o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro.

[...]

III.C) Efectúa una declaración programática acerca de los bienes jurídicos que son específicamente lesionados cuando el hombre ejerce violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja.

El legislador de 2004, en línea con la doctrina y la jurisprudencia elaborada sobre el delito de maltrato familiar, así como con los pronunciamientos de los instrumentos internacionales sobre la materia, aborda la violencia contra la mujer desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona, dejando constancia expresa en la descripción contenida en el artículo primero de que las conductas de violencia de género no solo son representativas de una violencia intersubjetiva, como sucede en otras figuras penales que incriminan fenómenos violentos, sino que encierran un desvalor añadido en cuanto atentan a otros valores constitucionales de primer orden, en este caso referidos especifi-

camente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de su sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja.

[...]

III.D) Función interpretativa de la LO 1/2004.

[...]

Por tanto, la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor.

[...]

IV. LA TUTELA PENAL

[...]

IV.A) El nuevo artículo 153 del CP.

La LO 1/2004 da una nueva redacción al artículo 153 del CP, emancipando del tipo básico común el maltrato constitutivo de violencia de género y el asimilado, con el fin de atribuirles una mayor penalidad.

Al propio tiempo el delito de amenazas leves con armas a los sujetos pasivos descritos en el artículo 173.2 del CP se traslada al artículo 171.4 y 5 mejorando de este modo su ubicación sistemática.

IV.A) 1. La nueva figura agravada de maltrato doméstico del apartado 1.º

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...”.

La conducta típica consiste en “causar por cualquier medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definida en el Código Penal como delito,

o golpear o maltratar de obra sin causar lesión”. Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

En relación con los sujetos activo y pasivo del tipo, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

a) *Cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...*

Los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: “ofendida”, en género femenino, para el sujeto pasivo y “él”, en género masculino, para el sujeto activo, determina que en este apartado, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aun sin convivencia.

Otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el artículo 173.2 del CP (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del artículo 153 del CP.

b) *Cuando el ofendido sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

El concepto “persona especialmente vulnerable” no viene definido en el texto legal, ni siquiera es aludido en la Exposición de Motivos. Atendiendo a una interpretación literal según el Diccionario de la Real Academia Española, “vulnerable”, procedente del latín “vulnerabilis”, significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

Su ámbito de aplicación, en cualquier caso, no debe ser confundido con el referido a los descendientes, menores o incapaces descritos en el artículo 87 ter.1 a) de la LOPJ al definir la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, del que nos ocuparemos posteriormente, aunque no cabe duda de que, en determinadas situaciones, pueden coincidir ambas circunstancias.

A diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, este grupo de sujetos no viene condicionado ni por razón de sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Por tanto, sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta descrita en el precepto pueden serlo tanto el hombre como la mujer. La única exigencia que la norma penal establece es la nota de la convivencia con el autor, al margen de la relación que entre ellos exista. Por convivencia deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos.

El concepto de vulnerabilidad de la víctima es empleado por el legislador en el Código Penal en diversos tipos penales y específicamente en los artículos 180.1.3.^a (delito de agresión sexual), 184.3 (delito de acoso sexual), 188.1 (delito de corrupción de menores), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) y 607 bis.2.9.^o (delitos de lesa humanidad).

Concretamente como circunstancia agravatoria se encuentra descrita en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en los siguientes términos: “Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años”.

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha elaborado un cuerpo de doctrina en la interpretación de dicho concepto en relación con los delitos contra la libertad sexual que deberá ser atendido en la aplicación de estos nuevos preceptos en tanto la Jurisprudencia no profile tal concepto jurídico indeterminado en el ámbito específico de la violencia doméstica. Conforme a dicha doctrina jurisprudencial el fundamento de esta agravación se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre).

Así, el Tribunal Supremo ha predicado la vulnerabilidad de la víctima esencialmente en relación a la edad “pudiendo ser ésta muy escasa o elevada... siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad” o bien a causa de “la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad”, o incluso en atención a las condiciones objetivas de la comisión delictiva “por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad” (STS 224/2003, de 11 de febrero).

La especial vulnerabilidad por razón de edad permite extender la tutela penal reforzada de este precepto tanto a personas de edad avanzada como a aquellas que presenten una limitación de sus condiciones físicas o psíquicas que merme su capacidad defensiva.

Concretamente, la STS 793/2004, de 14 de julio, hace referencia a circunstancias tales como “el bajo nivel de inteligencia, determinada incapacidad física, incapacidad de toda defensa de la víctima, etc.” y la STS 377/2004, de 25 de marzo, entiende que la víctima era especialmente vulnerable “por razón de su edad, por la situación en la que se encontraba, dado que sus padres estaban ausentes y, por último, la diferencia de edades entre el autor (veintiséis años) y la víctima (doce años)”.

Por ello, el ámbito de especial protección que la norma otorga a las personas especialmente vulnerables deberá ser analizado por los señores y señoras fiscales de forma individualizada atendiendo a aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del autor.

No obstante, el legislador en los delitos contra la libertad sexual parifica “ex lege” la menor edad de trece años a tales situaciones presumiendo “iuris et de iure” que el menor de trece años carece de madurez suficiente para consentir válidamente las prácticas sexuales de que es objeto. Pese a ello, en la regulación de la LO 1/2004 tal equiparación no será posible en todo caso, pues persigue comportamientos ajenos al consentimiento del sujeto pasivo (lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones). De modo similar en la regulación del delito de lesiones, el artículo 148.3 establece una presunción de debilidad cuando la víctima fuera menor de doce años o incapaz. Ahora bien, esos límites de edad (trece y doce años de edad, respectivamente) no deben interpretarse como determinantes de la vulnerabilidad del sujeto pasivo siempre que se encuentre por debajo de los mismos.

Ciertamente tal equiparación será posible cuando la temprana edad de la víctima limite su capacidad defensiva, pero en otro caso habrá que estar a las circunstancias de todo tipo que concurran en la comisión del hecho para predicar, caso por caso, tal cualidad respecto del menor de esas edades.

IV.A) 2. Tipo básico: apartado 2.º

“2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...”.

Esta norma contiene el tipo básico de maltrato familiar y conserva en parte la antigua redacción del artículo 153, manteniendo las penas en idénticos términos. La novedad estriba, por una parte, en la exclusión del círculo de sujetos pasivos de este apartado de la mujer víctima de violencia causada por hombre al que le une, o ha unido, una relación afectiva de pareja y de las personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor y, por otra, en la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la norma al quedar fuera las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos.

Por tanto, los señores y señoras fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1.º del artículo 153 del CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aun sin convivencia. El apartado 2.º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el artículo 173.2 del CP, incluidas las parejas homosexuales.

Determinadas personas vulnerables pueden encontrarse contempladas en ambos preceptos, ya que el artículo 173.2 del CP incluye a descendientes, menores o incapaces que convivan con el agresor y a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren en situación de guarda en centros públicos o privados. En tales supuestos los señores y señoras fiscales examinarán las circunstancias que concurren en la víctima vulnerable, aplicando con carácter

preferente el tipo agravado del apartado 1.º del artículo 153 cuando concurra el requisito de la convivencia con el agresor (artículo 8.4 del CP).

IV.A) 3. Agravaciones específicas: apartado 3.º

“3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

El apartado tercero contiene diversas agravaciones penológicas que son de aplicación tanto al tipo básico común del apartado segundo como al nuevo tipo agravado del apartado primero del artículo 153.

Dado que la redacción de este apartado no ha sufrido modificación alguna, siguen siendo de aplicación los criterios interpretativos que en relación con él mismo fueron efectuados en la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

Basta que concurra una sola de tales circunstancias para la apreciación de la agravación, como se desprende de la redacción en forma alternativa de las distintas modalidades agravatorias. Es preciso recordar igualmente que del empleo en plural del término “menores” para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presenciaren. Así como que se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del artículo 173.3 del CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Confirma esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

Por otra parte, el desplazamiento de las amenazas leves con armas del artículo 153 al artículo 171 del CP despeja definitivamente la posibilidad de conculcar el principio “non bis in idem” cuando la agravación del 153.3 se fundamente en la utilización de armas, tal como se planteaba con la anterior ubicación sistemática de tales conductas, ya que en el artículo 171 el empleo de armas no se contempla como agravación específica.

IV.A) 4. Tipo privilegiado: apartado 4.º

“4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor

y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

La introducción de una cláusula atenuatoria específica, desconocida hasta ahora en la regulación de la violencia doméstica (al margen de la previsión del apartado segundo del artículo 147 del CP para los “supuestos de menor gravedad atendido el medio empleado o el resultado producido”) responde a razonables exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad habida cuenta de la singularidad de la reforma y de la materia a regular.

A través de esta regla penológica, de carácter facultativo, los señores y señoras fiscales individualizarán la respuesta penal en atención a la gravedad intrínseca del hecho teniendo en cuenta cumulativamente los dos parámetros legales de atenuación —las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho— a efectos de posibilitar un tratamiento diferenciado a los supuestos en los que se ponga de manifiesto una menor responsabilidad penal (forma de la agresión, intensidad de la acción, agresiones mutuas, personalidad no violenta del autor, etc.).

IV.B) Los nuevos tipos cualificados de lesiones del artículo 148 del CP.

El artículo 36 de la LOMPIVG incorpora nuevas agravantes específicas respecto a las lesiones del artículo 147.1 del CP, añadiendo la alevosía junto al ensañamiento en el número segundo e introduciendo dos nuevos ordinales en el artículo 148 del CP:

“2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Como decíamos al inicio del capítulo la razón de ser de la reforma penal operada por la LO 1/2004 en razón de los sujetos despliega su actividad en esta y otras figuras penales.

Valen, por tanto, los argumentos esgrimidos en relación a la interpretación del nuevo delito de maltrato agravado del apartado primero del artículo 153 en relación a los sujetos relacionados, con la única consideración de que, a diferencia de aquél, la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de la agravación prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 148 del CP, el cual sigue siendo de aplicación potestativa (STS 730/2003, de 19 de mayo) en la medida que el Tribunal la valore como determinante de una mayor gravedad.

Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, tendrán en consideración para la aplicación del subtipo agravado la entidad del resultado causado o riesgo producido, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el artículo 148 del CP.

Por otro lado, la reforma puede afectar a la aplicación de las circunstancias agravantes genéricas de modificación de la responsabilidad criminal respecto a las lesiones del artículo 147.1 del CP.

De modo que, al considerar la aplicación de las nuevas modalidades del subtipo agravado, los señores y señoras fiscales deberán tener en cuenta que algunas circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad criminal se encuentran ínsitas en la descripción del tipo, tales como la circunstancia mixta de parentesco en el apartado 4.º o la agravante de alevosía en el apartado 5.º cuando aquélla venga determinada por el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento (niños de corta edad, ancianos debilitados, personas privadas de razón o sentido, personas gravemente enfermas, personas que duermen o en estado de embriaguez, STS 169/2003, de 10 de febrero).

IV.C) La nueva regulación del delito de amenazas.

La sistemática seguida por el legislador a la hora de reformar el artículo 171 del CP es exactamente idéntica a la que emplea al modificar el artículo 153, pues incorpora tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, que reproducen los homólogos del delito de maltrato simple.

Los nuevos apartados del artículo 171 disponen:

“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo...

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

En el apartado 4 los sujetos activos y pasivos son los mismos que los comprendidos en el delito del artículo 153.1 y, por tanto, se dan por reproducidas las consideraciones realizadas “supra”.

La acción consiste en amenazar levemente, a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al hombre autor por una análoga relación

de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, por lo que siguiendo la tendencia ya iniciada por la LO 11/2003, se transforma en delito la conducta que, hasta ahora, se encontraba ubicada en la falta del artículo 620.2.º del CP.

De modo que en el apartado 4.º se tipifica en todo caso como delito cualquier amenaza leve, con o sin arma, cuando la víctima sea la mujer en el marco de la relación de pareja antes descrito o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

La nueva redacción legal no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el artículo 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación, siempre y cuando, atendidas la entidad y circunstancias del hecho, puedan reputarse como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es grave, por el principio de especialidad deberá acudir a la aplicación de los artículos 169 o de los restantes apartados del artículo 171 del CP con la concurrencia, si procede, de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del CP.

En el apartado 5.º se protege al resto de sujetos pasivos del artículo 173.2 del CP frente a las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos exclusivamente, pues a diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior otro tipo de amenazas leves será constitutivo de falta del artículo 620 del CP.

Asimismo se introducen en relación con los delitos de amenazas leves de los apartados 4.º y 5.º las mismas circunstancias específicas de agravación previstas en el apartado 3.º del artículo 153 a excepción de la utilización de armas que ha quedado excluida como modalidad agravada, tanto respecto de los delitos de amenazas como de coacciones leves.

En el apartado 6.º se introduce una cláusula atenuatoria idéntica a la prevista en el artículo 153.4, por lo que huelga más comentario.

IV.D) La nueva regulación del delito de coacciones.

Artículo 172 CP:

“2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado...”

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artícu-

lo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

De igual modo que respecto de las amenazas, la reforma penal ha afectado a la tipificación legal de las coacciones leves, transformando en delito las conductas que antes constituían la falta del artículo 620.2 del CP cuando se cometan por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja, o aquellas que se lleven a cabo contra las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

La tipificación como delito de los comportamientos constitutivos de coacciones leves no se extiende a los restantes sujetos pasivos del artículo 173.2 del CP, por lo que toda coacción de carácter leve entre éstos será constitutiva de la falta prevista en el artículo 620.2 del CP a diferencia de lo que ocurre con las figuras de maltrato simple (artículo 153.2) y amenazas leves (artículo 171.5).

En relación con el delito de coacciones leves se introducen igualmente las mismas circunstancias de agravación y atenuación previstas en relación con el nuevo tipo de amenazas leves, mencionadas anteriormente.

IV.E) Aplicación residual del artículo 620 del CP.

Dispone este artículo:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

La única modificación que presenta el artículo está recogida en el apartado 2, cuando exceptúa de su ámbito de aplicación la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el hecho sea constitutivo de delito. La incorporación de esta excepción es consecuencia de la nueva regulación de los delitos de amenazas y coacciones leves al haber transformado en delito determinadas conductas que hasta la reforma eran constitutivas de falta.

Por ello, en el ámbito de la violencia intrafamiliar este precepto tendrá un carácter absolutamente residual.

Así, tendrán la consideración de falta las amenazas de carácter leve que, sin empleo de arma, se lleven a cabo entre los sujetos del artículo 173.2, así como las coacciones que, con carácter leve, se lleven a efecto entre los mismos sujetos. Las vejaciones injustas y los insultos son las únicas figuras que no gozan de la protección penal que la reforma ha otorgado a los sujetos cualificados tantas veces mencionados, incrementándose en todos estos casos la pena en los términos propuestos en el párrafo tercero del apartado 2, que no se ha visto reformado.

IV.F) La nueva regulación del delito de quebrantamiento de condena.

Se modifica el artículo 468 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma:

“1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados...”

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”.

La nueva redacción dada al precepto pone fin a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de adoptar la medida cautelar de prisión provisional en los supuestos en que el agresor, en situación de libertad, quebrantaba una medida cautelar de alejamiento o incomunicación decretada por la vía del artículo 544 bis de la LECrim. En una interpretación literal de la anterior redacción del artículo 468.2 del CP, la posibilidad de castigar el delito de quebrantamiento con pena de prisión quedaba reservada a los supuestos en que se incumpliera el alejamiento o incomunicación decretados como pena accesoria en sentencia firme, pero no respecto de aquellos que, cautelarmente, se imponían en el curso de un procedimiento judicial, para los que únicamente estaba prevista pena de multa.

La actual redacción equipara la sanción del quebrantamiento de las penas contempladas en el artículo 48 del CP con el de las medidas cautelares o de seguridad, estableciendo, en todo caso, pena de prisión de seis meses a un año siempre que hubieran sido impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2. Obsérvese que en este caso la reforma afecta al quebrantamiento de cualquier medida cautelar o condena impuesta por delitos de violencia doméstica en sentido amplio, sin quedar limitada a las derivadas de delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género.

IV.G) Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El artículo 83.1.6.^a, párrafo 2.^o, del Código Penal dispone:

“Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a de este apartado”.

La modificación llevada a cabo por la LO 1/2004 en materia de suspensión de la ejecución de la pena reforma nuevamente el párrafo 2.^o del artículo 83, manteniendo el carácter imperativo de la suspensión condicionada al cumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1.^a (prohibición de acudir a determinados lugares), 2.^a (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez determine, o de comunicarse con ellos) y —esta es una de las novedades—, 5.^a (participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares), regla de conducta esta última cuyo objeto no contempla, como las dos primeras, la protección de la víctima, sino la formación del autor del delito a través de su participación e intervención obligatoria en diferentes programas.

La segunda modificación se refiere al ámbito en que esta concesión necesariamente condicionada despliega sus efectos, al referirse el legislador, tras la reforma, a delitos relacionados con la violencia de género.

Frente a la anterior redacción del precepto en que de forma tasada se aludía a los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 del CP la expresión acuñada tras la reforma “delitos relacionados con la violencia de género” deberá ser interpretada conjugando el artículo 1 LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por “delito relacionado con la violencia de género” se entenderá aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al artículo 87 ter 1 a) y b) de la LOPJ —vid. “infra” Tutela Judicial—, hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una

análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. No quedarán amparados en dicha expresión, por no aparecer dichos sujetos incluidos en el artículo primero de la LO 1/2004, los cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados, ya que otro entendimiento supondría extender el ámbito de aplicación de las normas procesales de competencia a supuestos sustantivos condicionantes de la ejecución de la pena.

El artículo 34 LO 1/2004 modifica el apartado 3.º del artículo 84 del CP, disponiendo que el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, en el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, de modo que al igual que sucede en la nueva redacción de los artículos 83 y 84, cambia el supuesto de aplicación de la norma, anteriormente previsto para la suspensión de penas de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 del CP.

Se mantienen, por último, todas las indicaciones recogidas en la Circular 1/2005 en relación a la observancia del contenido del precepto.

IV.H) Sustitución de penas.

El párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

“En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

Al igual que en los preceptos anteriores, la interpretación literal del precepto obliga a aplicar esta regla únicamente a los delitos relacionados con la violencia de género, lo que sin duda altera el ámbito de aplicación que la LO 15/2003 le había concedido para el supuesto de condena por delito tipificado en el artículo 173.2 del CP.

Se mantienen igualmente las directrices contenidas en la Circular 1/2005 en relación a la ausencia de referencias a los programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico a los que hace mención, como de la acreditación que se pueda exigir a las personas o entidades llamadas a desarrollarlos. Recordando a los señores y señoras fiscales que, ante tal ausencia, valorarán pruden-

cialmente la posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas.

V. LA TUTELA JUDICIAL

V.A) Antecedentes.

[...]

La LO 1/2004, en su Título V, regula la llamada Tutela Judicial con el declarado propósito de garantizar un tratamiento especializado y eficaz de la situación jurídica, personal, familiar y social de las víctimas de violencia de género.

Dicha tutela se vertebra sobre cuatro novedosas iniciativas de carácter orgánico-procesal:

1. Previsión de órganos jurisdiccionales especializados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Secciones de la Audiencia Provincial (Capítulo I).
2. Superación de la tradicional separación de competencias penales y civiles en el tratamiento jurisdiccional de los asuntos relacionados con la violencia de género (Capítulos II y III).
3. Regulación específica de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género (Capítulo IV).
4. Creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (Capítulo V).

[...]

VI. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Las reglas relativas a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se encuentran dispersas en los Capítulos I, II y III del Título V de la LO 1/2004.

Razones metodológicas aconsejan abordar primero la regulación de las competencias de dichos Juzgados en el orden jurisdiccional penal, para estudiar posteriormente las atribuciones propias del orden jurisdiccional civil por venir éstas supeditadas a aquéllas.

VI.A) Competencias en el orden penal.

VI.A) 1. Competencia objetiva y funcional.

La competencia objetiva y funcional en el orden penal de los Juzgados de violencia sobre la mujer viene establecida en los artículos 44, 58 y 60 de la LO 1/2004, por los que, respectivamente, se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introduce un nuevo artículo 17 bis en dicha Ley procesal.

El nuevo artículo 87 ter de la LOPJ, al que se hará referencia frecuentemente en este capítulo, está distribuido en cinco apartados y regula tanto la competencia en el orden penal (apartado primero) como la competencia en el orden civil (apartados segundo y tercero). Su apartado cuarto contiene una previsión general de inhibición para el caso de que el Juez de Violencia sobre la Mujer aprecie su incompetencia objetiva, y el apartado quinto introduce la prohibición de mediación en estos supuestos, en una cláusula ciertamente ajena al contenido del artículo.

A su vez la modificación del artículo 14 de la LECrim incluye en éste un nuevo apartado quinto relativo a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que reproduce el contenido del artículo 87 ter 1 de la LOPJ, adaptando en consonancia los restantes apartados de aquel artículo a las competencias propias de dichos Juzgados en relación con el conocimiento y fallo de las faltas, la instrucción de delitos o el enjuiciamiento y fallo de conformidad de delitos menos graves, así como a la competencia territorial de la Audiencia Provincial (o del Tribunal del Jurado) para el enjuiciamiento de los restantes delitos en el caso de que los haya instruido un Juez de Violencia sobre la Mujer.

La determinación de la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se establece sobre la base de dos presupuestos concurrentes: la clase del delito o falta que constituye el objeto del proceso (criterio “*ratione materiae*”) y las personas que aparecen como sujeto activo y pasivo de dicha infracción penal (criterio “*ratione personae*”).

VI.A) 1.a) Competencia por razón de la materia:

El criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia “*ratione materiae*” se corresponde con un sistema mixto que comprende, junto a un catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión, que conviene delimitar para no perjudicar el principio de seguridad jurídica.

1. **Catálogo de delitos.** Artículo 87 ter 1 a) de la LOPJ.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a **homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales.**

Dicho listado no precisa tipos delictivos concretos (como sucede en la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado o de la Audiencia Nacional), sino mediante referencia a aquellos títulos del Código Penal que por tutelar bienes jurídicos de naturaleza personal, en sentido amplio, resultan de más frecuente aplicación en el tratamiento jurisdiccional de la violencia intrafamiliar.

No obstante, es evidente que no todas las figuras delictivas comprendidas en cada uno de aquellos títulos son susceptibles de comisión en el ámbito propio de esta Ley.

Obviamente, no tendrán cabida aquellas infracciones penales cuya configuración típica excluye “ab initio” toda posibilidad de relación con el objeto de la Ley, como ocurre, entre otros, con los delitos imprudentes (artículos 142, 146, 152 y 158 del CP), el aborto causado por la propia mujer (artículo 145.2 del CP), la riña tumultuaria (artículo 154 del CP), las amenazas contra grupos de población (artículo 170 del CP) o los atentados contra la integridad moral realizados por autoridad o funcionario público (artículo 175 del CP). El delito de torturas, inicialmente previsto en el Proyecto de Ley, acertadamente se excluyó durante la tramitación parlamentaria, dada la cualidad típica de los sujetos activos.

Otras conductas delictivas son difícilmente imaginables en este ámbito legal, como el aborto con el consentimiento de la mujer (artículo 145.1 del CP), salvo que pensemos en supuestos de inducción a la mujer por parte de su pareja masculina en el seno de una relación de dominio.

Y, por último, en dichos Títulos del Código Penal se incluyen otros delitos, que sólo pueden tener como sujetos pasivos a menores o incapaces, por lo que tendrán que ir acompañados de actos de violencia de género para que puedan quedar bajo el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: exhibicionismo (artículo 185 del CP), provocación sexual (artículo 186 del CP), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (artículos 187, 188.3 y 189 del CP), salvo que la mujer —menor de edad o incapaz— fuere o hubiere sido la pareja sentimental del autor.

2. *Cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.* Artículo 87 ter 1 a) de la LOPJ.

En este apartado el legislador establece una cláusula de cierre con la finalidad de que ningún acto de violencia de género escape de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El término “violencia” equivale a “vis physica”, e implica actos de fuerza o agresión sobre la persona, sea el sujeto pasivo del delito, sea un tercero sobre el que se ejerce violencia para coaccionar a aquél. Jurisprudencialmente se ha entendido como equivalente a acometimientos, golpes, empujones, abalanzamientos, forcejeos, tirones o comportamientos físicos análogos (SSTS 1162/2004, de 15 de octubre, 1546/2002, de 23 de septiembre o 449/2000, de 4 de septiembre, entre otras).

La intimidación también constituye un concepto normativo que equivale a “vis moral”, habiéndola interpretado el Tribunal Supremo como sinónimo de causar temor, implicando el empleo de medios coercitivos no físicos, sino psíquicos, capaces de provocar anulación de los resortes defensivos de la víctima, perturbando seria y acentuadamente sus facultades volitivas. En ocasiones puede bastar con la creación de una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valore como algo que hace inútil una posible oposición por su parte. Por último, en la intimidación jugarán factores como la constitución física y otras circunstancias personales de agresor y víctima, circunstancias de lugar y tiempo, contexto o ambiente en que se produce la acción (SSTS 1162/2004, de 15 de octubre y 1583/2002, de 3 de octubre, entre otras).

Al amparo de este apartado, la competencia de estos nuevos órganos jurisdiccionales podrá extenderse a todos aquellos tipos penales cuya ejecución vaya acompañada de actos de violencia o intimidación aunque no estén incluidos en los títulos anteriormente mencionados, tales como: allanamiento de morada con violencia o intimidación (artículo 202.2 del CP), robo violento o con intimidación (artículo 242 del CP), extorsión (artículo 243 del CP), robo de uso de vehículo (artículo 244.4 del CP), usurpación (artículo 245 del CP), realización arbitraria del propio derecho (artículo 455 del CP), obstrucción a la Justicia (artículo 464 del CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis del CP) o contra la libertad de conciencia (artículo 522 del CP), siempre que estén relacionados con el objeto de la LOMPIVG.

Por último, debe tenerse en cuenta que los delitos relacionados con la violencia psíquica (artículos 153, 173.2 del CP, entre otros) pueden venir integrados por conductas inicialmente no incluidas en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tales como daños, incendios, injurias, etc., lo que implica que en tales circunstancias dichos Juzgados conocerán de estos otros comportamientos delictivos aun cuando no aparezcan expresamente previstos en la delimitación de su ámbito competencial.

3. **Los delitos contra los derechos y deberes familiares.** Artículo 87 ter 1 b) de la LOPJ.

Dicho epígrafe se corresponde con la rúbrica del Capítulo III del Título XII del Libro II del CP, que comprende tres secciones, la primera “Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio”; la segunda “De la sustracción de menores” y la tercera “Del abandono de familia, menores o incapaces”.

En relación con la atribución competencial de los delitos contra los derechos y deberes familiares a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, resulta necesario efectuar algunas precisiones.

En principio, el delito de quebrantamiento de los deberes de custodia (artículo 223 del CP) quedará fuera de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer por incompatibilidad de sus exigencias típicas con comportamientos propios de violencia de género, ya que no puede ser cometido en general por los progenitores, ni es aplicable al progenitor en supuestos de separación o divorcio (SAP Álava 152/2002, de 4 de octubre).

De los restantes delitos del Capítulo III los Juzgados de Violencia sobre la Mujer instruirán determinados supuestos de: inducción de menores al abandono de domicilio (artículo 224 del CP), sustracción de menores (artículo 225 bis del CP), abandono de menores o incapaces (artículos 229 a 231 del CP), utilización de menores o incapaces para la mendicidad (artículo 232 del CP) o abandono de familia propio (artículo 226 del CP), aunque el delito previsiblemente más frecuente, por su mayor incidencia estadística, será el de abandono de familia impropio (artículo 227 del CP).

Por otra parte, debe abordarse la incidencia que la específica condición de los respectivos sujetos pasivos de dichas infracciones penales puede provocar en la asignación de estos delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Como se habrá observado, salvo los delitos de abandono de familia que veremos a continuación, los demás tipos penales del Capítulo III objeto de examen, requieren como sujeto pasivo, en todo caso, a un menor de edad o a un incapaz. Pese a ello el artículo 87 ter 1 b) sólo condiciona la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se trata de estos delitos a que “la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior” sin precisar si en relación con los delitos cometidos contra los descendientes, menores o incapaces también es indispensable que se haya cometido un acto de violencia de género, presupuesto condicionante de la competencia en tales casos cuando se trata de los delitos de la letra a).

Como se indica “infra” una interpretación sistemática y teleológica de la norma abona la consideración de que también los delitos contra los derechos y deberes familiares cometidos contra descendientes, menores o incapaces del artículo 87 ter 1.b) de la LOPJ deberán ir acompañados de actos de violencia de

género para tener cabida en el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En cuanto al delito de abandono de familia propio (artículo 226 del CP) el tipo penal extiende el círculo de agraviados, además de al cónyuge, a los descendientes y ascendientes que se hallen necesitados, pero por imperativo del artículo primero de la LOMPIVG, éstos dos últimos supuestos quedarán fuera del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo que tratándose de descendientes también se haya producido un acto de violencia de género.

El delito de impago de pensiones, con el que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos (STS 576/2001, de abril), también puede tener como sujeto pasivo a la mujer que es o ha sido cónyuge, a los hijos, o ambos.

En aquellos casos en que la prestación económica que resulta desatendida tenga por objeto exclusivamente alimentar a los hijos éstos serán los sujetos pasivos, en cuanto titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido (el derecho familiar a percibir una pensión alimenticia por decisión judicial) aun cuando la madre pueda resultar perjudicada —como perjudicada civil— si ha subvenido con sus propios recursos económicos al mantenimiento de aquéllos y aunque conforme al artículo 228 del CP resulte legitimada para denunciar el delito mientras los hijos no adquieran la mayoría de edad (SAP de Segovia 18/2003, de 18 de junio, SAP de Madrid, Sec. 6.ª, 412/2003, de 30 de septiembre, SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, 2208/2004, de 18 de noviembre y SAP de Tarragona, Sec. 2.ª, de 21 de diciembre de 2004). En estos casos, la imputación de un delito de impago de pensiones respecto de los hijos determinará la competencia del Juzgado de Instrucción ordinario, salvo que también se haya producido un acto de violencia de género, en cuyo caso el Juzgado especializado atraerá la competencia para conocer ambos.

4. Conocimiento y fallo de las faltas de los títulos I y II del Libro III del CP. Artículo 87 ter 1 d) de la LOPJ.

También en este caso es preciso que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del artículo 87 ter 1, esto es, quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes, propios de aquél o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Partiendo de la interpretación anteriormente expuesta en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares del artículo 87 ter 1 b) de la LOPJ, cuando las faltas del

apartado d) de dicho artículo tengan como víctima a un descendiente, menor o incapaz del grupo familiar, deberán ir acompañadas de actos de violencia de género para quedar atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La inclusión en la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de, entre otras, las faltas de injurias y contra el patrimonio cuando en el apartado a) del mismo artículo 87.1 de la LOPJ son objeto de exclusión tanto los delitos contra el patrimonio como los delitos contra el honor origina algún desconcierto, sobre todo si se tiene en cuenta que ambas categorías de infracciones sí aparecen relacionadas en el artículo 57 del CP, al que se refiere el artículo 544 bis, introducido por la LO 14/1999, de modificación del Código Penal, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos.

Si atendemos a los antecedentes prelegislativos de la LOMPIVG, se puede observar cómo el artículo 33 del Anteproyecto de Ley, al regular la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer establecía que éstos “conocerán del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, siempre que se hayan cometido con ocasión de actos de violencia sobre la mujer”. Esta redacción parecía atribuir competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer sobre aquellas faltas que resultasen incidentales a actos de violencia de género, ya que dado el carácter residual de las faltas en este ámbito tras las últimas reformas, no presentarían suficiente entidad para constituir, singularmente consideradas, actos de violencia de género. No obstante el Proyecto de Ley, respondiendo a las observaciones que aconsejaban acotar el sujeto pasivo de dichas faltas en los términos previstos en el número primero del artículo 87 ter de la LOPJ recogió la redacción definitivamente aprobada.

En relación con las faltas contra las personas (Título I), hay que tener en cuenta que tras las últimas reformas del Código Penal (LO 11/2003 y LO 1/2004) las únicas infracciones penales susceptibles de comisión “contra quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” que subsisten como falta son: la vejación injusta y la injuria leve (artículo 620 del CP) y en determinadas condiciones (esto es, si se producen en un contexto de violencia de género) el incumplimiento de obligaciones familiares (artículo 618.2 del CP), la dejación de los deberes de asistencia (artículo 619 del CP), y la infracción del régimen de custodia (artículo 622 del CP).

La falta de omisión de auxilio a menor o incapaz que se encuentra abandonado (artículo 618.1 del CP) resulta de imposible aplicación en el ámbito de esta Ley atendidas las exigencias típicas de aquélla, al igual que sucede con las infracciones imprudentes incriminadas en el artículo 621 del CP.

Por lo que respecta a las faltas contra el patrimonio (Título II): eventualmente la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer podrá alcanzar

algún supuesto de daños (artículo 625 del CP) o más difícilmente de hurto, utilización ilegítima de vehículo a motor o ciclomotor, estafa o apropiación indebida (artículo 623 del CP), pero resulta casi imposible relacionar la violencia de género con las faltas de defraudación de energía (artículo 623), alteración de lindes o distracción de aguas (artículo 624 del CP). En todo caso deberá tenerse en cuenta la aplicabilidad de la excusa absolutoria del artículo 268 del CP, extensible según el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.^a de 1 de marzo de 2005 a las parejas de hecho.

5. De la adopción de la orden de protección sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. Artículo 87 ter 1 c) de la LOPJ.

Dispone el nuevo artículo 87 ter 1 c) de la LOPJ (artículo 44 de la LOMPIVG) que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. En idéntico sentido se pronuncia el nuevo artículo 14.5 c) de la LECrim (artículo 58 de la LOMPIVG). El artículo 87.f de la LOPJ modificado por la Disposición Adicional décima LO 1/2004, al regular las competencias del Juzgado de Instrucción, le atribuye la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, *siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer*.

El artículo 62 de la LOMPIVG establece que “recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer, y en su caso el Juez de guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la LECrim”.

La Disposición Adicional decimosegunda LOMPIVG añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual “las referencias al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer”.

Los anteriores preceptos permiten concluir, sin lugar a dudas, que la competencia objetiva para resolver las solicitudes de adopción de las órdenes de protección referidas a las víctimas de infracciones penales cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer corresponde asimismo a dichos Juzgados.

No obstante, la necesidad de priorizar la resolución de la orden de protección —dada las razones de urgencia que la informan— con independencia de cuál sea el momento o el lugar en que se solicite, motiva la habilitación de otros

órganos jurisdiccionales para conocer de aquellas solicitudes en determinados supuestos.

Por esta razón el Juez de Instrucción de guardia (vid. “infra” VI.A.4 sobre actuación del Juez de guardia) será competente para conocer de las solicitudes de orden de protección, además de cuando los posibles beneficiarios, pese a estar incluidos en el artículo 173.2 del CP (al que se remite el apartado primero del artículo 544 ter de la LECrim) no se reputen víctimas de violencia de género conforme al artículo 1 de la LOMPIVG, cuando tratándose de una víctima de violencia de género, sea solicitada fuera de las horas de audiencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o en un partido judicial distinto al competente territorialmente.

Con relación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer territorialmente competente para dictar la orden de protección a favor de las víctimas de la violencia de género, rige la regla general del domicilio de la víctima prevista en el artículo 15 bis de la LECrim —adicionado por el artículo 59 de la LOMPIVG— si bien el propio artículo 15 bis añade “sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos”. Este último inciso se está refiriendo, obviamente, al caso de que el lugar de comisión de los hechos y el del domicilio de la víctima no coincidan y exige un par de puntualizaciones:

En primer lugar, aunque la Ley no lo diga expresamente, por Juez del lugar de comisión de los hechos hemos de entender el Juez de guardia, ya que en ambos casos se trata de medidas de carácter urgente e inaplazable que deben ser adoptadas por un Juez que no es el territorialmente competente para conocer del asunto y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese partido judicial —recuérdese que no nos estamos refiriendo al competente por razón del territorio— no desempeña funciones de guardia aunque se encuentre en horas de audiencia, así se deduce del artículo 54.2 de la LOMPIVG que en relación con la regularización de detenidos (que es la otra actuación urgente e inaplazable que se encomienda al Juzgado de guardia de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) dispone que serán puestos a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente; así como de las referencias del artículo 544 ter 4 de la LECrim al Juez de guardia y del artículo 40.1 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales cuando dispone que constituye el objeto del servicio de guardia... la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima.

En segundo lugar, aun cuando el artículo 15 bis de la LECrim solo prevé la adopción de la orden de protección por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente o, en su caso, por el Juez del lugar de comisión de los hechos, ha de tenerse en cuenta que el mismo criterio de celeridad obliga a matizar tal afirma-

ción en aquellos casos en que la orden es solicitada en un tercer partido judicial. Piénsese en el supuesto de que la mujer es agredida por su marido en el lugar donde están pasando las vacaciones y aquélla, atemorizada, en vez de regresar al domicilio conyugal se dirige al domicilio de sus padres en una tercera población donde solicita la orden de protección. En estos casos, las propias razones de urgencia inherentes a tal medida cautelar imponen que sea el Juez de guardia del lugar donde se efectúa la solicitud el que deba resolver.

Así se deduce, por otra parte, del párrafo segundo del número 3 del artículo 544 ter de la LECrim —que no ha sido modificado por la LOMPIVG— cuando dispone que “...en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente”.

Y así lo ha entendido el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia de Género y Doméstica modificado en fecha 8 de junio de 2005.

Así mismo, el detenido, si lo hubiere, deberá ser puesto a disposición del Juzgado de guardia del lugar de la detención, como se deduce de los artículos 13, 15 bis y 797 bis 2 de la LECrim.

CRÓNICA LEGISLATIVA

NOVIEMBRE

- ❑ Reglamento (CE) n.º 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (DOUE-L n.º 309, de 25 de noviembre), relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad.
 - ✓ Completa lo dispuesto en la Directiva 91/308/CE, referida a las transacciones efectuadas a través de entidades de crédito e instituciones financieras o determinadas profesiones.
 - ✓ Obliga a declarar a las personas físicas portadoras de cantidades iguales o superiores a 10.000 €, que entren o salgan del territorio de la Comunidad.
 - ✓ Esta obligación de declarar contendrá datos relativos al declarante, propietario y destinatario del dinero, importe, naturaleza, procedencia y uso previsto del mismo, etc.
 - ✓ Prevé medidas de comprobación del cumplimiento de la obligación, interviniendo sobre equipajes y medios de transporte, e incluso la retención del dinero efectivo.
 - ✓ Prevé el intercambio de información entre autoridades de los Estados miembros y con autoridades de terceros países.

- ❑ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (DOUE-L n.º 309, de 25 de noviembre), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
 - ✓ Pretende evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, para lo cual establece al sector financiero obligaciones como identificar a sus clientes, conservar documentos, vigilar el blanqueo de capitales y comunicar a las autoridades cualquier indicio de blanqueo de capitales.
 - ✓ Impone a las entidades financieras, entidades de crédito y a determinadas personas físicas y jurídicas (auditores, contables, asesores fiscales,

etc.), entre otras medidas, la obligación de identificar al cliente y comprobar su titularidad real al establecer una relación de negocios, efectuar transacciones ocasionales por un valor superior a 15.000 € o cuando existan sospechas de blanqueo de capitales.

- ✓ Contempla tanto medidas simplificadas de diligencia como medidas reforzadas con respecto a los clientes.
- ✓ Prevé la creación de unidades de inteligencia financiera en los Estados miembros, como responsable de la recepción, análisis y divulgación a las autoridades competentes las informaciones relacionadas con el blanqueo potencial de capitales.
- ✓ Los Estados miembros están obligados a poner en vigor las disposiciones legales para dar cumplimiento a esta previsions a más tardar el 15 de diciembre de 2007.

DICIEMBRE

- Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005 (DOUE-L n.º 322, de 9 de diciembre), relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales.
 - ✓ Pretende el intercambio entre autoridades de información sobre las condenas impuestas a las personas que residen en el territorio de los Estados miembros.
 - ✓ No obliga a consignar a los Estados miembros en un registro de antecedentes penales condenas distintas de las que estén obligados a registrar según sus legislaciones nacionales.
 - ✓ La comunicación se llevará a cabo a través de una autoridad central de cada Estado miembro, designada al efecto por cada Estado miembro.
 - ✓ Cada autoridad central informará a las autoridades centrales de los demás Estados miembros de las condenas penales y otra medidas impuestas a los nacionales de estos Estados miembros que consten en los registros nacionales de antecedentes penales, mediante una solicitud de extracto de antecedentes penales, utilizando el formulario previsto en el anexo de esta disposición.

- ✓ La respuesta por la autoridad central requerida será inmediata o en un plazo máximo de diez días laborables adjuntando una relación de condenas y en las condiciones establecidas por las legislaciones nacionales y esta información únicamente podrá ser utilizada para los fines de los procesos penales para los que se haya solicitado.
- Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre (BOE del 17), por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio.
 - ✓ Reforma justificada en la necesidad de adaptación del citado reglamento a las medidas previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
 - ✓ Introduce una sección 3.^a en el Capítulo II del Título I, con la siguiente rúbrica: “Procedimiento en aquellos procesos judiciales y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género”.
 - ✓ Establece un nuevo modelo de solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita para la defensa y representación letrada a la mujer víctima de violencia de género (Anexo I.IV).
 - ✓ Amplía los módulos y bases de compensación económica referidos al asesoramiento y asistencia inmediata a la mujer víctima de violencia de género (Anexo II).

FEBRERO

- Resolución de 24 de enero de 2006 (BOE de 3 de febrero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2006 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
 - ✓ Actualiza las cuantías indemnizatorias del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas víctimas de accidentes de circulación.

- ✓ Sobre la base del incremento del índice general de precios al consumo, se revisan las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:
 - Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales.
 - Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.
 - Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).
 - Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
 - Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.

- Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero (BOE del 20), por el que se modifica el Reglamento de ayudas a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual; el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.
 - ✓ Modifica los arts. 1, 7 y 27 del Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual con el fin de adaptar la norma a lo previsto en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, y añade un Título V con la rúbrica *“Normas para facilitar a las víctimas del delito, en situaciones transfronterizas, el acceso a las ayudas públicas”*.
 - ✓ Se añade un nuevo Título IV, con la rúbrica *“Normas para facilitar a las víctimas del terrorismo, en situaciones transfronterizas, el acceso a las indemnizaciones”*, al Reglamento de Ejecución de la Ley 32/1999, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.
 - ✓ Se añade un nuevo Capítulo VIII, con la rúbrica *“Normas para facilitar a las víctimas del delito, en situaciones transfronterizas, el acceso a las ayudas y resarcimientos”*, Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de derecho penal económico*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Derecho penal, parte especial*, 3.^a ed., Colex, Madrid, 2005.

MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P.: *El derecho penal en casos. Parte general*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 3.^a ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2005.

WERLE, G.: *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BACIGALUPO, S./CANCIO, M. (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

CGPJ, *Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005.

CGPJ, *Las últimas reformas penales*, Madrid, 2005.

CGPJ, *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, 2005.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005.

PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

HERRERO HERRERO, C.: *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Dykinson, Madrid, 2005.

HRUSCHKA, J.: *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2005.

MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005.

PASTOR MUÑOZ, N.: *Los delitos de posesión y los delitos de status. Aproximación político criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2005.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E.: *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del CP del 2003*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2005.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas penas y alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005.

BOIX REIG, J. /MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005.

COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M.: *El delito de intrusismo*, CESEJ, Madrid, 2005.

GÓMEZ RIVERO, C.: *El fraude de subvenciones*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GRACIA MARTÍN/ESCUCHURRI, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2005

LÓPEZ MARTÍN DE LA VEGA, R.: *La huelga de funcionarios y el Código penal*, Bomarzo, Albacete, 2005.

MAYORDOMO GARCÍA, V.: *La violencia contra la mujer. Un estudio comparado*, Diles, Madrid, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.

V. CRIMINOLOGÍA

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (coord.), *Estudios de victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ARANDA, E. (dir.), *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, Ed. Colección Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2006.

CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A., y otros, *Derecho Procesal penal*, 7.^a edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid/Valencia, 2005.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Octava lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2006.

II. MONOGRAFÍAS

ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La nueva ley de violencia de género. L.O. 1/2004, de 28 de diciembre*, Atelier, Barcelona, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, M.^aP., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

DE JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal. Actualizado a la Ley de juicios rápidos*, La Ley, Madrid, 2005.

FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

ORTELLS RAMOS, M. (dir.) y TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coord.), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

SANTOS VIJANDE, J.M.^a, *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Ed. Aranzadi (colección Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional n.º 16), Pamplona, 2005.

TENA FRANCO, I. (dir.), *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

III. OTROS

COQUILLAT VICENTE, A., *Formularios procesales penales* (incluye Cd-Rom), 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MORA ALARCÓN, J.A., *Formularios sobre procesos por violencia de género* (incluye Cd-Rom), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MORENO CATENA, V., *Esquemas. Tomo III. Proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUERZA ESPARZA, J., y GOYENA HUERTA, J., *Formularios del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

RODRÍGUEZ HERMOSO, F., *Formularios procesales penales*, Comares, Granada, 2005.

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5.^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Nos encontramos ante una nueva edición, la quinta, de una obra que constituye sin lugar a dudas el manual de referencia para el estudio de la Criminología en sus aspectos básicos o introductorios. La información en él contenida conforma la primera parte de una obra global, que se completa con el *Tratado de Criminología* (3.^a edición de 2003). A este último traslada el autor, con el objeto de dotarles de autonomía, algunas cuestiones que aparecían en ediciones anteriores de la Introducción; se trata en concreto de la parte sexta de la edición de 2001 y los anexos estadísticos.

Lo primero que conviene destacar es que no estamos ante una edición más; no se trata de una mera actualización más o menos rutinaria de la anterior agotada. Con la quinta edición nos encontramos ante un importante punto de inflexión por varias razones; primero, por incorporar novedades cruciales fruto de la evolución de los últimos años en el modo de entenderse el delito y las reacciones frente a él, cuyo máximo exponente es el modelo penal de seguridad ciudadana. En segundo lugar, porque esta nueva edición se adapta a las nuevas enseñanzas oficiales en Criminología, tanto a la licenciatura de segundo ciclo (Real Decreto 858/2003, de 4 de julio, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Criminología y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a su obtención) como al futuro título universitario oficial de Grado, que, según el artículo 7 del Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, comprenderá enseñanzas básicas y de formación general, junto a otras orientadas a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional. De este modo, a su enorme calidad como núcleo de conocimiento e investigación criminológica se añade una específica potencialidad como específico instrumento docente. Los distintos niveles y utilidades que pueden obtenerse de la obra se ven potenciados con el hábil uso de dos tipografías, la de caracteres más grandes para los aspectos esenciales y otra más pequeña que permite profundizar en algunas cuestiones. De este modo pueden utilizarse de forma independiente dos versiones (amplia y resumida) de la misma obra.

El manual está dividido en cinco partes. En la primera estudia el autor la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria. En la segunda, la his-

toria del pensamiento criminológico, incluyendo la consolidación de la Criminología como ciencia (lucha de escuelas y las teorías de la criminalidad). La tercera parte la dedica a la moderna Criminología científica y a los diversos modelos teóricos (Biología Criminal, Psicología Criminal y Sociología Criminal). Al estudio de la prevención del crimen en el Estado social y democrático de Derecho destina la cuarta parte del manual. Finalmente, en la quinta parte se realiza un análisis de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito, incluyendo lo que constituye una de las principales novedades respecto a ediciones anteriores: el actual modelo de seguridad ciudadana.

La **PRIMERA PARTE**, que se ocupa de la Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria (concepto, método, objeto, sistema y funciones de la Criminología), se divide en seis epígrafes:

El **primero** aparece dedicado al análisis de la Criminología como ciencia “empírica”, pues se basa en hechos reales de los que extrae el conocimiento y, a la vez, es interdisciplinaria por ser varias las ciencias implicadas. Propone el autor en esta fase previa una definición provisional de Criminología: *Ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, así como sobre los programas de prevención eficaces, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito*. Se exponen a continuación los elementos que permiten atribuir a la Criminología su carácter científico: aporta una información válida, fiable y contrastada sobre el problema criminal, es obtenida a través de un método empírico sustentado en el análisis y observación de la realidad. Como tal ciencia dispone de un objeto de conocimiento propio, de un método específico y de una doctrina consolidada sobre el fenómeno delictivo.

El apartado **segundo** se ocupa del método de la Criminología. Su carácter empírico ha sido elemento clave en la atribución a ésta del carácter científico. De este modo, la Criminología es una ciencia del “ser”, lo que la diferencia de las ciencias normativas (o del “deber ser”). La Criminología pretende conocer la realidad para explicarla, sin olvidar que, en todo caso, el objeto del estudio es el hombre. Pese a ser ciencia empírica no es siempre experimental, pues en ocasiones la experimentación puede resultar inviable. Otra de las grandes peculiaridades de la ciencia criminológica es su carácter interdisciplinario, pues son muchas las disciplinas que se ocupan del crimen como fenómeno individual y social. Es una ciencia capaz de integrar otras como son la Biología Criminal, la Psicología Criminal o la Sociología Criminal. Finalmente se describen las diferentes técnicas de investigación: los reconocimientos médicos, la exploración, la entrevista, el cuestionario, la observación, la discusión en grupo, el experi-

mento, los test psicológicos, los métodos de medición, los métodos sociométricos, los estudios de casos y biografías criminales, los *follow-up* (estudios de seguimiento), los estudios paralelos y, con mayor detalle, el método estadístico (estadísticas de masa o de series, estadísticas estáticas o dinámicas, estudios o esquemas de pronóstico y tablas de predicción, *self-reporter survey* y *victimization studies*). Se dedica también un apartado específico a la cifra negra y las técnicas de estimación de criminalidad real (informes de autodenuncia y encuestas de victimización).

El apartado **tercero** viene referido al objeto de la Criminología; esto es al delito, al delincuente, a la víctima y al control social. Se describe en primer lugar cómo la evolución de la Criminología ha ido determinando la ampliación de su objeto inicial, desde un primer momento en que esta sólo se ocupaba de la persona del delincuente y del delito hasta el más reciente redescubrimiento de la víctima y del control social. A partir de ahí se analizará cada una de las categorías enunciadas. La primera de ellas, el **delito** es estudiada por la Criminología desde un punto de vista específico, distinto al de otras ramas del saber que también se ocupan de ella (Filosofía, Sociología, Derecho penal, etc.). En concreto, la Criminología aborda el delito como problema social y comunitario, pues afecta a toda la sociedad; un problema de toda la sociedad, de toda la comunidad, y no sólo del sistema legal.

En cuanto al **delincuente**, también se aborda su evolución desde su inicial ubicación en el centro de la investigación criminológica hasta la situación actual, en la que habría pasado a un segundo plano. En este contexto se estudian las diferentes imágenes y estereotipos del infractor (mundo clásico, positivismo criminológico, filosofía correccionalista y marxismo). Frente a ellas, plantea y asume el autor la *normalidad* del crimen y del infractor, al ser el postulado más ajustado a la realidad a tenor de los actuales conocimientos y el único que permite una búsqueda libre de prejuicios de una respuesta al problema del crimen.

A continuación se analiza la figura de la **víctima** del delito; extenso análisis que es el fiel reflejo de la especial preocupación del autor por esta figura. Recuerda en primer lugar las diferentes etapas históricas, desde su edad de oro (en la justicia primitiva) hasta su olvido más absoluto, que sufriría en el sistema legal moderno. La víctima soporta los efectos del crimen, la insensibilidad del sistema y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos. La Victimología ha impulsado sin embargo en el período más reciente un proceso de revisión científica del rol de la víctima en el fenómeno criminal. El movimiento victimológico persigue una redefinición global del status de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos y la acción política, económica y social. El trabajo analiza también los factores de vulnerabilidad de la víctima y el riesgo de victi-

mización, así como la victimización psicológica y sus variables. Analiza a continuación las investigaciones sobre la víctima en el último decenio, caracterizado por su redescubrimiento, y como la moderna Criminología acepta la posibilidad de prevenir la delincuencia incidiendo en la víctima (potencial). A la vez, la víctima puede ser fuente alternativa de información de la criminalidad (encuestas de victimización). Un dato especialmente interesante explicado por el autor es cómo la víctima desempeña también un papel trascendente en un problema de política criminal que cada vez preocupa más a los poderes públicos: el miedo al delito. A partir de ahí se plantea una cuestión que será retomada en la parte final de esta obra: el sentimiento actual colectivo de inseguridad ciudadana. El miedo, tanto si tiene una base cierta y objetiva como si se trata de un miedo imaginario (falsa percepción de la realidad o, manipulación de ésta) produce efectos nocivos: altera los hábitos y estilos de vida de la población, fomenta comportamientos insolidarios hacia otras víctimas y genera una política criminal de innecesario rigor.

Dado que el Estado social ni puede ni debe ser insensible a los perjuicios que sufre la víctima a causa del delito (victimización primaria) y del proceso mismo (victimización secundaria), la Victimología ha llamado la atención sobre la necesidad de formular y ensayar programas de asistencia, reparación, compensación y tratamiento de las víctimas del delito. Se describen algunos que merecen una atención especial: programas de asistencia inmediata; programas de reparación o restitución a cargo del propio infractor; programas de compensación a la víctima; programas de asistencia a la víctima-testigo.

También en relación con la víctima se analizan las razones de su conocida pasividad o falta de colaboración con el sistema legal y las consecuencias para él mismo; en concreto, cuestiones como la actitud de desconfianza de la víctima hacia el sistema o sus vivencias en las distintas fases del proceso. Termina esta referencia explicando la necesidad de diseñar un nuevo modelo de Justicia Penal de faz humana y mayor calidad. El siguiente objeto de análisis se concreta en una referencia a la víctima en nuestro país en relación con determinadas tipologías victimarias (delitos imprudentes, contra la vida y la salud, con ocasión de tráfico de vehículos de motor, víctimas de negligencia profesional, víctimas de agresiones sexuales, víctimas de violencia (de género) y malos tratos intradomésticos, víctima del terrorismo y víctima masa.

Finalmente, el **Control social** es objeto de la moderna Criminología entendido como conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. Se analiza en este contexto la efectividad del control social, su evolución y tendencias, destacando un proceso histórico de racionalización del control social formal, especialmente del penal, que es su modalidad más agresiva tanto en sus presupuestos como en su contenido.

El **cuarto** apartado se dedica a las funciones de la Criminología. La primera consiste en informar a la sociedad y a los poderes públicos sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social, aportando un núcleo de conocimientos que permitan comprender científicamente el problema criminal, prevenirlo e intervenir con eficacia y de modo positivo en el hombre delincuente. Se expone también el debate científico e ideológico sobre el rol de la criminología (“lucha” *versus* “control de la criminalidad”). Termina este cuarto apartado ocupándose de las relaciones de la Criminología con otras disciplinas criminales y no criminales: con la Biología —y disciplinas afines—, con la Psiquiatría, la Psicología, el Psicoanálisis, la Sociología y la Etología, con la Política Criminal, con el Derecho Penal y con las ciencias “criminales”.

En el **quinto** apartado se analiza el emplazamiento institucional de la Criminología, la cual se sitúa de forma prioritaria en la orbe del Derecho y de las disciplinas jurídicas, ello a diferencia del modelo de la Criminología norteamericana, que se autodefinió desde un principio como subcapítulo de la Sociología. Se estudian los diferentes modelos.

La **SEGUNDA PARTE** tiene un carácter preferentemente descriptivo, al venir referida a la historia del pensamiento criminológico. La exposición se divide en las tres etapas del pensamiento criminológico; una primera dedicada al origen de la Criminología “científica”. La segunda describe la denominada etapa “precientífica”, distinguiéndose a su vez varias fases en ella: la Criminología clásica, las primeras orientaciones empíricas (Ciencia penitenciaria, Fisionomía, Frenología, Psiquiatría y Antropología) y la Estadística Moral o Escuela Cartográfica). La tercera se refiere a la etapa científica de la Criminología, distinguiéndose primero la llamada Escuela Positiva y dentro de ella la Antropología de LOMBROSO, la Sociología Criminal de FERRI y el Positivismo moderado de GARÓFALO, dedicándose también un apartado específico al Positivismo Criminológico en España. Dentro de esta misma etapa científica se analizan las escuelas intermedias y las teorías ambientales (Escuela de Lyon; la “Terza Scuola”, la Escuela Alemana Sociológica, la Escuela de la Defensa Social y la Teoría psicosocial de TARDE).

La **TERCERA PARTE** tiene también un carácter prioritariamente descriptivo y se dedica a la moderna Criminología “científica” y los diversos modelos teóricos. Se divide en cinco apartados, algunos de gran extensión y exhaustividad. El **primero** de ellos aparece destinado a la descripción de los modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal. En el **segundo** se expone las principales características del modelo clásico liberoarbitrista de la opción racional y las teorías situacionales de la criminalidad: teoría de la opción racional como opción económica, teoría de las actividades rutinarias y teorías del “medio” o del “entorno físico”.

El apartado **tercero** viene referido a los modelos científico-positivistas y neopositivistas. Se subdivide a su vez en cuatro grandes apartados: modelos biologicistas, modelos psicologicistas, modelos sociológicos y modelos integrados. Por lo que respecta a los **modelos biologicistas** se analiza, en primer lugar, el componente biológico de la conducta humana, para a continuación distinguir entre los modelos biologicistas radicales o moderados. El tercer subapartado se dedica al estudio minucioso de las principales investigaciones criminológicas realizadas en este ámbito: Antropometría (la obra de BERTILLON); Antropología (la aportación de GÖRING, HOOTON, DI TULLIO y otros); Biotipología (tipologías de KRETSCHMER SHELDON, GLUECK y CORTÉS); Neurofisiología (anomalías electroencefalográficas y patologías cerebrales y su posible relación con el comportamiento delictivo; investigaciones de STATTFORD, ROBIN, YENDALL, MONROE, ZAYED y otros; ondas delta, ritmo lento, suicidio y violencia); sistema nervioso autónomo (sistema nervioso neurovegetativo, condicionamiento y proceso de socialización —los estudios de EYSENCK y MEDNICH; Psicopatía y criminalidad—); Endocrinología (disfunciones hormonales y comportamiento criminal); Sociología y Bioquímica (el sustrato bioquímico de la conducta humana); Genética Criminal (herencia y delito).

Por lo que respecta a los **modelos psicologicistas** el trabajo analiza en primer lugar el Psicoanálisis, la Psiquiatría y Psicología Criminal para pasar a continuación a la exposición y crítica de los diversos modelos psicologicistas. Dentro de ellos se distinguen los modelos psicodinámicos, los modelos psiquiátricos y los modelos en el ámbito de la psicología criminal. Entre los primeros se exponen múltiples cuestiones de máximo interés, como los postulados de la teoría psicoanalítica ortodoxa sobre la génesis del comportamiento delictivo, el pensamiento de FREUD y otras tesis psicoanalistas de particular relevancia criminológica, finalizando con una valoración crítica de la teoría psicoanalítica. Entre los segundos (modelos psiquiátricos) se analizan las conexiones entre el crimen y la enfermedad mental con sus diferentes teorías. A partir de ahí, se expone la evolución de la psiquiatría, la problematicidad de los conceptos de salud y enfermedad mental, los ámbitos y funciones psíquicas afectadas por posibles patologías (psicopatología criminal), nosologías psiquiátricas: relevancia criminológica (delicto-génesis) de las principales alteraciones, trastornos y enfermedades mentales (retraso mental, trastornos orgánicos cognoscitivos, trastornos relacionados con el consumo y dependencia del alcohol y drogas, la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, la paranoia, trastornos del estado de ánimo y el humor: el trastorno bipolar y las depresiones, trastornos de ansiedad: neurosis y otros trastornos, trastornos sexuales, trastornos en el control de los impulsos y trastornos de la personalidad (psicopatías). Se completa con una valoración crítica de tales teorías psiquiátricas. El tercer y último grupo de modelos son los referidos a la Psicología criminal, distinguiéndose un primer

grupo relativo a los modelos psicodinámicos (introspectivos), conductistas, cognitivos y socioconductuales, mientras que el segundo se dedica a la exposición y valoración crítica de los diversos modelos teóricos de la Psicología empírica.

En cuanto a los **modelos sociológicos** (Sociología Criminal), la exposición se inicia aludiendo al doble origen de los modelos sociologicistas: La Escuela de Chicago y la teoría de la anomia. El resto del apartado se dedica al crimen como fenómeno social, exponiendo la aportación de los modelos sociológicos: teorías plurifactoriales (GLUECK, HEALY, MERCIL, ELLIOT y otros); la Escuela de Chicago: teoría ecológica y Sociología Criminal Urbana (PARK, EURGESS, MCKENZIE, SHAW, MCKAY) y otros modelos “espaciales” (estudios de áreas sociales y “teoría de Space” —NEWMAN—); teorías estructural-funcionalistas: La teoría de la “anomia” de DURKHEIM; otras formulaciones estructural funcionalistas (MERTON, CLOWARD, OHLIN) con particular referencia a las teorías “sistémicas”; teorías del conflicto (TAFT, SELLIN, DAHRENDORT; COSER, etc.) y las formulaciones posteriores de inspiración no marxista (CHAMBLISS, SEIDMAN, QUINNEY, TURK, etc.) y de orientación marxista (la llamada “Criminología Crítica”); teorías subculturales (el modelo clásico de COHEN y la delincuencia juvenil), la teoría de la “oportunidad diferencial” de CLOWARD Y OHLIN, el factor “clase social” y los modelos subculturales: la tesis de MILLER y la de los “valores subterráneos” (SYKES y MATZA) y otras teorías críticas; teorías del proceso social; teorías del aprendizaje social (“Social Learning”) y sus formulaciones principales (SUTHERLAND, CLOWARD y OHLIN, GLASER, etc.); teorías del control social (HIRSCHI, BRIAR y PILAVIN, RECKLESS, REISS, etc.); el “labeling approach” (interaccionismo simbólico y constructivismo social); teoría y praxis criminológica en los antiguos países socialistas, los postulados de la Criminología socialista (ideológicos, político-criminales y metodológicos) y las teorías de la criminalidad. Finalmente se exponen las teorías eclécticas y los **modelos integrados**, basados en la idea de que en la génesis del comportamiento criminal interactúan necesariamente variables biológicas individuales y factores o procesos ambientales o sociales.

El apartado **cuarto** se dedica a los modelos dinámicos, siendo objeto de estudio las teorías eclécticas y los modelos integrados, las tipologías clásicas *versus* “carreras criminales” y la llamada Criminología del desarrollo (PETTERSON, LOEBER, MOFFIT, FARRINGTON). Finalmente, el **quinto** y último apartado aparece dedicado a los modelos de control o teorías no etiológicas (de la criminalización), apartado en el que se hace una remisión a lo expuesto en el análisis de los modelos sociológicos.

La **CUARTA PARTE** de la obra se dedica a la prevención del crimen en el Estado Social y democrático de Derecho. En su desarrollo predomina el análisis

crítico frente al meramente descriptivo. Se estructura en seis apartados. En el **primero** se exponen las principales ideas referentes a las fórmulas de prevención del delito en el Estado social y democrático de Derecho, en cuyo contexto se expone el crimen como una realidad próxima y cotidiana, que es afrontado por la moderna Criminología de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a sus protagonistas. En el **segundo** se analizan los diferentes conceptos y modelos de prevención del delito; uno primero que identifica la prevención con el mero efecto disuasorio de la pena; otro basado en la distinción entre prevención primaria, secundaria y terciaria y finalmente el modelo de prevención “socialista”, que ha sido capaz de reducir drásticamente los índices de criminalidad pero a costa de *una restricción asfixiante de la libertad del ciudadano y seguimiento férreo de los procesos de socialización*.

En el **tercero** se expondrán los dos grandes modelos teóricos de prevención del delito: el modelo “clásico” y el modelo “neoclásico”. Frente al modelo clásico basado en la excelencia del Derecho penal como instrumento preventivo, afirma el autor que esas supuestas cualidades parecen proceder más de prejuicios o coartadas defensistas que de un serio análisis de la realidad. Por lo que respecta al modelo neoclásico, basado en la mejora de la infraestructura y la dotación del sistema legal para prevenir la criminalidad, afirma el autor que no resulta convincente, entre otras razones, por dejar intactas las causas del crimen; el análisis de esta cuestión se completa con una evaluación empírica de ambos modelos. Termina el apartado con la exposición y valoración crítica del modelo de “prevención situacional”, referido a un conjunto heterogéneo de teorías que comprenden el crimen como opción racional, utilitaria, instrumental, altamente selectiva, y que propugna, en consecuencia, una intervención específicamente dirigida a neutralizar aquellas situaciones de riesgo que ofrecen un mayor atractivo al infractor. Se expone, entre otras cuestiones, la evolución de las diferentes teorías prevencionistas de orientación situacional, el fundamento de este modelo y las técnicas concretas. Termina el apartado con una serie de reflexiones críticas a las teorías prevencionistas de orientación situacional; por ejemplo, se aduce que el factor “oportunidad” carece de una incidencia homogénea y no puede invocarse como criterio inexorable; además son teorías que operan con una imagen ficticia del autor y que sobrevaloran factores y variables ocasionales.

En el **cuarto** se analiza la seguridad pública, seguridad privada y gestión personal de la seguridad y prevención del delito. Dentro de él se expone cómo la (in)seguridad figura hoy entre las principales preocupaciones de la opinión pública (DÍEZ RIPOLLÉS J. L., “El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6-3-2004), cuestión que se desarrolla en la Quinta Parte de la obra, a que se remite. A continuación se analizan las causas del incremento del recurso a los servicios de seguridad privada y su eficacia preventiva general.

En el **quinto** se exponen y evalúan los principales programas de prevención del delito, seleccionando los siguientes: programas de “área geográfica”; programas basados en el diseño arquitectónico y urbanístico dirigidos a la remodelación de la convivencia urbana; programas de prevención “comunitaria”; programas de prevención “victimal”; programas de inspiración político-social (lucha contra la pobreza, igualdad de oportunidades); programas de prevención de la criminalidad orientados a la reflexión axiológica: revisión de actitudes, valores y pautas sociales de comportamiento; programas de orientación cognitiva y programas de prevención de la reincidencia.

En el **sexto** y último el autor establece las bases sobre las que debe girar una moderna política criminal de prevención del delito y que serían las siguientes: el control razonable del crimen (no su utópica erradicación); no puede legitimarse el uso de todo tipo de programas sea cual sea su coste; prevenir significa intervenir en la etiología del problema social neutralizando sus causas; la efectividad de los programas de prevención debe plantearse a medio y largo plazo y como prevención social y comunitaria; la prevención del delito implica prestaciones positivas que neutralicen las carencias y desequilibrios; los programas de prevención deben orientarse hacia todos los protagonistas del suceso delictivo y ejercer un sincero esfuerzo de autocrítica revisando los valores que cada sociedad proclama y practica.

La **QUINTA PARTE** con la que se concluye esta obra se ocupa del análisis criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito. Se estructura en cinco apartados diferenciados, el **primero** de los cuales sienta las bases a modo introductorio de las funciones de la Criminología y los modelos de reacción o respuesta al delito. En el **segundo** se expone de forma escueta, al ser sobradamente conocido, el modelo disuasorio-intimidatorio clásico. En la crítica a éste se resumen (desarrollados en el Tratado) sus graves inconvenientes: parte de una imagen muy simplificadora del mecanismo disuasorio y preventivo, porque se traduce en fórmulas de rigor desmedido, pese a que la severidad del castigo es sólo una de las variables que intervienen en el mecanismo disuasorio, su visión estrecha y sesgada del delito e incompatibilidad con principios informadores del ordenamiento jurídico.

En el **tercero** se expone exhaustivamente el modelo “resocializador”, empezando por sus fundamentos teóricos y continuando con el debate criminológico sobre la resocialización del penado; realiza en tal sentido un balance de la cuestión en nuestro país, al haber transcurrido más de dos décadas desde que se aprobara la Ley General Penitenciaria, texto que prioriza de un modo absoluto la intervención resocializadora; llega a la conclusión de que puede mantenerse un optimismo moderado en cuanto a las posibilidades y el futuro próximo de los programas de resocialización. En el marco de ese debate se analizan cuestiones como el concepto restrictivo de tratamiento (médico-clínico) y su crisis, el mar-

co de la intervención (modelo clásico *versus* modelo ambientalista), los problemas y retos de los programas de intervención, la crisis de las tipologías tradicionales de delinquentes y al moderno concepto de “carrera criminal”, la clasificación de los modelos de intervención (modelo “disuasorio”, modelo “sociológico”, modelo “médico” y modelo “psicosocial”), los métodos y técnicas de tratamiento en el ámbito penitenciario. Se realiza a continuación un análisis particularizado de las principales técnicas de intervención: la psicoterapia grupal y el “counseling”; técnicas de modificación de conducta; técnicas de intervención y tratamiento de orientación cognitiva; evaluación empírica de la eficacia rehabilitadora de las diversas técnicas de intervención en jóvenes y en adultos a la luz de los más recientes “metaanálisis”. Termina este tercer capítulo con una evaluación final de la resocialización del infractor y rechaza en concreto las posiciones dogmáticas que condenan toda intervención en él a partir de su supuesta ilegitimidad, pues no puede dejarse al delincuente abocado al mero cumplimiento de la pena, sin más expectativas de futuro. Dicho esto, reclama el autor poner fin a la ambigüedad del concepto resocializador, redefiniéndolo y planteando en otros términos el debate sobre él basado en criterios empíricos.

El **cuarto** apartado tiene por objeto el modelo integrador de conciliación-reparación basado en la respuesta al delito buscando la reparación al daño causado a la víctima y a la comunidad. En él confluyen muchos elementos indudablemente positivos con algunos importantes interrogantes; unos y otros son descritos por el autor. También se exponen sus orígenes y antecedentes próximos, las expectativas que genera este paradigma en el infractor, en la víctima, en el sistema legal y en la comunidad, los presupuestos de la mediación, el procedimiento conciliatorio, sus fases y el rol del mediador. El balance de los procedimientos de conciliación serían según el autor muy positivos, si bien no estarían exentos de objeciones, primero porque no existe un único modelo de conciliación; además, porque no se pueden ocultar los riesgos que genera un modelo de respuesta aparentemente privatista; en tercer lugar porque existe el riesgo de que no siempre contribuyan a una intervención mínima, o finalmente porque requieren una infraestructura de medios personales y materiales que no resulta sencillo reunir.

El **quinto** y último apartado se dedica, en lo que constituye una de las novedades más interesantes de la obra, al vigente modelo de la “seguridad ciudadana”; el referente de éste aparece constituido por los trabajos del profesor DÍEZ RIPOLLÉS. Se analizan primero sus rasgos esenciales, que tienen su punto de partida en la actual etapa de regresión que está afectando a logros históricos que parecían irreversibles. Advierte el autor que quizá sea aún pronto para hablar de un nuevo modelo, pero sin duda están presentes una serie de rasgos de carácter involutivo que llama “contrailustración” y que estarían contribuyendo a configurarlo. Los caracteres concretos que definen este fenómeno serían, en primer lugar, *el protagonismo de la delincuencia convencional y el*

correlativo trato de favor de la que llama *delincuencia de los poderosos*. El trato benévolo frente a esta última encontraría reflejo incluso en la doctrina, a través de las propuestas de *doble velocidad* que reservan las reacciones más duras (pena de prisión) para la delincuencia convencional. El segundo dato definitorio es *la prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y de miedo al delito*, de tal modo que la preocupación por el problema criminal se generaliza; en tercer lugar, *la exarcebación y sustantividad de los intereses de las víctimas*, los cuales acaban mediatizando los intereses públicos a los que se debería preordenar la intervención penal; *el populismo y la politización partidista*, de tal modo que la opinión pública creada por los medios populares de comunicación consigue que en la creación de Derecho penal se atiendan directamente sus demandas sin intermediarios; *el endurecimiento del rigor penal y la revalorización del componente afflictivo del castigo* —y así la resocialización pierde apoyo popular, a la vez que las nuevas tendencias político criminales proponen un endurecimiento de las penas—; *la confianza extrema en los órganos estatales del “ius puniendi” y la despreocupación por el sistema de garantías* frente al tradicional modelo garantista de intervención penal que procuraba delimitar el ámbito de intervención legítima de los poderes públicos y finalmente *la implicación directa de la sociedad en la lucha contra la delincuencia*, la cual adopta actitudes de autoprotección o recurre a fórmulas como la de la seguridad privada.

Javier Gustavo Fernández Teruelo
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Oviedo