

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Algunas notas sobre el objeto procesal penal y la prohibición del *ne bis in idem*. *Roberto Atilio Falcone* 11
- Medidas aplicables a los menores por la Comisión de Hechos Delictivos previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). *María Marta González Tascón* 23

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 107
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 113
 - **Sentencia 25/2005 (Sala 1.ª), de 14 de febrero:** Vulneración del derecho a la intimidad personal. Nulidad de prueba pericial forense 113
 - **Sentencia 30/2005 (Sala 2.ª), de 14 de febrero:** Testimonio de coimputado. Proceso de menores 116
 - **Sentencia 34/2005 (Pleno), de 17 de febrero:** Principio de legalidad 119
 - **Sentencia 51/2005 (Sala 1.ª), de 14 de marzo:** Tenencia ilícita de armas 122
 - **Sentencia 62/2005 (Sala 2.ª), de 14 de marzo:** Prisión provisional 126
 - **Sentencia 63/2005 (Sala 2.ª), de 14 de marzo:** Prescripción ... 130
 - **Sentencia 71/2005 (Sala 2.ª), de 4 de abril:** Principio acusatorio. Desobediencia 138

	Página
— Sentencia 94/2005 (Sala 2.ª), de 18 de abril: Citación telefónica	143
— Sentencia 108/2005 (Sala 2.ª), de 9 de mayo: Multa. Motivación de las resoluciones	146
— Sentencia 120/2005 (Sala 2.ª), de 10 de mayo: Delito fiscal .	148
— Sentencia 123/2005 (Pleno), de 12 de mayo: Principio acusatorio	155
TRIBUNAL SUPREMO	167
— Acuerdos de 27 de abril de 2005	167
— Acuerdos de 12 de mayo de 2005	167
— Acuerdos de 25 de mayo de 2005	168
— Sentencia 108/2005, de 31 de enero: Violencia doméstica habitual	169
— Sentencia 84/2005, de 1 de febrero: Principio acusatorio	173
— Sentencia 91/2005, de 4 de febrero: Tráfico de drogas	175
— Sentencia 102/2005, de 4 de febrero: Comisión por omisión . . .	177
— Sentencia 145/2005, de 7 de febrero: Apropiación indebida. Delito continuado. Circunstancia atenuante de reparación del daño	180
— Sentencia 153/2005, de 10 de febrero: Incomunicación de testigos	185
— Sentencia 172/2005, de 14 de febrero: Estafa Procesal	187
— Sentencia 138/2005, de 15 de febrero: Conflicto de derechos fundamentales	189
— Sentencia 182/2005, de 15 de febrero: Estafa. Imputación objetiva	196
— Sentencia 213/2005, de 22 de febrero: Delitos contra la integridad moral	199
— Sentencia 225/2005, de 24 de febrero: Responsabilidad civil derivada de delito. Principio “non bis in idem”	201
— Sentencia 262/2005, de 28 de febrero: Disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo	206
— Sentencia 265/2005, de 1 de marzo: Falso testimonio	208
— Sentencia 276/2005, de 2 de marzo: Estafa. Delito continuado .	210
— Sentencia 291/2005, de 2 de marzo: Imparcialidad del Juzgador	212

	Página
— Sentencia 340/2005, de 8 de marzo: Miedo insuperable	215
— Sentencia 312/2005, de 9 de marzo: Prescripción	217
— Sentencia 320/2005, de 10 de marzo: Comisión por omisión . .	220
— Sentencia 407/2005, de 23 de marzo: Intrusismo. Estafa	222
— Sentencia 415/2005, de 23 de marzo: Detención ilegal. Autoría mediata. Acusación falsa	225
— Sentencia 409/2005, de 24 de marzo: Competencia objetiva y territorial. Teoría de la ubicuidad	229
— Sentencia 399/2005, de 28 de marzo: Cuestión prejudicial civil	231
— Sentencia 410/2005, de 28 de marzo: Apropiación indebida . . .	233
— Sentencia 422/2005, de 4 de abril: Corrupción de menores	234
— Sentencia 91/2005, de 11 de abril: Excusa absolutoria	237
— Sentencia 443/2005, de 11 de abril: Incendio. Tentativa	239
— Sentencia 468/2005, de 14 de abril: Competencia del Tribunal del Jurado. Conexidad. Declinatoria	240
— Sentencia 470/2005, de 14 de abril: Legítima defensa	243
— Sentencia 538/2005, de 28 de abril: Prevaricación	246
— Sentencia 579/2005, de 5 de mayo: Medidas de seguridad	248
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 251
— Sentencia 19/2005, de 10 de enero (AP Barcelona): El delito de impago de prestaciones del art. 227 no es un delito permanente. La cosa juzgada	251
— Sentencia 94/2005, de 10 de enero (AP Barcelona): Susceptibilidad del representante de la comisión liquidadora de una sociedad para ser sujeto activo del delito contra la Hacienda Pública	253
— Sentencia 143/2005, de 31 de enero (AP Barcelona): Administración desleal: uso de vehículo de la empresa cuando se ha cesado en la misma	255
— Sentencia 135/2005, de 7 de febrero (AP Logroño): Diferenciación entre los arts. 381 y 384 del Código Penal	257

	Página
— Sentencia 35/2005, de 8 de febrero (AP Lérida): Valoración separada de perjuicio fisiológico y perjuicio estético en secuelas de accidentes de tráfico	258
— Sentencia 32/2005, de 16 de febrero (AP Las Palmas): Colocación de cadenas en las puertas del local de negocio: calificación penal.	259
— Sentencia 18/2005, de 2 de marzo (AP Málaga): Prevaricación de funcionario público: suspensión de pleno convocado para debatir y votar una moción de censura	261
— Sentencia 5/2005, de 4 de marzo (AP Cáceres): Estafa: agravación por el abuso de relaciones personales. Vendedor de la ONCE que engaña a cliente	263
— Sentencia 118/2005, de 14 de marzo (AP Zaragoza): Abandono de familia: padre que no paga la pensión alimenticia para sus hijos cuando éstos están con los abuelos	265
— Sentencia 107/2005, de 15 de marzo (AP Lérida): Delitos contra la fauna: distinción entre especie amenazada y especie catalogada en peligro de extinción	266
— Sentencia 143/2005, de 28 de marzo (AP Zaragoza): Delito fiscal: la circunstancia de que la Hacienda Pública pueda conocer la defraudación por los datos que el contribuyente le suministra para otro tributo no elimina necesariamente el dolo	268
— Sentencia 320/2005, de 30 de marzo (AP Barcelona): Principio “non bis in idem” en alcoholemia. Reducción en la pena de lo pagado en vía administrativa	270
— Sentencia 56/2005, de 1 de abril (AP Burgos): Absolución de delito de omisión del deber de socorro y condena por homicidio y lesiones imprudentes	272
— Sentencia 99/2005, de 13 de abril (AP Valladolid): Desestimación de recurso contra sentencia de conformidad	273

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 2/2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas 277

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa 309

BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal 315
- Derecho Procesal Penal 317

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL OBJETO PROCESAL PENAL Y LA PROHIBICIÓN DEL *NE BIS IN IDEM*

ROBERTO ATILIO FALCONE

*Juez de Cámara del Tribunal Oral Federal
de Mar de Plata
Profesor titular de Derecho Procesal Penal
Universidad Nacional de Mar de Plata*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL OBJETO PRINCIPAL: CONCEPTO.
 - III. LA IDENTIDAD DEL HECHO.
 - IV. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS.
 - 1. Investigación del hecho procesal en el caso del concurso ideal.**
 - 2. Investigación del hecho procesal en el caso del concurso real.**
 - V. EL HECHO DIVERSO.
-

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la importancia jurídica que tiene el objeto del proceso penal, en cuanto determina los límites de la investigación y de la sentencia, designa el objeto de la litispendencia y la extensión de la cosa juzgada, cabe reconocer la falta de claridad a su respecto lo que se evidencia ante la existencia de posturas doctrinales claramente contradictorias.

De la comisión del delito nacen dos acciones, una denominada pretensión punitiva, regulada en el Código Penal por tratarse de una cuestión de derecho

público (título IX, libro I “del ejercicio de las acciones” y también en el epígrafe del título X, al hablar de la “extinción de las acciones”) y otra que nace del delito considerado como “hecho” en cuanto puede producir un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en el patrimonio, en la persona, o en los derechos o facultades de un tercero, con lo que se configura un daño privado reparable —artículo 1068 del Código Civil— (1).

De lo precedentemente dicho cabe distinguir dentro del proceso penal dos objetos distintos, uno penal y otro civil; cada uno tiene sus principios y reglas propias aun cuando puedan eventualmente acumularse.

II. EL OBJETO PRINCIPAL: CONCEPTO

En primer lugar, habría que matizar la diferencia existente entre objeto del proceso penal en sentido amplio, y objeto del proceso penal en sentido técnico. Desde el primer punto de vista se trata de ver si el imputado es culpable de actos punibles y cuáles son las consecuencias jurídicas que en su caso se le pueden imponer; técnicamente, sin embargo, se hace referencia tan sólo, al hecho descrito en la acusación, contra una persona determinada y definido en base al principio acusatorio (2).

El punto de partida lo constituye la existencia de una pretensión punitiva, que, como petición fundada se dirige a un órgano jurisdiccional, contra una persona y relativa a la imposición de una pena (3). Y ello así porque el hecho o la situación de hecho considerados en forma aislada no definen el objeto del proceso. A nadie se le puede ocurrir que acostarse o toser son objetos del proceso como acertadamente señala BAUMANN (4). Únicamente si esto puede dar lugar a alguna consecuencia penal (para el guardabarrera omisión al acostarse de la posición de la aguja del ferrocarril, o para la madre, la omisión de alimentar al niño de pecho). Esta conclusión resulta coherente si se toma en cuenta que el “hecho” o la situación de hecho aisladamente considerados pueden ser tratados de modo diferente; por ejemplo, aplicando las normas del derecho civil, comer-

(1) VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, actualizada por los Dres. AYAN, M. N. y CAFFERATA NORES, J.I., Marcos Lerner, 1981, pp. 271 y ss.; SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, Tea, 1980, vol. II, p. 440.

(2) GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*, Bosch, 1985, p. 40.

(3) MONTERO AROCA, J., FLORES MATIES, J. y LÓPEZ EBRI, G., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a la carrera judicial y fiscal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 163.

(4) BAUMANN, J., *Derecho Procesal Penal, Conceptos Fundamentales y Principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, traducción a cargo del Dr. Conrado A. Finzi, Depalma, 1986, pp. 274 y ss.

cial o administrativo. Por lo tanto siempre se trata de apreciar el hecho o la situación de hecho desde el punto de vista del derecho penal material ⁽⁵⁾.

Este razonamiento le ha permitido sostener a BAUMANN que el objeto del proceso es la afirmación de la pretensión penal estatal respecto de una situación de hecho determinada ⁽⁶⁾.

De cualquier modo y no obstante lo que diremos a continuación creemos que además del componente material, el objeto del proceso penal tiene un componente personal: el imputado; durante el curso del proceso no puede realizarse ningún cambio en su persona, por ejemplo, no se puede poner en el banquillo en lugar del acusado a un testigo vehementemente sospechoso o confeso del hecho ⁽⁷⁾.

III. LA IDENTIDAD DEL HECHO

El concepto procesal de “hecho”, es independiente, en gran parte del derecho penal material. Por lo tanto los principios de derecho penal sobre unidad y pluralidad de hechos carecen de significación. No obstante, cuando existe un concurso ideal —a lo que nos referiremos en detalle más adelante— cabe apreciar —en principio— un hecho en sentido unitario, esto es también para el derecho procesal.

El hecho describe el acontecimiento histórico sometido a conocimiento del tribunal a través de la acusación, en tanto configura una unidad según la concepción cultural ⁽⁸⁾.

Sin embargo y a pesar de la falta de acuerdo doctrinario al respecto, espigando las opiniones de ROXIN y BAUMANN entendemos que deben combi-

(5) Cabe aclarar que durante la investigación penal preparatoria la investigación del fiscal es libre, para resultar finalmente acotada durante el debate oral, en cuanto el poder de iniciativa probatoria —en principio— recae sobre las partes.

(6) BAUMANN, J., ob. cit., p. 271.

(7) ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25.ª edición alemana de CÓRDOBA, G. E. y PASTOR, D. R., editores del Puerto SRL, Bs. As. año 2000, p. 160. Quienes incluyen en la noción de objeto procesal al imputado encuentran su fundamento —además— en que la cosa juzgada se forma con relación a un acusado determinado. Ver SCHLÜCHTER ELLEN, *Derecho Procesal Penal*, revisión de la traducción a cargo de Iñaki Esparza Leibar, Valencia, 1999, p. 79.

(8) Con relación a las exigencias que debe reunir la requisitoria tanto BERTOLINO como D'ALBORA requieren que la misma sea clara, precisa, circunstanciada y específica en tanto proporciona la plataforma fáctica sobre la que debe girar el debate. Ver D'ALBORA, F., *Código Procesal Penal*, anotado, Abeledo Perrot, p. 491; BERTOLINO, P., *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, comentado, Depalma, p. 378.

narse los puntos de vista fácticos y normativos. Conforme a ello, forman parte de un “hecho”, en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real del derecho material, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro ⁽⁹⁾.

Va de suyo que no participamos de la teoría naturalista del objeto procesal penal o del hecho desnudo. Ella se apoya en que el objeto es un *factum*, un hecho anterior y externo al proceso, un trozo de la vida que se contempla de modo histórico, no jurídico. Su insuficiencia se revela en que bastaría que se comprobara una circunstancia básica distinta a la relatada en la acusación para que la absolución hubiera de ser inmediata y ello sin tener en cuenta qué elementos fácticos, pero al propio tiempo jurídicos, como es el caso de la culpabilidad, pierden toda relevancia.

Pero también la teoría normativa, en cuanto el proceso adquiere sentido con referencia a un hecho típico, permite alterar las circunstancias de actividad, tiempo y lugar sin que exista modificación del hecho. Por el contrario existiría un objeto diferente si a una persona primero se la acusa como autor material y luego se la condena como inductor ⁽¹⁰⁾.

Partiendo de estas concepciones afirmaba GÓMEZ ORBANEJA que el hecho es el mismo: 1) cuando existe identidad al menos parcial de los actos de ejecución típicos, o 2) cuando, aún sin darse tal identidad, sea el mismo el objeto material del delito.

Según se advierte la cuestión concerniente a la identidad del hecho resulta central a los fines de esta investigación.

Como hemos visto el “hecho” debe ser apreciado desde un punto de vista procesal. Constituye un complejo histórico unitario; el suceso referido en la acusación, incluyendo todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos que son idóneos para tornar factible la obra del acusado como

⁽⁹⁾ ROXIN, C., ob. cit., p. 160. Perfecto para el ejemplo el caso que suministra BAUMANN: En una fiesta de San Silvestre, se infieren lesiones corporales graves, se injuria y se comete daño. Un hecho es el total complejo fiesta de San Silvestre, todos los hechos punibles cometidos en esa oportunidad forman parte de una sola acusación y de una sola sentencia: representan un objeto del proceso que no puede desembrarse (...) sin tener en cuenta si en la apreciación jurídica se infieren una o varias acciones punibles en lugar o al lado del hecho punible indicado en el auto de apertura..., ob. cit., pp. 272, 273.

⁽¹⁰⁾ GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 210 y ss.; MONTERO AROCA y otros, ob. cit., pp. 165 y ss.

punible, desde algún punto de vista jurídico... el comportamiento total del acusado en cuanto conforma un suceso unitario...⁽¹¹⁾.

Con lo expuesto se quiere significar que el concepto de unidad y pluralidad de acciones del derecho penal material no indica unidad material o pluralidad de hechos para el derecho procesal penal. Que varias acciones en concurso real, llevadas a cabo en un mismo contexto situacional, pueden constituir una situación de hecho (unidad); sobre todo si tienen el mismo grado desvalorativo de injusto.

A los efectos de determinar el alcance de la cosa juzgada material debemos conocer qué componentes abarca el hecho procesal. Sobre todo cuando se ha dictado sentencia respecto de un suceso que sólo se ha conocido en parte.

Para un sector de la doctrina alemana el “hecho” abarca siempre el complejo total con todos los componentes fácticos existentes. Por tanto, no es decisivo lo que el juez ha aclarado, sino lo que habría podido aclarar en forma jurídicamente admisible. La debilidad de esta teoría —sostenida por SCHÄFER— es que no tiene en cuenta si estaban a disposición del juez todos los medios de prueba para aclarar la situación fáctica desde el punto de vista del derecho penal⁽¹²⁾.

En un sentido más restrictivo sólo pertenece al “hecho” aquello que el juez al cumplir con su deber de esclarecimiento pudo averiguar concretamente; pueden ser más hechos de los realmente aclarados. Sin embargo si el juez sin infringir deberes procesales no ha aclarado determinados supuestos, éstos no pertenecen al objeto del proceso (HENKEL).

IV. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

1. **Investigación del hecho procesal en el caso del concurso ideal**

Se entendía en Alemania hasta finales de los años setenta que los casos de concurso ideal —sin excepción— constituían un solo hecho. A partir de una decisión de la Sala tercera en lo penal del Tribunal Supremo Federal se consideró que frente a un delito de organización (posesión de armas) que había sido juzgado por sentencia firme, conociéndose después por las autoridades encargadas de la persecución penal de la comisión de un delito capital (homicidio), correspondía apreciar hechos independientes cuando la pena de este último

(11) BAUMANN, J., ob. cit., p. 272.

(12) BAUMANN, J., ob. cit., p. 276.

delito excedía la que correspondía al primero⁽¹³⁾. El Tribunal Constitucional alemán entendió que el concurso ideal tiene un efecto meramente indiciario respecto de un hecho procesal.

A pesar de lo dicho cabe precisar que el tratamiento completo del caso sólo resulta posible dentro del ámbito de la unidad de acciones jurídico-penales y que no se debe separar una parte. El tribunal satisface el deber de esclarecimiento y averiguación (cognición) cuando abarca todos los componentes —jurídicos y fácticos— de la situación de hecho. En caso contrario se corre el riesgo de mandar al archivo como dice SCHLÜCHTER a la garantía del *ne bis in idem*. Por lo tanto, la consecuencia de tal postura sería que un homicidio no podría ser castigado a causa del concurso ideal con otro delito de tenencia de armas que se encuentra firme. El concurso ideal jurídico-material no comprende distintos hechos procesales⁽¹⁴⁾.

La injusticia material de la tesis expuesta es superada con argumentos de variadas posturas. Así ROXIN, para quien este “hecho” —homicidio— es autónomo por encontrarse amenazado con una pena más grave⁽¹⁵⁾.

En la jurisprudencia alemana el BGH y en la doctrina HAMM, advierten la existencia en tales supuestos de dos hechos distintos para el derecho material y procesal, de modo que la condena firme por tenencia de armas no agota la acción penal por los delitos cometidos con dicha arma (robo, homicidio)⁽¹⁶⁾.

En España se entiende que si el segundo delito afecta a bienes jurídicos heterogéneos y se reprime con pena mayor no opera la cosa juzgada⁽¹⁷⁾.

Existen controversias en el caso del delito continuado y permanente. En el primero —continuado— la cosa juzgada afecta no sólo a todos los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, sino a todos aquellos realizados con anterioridad al proceso, aunque no hubiesen sido objeto de acusación, aunque se hubiesen descubierto con posterioridad. Esta reducción a “unidad de tratamiento” se da porque el bien jurídico atacado por el delincuente es el mismo⁽¹⁸⁾. De igual modo debería ocurrir en el caso del delito permanente. Para ambos el efecto de bloqueo de la sentencia firme se extiende hasta el momento de la querrela (PRIETO CASTRO) o las fases descritas en la acu-

(13) SCHLÜCHTER ELLEN, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1999, p. 80.

(14) SCHLÜCHTER ELLEN, *ob. cit.*

(15) ROXIN, C., *ob. cit.*, p. 161.

(16) ROXIN, C., *ob. cit.*, p. 162.

(17) MONTERO AROCA y otros, *ob. cit.*, p. 567.

(18) PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ DE CABIEDES, E.G., *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 126.

sación (ROXIN). Sin embargo si el delito permanente concurre idealmente con otro de mayor penalidad (bien jurídico heterogéneo) la acción penal no queda agotada con la sentencia dictada en orden al delito permanente.

Delitos de peligro y lesión.

Examinemos a continuación el siguiente caso:

“A” es condenado como autor del delito de robo calificado por el uso de armas a una pena de prisión. Una vez que el fallo queda firme se advierte que el arma utilizada en el hecho era de guerra y se entabla un nuevo proceso. ¿Cómo operan aquí las reglas estudiadas?

Dejando de lado que en este supuesto pudiera existir una relación de concurso ideal o real entre el robo calificado y la tenencia del arma de guerra, no puede discutirse que en un momento del robo las acciones se superponen parcialmente. Y dejamos de lado la cuestión concerniente a la relación concursal, porque aun cuando la tenencia de arma fuera precaria, lo que inclinaría la balanza a favor del concurso ideal, dicho acontecimiento se consumó en un mismo contexto histórico, por lo cual debe apreciarse un “hecho” en sentido procesal.

La Sala II de la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal entendió que en aquellos casos que existe coincidencia temporal entre la tenencia del arma de guerra y el delito de robo con arma, la tenencia de arma y sus municiones constituyen un elemento típico de este último y resulta inescindible por haberse producido de manera inmediatamente anterior —temporal y espacialmente— al comienzo de la ejecución⁽¹⁹⁾.

Muy brevemente corresponde puntualizar que el delito de tenencia de armas es de peligro abstracto, y que en general los autores aceptan que su punición obedece a que generalmente dicha tenencia es tomada como la preparación de un delito o la creación de oportunidades para cometerlo.

Pero, ¿qué ocurre cuando la tenencia del arma se combina con ese otro delito posterior?

Pareciera que si el fundamento de la prohibición es que las armas son peligrosas y que si uno de esos peligros es la posibilidad de que se cometa con ellas un delito, en el mismo momento en que este segundo delito comienza a ejecutarse quedaría desplazada la figura de peligro abstracto por aplicación del principio de subsidiariedad tácita, debiéndose castigar por el último delito, ya que en definitiva nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes y

(19) Causa “Aguirre” de 30 de agosto de 1993 citada por ZIFFER, P. *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 14.

no ante un concurso ideal o real. Esto ocurre y nadie lo discute en la tenencia de materiales conocidamente destinados a la falsificación (artículo 299 del CP) ante la ejecución de la falsificación misma (artículo 292 del CP). El delito de lesión siempre desplaza al delito de peligro, lo mismo que la tentativa respecto de los actos preparatorios punibles, y la consumación en relación con la tentativa.

Una cuestión problemática es que la pena aplicable es la del delito que desplaza a los otros sin tomar en consideración otras violaciones a la ley. Es decir, la ley que retrocede deja de tener gravitación salvo para la jurisprudencia alemana que permite tomarlo en cuenta, a excepción de que ya fuera considerada en el tipo aplicable⁽²⁰⁾. Por lo tanto, como en el delito de robo calificado por el uso de armas se toma en cuenta en el tipo objetivo la utilización del arma, el principio de plena absorción impide valorar al delito precedente.

La conclusión a la que hemos arribado es que un nuevo proceso por la tenencia del arma de guerra no es posible (*ne bis in idem*). La excepción podría darse si luego de consumado el robo y asegurada la disponibilidad de la cosa sustraída por el autor, éste se mantiene en la posesión del arma, con lo cual recobra vigencia la prohibición. Todo lo dicho resulta aplicable cuando se pretende enjuiciar por tenencia de arma de guerra a quien fue juzgado por homicidio con empleo de dicha arma de guerra.

2. Investigación del hecho procesal en el caso del concurso real

Hemos sostenido que un suceso único se presenta tomando en consideración la importancia que tienen para el derecho penal los respectivos sucesos parciales. Si ellos son similares en el contenido jurídico de disvalor se afirma la existencia de un hecho único con mayor facilidad que cuando el acontecimiento descubierto con posterioridad alcanza una dimensión de injusto considerablemente mayor⁽²¹⁾. Así en el caso expuesto por BAUMANN “Fiesta de San Silvestre”, las injurias, el daño y la lesión corporal leve configuran un hecho en sentido procesal, no sólo por el similar contenido de injusto sino también por haber sido cometidos en el mismo contexto histórico. En el caso de delitos permanentes, todas las acciones que consisten en un hacer vinculadas con la

(20) Con amplitud en ZIFFER, P., ob. cit., p. 28. Sin embargo en el caso de “unidad de acción por efecto de abrazamiento”, si la ley desplazada castiga a este hecho con una pena mayor no cabe apreciar concurso ideal, debiendo aplicarse, entonces, la sanción más grave. Así MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª edición, Barcelona, 4.ª reimpre-
sión, agosto de 2001, p. 671, con citas de JESCHECK y STRATENWERTH.

(21) ROXIN, ob. cit., p. 163.

posesión de estupefacientes, por ejemplo, constituyen una unidad de valoración, un hecho único aunque sólo se haya acusado por uno de los actos integrantes de la actividad⁽²²⁾.

Resumiendo: la situación unitaria del acontecimiento histórico considerada naturalmente es un hecho procesal, aun cuando el ámbito del derecho penal represente varios delitos en concurso real. De cualquier modo vuelve a reiterarse que el bien jurídico tutelado y la sanción penal pueden indicarnos ya la existencia de dos hechos.

Así cuando el autor es acusado por encubrimiento personal por haber ocultado el cuerpo de la víctima y luego de juzgado se acredita que él fue el autor de la muerte. Del mismo modo opera la condena por receptación real —recibir una cosa proveniente de un delito; artículo 277 inciso c) del CP— si luego se acredita que él mismo fue el autor del robo de la cosa⁽²³⁾.

Para evitar que la seguridad jurídica sacrifique la justicia material y obtener así un cierto equilibrio podríamos sostener que el hecho procesal es un acontecimiento unitario, un complejo (componente ontológico) que se delimita a la luz de la acción, el objeto de la acción y por el bien jurídico (componente normativo). Acción, objeto y bien jurídico protegido nos persuaden que ante la condena por encubrimiento personal de homicidio puede formularse acusación contra el delincuente por homicidio porque estamos frente a dos hechos procesales con diferente acción, objeto de acción y bien jurídico protegido.

La regla del *ne bis in idem* no resulta aplicable en este caso. Por supuesto que luego la primera sentencia por encubrimiento deberá ser anulada⁽²⁴⁾.

(22) Un hecho bastante frecuente ocurre en el supuesto en que el tenedor de la droga, facilita, entrega o suministra una parte a otra persona. El estupefaciente pasa a ser el *corpus criminis* de otro delito. Aquí juzgado el tenedor por “suministro” no podría volver a ser juzgado por la tenencia previa del estupefaciente. Desde el punto de vista del derecho material existe un hecho único, y también lo es como hecho procesal. En el ámbito del derecho penal la entrega de la droga implica una intensificación cuantitativa respecto del delito de tenencia de estupefacientes, toda vez que se acumulan unidades en un injusto homogéneo.

(23) Ambos supuestos con comentario crítico de ROXIN, ob. cit., p. 162.

(24) L.G. Saarbrücken NSTZ 89, 546; en doctrina MEYER GOBNER, cit. por ROXIN, C., ob. cit., p. 163.

V. EL HECHO DIVERSO

Tiene vinculación con este tema, la consideración de un hecho diverso a decidir en la instancia oral. El artículo 401 del Código Nacional consagra una solución absurda, al disponer que si el hecho es diverso del enunciado en el requerimiento de elevación a juicio, se dispondrá la remisión del proceso al juez competente, al parecer sin dictar sentencia ⁽²⁵⁾.

Por su parte el artículo 374 del CPBA posibilita la resolución de un hecho diverso del enunciado en la acusación, mediando acuerdo de partes.

Se prevé en tal supuesto que el Tribunal corra vista al fiscal mediante auto fundado, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 359 —ampliación de la acusación—; mediando conformidad de las partes el Tribunal se encuentra habilitado a resolver el hecho diverso; caso contrario se remiten los antecedentes al agente fiscal en turno para investigar las nuevas circunstancias resultantes del debate ⁽²⁶⁾.

El hecho desde el punto de vista procesal, como dijimos anteriormente, es un acontecimiento histórico, formulado hipotéticamente, que transcurre en un lugar y tiempo determinados ⁽²⁷⁾. Cualquier variación circunstancial del mismo acontecer, aun cuando pueda conllevar relevancia típica, no altera la identidad del hecho concebido. La ampliación por la variación e introducción de distintas circunstancias es admisible cuando mantiene intacta la identidad objetiva, de tal manera que si no hubiesen sido incluidas, tampoco podrían ser

(25) NÚÑEZ, R., *Código de Procedimiento Penal* anotado, Lerner 1986, artículo 414, número 4, p. 387.

(26) En este punto resulta importante recordar que muchas veces el hecho es único, y que si se absuelven sólo “calificaciones” como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Rava” se afectaría la eventual intervención de otro órgano jurisdiccional llamado a decidir por la afectación del principio del *ne bis in idem*; Conf. Fallos 311: 67.— Esta cuestión ya la había advertido Ricardo NÚÑEZ al comentar el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal de la provincia de Córdoba, al sostener que si para aplicarse esa disposición debía tratarse necesariamente de la existencia de dos hechos o podía verificarse con la modificación de la imputación penal emergente de un mismo hecho (ver NÚÑEZ, R., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, 1992, pp. 386/387). Sigue diciendo NÚÑEZ “comprobada la diversidad del hecho, el tribunal debe abstenerse de dictar sentencia y debe remitir el proceso al agente fiscal en turno a la fecha de la comisión del hecho, para que, si lo considera procedente, requiera la instrucción o practique la instrucción sumaria”, ob. cit.

(27) MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, tomo I, “Fundamentos”, Editores del Puerto, 1966, p. 569.

materia de otro proceso por la regla que impide la múltiple persecución penal⁽²⁸⁾.

Las razones expuestas aconsejan tratar el hecho diverso en el mismo debate⁽²⁹⁾, si bien también por las mismas razones, estimamos que dejar la configuración de un hecho diverso a la conformidad de las partes, puede eventualmente conspirar contra la realización del derecho penal material, en supuestos de hechos conexos integrantes de un mismo complejo histórico, o de aparición de nuevas circunstancias relacionadas con el suceso principal por las reglas del concurso ideal, o del delito continuado, casos estos que deben resolverse con-

(28) CARRERA, D. P., “La bicicleta procesal”, *Semanario Jurídico* tomo LXVI, número 10, p. 229; MONTERO, J., “Pedaleando sin cadena”. “A propósito de una bicicleta procesal por el denominado hecho diverso en materia penal”, *Semanario Jurídico*, tomo LXVII, número 7, p. 169; BAUMANN, J., ob. cit., pp. 282 y ss., y NÚÑEZ, R., comentario a la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Córdoba *in re* “Fernández Leonardo Ismael”, el 30 de mayo de 1984, *Semanario Jurídico*, 1984, número 527, pp. 1 y ss., “El hecho diverso del artículo 414 del CPP”.

(29) En esta línea ha sostenido CAFFERATA NORES como vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que “el hecho probado en el debate será diverso al contenido en el requerimiento fiscal de elevación a juicio solamente cuando la absolución por éste no sea idónea para hacer valer el principio *non bis in idem* respecto de aquél” (MONTERO, J.R., “El debido proceso y el principio de la no retrogradación procesal”, en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, número en prensa). Y continúa: “La jurisprudencia ha indicado el procedimiento a seguir para la verificación de ese aspecto en el caso concreto, consiste en suprimir mentalmente del hecho acreditado en el debate, el núcleo esencial del contenido de la acusación. Si a pesar de ello aquel comportamiento subsiste, se está realmente ante un hecho diverso (Cámara de Acusación de Córdoba A.I. 25/8/82 núm. 235, p. 263, Cámara Octava Criminal, Chávez, del 2 de agosto 1982). Y concluye “Sintetizando: creo que la diversidad del hecho acreditado en el debate se puede verificar a través del control de su no identidad con el descrito en la acusación desde la óptica del principio del *ne bis in idem* (Constitución Provincial, artículo 7.º y CPP, artículo 1.º). Sólo cuando la nueva persecución penal que pudiera originarse por aquél (el acreditado en el debate) fuera capaz de salir indemne frente a una excepción de tal naturaleza, fundada en la pendencia o conclusión del proceso motivado por este último (el contenido de la acusación), sería de aplicación el artículo 414, *in fine*, CPP”. Ver CAFFERATA NORES, J.I., *Temas de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 257/265. Sin embargo debe aclararse que pueden formar parte de una misma situación de hecho “hecho procesal” diversas conductas que concurren en forma material, esto es, acontecimientos separables cuando su contenido de injusto es similar y se encuentran temporal y espacialmente en una relación estrecha, por lo tanto si ello se verifica en el curso del debate deben seguirse estas reglas a fin de tratarse estas conductas en base al “hecho diverso”, toda vez que lo resuelto se encuentra comprendido en el efecto de bloqueo de la sentencia firme (*ne bis in idem*). Ver ROXIN, C., “Derecho Procesal Penal”, traducción de la 25.ª edición alemana por CÓRDOBA, G. y PASTOR, D., editores del Puerto, SRL, año 2000, pp. 160 y ss.

forme al principio de “unidad de imputación penal” cuando tienen similar contenido de injusto o afectan el mismo bien jurídico, motivo por el cual lo decidido produce cosa juzgada e imposibilidad de persecución penal posterior (*ne bis in idem*)⁽³⁰⁾.

La regulación del Código bonaerense en este tema guarda parcial similitud con lo normado en el artículo 389 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, al supeditar el tratamiento del hecho diverso a la conformidad del fiscal de la Cámara. Por el contrario, el artículo 389 del Código de Procedimiento Penal de Tucuman, permite que el Tribunal obligue al Fiscal a ampliar la acusación, y con ello el objeto a decidir según su propio criterio.

Reiteramos nuestra crítica a la solución normativa prevista en la ley procesal bonaerense, ya que al supeditar el tratamiento del hecho diverso a la conformidad de la defensa, en realidad, está dejando la puerta abierta a la clausura de la investigación por la regla que prohíbe la múltiple persecución penal. En todo caso, el apartamiento de la normativa cordobesa implica un notable desacierto, no violándose en nuestro concepto la imparcialidad del tribunal al correr la vista al Ministerio Público a fin de que se expida acerca de la configuración de un hecho diverso⁽³¹⁾. La decisión del enjuiciamiento del hecho diverso debe quedar en poder del fiscal.

(30) MAIER, ob. cit., pp. 614/616, quien señala “un objeto procesal distinguible de otro, es un hecho punible concreto (...) de esta manera la pluralidad de actos u omisiones no quiebra la unidad del objeto procesal, ni lo multiplica, mientras el derecho penal establece su unidad imputativa”. De la misma opinión, BAUMANN, ob. cit., pp. 289 y 290.

(31) En contra MAIER, ob. cit., p. 570; no obstante, el mismo autor en la página 616 considera que se rige por el principio de unidad de imputación penal el siguiente hecho: a) produce en el país estupefacientes, b) los transporta desde el interior hacia Buenos Aires, c) donde los guarda y almacena, para luego d) comercializarlos...; por lo tanto si las partes no se ponen de acuerdo acerca del hecho diverso “Producción”, “Transporte” o “Almacenamiento” surgido en el curso del debate y luego se absuelve al imputado por el comercio de estupefacientes, este hecho diverso “Producción”, “Transporte”, o “Almacenamiento” no podrá ser enjuiciado y la investigación deberá clausurarse con sobreseimiento, ya que se trata de perseguir distintos comportamientos, constitutivos de un mismo hecho procesal, que se rige por el principio de “unidad de imputación penal”. Nuestro disenso, reiteramos, no se refiere a la amplitud dada al hecho procesal, más amplio aun que el concepto de unidad o pluralidad de delitos del derecho penal material, sino en dejar la configuración del “hecho diverso” a la voluntad de las partes. Entendemos que el Tribunal debe advertir al fiscal la configuración del hecho diverso, y que este funcionario debe también tener el poder de incluirlo en la ampliación de la acusación, independientemente del consentimiento de la defensa.

MEDIDAS APLICABLES A LOS MENORES POR LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES (LORPM) (*)

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

Doctora en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LORPM.
 - 1. **Consideraciones generales.**
 - 2. **Internamiento en régimen cerrado.**
 - 3. **Internamiento en régimen semiabierto.**
 - 4. **Internamiento en régimen abierto.**
 - 5. **Internamiento terapéutico.**
 - 6. **Cuestiones comunes a las medidas de internamiento.**
 - 7. **Tratamiento ambulatorio.**
 - 8. **Asistencia a un centro de día.**
 - 9. **Permanencia de fin de semana.**
 - 10. **Libertad vigilada.**
 - 11. **Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.**
 - 12. **Prestaciones en beneficio de la comunidad.**

(*) Este trabajo ha sido subvencionado por el Gobierno del Principado de Asturias dentro del Plan de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (I+D+I) de Asturias 2001-2004.

13. **Realización de tareas socio-educativas.**
14. **Amonestación.**
15. **Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.**
16. **Inhabilitación absoluta.**

III. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal estaba llamada a producir un cambio trascendental en el tratamiento de la edad a efectos de responsabilidad penal. Hasta ese momento y siguiendo una tradición legislativa que se remonta al primer código penal aprobado en el siglo XX, el Código Penal de 1928, se declaraban exentos de responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años, al considerarse, *iuris et de iure*, que por razón de su edad carecían de la capacidad para comprender el carácter antijurídico del hecho delictivo que realizaban y de actuar conforme a esa comprensión⁽¹⁾. Estos menores quedaban entonces a disposición de unos tribunales constituidos precisamente para ocuparse de ellos, quienes les aplicaban una normativa específicamente elaborada para los mismos de marcados tintes protectores pero proclive a los abusos y arbitrariedades hasta 1992. El Código Penal de 1995, sin embargo, ya no recoge entre las causas que eximen de responsabilidad penal ninguna que haga referencia a la edad de las personas, declarándose en su artículo 19, eso sí, aún dentro del capítulo que este código dedica a las causas que eximen de la responsabilidad criminal, pero en un artículo distinto del que recoge las causas de exención de la responsabilidad criminal (artículo 20),

(1) Nuestros códigos decimonónicos presumían igualmente la falta de responsabilidad penal de los menores, pero sólo a partir de una edad sensiblemente inferior (menores de siete años en el código de 1822 y menores de nueve en los códigos de 1848 y 1870). Este criterio biológico puro o cronológico de la edad se complementaba con el criterio psicológico o del discernimiento para determinar la imputabilidad o inimputabilidad de los menores comprendidos entre los 7 y los 17 años (Código Penal de 1822) o entre los nueve y los quince años (códigos penales de 1848 y 1870). Véase sobre el tratamiento de la minoría de edad penal en estos códigos, VENTAS SASTRE, R., "La minoría de edad en los Códigos Penales Españoles del siglo XIX. Especial referencia al criterio del 'discernimiento'", en *Cuadernos de política Criminal (CPC)*, 2002, núm. 77, pp. 301-383, y para su evolución posterior, de la misma autora, *La minoría de edad penal*, ER/ Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003.

precisamente lo contrario, es decir, la responsabilidad penal de las personas independientemente de la edad.

El artículo 19 al disponer que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código” y que “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”, está reconociendo que también los menores pueden ser responsables penalmente de los hechos delictivos por ellos cometidos, si bien a éstos, en atención a sus circunstancias personales y por razones de política criminal, su responsabilidad criminal no se les exigiría con arreglo al Código Penal, sustrayéndolos consecuentemente de la aplicación de las penas y, en su caso, de las medidas de seguridad en él previstas, pero sí conforme a otra ley, la ley que regulase su responsabilidad penal. Una responsabilidad propia y distinta a la de los adultos fundamentada en el hecho diferencial de que los menores, en contraste con aquéllos, se encuentran inmersos en un constante proceso de formación de la personalidad ⁽²⁾ que hace que su responsabilidad no pueda ser considerada plena como la de los adultos, sino, ante su falta de madurez, atenuada o disminuida. Situación ante la cual lo recomendable, una vez que se elige la opción de recurrir a la vía penal, sería la intensificación de los aspectos educativos de la intervención penal ⁽³⁾.

Este nuevo régimen de tratamiento de los menores que cometen infracciones penales establecido en el Código Penal abría las puertas para recibir plenamente en nuestra legislación de reforma de los menores ese modelo de intervención con los menores, basado en la responsabilidad de los mismos por los hechos delictivos cometidos y en el respeto de las garantías propias de un Estado de Derecho, tanto en un plano sustantivo como procesal, que desde hacía algunos años se reflejaba en las directrices que emanan de organizaciones

(2) Véase sobre este particular GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ). Menores privados de libertad*, CGPJ, 1996, pp. 249-288.

(3) Sobre la culpabilidad de los menores véase BUENO ARÚS, F., “Imputabilidad de los menores”, en *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, 1998, pp. 37-56; MATA LLÍN EVANGELIO, A., “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, 1999-2000, pp. 55-102; SIMONS VALLEJO, R., “Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal (AP)*, 2002-2, pp. 431-466; MACHADO RUIZ, M.D., “Minoría de edad e imputabilidad penal”, en *AP*, 2003-3, pp. 93-137; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 193-220.

internacionales como Naciones Unidas o el Consejo de Europa⁽⁴⁾ y que ya había comenzado a introducirse en nuestro país con la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento ante los juzgados de menores (LORCPJM)⁽⁵⁾. Pero la recepción de ese modelo, llamado de responsabilidad o de justicia, requería de la aprobación de una ley que regulase la responsabilidad penal de los menores, dado que la legislación en materia de reforma de los menores vigente en ese momento, el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (LTTM), rebautizado en 1992 como Ley reguladora de la competencia y procedimiento ante los juzgados de menores, no armonizaba correctamente con las exigencias del modelo de responsabilidad, al partir de una premisa bien distinta como era la inimputabilidad de los menores a los que se aplicaba y de una orientación protectora hacia los mismos⁽⁶⁾. La

(4) Entre los textos que han marcado la evolución del tratamiento de los menores infractores en las leyes penales aprobados en un plano internacional, sean vinculantes o no para los Estados, destacarían: el Convenio sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las *Reglas de Beijing*, aprobadas por Resolución 40/33, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985; las Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad o *Reglas de Tokio*, las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o *Directrices de Riad* y las Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad, todas ellas adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 (Resolución 45/110; Resolución 45/112 y Resolución 45/113, respectivamente); en el marco del Consejo de Europa habría que señalar la Recomendación núm. R (87) 20, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros, el 17 de septiembre de 1987. Sobre el modelo de justicia juvenil que se propugna desde organismos internacionales y su influencia por el modelo norteamericano de las 4D véase GARCÍA PÉREZ, O., "Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico", en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 1999, núm. 3, pp. 38-44.

(5) Véanse los diferentes modelos de intervención con los menores infractores en MARTÍN LÓPEZ, M.T., "Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado", en *Responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 67-101; MACHADO RUIZ, M.D., "Minoría de edad e imputabilidad penal", cit., pp. 105-119; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Derecho Penal juvenil*, Bosch, 2003, pp. 43-68; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, cit., pp. 247-295.

(6) GISBERT JORDÁ, M.T., "Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores", en *CDJ. Menores privados de libertad*, cit., pp. 103-149, ha considerado que la aprobación de una nueva ley no era necesaria en la medida en que ya existía una ley que regulaba la responsabilidad penal del menor, la LORCPJM. Esta opinión es contrargumentada por SILVA SÁNCHEZ, J.M., "El régimen de la minoría de edad penal", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 162-163.

nueva ley, sin embargo, como parece que es el sino de la legislación dedicada a los menores infractores ⁽⁷⁾, se iba a hacer esperar, perviviendo, hasta su aprobación y posterior entrada en vigor, el régimen de la minoría de edad del texto refundido del Código Penal de 1973 con algunas modificaciones ⁽⁸⁾.

La sanción finalmente el 12 de enero de 2000 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, confirma lo apuntado ya en el artículo 19 del Código Penal sobre la responsabilidad penal de los menores de dieciocho años, y en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 40.3 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 ⁽⁹⁾ establece asimismo “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, dejando a estos menores al margen de la intervención penal y al amparo de medidas de protección. Esta edad es la de catorce años (art. 3), si bien su fijación responde más a razones de política criminal que a una auténtica falta de capacidad de estos menores para responder penalmente, como se evidencia en la propia exposición de motivos de la ley, donde podemos leer: “... la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”. Consiguientemente, la LORPM se aplica a los menores que en el momento de la comisión del hecho delictivo habían cumpli-

⁽⁷⁾ Recordemos que a pesar de que el texto refundido de la LTTM chocaba con la Constitución Española de 1978 y que la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial fijaba al ejecutivo el plazo de un año para que elaborase un proyecto de reforma de la legislación tutelar de menores (disposición adicional primera), fue necesario un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, declarando la inconstitucionalidad del artículo 15 de la mencionada ley en lo referente al procedimiento ante los Tribunales Tutelares de Menores por violar el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 36/1991, de 14 de febrero), para que nuestro legislador abordase finalmente la cuestión. No obstante, como es sabido, y ante la urgencia de colmar el vacío legal que provocó la citada sentencia, sólo se llevó a cabo una reforma parcial de la legislación en la que se anticipaba parte de una futura reforma más amplia.

⁽⁸⁾ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El régimen de la minoría de edad penal”, cit., pp. 162-163.

⁽⁹⁾ Este convenio internacional fue ratificado por España mediante el instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

do ya los catorce años pero todavía no los dieciocho (arts. 1.1 y 5.3) y, en un futuro, bajo determinadas condiciones, podrá ser igualmente aplicable a las personas que en el momento de referencia ya habían adquirido la mayoría de edad pero no habían cumplido aún los veintiún años (arts. 4 y 5.3)⁽¹⁰⁾. A todos ellos la LORPM dirige un sistema procesal, penal y ejecutivo que va a exigirles su responsabilidad penal guiado por los principios educativos, de intervención mínima, del interés superior del menor, de la flexibilidad en la elección y ejecución de las medidas y del reconocimiento de todas las garantías que se derivan del respeto a los derechos constitucionales. Si bien es cierto que el principio educativo, el principio del interés superior del menor y el principio de flexibilidad, con tanta fuerza y de modo reiterativo enunciados en la exposición de motivos de la ley (I y II), se atenúan en el articulado de la misma donde palpitan las exigencias de prevención general, en contra de lo dispuesto en la parte II, número 7, de la citada exposición, en la que se rechazan “expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios”. Así, por ejemplo, en el marco de la modificación de la medida impuesta (art. 14.1) o su sustitución (art. 51), condicionadas a que el menor haya recibido el suficiente reproche por la conducta realizada; o el recorte de la flexibilidad de los jueces

(10) La LORPM está en vigor desde el 13 de enero de 2001 salvo por lo que se refiere al régimen de las personas mayores de dieciocho y menores de veintiún años (art. 4), que ha visto suspendido su entrada en vigor en dos ocasiones como consecuencia de las presiones de las Comunidades Autónomas, que han manifestado hallarse imposibilitadas para asumir el costo de aplicación de esta ley a esos jóvenes, de la policía y de algún sector de la Fiscalía y Judicatura, que consideran que la aplicación de ésta a los mismos supondría una sobrecarga de trabajo, o de la alarma social que ya genera la fuga de menores de entre 14 y 18 años de los centros de internamiento. Una primera suspensión de su entrada en vigor tuvo lugar con la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que estableció en su disposición transitoria única su suspensión por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de LORPM. Y una segunda vez, por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores, que en su disposición transitoria única pospuso su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2007.

Además de los estudios que iremos citando, véase sobre la LORPM, entre otros, RÍOS MARTÍN, J.C., “La ley de responsabilidad penal de los menores: Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, en *Revista ICADE*, 2001, núm. 53, pp. 203-241; BUENO ARÚS, F., “Aspectos sustantivos de la ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista ICADE*, 2001, núm. 53, pp. 61-75; CARMONA SALGADO, C., “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y ROCA ROCA, E. (coords.), *Los Derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pp. 107-126.

de menores en la adopción de la medida aplicable, llegando incluso el propio legislador a determinar la medida aplicable a determinados hechos calificados de extrema gravedad (art. 9.5.^a), supuesto en el cual también se limita la posibilidad de una modificación o sustitución de la medida. Una orientación que se acentuó muy especialmente tras la reforma de esta ley por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la LORPM, en relación con los delitos de terrorismo⁽¹¹⁾, por vía de la cual se establece, entre otras cosas, un régimen específico de determinación y ejecución de las medidas para los menores responsables de los delitos de los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 y 180 (violación y violación y agresiones sexuales cualificadas), 571 a 580 (delitos de terrorismo, organizaciones y bandas armadas) y aquellos otros sancionados en el Código Penal con la pena de prisión igual o superior a los 15 años, en el que las facultades discrecionales de los jueces de menores se ven fuertemente restringidas cuando no desaparecen. A esta reforma, de marcados tintes retribucionistas, con la que se iniciaba un giro en el sistema de tratamiento de esos menores antes incluso de la entrada en vigor de la LORPM, se ha sumado más recientemente otra modificación de esta ley a través de la LO 15/2003, de 23 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en cuya disposición final segunda se da una nueva redacción al artículo 25 de la LORPM introduciendo el ejercicio de la acusación particular en el procedimiento por hechos delictivos cometidos por estos menores⁽¹²⁾. Y esta línea de endurecimiento de la reacción penal frente a los menores que cometen infracciones penales parece ser la que se promueve desde el Parlamento que aprovechando la última reforma señalada introdujo también en la LORPM una disposición adicional sexta⁽¹³⁾ con el siguiente tenor: “evaluada la aplicación de esta Ley Orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orien-

(11) Véase ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, en *Revista ICADE*, 2001, núm. 53, pp. 104-120.

(12) Sobre este concreto particular MINGO BASAÍL, M.L., “Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular”, en *Revista Jurídica La Ley (R JL)*, 2004, D-197, pp. 1885-1898.

(13) La LO 7/2000 también incorporó a la LORPM una disposición adicional, la quinta, en virtud de la cual se otorga al Gobierno un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la LORPM para que remita al Congreso de Diputados un informe, en el que se analicen y evalúen los efectos y consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta. Pero en este caso, se era más comedido y no se presuponía los resultados de su evaluación.

tadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios”.

II. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LORPM

1. Consideraciones generales

El reconocimiento de la responsabilidad penal a determinados menores no ha afectado, sin embargo, a la denominación de la respuesta jurídico-penal que específicamente se da a sus conductas delictivas. Ésta sigue siendo designada con el término ya tradicional de medida en un afán del legislador de destacar el carácter educativo de este tipo de sanciones⁽¹⁴⁾, aunque ello pueda suponer, como han puesto de relieve algunos autores un verdadero fraude de etiquetas⁽¹⁵⁾,

(14) Nótese que de entre los múltiples trabajos de reforma que precedieron a la LORPM sólo el *Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor*, de 27 de abril de 1995, redactado por el Ministerio de Justicia e Interior del Gobierno del Partido Socialista, contemplaba la posibilidad de aplicar a los menores una respuesta jurídico-penal más próxima terminológicamente hablando al Derecho Penal de adultos como era la llamada pena juvenil. Ésta consistía en “la privación de libertad del condenado mediante su internamiento en un centro cerrado para jóvenes” y estaba destinada, por regla general, a los jóvenes responsables de un delito grave cometido con violencia o intimidación castigado con una pena de prisión en el Código Penal.

(15) Algunos autores asimilan las medidas a las penas, así PANTOJA GARCÍA, F.; MUÑOZ MARÍN, A.; PÁRAMO y DE SANTIAGO, C.; MORAL GARCÍA, A. del, “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de menores. (Anotaciones tras ocho años de aplicación)”, en *AP*, 1993-I, pp. 134; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Pre-supuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, cit., p. 272; CERESO MIR, J., *Derecho Penal. Parte general-Lecciones*, 2.ª ed., UNED, Madrid, 2000, p. 83; GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *AP*, 2000-3*, p. 688; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, 2000.3*, p. 703; LANDROVE DÍAZ, G., “La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *RJL*, 2000, D-146, p. 1663; BOLDOVA PASAMAR, M., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 451. El Tribunal Constitucional, por su parte, afirmó en relación a las medidas previstas en la LORCPJM que aunque la mayor parte de las mismas entrañaban restricciones de la libertad personal de los menores no cabría equipararlas a las penas privativas de libertad, pues no se adoptaban en el ejercicio del *ius puniendi* ni tenían finalidad retributiva (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6.º).

en atención a que bajo esa denominación nos encontramos con auténticas privaciones o restricciones de derechos que en muchas ocasiones coinciden con el contenido de algunas penas y/o de algunas medidas de seguridad⁽¹⁶⁾.

Si el contenido concreto de las medidas no nos permite, por tanto, de forma fidedigna diferenciarlas de las penas y de las medidas de seguridad, ni tampoco nos ofrece gran ayuda, a este respecto, apelar a su fundamento, pues éste sólo contribuiría a aproximar a las medidas a las penas o a acercarnos a las medidas de seguridad, dependiendo de si el mismo se encuentra en la culpabilidad del menor o en la peligrosidad criminal de éste manifestada en la comisión del hecho delictivo, cabría preguntarnos cuáles son las notas que distinguen a las medidas de aquellas consecuencias jurídico-penales aplicables a los adultos y que justifican, consecuentemente, su autonomía.

A nuestro juicio esos rasgos singularizadores de las medidas tendríamos que buscarlos en los principios rectores del sistema de justicia juvenil, tal y como ha sido diseñado en la LORPM⁽¹⁷⁾. En este sentido, habría que resaltar especialmente que el tratamiento de los menores que delinquen está imbuido en una atmósfera socializadora e integradora de estos menores, que aleja a las medidas, aunque en alguna ocasión ciertamente con poco éxito⁽¹⁸⁾, de consideraciones de prevención general y reafirmación del ordenamiento jurídico tan presentes en el marco de las penas. La finalidad primordialmente educativa de la actuación sobre los menores permite, asimismo, que ni siquiera se

(16) Antes de la aprobación de la LORPM, las medidas se equiparaban principalmente a las medidas de seguridad sobre la base de que se aplicaban a personas inimputables.

POLAINO NAVARRETE, M., “La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000”, en *Anuario de Justicia de Menores (AJM)*, 2001, pp. 143-182, considera que también en la LORPM las medidas previstas para los menores son medidas de seguridad.

(17) Así GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales (EJ.SJ)*, 2002-I, pp. 77-84; ROSA CORTINA, J.M., (DE LA ROSA CORTINA, J.M. / URBANO CASTRILLO, E.), *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, Aranzadi, 2001, pp. 81-90; CERVELLO DÓNDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, 2002, pp. 110-117.

(18) Piénsese, por ejemplo, en medidas como el internamiento en régimen cerrado o la medida de inhabilitación absoluta y los supuestos a los que se vinculan; en el condicionamiento de la modificación de una medida a que se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta (arts. 14 y 51); o en el cumplimiento de las medidas de internamiento en un establecimiento penitenciario para adultos cuando el menor cumple 23 años (art. 15).

llegue a aplicar una medida en respuesta a una infracción penal⁽¹⁹⁾ o que en caso de ser aquélla impuesta se vaya modificando a lo largo de su ejecución según aconseje la evolución del menor y siempre en su interés. Precisamente el interés del menor, al que constantemente se apela tanto a lo largo del procedimiento como en la fase de ejecución de la medida, ha de ser valorado especialmente por los jueces de menores en el momento de determinar la medida, concediéndole mayor importancia que a la propia gravedad de los hechos (art. 7.3). Estos jueces gozan además con carácter general de gran flexibilidad en la adopción de esa decisión, pues, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal de adultos, las medidas no aparecen vinculadas a los concretos tipos penales y el proceso de su selección no está determinado por valoraciones preestablecidas por el legislador, si bien es cierto que se puede apreciar una acomodación de las mismas, al menos en parte, a la gravedad de las infracciones. Hecho que no obstaculiza, con carácter general, que los jueces de menores se encuentren en disposición de aplicar la medida más adecuada para el menor, dentro del catálogo legal de medidas. Una flexibilidad que se vuelve a manifestar una vez aplicada la medida como consecuencia de la posibilidad de modificar la medida en cualquier momento, dejándola sin efecto, reduciendo su duración o sustituyéndola por otra (art. 14), o la posibilidad de suspenderla en su ejecución (art. 40). No obstante lo dicho, debe igualmente reconocerse que este sistema de medidas no ha sabido desprenderse de rasgos propios del Derecho Penal de adultos como las reglas de determinación de la medida aplicable en el caso de los concursos de delitos, que, sin justificación posible, se han reproducido sin más en el ámbito de los menores.

Siguiendo el mandato contenido en el artículo 40.4 del Convenio sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en virtud del cual los Estados Parte garantizarán que se disponga de diversas medidas en respuesta a los hechos delictivos cometidos por los menores, a fin de que éstos sean tratados de manera adecuada a su bienestar, y que guarden proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción⁽²⁰⁾, la LORPM establece un amplio abanico de medidas, que va a

(19) Existen diferentes instituciones tendentes a evitar que el Juez de Menores dicte una sentencia, como la no incoación del expediente al menor por corrección en el ámbito educativo o familiar del artículo 18 y la posibilidad de sobreseer el expediente prevista en el artículo 19.

(20) A título de ejemplo, señala el Convenio entre las posibles alternativas al internamiento en instituciones las siguientes: medidas de cuidado, órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda y los programas de enseñanza y formación profesional.

permitir al juez o tribunal sentenciador en el momento de determinar la medida o medidas aplicables a un menor, e incluso en la fase de ejecución de la medida, elegir aquella que sea más adecuada al menor. No obstante, este catálogo de medidas no presenta demasiadas novedades respecto de la regulación inmediatamente anterior⁽²¹⁾, dado que únicamente cabría considerar como medidas de nueva creación a las privaciones de licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, la inhabilitación absoluta, la asistencia a un centro de día y la realización de tareas socio-educativas, si bien el contenido de estas dos últimas ya se había, con anterioridad, utilizado en el marco de la medida de la libertad vigilada⁽²²⁾ ⁽²³⁾.

Las medidas aparecen contempladas en un larguísimo artículo 7, con el que se inaugura el Título II de la ley, dedicado precisamente a ellas. Se trata ciertamente de un artículo extenso, cuya desfragmentación en varios preceptos pro-

(21) En la LORCPJM las medidas previstas eran las siguientes: la amonestación, el internamiento de fin de semana, la libertad vigilada, el acogimiento por persona o grupo familiar, la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, las prestaciones de servicios en beneficio de la comunidad, el tratamiento ambulatorio, el ingreso en un centro de carácter terapéutico, y el ingreso en un centro abierto, semiabierto o cerrado (art. 17). Estas medidas, a excepción de la amonestación, cuya ejecución se agotaba en un acto único, y el internamiento de fin de semana, para el cual la ley contemplaba específicamente una extensión temporal de uno a tres fines de semana, no podían exceder en su duración de los dos años (art. 16) y podían ser reducidas y aun dejadas sin ulteriores efectos por el Juez (art. 23). Sobre las mismas, véanse, entre otros, GANZENMÜLLER ROIG, C., “Contenidos y criterios de selección de las medidas de reforma en la LO 4/1992. El Ministerio Fiscal en la ejecución de las medidas”, en *Poder Judicial*, 1993, núm. 32, pp. 39-60; SEGARRA CRÉSPO, M.J., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Amonestación y libertad vigilada”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, 1995, núm. III, pp. 347-370; CHÍCOY GAMBORINO, R., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Internamientos”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, cit., pp. 371-383.

(22) GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 77.

(23) Tampoco presenta muchas novedades con respecto al elenco de medidas propuesto en el PLORPM de 1998, pues más allá de modificaciones en el contenido de algunas de ellas, sólo se aprecia la unificación de la medida de libertad vigilada simple con la medida de libertad vigilada con supervisión intensiva y la introducción de la inhabilitación absoluta.

El GP Vasco propuso en su enmienda núm. 5 que se incorporase la medida de expulsión del territorio nacional del menor residente legalmente en España sobre la base de que era la solución más sencilla y eficaz frente a los menores infractores extranjeros, menos mal que, en consideración a los derechos de los menores y su integración, la retiró antes del Informe de la Ponencia (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 7).

puso sin éxito la FGE⁽²⁴⁾, en el que nos encontramos no sólo con una enumeración de las medidas, como anticiparía la rúbrica de este precepto (“Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores”) y hacia la LORCPJM, sino también con una descripción de las mismas⁽²⁵⁾, aparte de establecerse el criterio general que ha de seguirse en la determinación de la medida. En total el número de medidas, tras la incorporación de la medida de inhabilitación absoluta en la reforma por LO 7/2000, sobrepasa las catorce, pero hay algunas cuyo contenido se identifica con facilidad como sería el caso de la medida de asistencia de día y de la medida de realización de tareas socio-educativas.

La amplitud de este elenco de medidas no impide, sin embargo, que se eche en falta alguna otra como podría ser la medida de días-multa, medida que sí se contemplaba en los trabajos de reforma del sistema de justicia juvenil promovidos por el Gobierno o el Grupo Parlamentario Socialista (*Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor*, de 27 de abril de 1995, redactado por el Ministerio de Justicia e Interior del Gobierno del Partido Socialista y *Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor*, presentada por el GP Socialista al Congreso de Diputados el 29 de noviembre de 1996 y, de nuevo, el 23 de junio de 1998) y que podría resultar adecuada frente a los menores que desarrollan una actividad laboral o que disponen de medios propios⁽²⁶⁾; la privación de la patria potestad frente a los responsables de conductas delictivas que de alguna forma pongan de relieve la realización de conductas contrarias a los deberes familiares, que había sido también recogida en las proposiciones citadas; o, circunscritas al ámbito de la llamada violencia de género, las medidas homónimas a las penas de alejamiento, si bien entendemos que en el caso de la prohibición de residir en el lugar donde resida la víctima

(24) FGE, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores*, de 2 de octubre de 1997, recogido en Congreso de Diputados, *Responsabilidad penal de los menores. (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Secretaría General del Congreso de Diputados, p. 235.

(25) Esta descripción se ha completado recientemente a raíz de la aprobación del tan reclamado Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (RLORPM).

(26) En este sentido se ha expresado también CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, 2001, p. 54, que habla en general de la multa. En contra de la aplicación de la multa, CARMONA SALGADO, C., “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal (EJ.MF)*, 2002-I, p. 922.

podría resultar difícil armonizar las necesidades de protección de las víctimas con el tratamiento del menor en su propio entorno social y familiar, expresión, como es sabido, de uno de los principios que guían la ejecución de las medidas⁽²⁷⁾.

Las medidas se hallan ordenadas según la restricción de derechos que suponen (art. 7.1)⁽²⁸⁾ un orden que en atención al contenido de las mismas se realizaría, en principio, en sentido decreciente, es decir, de mayor a menor restricción de derechos. No obstante, esta premisa, que contribuiría, por ejemplo, a evitar problemas interpretativos sobre la mayor o menor restricción de derechos de una u otra medida en el momento de aplicar el principio acusatorio (art. 8) o valorar la modificación de la medida (arts. 14 y 51), no se sigue plenamente, siendo especialmente llamativo el caso de la medida de inhabilitación absoluta que se encuentra situada cerrando la enumeración. Pero no sería el único. La asistencia a un centro de día no puede prevalecer justificadamente sobre la permanencia de fin de semana, que es una medida privativa de libertad; las privaciones de licencias administrativas son medidas más graves que la medida de amonestación a la que suceden en la lista y que ni siquiera cabe calificar de medida privativa de derechos; la libertad vigilada o las prestaciones en beneficio de la comunidad en atención a su contenido pueden ser más gravosa que la asistencia a un centro de día; y lo mismo cabría decir respecto de una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad y una libertad vigilada, etc.⁽²⁹⁾.

(27) La FGE, en la Consulta 3/2004, de 16 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores, aborda la cuestión de si es posible aplicar medidas, en este caso, cautelares de alejamiento a los menores maltratadores respecto de sus víctimas, ante la falta de referencia expresa en la ley a las mismas. La respuesta es afirmativa, incardinando el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como una regla de conducta en el marco de una medida cautelar de libertad vigilada orientada ésta globalmente al interés del menor dentro de su proceso educativo.

(28) En el PLORPM se decía lo siguiente: “Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, por orden de gravedad decreciente, son...”. Esta redacción del precepto se modifica a raíz de la enmienda núm. 30 del GP Federal IU presentada con el objetivo de dar sentido pleno al principio acusatorio (art. 8) y para evitar interpretaciones judiciales alejadas de los criterios que establece la ley.

(29) Véase GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., pp. 86-87, quien señala, además, que en medidas como el tratamiento ambulatorio o la convivencia con otra persona, familia o grupo no se comprende cuál es el criterio a que se ha atendido para ubicarlas en ese listado del artículo 7.1, opinión que compartimos.

Ante la existencia de múltiples criterios posibles de clasificación de las medidas ⁽³⁰⁾ y la ausencia de una clasificación legal de las mismas, más allá de la que implícitamente podría desprenderse de la dicción del artículo 8, párrafo segundo, a cuyo tenor podríamos hablar de medidas privativas de libertad, categoría a la que pertenecerían la permanencia de fin de semana, el internamiento de régimen cerrado, el internamiento en régimen semiabierto, el internamiento en régimen abierto ⁽³¹⁾ y el internamiento terapéutico, y, por contraposición a éstas, de medidas no privativas de libertad, en las que se incluirían las restantes, vamos a abordar el estudio de cada una de las medidas previstas en la LORPM siguiendo el orden que establece el artículo 7.1. No obstante, antes me gustaría hacer una consideración de carácter general sobre las medidas de internamiento, que parece olvidar nuestro legislador al establecer en ocasiones con carácter imperativo la aplicación de una medida de internamiento en régimen cerrado, y una referencia a la ejecución de las medidas.

Las medidas de internamiento, que de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley (III.16), responden “al objetivo prioritario de disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad”, son las medidas que de forma más intensa afectan a los derechos de los menores, teniendo, por tanto, bien justificado el ocupar las primeras letras del artículo 7 de la ley. Precisamente por la fuerte restricción de derechos que comportan, no hay duda de que su aplicación debe responder al principio de última *ratio*, es decir, debería acudir a ellas únicamente allí donde ninguna otra de las medidas contempladas en la ley fuera

(30) Véase la clasificación de las medidas, por ejemplo, en *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 189-190; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., pp. 122-128.

(31) El GP Catalán en su enmienda núm. 169, relacionada con su enmienda 196, propuso que se estableciese una única medida de internamiento, dejando en manos de la entidad pública la determinación del régimen de vida al que quedaría sometido el menor durante el cumplimiento de la medida en aras de otorgar al menor un tratamiento individualizado y poder aplicarle los mecanismos de progresión y regresión de régimen en función de su evolución que actuarían como estímulo para su evolución positiva. Opinión compartida por GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *AP*, 2001-1, p. 182.

eficaz⁽³²⁾. La ley ha omitido una referencia expresa en su articulado a este carácter de última *ratio* de las medidas privativas de libertad, pero este principio tiene plena vigencia, pues se encuentra recogido expresamente en el Convenio sobre los Derechos del Niño, donde se establece que "... la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" [art. 37.b)]⁽³³⁾. Un criterio compartido mayoritariamente por la doctrina que se ha reflejado recientemente en una de las resoluciones del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, dedicado a la *Responsabilidad penal de los menores en el orden nacional e internacional*, celebrado en Beijing, en septiembre de 2004⁽³⁴⁾, cuyo tenor es el siguiente: "la privación de libertad debe ser una sanción excepcional reservada para las infracciones más graves, y sólo aplicable a menores cuya personalidad haya sido cuidadosamente evaluada. Su adopción y su duración deben limitarse de manera estricta. El cumplimiento de cualquier sanción privativa de libertad debe desarrollarse en lugar diferente

(32) Una precisión que sí realizaba la vieja LTTM de 1940, en relación a un tipo de internamiento: "únicamente podrá ser internado el menor en un establecimiento de reforma de tipo correctivo cuando los medios empleados en las demás instituciones reformadoras auxiliares del Tribunal resulten ineficaces, dadas las condiciones personales de desmoralización o rebeldía" [art. 17.A)].

(33) Otros instrumentos de carácter supranacional, aunque no vinculantes, donde se postula la utilización excepcional de la privación de libertad en respuesta a la delincuencia protagonizada por menores y además con la menor duración posible serían las ya mencionadas Reglas de Beijing, que recogen entre los principios rectores de la sentencia y la resolución que "la privación de libertad sólo se impondrá en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos, y siempre que no haya otra respuesta adecuada" [art. 17.1.c)] y que "las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible" [art. 17.1.b)], excepcionalidad que se extiende al confinamiento, "el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible", (art. 19); la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, para la protección de menores privados de libertad, que comienza estableciendo que "1. ... el encarcelamiento deberá usarse como último recurso. 2. ... la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales"; o la Recomendación núm. R (87) 20 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre, que tras postular que "las intervenciones con los menores se realicen con preferencia en el ambiente natural de la vida" (IV 11) habla de internamiento indispensable (IV 13) y se refiere a los casos en los que no puede evitarse una pena privativa de libertad (IV 16).

(34) Publicadas en *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 75, 3.^{er} y 4.^o trimestre, 2004, pp. 807-809.

a la prisión de adultos. Siempre que sea posible, deberán aplicarse medidas alternativas al juicio formal y, en su caso, a la privación de libertad. En tanto que el objetivo primordial tiene que ser la resocialización del infractor, debe darse preferencia a aquellas medidas de mediación que mejor tomen en consideración los intereses de las víctimas” (art. 13).

Por lo que se refiere a la ejecución de las medidas, simplemente señalar que la competencia sobre este particular se ha atribuido a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, quienes podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades públicas (estatales, autonómicas o locales) o privadas sin ánimo de lucro (art. 45). No obstante, existen algunas medidas que por su contenido son ejecutadas por el propio Juez de Menores (amonestación y privaciones de derechos cuyo ejercicio está condicionado a la obtención de una licencia administrativa), sin olvidarnos de que las medidas impuestas por los delitos de terrorismos de los artículos 571 a 580 del Código Penal se tienen que llevar a cabo en los establecimientos y con el control especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas [disposición adicional 4.ª 2.d)]⁽³⁵⁾. El control de su ejecución le corresponde al Juez de Menores (art. 44), estableciéndose a este fin, entre otras medidas, la obligación de la entidad pública de remitirle informes sobre la ejecución de las medidas que le permitan llevar a cabo su seguimiento (art. 49). Una obligación que cumplirá siempre que fuese requerido para ello, cuando ella misma lo estime necesario y con la periodicidad que se establezca reglamentariamente, esto es, como regla general cada tres meses (art. 13 del RLORPM)⁽³⁶⁾.

(35) Ampliamente sobre su ejecución, CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, “La ejecución de las medidas: comentarios a los arts. 43 a 53 (disposiciones generales y reglas para la ejecución de las medidas) de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor”, en *EgK*, 2000, núm. 14, pp. 47-86; GUINARTE CABADA, G., “Algunas consideraciones sobre la ejecución de las medidas previstas en la Ley penal del menor (LO 5/2000)”, en *EPC*, XXIV, 2002-2003, pp. 405-442. Obsérvese que uno de los problemas fundamentales para el desarrollo del nuevo sistema de medidas, como es el relativo a la existencia de centros de internamiento de menores, sigue sin estar resuelto, según lo evidencia de forma reiterativa el Defensor del Pueblo en sus informes anuales a las Cortes Generales.

(36) En el caso de la medida de permanencia de fin de semana los informes de seguimiento tienen que ser remitidos cada cuatro fines de semana cumplidos y tratándose de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad se exige un informe cada 25 horas cumplidas si la medida impuesta es igual o inferior a 50 horas, y uno cada 50 horas cumplidas si la duración es superior.

2. Internamiento en régimen cerrado

La medida de internamiento en régimen cerrado es la medida que de forma más intensa priva de libertad al menor, ocupando, consecuentemente, el primer lugar en la enumeración de las medidas realizada en el artículo 7.1, donde se establece que esta medida comporta que las personas a ella sometidas “residan en el centro y desarrollaren en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio”. Definición que se reitera en el artículo 24 del reglamento de desarrollo de la ley, que a pesar de estar dedicado específicamente a ella, no aporta nada nuevo al respecto, limitándose a precisar que las actividades que se desarrollan en el centro serán las planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida⁽³⁷⁾.

La realización de todas estas actividades dentro del centro de internamiento es la nota que establece la ley para distinguirla de las medidas de internamiento en régimen semiabierto y de internamiento en régimen abierto. Esta nota podría completarse con alguna diferencia presente en el régimen de cumplimiento de una y otras, diseñado en el RLORPM, en cuanto a los permisos de salida ordinarios (art. 45), salidas de fin de semana (art. 46), salidas programadas (art. 48) y permisos extraordinarios (art. 47)⁽³⁸⁾ ⁽³⁹⁾.

(37) Téngase presente que la ley atribuye, con carácter general, la competencia en materia de ejecución de las medidas a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla (art. 45), quienes a este fin, entre otras cosas, han de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida, donde se recogerían el contenido y las obligaciones que tienen que cumplir los menores, que será sometido a la aprobación del Juez de Menores. En este programa se recogen las actividades que ha de realizar el menor durante su estancia en el centro, de forma que desde el primer día de su ingreso, siempre que éste se produzca con posterioridad a la aprobación del programa, el menor es sometido a un proceso educador.

(38) Obsérvese que en el ámbito de los adultos, las personas clasificadas en primer grado y, por tanto, en régimen cerrado no podrían disfrutar ni de permisos ordinarios (art. 154 del RP) ni de salidas programadas (art. 114 del RP) y sólo las personas en régimen abierto podrían obtener salidas de fin de semana (art. 87 del RP). En cambio los menores internados en régimen cerrado, sí podrían disfrutar de todos esos instrumentos dirigidos a preparar su futura vida en libertad una vez que han cumplido un tercio de la duración de la medida, si manifiestan una buena evolución personal durante la ejecución de la misma, el permiso ordinario o la salida favorece el proceso de reinserción social, satisfacen los requisitos comunes a los que reglamentariamente se somete la concesión de los permisos ordinarios y salidas (art. 45.4) y lo autoriza el Juez de Menores. En el caso de los permisos ordinarios, el menor internado en régimen cerrado podrá disfrutar de hasta doce días al año, con una duración máxima de cuatro días (art. 45.7), de una salida de fin de semana al mes (art. 46.7) y de las salidas programadas que organice el centro para el desarrollo del programa individualizado de ejecución de la medida (art. 48). Los permisos extraordinarios por responder a criterios de humanidad ante situaciones excepcional sólo exigen la autorización expresa del Juez de Menores.

(39) Las condiciones imprescindibles y comunes a todos los menores que cumplen una medida de internamiento, independientemente del régimen de internamiento, para

A través de este internamiento se perseguiría, según la exposición de motivos de la ley, que el menor adquiera “los suficientes recursos de competencia social⁽⁴⁰⁾ que le permitan un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo”, al que sólo se podría recurrir si las condiciones de riesgo —entendemos riesgo de comisión de nuevos delitos graves— lo exigen⁽⁴¹⁾, tal y como se podría desprender de lo dispuesto en la citada exposición cuando se aborda el internamiento terapéutico.

El carácter excepcional de esta medida, que durante mucho tiempo constituyó la espina dorsal de nuestro sistema reeducador, se justificaría no sólo en la propia gravedad intrínseca de la misma sino especialmente en el hecho de que se considera que es contraproducente aislar al menor de su medio comunitario natural, debiendo, por tanto, la conflictividad del menor abordarse en el contexto donde se origina⁽⁴²⁾. La causación de efectos criminógenos, estigmatizadores

poder disfrutar de los permisos ordinarios, salidas de fin de semana y salidas programadas se establecen en el artículo 45.4 y son las siguientes: petición previa del menor, que no se encuentre cumpliendo o pendiente de cumplir sanciones disciplinarias por faltas muy graves o graves impuestas de conformidad con este reglamento; que participe en las actividades previstas en su programa individualizado de ejecución de la medida; que se hayan previsto los permisos en el programa individualizado de ejecución de la medida o en sus modificaciones posteriores, aprobados por el Juez de Menores competente, que en el momento de decidir la concesión no se encuentre imputado en un nuevo hecho constitutivo de infracción penal y que no exista respecto del menor internado un pronóstico desfavorable del centro por la existencia de variables cualitativas que indiquen el probable quebrantamiento de la medida, la comisión de nuevos hechos delictivos o una repercusión negativa de la salida sobre el menor desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de ejecución de la medida.

(40) GARRIDO GENOVÉS, V., “Los centros de menores en la prevención de la delincuencia en España”, en *EgK*, 1997, núm. 11, p. 184, define la competencia social como “el conjunto de habilidades de conducta y de pensamiento que, junto a una adecuada capacidad emocional, resulta necesario para lograr una vida prosocial (orientada hacia el bien social y la solidaridad) y plenamente desarrollada (es decir, en sus facultades y posibilidades como ser humano)”.

(41) Señala GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 94, que este régimen sería inevitable en atención a las circunstancias personales del menor cuando éste “carezca de cualquier tipo de arraigo o si carece de control dentro de su núcleo familiar, ya fuere por su carácter desestructurado o también delincencial”. Consecuentemente la existencia de familia o de apoyos en el exterior serían cruciales para la no aplicación de una medida de internamiento en régimen cerrado.

(42) Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto a favor de una justicia juvenil”, en *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2000, pp. 15-16; SEGARRA CRESPO, M.J., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Amonestación y libertad vigilada”, cit., p. 351.

y desocializadores así como su cuestionada eficacia son críticas que pesan con fuerza sobre la misma, pero su existencia, no obstante, sigue siendo necesaria para hacer frente a casos muy especiales, donde el recurso al internamiento en régimen cerrado es inevitable. El problema es que esta necesidad es interpretada generosamente por el legislador, quien a lo largo del articulado de la ley difumina la excepcionalidad de esta medida. En este sentido, nos encontramos con que la posibilidad de aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado surge desde el momento en que un delito doloso se ha cometido empleando violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de éstas (art. 9.2.^a, 6.^a y 1.^a), sin exigir, siquiera, que la violencia o intimidación hayan sido graves⁽⁴³⁾. Aunque los casos más espinosos son aquellos en los cuales la medida de internamiento en régimen cerrado deviene obligatoria, como ocurre en los que podríamos llamar, a tenor del párrafo tercero de la regla 5.^a del artículo 9, supuestos de extrema gravedad⁽⁴⁴⁾ y en los delitos previstos en la disposición adicional 4.^a de la ley, en cuya sanción, como ya quedó dicho, el legislador encuentra cauce a las exigencias de prevención general, en contra de sus propias palabras recogidas en la exposición de motivos, donde expresamente se rechazaba el principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma (II.7).

Si bien la redacción de la regla 5.^a del artículo 9 no es muy clara a la hora de concretar los supuestos de extrema gravedad⁽⁴⁵⁾, entendemos que éstos se producirían cuando los delitos en cuya comisión interviene violencia o intima-

(43) Pensemos, por ejemplo, en un tirón de bolso.

(44) GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, cit., p. 693, duda incluso sobre la constitucionalidad de este precepto, desde el momento en que queda anulada la aplicación de otros medios que podrían resultar idóneos como exige la Convención de los Derechos del Niño.

(45) Una interpretación gramatical del precepto, “cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad”, nos conduciría a atender para aplicar esta regla únicamente a los delitos cometidos y a la reincidencia, como señala CADENA SERRANO, F.A., “Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *El nuevo Derecho Penal juvenil (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 100-101. No obstante, ante la falta de claridad del legislador, nos pronunciamos en apoyo de una interpretación más favorable al interés del menor, comprensiva de todos los requisitos enunciados en la regla 4.^a del artículo 9, en aras de paliar las graves consecuencias que este precepto conlleva. Así GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., pp. 118-119.

ción en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas son ejecutados por un menor que en el momento de la comisión del mismo había cumplido ya los 16 años, se aprecia la circunstancia de reincidencia y el equipo técnico en su informe aconseja la prolongación de las medidas. Los delitos recogidos en la disposición adicional 4.^a de la ley son todas las infracciones penales que con anterioridad a la reforma por LO 7/2000, de 22 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal y la LORPM en relación a los delitos de terrorismo, expresamente se consideraban supuestos de extrema gravedad a excepción del reclamo de la actividad de bandas, organismos o grupos terroristas del artículo 170.2, es decir, los delitos de terrorismo, precisándose en la citada disposición que son los comprendidos en los artículos 571 a 580 ⁽⁴⁶⁾, los de asesinato u homicidio doloso y los de violación y violación y agresiones sexuales cualificadas de los artículos 179 y 180 del Código Penal. A éstos se han sumado, a raíz de esa reforma, todos los delitos castigados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años ⁽⁴⁷⁾.

La mayor dureza de la reacción del ordenamiento jurídico frente a quienes cometen los delitos mencionados en la citada disposición, comenta el legislador en la exposición de motivos de LO 7/2000, aspira a “reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada ley (principio educativo, principio del interés superior del menor) ⁽⁴⁸⁾ a los menores implicados en delitos de terrorismo ⁽⁴⁹⁾, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos... que aquí se ven particularmente afectados por la creciente participación de menores no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas” y “para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen

(46) En estos delitos es imperativa también la imposición de la medida de inhabilitación absoluta por tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el menor [disposición adicional 4.^a 2.c), párrafo 4].

(47) Si el fundamento de la aplicación del régimen cerrado se basa en la gravedad de los delitos, no se entiende por qué no se hace referencia a los delitos tipificados en las leyes penales y castigados con esas penas de prisión.

(48) La precisión entre paréntesis es nuestra.

(49) La falta de referencia al resto de los delitos a los que afectan las modificaciones llevada a cabo por esta ley en la LORPM se debe a que inicialmente la reforma sólo se proyectaba en relación a éstos (véase el Proyecto de Ley 121/000018, Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, BOCG, de 13 de octubre de 2000).

radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador”. Pero en realidad a través de esta modificación no se ha hecho más que incrementar el castigo a los menores que cometen determinados delitos graves o el delito menos grave de enaltecimiento del terrorismo (art. 578), pues el establecimiento con carácter imperativo de una medida excluye *a priori* la valoración de las circunstancias del menor más allá que a los efectos de la concreción de la duración de la misma. Se produce así una obstrucción a uno de los principios rectores de la ley, a saber, el interés del menor invocado reiteradamente en la exposición de motivos y a lo largo de su articulado, y expresamente reconocido en el Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3.1 señala que “las medidas que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos han de atender, como consideración primordial, al interés superior del menor”.

El interés del menor también se ve infravalorado, una vez que la sentencia ha sido impuesta, tanto en los supuestos de extrema gravedad como en los previstos en la disposición adicional 4.^a cometidos por mayores de dieciséis años [disposición adicional 4.^a 2.c), párrafo 1.^o], desde el momento en que la valoración de las posibilidades de modificación (art. 14) y sustitución de la medida (art. 51.1), en los supuestos de extrema gravedad, a las que se añade la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40) en los casos señalados de la disposición adicional 4.^a 2.c) párrafo 1.^o, se supedita al cumplimiento de una parte de la medida⁽⁵⁰⁾. Exactamente en los supuestos de extrema gravedad, se establece, en la regla 5.^a del artículo 9, que sólo podrá hacerse uso de las posibilidades de modificación y sustitución de la medida una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento, exigiéndose en los casos de la disposición adicional 4.^a 2.c) párrafo 1.^o, que haya transcurrido al menos la mitad del tiempo de duración de la medida para poder estudiar si es procedente la modificación, sustitución o suspensión de la ejecución del fallo.

El establecimiento de un período mínimo de cumplimiento de la medida conforme fue impuesta en la sentencia hacía a estos menores de peor condición que a los adultos, a quienes, a tenor del artículo 105 del Reglamento Penitenciario (RP), se realiza una revisión de su clasificación inicial cada seis meses como máximo en aras de que el tratamiento vinculado al régimen penitenciario se

(50) Nótese que en el caso de los menores de 16 años nunca se exige el cumplimiento de una parte de la medida impuesta para proceder, en su caso, a la modificación o sustitución de la misma.

adecue siempre a sus condiciones personales, pudiendo, por ejemplo, pasar del régimen cerrado al régimen abierto si presentan las condiciones que les permitan llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Esta revisión ciertamente ha perdido parte de su significado a raíz de la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que incorporaron al cumplimiento de las penas de prisión superiores a cinco años el llamado régimen de seguridad, en virtud del cual se exige para que una persona pueda ser clasificada en tercer grado penitenciario que haya cumplido al menos la mitad de la pena impuesta. Si bien en este caso, a diferencia de lo que ocurre con los menores citados, el juez de vigilancia previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonablemente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo que se trate de los delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580 o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 36.2 CP).

Por otra parte, la configuración legal de este régimen de seguridad para menores presenta la doble paradoja de ver, por un lado, cómo la posibilidad de modificar o sustituir la medida se excluye para aquellos a los que la medida se ha impuesto en el límite mínimo de un año y no para quienes se ha aplicado en mayor duración, y, por otro, observar cómo los mayores de dieciséis años condenados por los delitos de la disposición adicional 4.^a, todos ellos delitos graves a excepción de la exaltación del delito de terrorismo del artículo 578, cuando la medida de internamiento impuesta presenta la duración mínima de un año, sólo tienen que esperar al transcurso de medio año para poder solicitar la modificación, sustitución o suspensión de la misma.

La medida de internamiento en régimen cerrado aunque comparte con la mayoría de las medidas el límite máximo de duración de dos años (art. 9.3.^a), puede superarlo en múltiples ocasiones. En los delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas por menores que ya habían cumplido en el momento de la comisión de aquéllos los 16 años y siempre que medie un informe del equipo técnico en el que se aconseje prolongar la medida, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar los cinco años (art. 9.4.^a). Esta regla a su vez se ve excepcionada cuando los supuestos enunciados revisten extrema gravedad. En este caso el límite máximo de duración de la medida de internamiento en régimen cerrado se mantiene pero se establece un límite mínimo de duración que se cifra en un año y, además esta medida tiene que acompañarse de una medida de libertad vigilada con asistencia educativa, que podrá imponerse hasta un máximo de otros cinco años de duración. En el caso de los delitos a los que hace referencia la disposición adicional 4.^a de la ley también se altera la duración de esta medida, previéndose una duración distinta dependiendo de la edad del

responsable penal y del número y calidad de los delitos cometidos. Si aquél es una persona mayor de 16 años la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado oscilará entre un mínimo de un año y un máximo de ocho, completada, en su caso, por una medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años. Este límite de ocho años se puede superar cuando el sujeto es responsable de más de un delito, alguno de los cuales es un delito de terrorismo de los comprendidos entre los artículos 571 a 580 que esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafos 1.º y 4.º]. Cuando el responsable del hecho delictivo es una persona menor de 16 años, la medida de internamiento en régimen cerrado se impondrá de uno a cuatro años, completada, en su caso, con una medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años. No obstante, el límite máximo de duración del internamiento en régimen cerrado podrá elevarse a cinco en los mismos casos que dan pie a la elevación del límite máximo en el supuesto anterior [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafos 2.º y 4.º].

3. Internamiento en régimen semiabierto

La medida de internamiento en régimen semiabierto, situada tras la medida de internamiento en régimen cerrado en el artículo 7.1, conlleva, de acuerdo con el artículo 7.1.b), la residencia de las personas a ella sometidas en el centro, pero se realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio⁽⁵¹⁾. He aquí la diferencia con la medida de internamiento en régimen cerrado, en la que, como hemos visto, el menor tendría que realizar esas actividades dentro del centro de internamiento. En cambio, en la medida de internamiento en régimen semiabierto también fuera del centro de menores podrán realizarse algunas de las actividades previstas en el programa individualizado de ejecución de la medida. Sobre esta nota diferencial se insiste asimismo en la propia exposición de motivos de la ley, donde se afirma que esta medida “implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la co-

(51) En el PLORPM se establecía que la realización de las actividades fuera del centro se llevaría a cabo siempre que ello fuese posible, lo que podía provocar que esta medida se desnaturalizara convirtiéndose en una medida de régimen cerrado. Sobre este hecho llamó la atención la enmienda núm. 91 del GPMx, adoptándose en la Ponencia una enmienda transaccional en virtud de la cual se suprimía la expresión “siempre que sea posible” y también el artículo “las” que precedía a “actividades formativas...”, evitando así la equiparación entre la medida de internamiento en régimen semiabierto y la medida de internamiento en régimen abierto (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 7).

munidad...”⁽⁵²⁾. Aunque donde se manifiesta de forma indubitable es en el RLORPM, cuyo artículo 25 dispone que “1. los menores en régimen semiabierto residirán en el centro, pero realizarán fuera de éste alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida”. Respecto de este programa se dice, además, que “podrá establecer un régimen flexible que deje a la entidad pública un margen de decisión para su aplicación concreta” (art. 25.2). Y en relación a la actividad o actividades que se realicen en el exterior se exige que las mismas se ajusten “a los horarios o condiciones establecidos en el programa individualizado de ejecución de la medida, sin perjuicio de que, en función de la evolución personal del menor, la entidad pública pueda aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios, siempre dentro del margen establecido en el propio programa” (art. 25.3).

La menor restricción de libertad que comporta esta medida en comparación con la medida de internamiento en régimen cerrado y su mayor gravedad respecto de la medida de internamiento en régimen abierto se manifiesta también en su régimen de cumplimiento, concretamente en el número de días de permisos de salida ordinarios, un máximo de 40 (art. 45), o en el disfrute de salidas de fin de semana, que en el primer tercio de cumplimiento de la medida no podrán exceder de una al mes, llegando a dos al mes durante el tiempo restante (art. 46).

La duración de esta medida no puede exceder como regla general de los dos años (art. 9.3.^a), pudiendo elevarse hasta cinco en los delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas por menores que ya habían cumplido en el momento de la comisión de aquéllos los 16 años y siempre que medie un informe del equipo técnico en el que se aconseje prolongar la medida (art. 9.4.^a).

4. Internamiento en régimen abierto

La medida de internamiento en régimen abierto comprende, según dispone el artículo 7.1.c), la realización de todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo la persona a ella sometida en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen

(52) GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 94. Este régimen “puede ser aconsejable cuando exista una familia o apoyos externos que puedan hacer factibles *a priori* el desarrollo de actividades formativas fuera del centro y que se desenvuelvan con normalidad los permisos de salida”.

interno del mismo. Ninguna aportación nueva hace sobre la misma la exposición de motivos de la ley, que repite el contenido del artículo 7.1.c), sin mencionar la sujeción al programa y al régimen interno del centro. Menciones que sí realiza, en cambio, al abordar la medida de internamiento en régimen semiaabierto, aunque en este caso, la descripción legal de esta medida guarda silencio sobre el particular.

La diferencia de esta medida respecto de las otras medidas privativas de libertad ya comentadas se encuentra en que todas las actividades que encierra el proyecto educativo se desarrollarán en los servicios normalizados del entorno, de ahí que los centros de menores destinados al cumplimiento de las medidas de internamiento en régimen abierto puedan prescindir de contar con servicios educativos propios.

Tras reiterarse en el reglamento las características esenciales de este tipo de régimen de internamiento establecidas en la ley, se precisa en el mismo que las actividades en el exterior se llevarán a cabo conforme a los horarios y condiciones de realización establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida (art. 26.2). Se establece, como regla general, que el tiempo mínimo de permanencia del menor en el centro sea de ocho horas y que pernocte en el mismo. En el caso de que el menor realice en el exterior una actividad formativa o laboral cuyas características lo requiera, la entidad pública podrá proponer al juzgado de menores la posibilidad de que el menor no pernocte en el centro durante un determinado período de tiempo y que acuda a éste solamente con la periodicidad concreta establecida, para realizar actividades determinadas del programa individualizado de ejecución de la medida, entrevistas y controles presenciales (art. 26.3). También se contempla la posibilidad de que esta medida de internamiento en régimen abierto se pueda seguir cumpliendo en viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro, pero bajo la autoridad de la entidad pública. La decisión al respecto la tomará el juzgado de menores a propuesta de la entidad pública, una propuesta basada en que las características personales del menor y la evolución de la medida de internamiento en régimen abierto lo aconsejan (art. 26.4). Además, su régimen de cumplimiento se diferencia del de las otras dos medidas comentadas en que quienes cumplen ésta dispondrán de hasta 60 días de permisos de salida ordinarios (art. 45) y de salidas de fin de semana, como regla general, todos los fines de semana (art. 46).

La duración de la medida de internamiento en régimen abierto sigue las mismas reglas que la de la medida de internamiento en régimen semiabierto: como regla general puede alcanzar los dos años (art. 9.3.^a) y excepcionalmente los cinco (art. 9.4.^a).

5. Internamiento terapéutico

La medida de internamiento terapéutico ya se contemplaba en la LORCPJM, donde se designaba como ingreso en un centro terapéutico y se preveía alternativamente con el tratamiento ambulatorio, pero nunca se llegó a aplicar correctamente debido a la inexistencia de centros de este tipo destinados específicamente a los menores de edad⁽⁵³⁾. Un panorama que como se refleja en los informes del Defensor del Pueblo aún no ha cambiado significativamente⁽⁵⁴⁾.

Esta medida está dirigida a aquellos menores que presentan problemas psíquicos o problemas de drogodependencias que no pueden solucionarse en su propio entorno con el objetivo de ofrecerles la ayuda necesaria para su superación. Así se pone de manifiesto en la propia exposición de motivos de la ley: “el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado”. Consecuentemente establece la ley, en su artículo 7.1.d), que en los centros donde esta medida se cumple, los centros terapéuticos, “se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas

(53) ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 184; AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, en *CDJ. Menores privados de libertad*, cit., p. 218, señala también como causa de su inaplicación la dificultad de adecuar la medida judicial con el tratamiento médico.

(54) En su informe correspondiente al año 2001, en <http://www.defensordelpueblo.es>, el Defensor del Pueblo afirmaba que no existían en nuestro país centros en los que a un tiempo se puedan realizar programas terapéuticos y garantizar la custodia de los menores. Carencias que se suplían mayoritariamente a través de la contratación de profesionales de la psiquiatría que durante algunas horas acudían a los centros o mediante la celebración de convenios de colaboración con fundaciones o asociaciones que impartían programas de desintoxicación de drogas. Esta situación perdura en el tiempo y así en su informe de 2004 el Defensor del Pueblo vuelve a incidir sobre la carencia de centros suficientes para llevar a cabo los internamientos de tipo terapéutico.

El primer centro específicamente destinado a la deshabitación de las drogas de menores condenados por infracciones penales se inauguró en Madrid en noviembre de 2002. Este centro, Centro terapéutico Los Álamos, es atendido por profesionales de la Asociación Proyecto Hombre y contaba con 10 plazas en el momento de su inauguración.

tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad”.

En base a su contenido, que denota una finalidad puramente preventiva especial orientada a la recuperación del menor, y al hecho de que se trata de una de las dos únicas medidas susceptibles de ser impuestas a un menor declarado exento de responsabilidad criminal (arts. 5.2 y 9.7.^a)⁽⁵⁵⁾, que evidencia que esta medida no encontraría su fundamento, en esos casos, en la culpabilidad del menor sino en su peligrosidad criminal manifestada en la comisión del hecho delictivo⁽⁵⁶⁾, podría afirmarse que estamos en presencia de una de las dos únicas medidas prevista en esta ley en las que latiría con fuerza el carácter de una auténtica medida de seguridad⁽⁵⁷⁾. Otra prueba más del fundamento de esta medida en la peligrosidad del menor se encontraría en la posibilidad de que la misma se pueda aplicar como complemento de otra medida [art. 7.1.d)], cuya razón de ser podría encontrarse en ofrecer una solución adecuada a los supuestos en los que se aprecian eximentes incompletas o atenuantes analógicas. No obstante, a tenor del artículo 9 y de lo dispuesto en relación a esta medida en la exposición de motivos de la ley, nos da la impresión de que esta medida también podría ser impuesta a un menor declarado responsable penalmente del hecho realizado⁽⁵⁸⁾. Téngase presente que el artículo 9.7.^a no acota los supues-

(55) La aplicación de una medida a un menor exento de responsabilidad criminal sólo es posible si esta exención de responsabilidad estuviese motivada por la apreciación de una de las circunstancias 1.^a, 2.^a y 3.^a del artículo 20 del Código Penal.

(56) CRUZ BLANCA, M.J., “La Ley de responsabilidad penal de los menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre”, en *CPC*, 2001, núm. 75, pp. 497-498, incide sobre su naturaleza de medidas de seguridad a tenor del artículo 5.3 y considera que su aplicación, ante el silencio legislativo, debería ir precedida de la concurrencia de las circunstancias expresadas en el artículo 95.1 del Código Penal, es decir, la comisión de un delito y que de éste y de las circunstancias personales del autor pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de la comisión de nuevos delitos. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., CUERDA ARNAU, M.L., “Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en *Justicia penal de menores y jóvenes*, Tirant lo blanch, 2002, pp. 84-88.

(57) Entre otros, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 181.

(58) De esta opinión, CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 53; ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, en *AP*, 2002, núm. 6, p. 117. Una opinión contraria parece desprenderse de la FGE, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, donde al referirse a los supuestos de aplicación de esta medida no menciona el caso de los menores imputables.

tos a los que esta medida puede aplicarse, sino que lo que hace es limitar las medidas que se pueden imponer a los menores exentos de responsabilidad criminal como consecuencia de la apreciación de una de las circunstancias 1.^a, 2.^a y 3.^a del artículo 20 del Código Penal (anomalías o alteraciones psíquicas, intoxicación plena por consumo de alcohol, drogas tóxicas y estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras análogas o síndrome de abstinencia y alteraciones en la percepción) y que la exposición de motivos supedita la aplicación de esta medida a que no se den “las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación... de un internamiento en régimen cerrado”. De lo que se desprende que se está admitiendo la posibilidad de que los menores a los que se aplique la medida de internamiento terapéutico también puedan ser candidatos a una medida de internamiento en régimen cerrado, medida que, como vimos, sólo es susceptible de ser aplicada a los menores imputables. En estos casos, se trataría de menores que en el tiempo de comisión de los hechos delictivos no se encontraban o no actuaron bajo una de las eximentes citadas, pero en el momento en que son juzgados o, incluso, durante la ejecución de la medida que se les ha impuesto, presentan el tipo de problemas que a través de esta medida se tratan de solucionar⁽⁵⁹⁾.

En el supuesto de que la medida de internamiento terapéutico se traduzca en el desarrollo de un tratamiento deshabitador, la ley exige implícitamente que medie su consentimiento al disponer que “cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias” [art. 7.1.d)]⁽⁶⁰⁾. La razón de ser de esta exigencia se encontraría en considerar que la eficacia de estos tratamientos depende de la colaboración del menor. La situación es diferente en el caso de anomalías o alteraciones psíquicas, dado que aquí la propia patología que presenta el menor

⁽⁵⁹⁾ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 185, critica la posibilidad de aplicar esta medida o la medida de tratamiento ambulatorio conjuntamente con otra medida, al considerar que se estarían aplicando dos medidas a un mismo hecho lo que a su juicio supondría la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, aparte de que el menor se podría ver sobrecargado de actividades y obligaciones, lo que pudiera repercutir negativamente en su interés.

⁽⁶⁰⁾ A estos efectos se establece en el artículo 27.3 del RLORPM que “cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabitación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancia psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o para someterse a los controles de seguimiento establecidos o, una vez iniciado, lo abandone o rechace someterse a los controles, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del Juez de Menores...”

afecta a sus facultades cognitivas y volitivas, debiéndose, por tanto, prescindir de su opinión⁽⁶¹⁾.

Los centros terapéuticos en cuanto centros en los que accidentalmente se lleva a cabo la privación de libertad del menor, quedarían, en nuestra opinión, sujetos a las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad previstas en la ley (arts. 54 a 60) que fuesen compatibles con el desarrollo de los correspondientes tratamientos. Consiguientemente, entre otras cosas, es una obligación legal la creación de centros terapéuticos específicos para los menores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales, sin perjuicio de que previa autorización del Juez de Menores se autorice el cumplimiento de la medida en un centro socio-sanitario (art. 54.1 y 2)⁽⁶²⁾. El reglamento de desarrollo de la ley no establece cómo han de ser estos centros terapéuticos, limitándose a recoger algunos aspectos del internamiento. En esta línea se precisa que esta medida comporta la residencia del menor en el centro, precisión que omitió la ley en su artículo 7.1.d), pero que se desprendía de su propia naturaleza y de su distinción con la medida de tratamiento ambulatorio (art. 27.1).

Durante su estancia en el centro de internamiento quedará sometido, por lo que a las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior se refiere, a lo que autorice el Juez de Menores en el marco del programa individual de tratamiento (art. 50 RLORPM)⁽⁶³⁾.

(61) En este sentido se ha manifestado la FGE, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre; CADENA SERRANO, F.A., "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 104. No obstante, también se han pronunciado voces críticas con la solución legal de estos casos en base al importante papel que juega la voluntariedad también en los tratamientos psicológicos o psiquiátricos y al hecho de que esta medida también se puede imponer a un imputable. Así ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 184.

(62) El RLORPM, en su artículo 27.4, establece que la entidad pública que considere más adecuado el internamiento en un centro sociosanitario, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución de la medida, lo solicitará al Juez de Menores.

(63) La medida de internamiento terapéutico se ejecuta de la siguiente manera: la entidad pública competente elabora el programa de ejecución de la medida, al cual se añadirá un programa de tratamiento de la problemática del menor elaborado por los especialistas o facultativos. En este último se establecerán las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento (art. 27.1 y 2 RLORPM). La entidad pública también asume la obligación de poner en conocimiento del Juez de Menores a los efectos oportunos —sustitución de esta medida por otra adecuada a sus circunstancias, artículo 7.1.d)—, en los casos de tratamientos terapéuticos de deshabitación la negativa del menor a iniciarlo o para someterse a los controles de seguimiento establecidos o, una vez iniciado, su abandono o su rechazo a someterse a los controles. Dependiendo de la situación, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá (art. 27.3).

La medida de internamiento terapéutico sigue las mismas reglas que las medidas de internamiento semiabierto y abierto en relación a su duración.

6. Cuestiones comunes a las medidas de internamiento

A tenor de lo dispuesto en los artículos 7.2 y 8.2 de la LORPM, se desprende que todas las medidas de internamiento presentan en común dos notas. De un lado, la división de su cumplimiento en dos fases y, de otro, su transformación una vez que la persona a ellas sometida cumple los 23 años de edad.

Señala el artículo 7.2 que las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente y el segundo se realizará en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez, sin que la duración total de ambos períodos pueda exceder del tiempo que se expresa en el artículo 9. Se trataría así de conseguir que las personas privadas de su libertad retornen a la sociedad de forma paulatina, en aras de evitar un choque frontal entre dos situaciones antagónicas como son la privación de libertad y la libertad. Esta disposición, por otra parte, ha significado en la práctica la alteración de la duración de estas medidas de internamiento, atenuando en cierta medida el período de privación de libertad en el centro. Pero no en todos los casos como se desprendería de la remisión genérica al artículo 9, sino en los supuestos de las reglas 2.^a y 3.^a de este precepto, es decir, se modificaría la duración máxima de dos años que se establece como regla general y el máximo de cinco años de internamiento previsto para los autores de delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas que ya habían cumplido los 16 años en el momento de la realización del hecho cuando media informe del equipo técnico aconsejando la prolongación de la medida⁽⁶⁴⁾. En los supuestos de extrema gravedad previstos en la regla 5.^a, al haberse establecido de forma particular que la medida de internamiento se vea obligatoriamente completada por una medida de libertad vigilada de cumplimiento sucesivo a la medida de internamiento, parece que pierde su sentido el régimen de cumplimiento de las medidas de internamiento en dos distintos períodos⁽⁶⁵⁾. Una situación parecida se daría en el caso de la medida de internamiento en régimen cerrado prevista para los autores de los delitos señalados en la disposición adicional 4.^a de la ley, a la

(64) Así GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 116.

(65) No obstante, la redacción del precepto, “por otra medida de libertad vigilada”, podría dar a entender que sí cabría distinguir dos períodos en el cumplimiento de la medida de internamiento y sucesivamente cumplir una libertad vigilada, de ahí la utilización del adjetivo indefinido “otra”.

que el artículo 7.2 no se refiere para nada. No obstante, el hecho de que en estos casos la aplicación de una medida de libertad vigilada conjuntamente con una medida de internamiento en régimen cerrado no esté prevista de forma imperativa, así como que no se establezca el cumplimiento sucesivo de ambas, podría dar lugar a una interpretación del precepto favorable a que la medida de internamiento en régimen cerrado constase de esos dos períodos que marca la ley, y en el caso de que además se impusiese una medida de libertad vigilada, ésta se comenzase a cumplir a continuación del período de libertad vigilada que formara parte del internamiento. Una interpretación que tiene cabida en el texto legal, pero que para nada se ajusta a la filosofía que subyace en la reforma que introdujo la citada disposición y que supondría tratar mejor a estos menores que a quienes han cometido hechos, en principio, de menor gravedad.

La decisión sobre la duración de cada uno de los dos períodos de los que consta la medida de internamiento la toma el Juez en la sentencia, debiendo el equipo técnico informar respecto del contenido de ambos períodos. El momento elegido para la adopción de esta decisión no parece que sea del todo idóneo dada la dificultad que supone predecir cuáles van a ser las circunstancias futuras del menor, de ahí que sea aconsejable que el período de libertad vigilada sea el más breve, pues siempre cabrá la posibilidad de que, en atención a la evolución del menor, estas medidas de internamiento puedan ser objeto de modificación en cualquier momento (art. 14) ⁽⁶⁶⁾.

El artículo 15 en su párrafo segundo, por su parte, dispone que "... cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria". A través de esta norma ⁽⁶⁷⁾ se persigue evitar los problemas que se suponen pudieran derivar de tener en los mis-

⁽⁶⁶⁾ De la misma opinión GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 116. El Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 28, también se ha manifestado a favor de no decidir en la sentencia la duración de cada período, duración que dependería de los resultados del proceso educativo.

⁽⁶⁷⁾ Este precepto se introduce en el Informe de la Ponencia del Congreso (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 15) a raíz de la enmienda núm. 177 del GP Catalán, en virtud de la cual se pretendía introducir un párrafo segundo al artículo 15, con un tenor parecido al de la redacción actual, pero sin referirse al concreto régimen de clasificación penitenciaria, con el objetivo de impedir que un joven de edad superior a los 23 años pudiera seguir internado en un centro de menores por la disfuncionalidad que ello supondría.

mos centros a personas de 23 años en adelante con menores de esa edad. Pero la vía elegida no resulta satisfactoria⁽⁶⁸⁾, pues difícilmente se puede comprender cómo una persona a la que se consideró idónea para aplicarle la LORPM, podría terminar cumpliendo su medida de internamiento en un centro penitenciario y además en un régimen penitenciario, el ordinario, predeterminado sin contar para nada con las condiciones del menor. Esto no sólo puede deparar una mayor restricción de la libertad del menor sino también el deterioro de su proceso de socialización, fruto de su traslado de un centro de internamiento que trata de responder a las necesidades educativas del menor a un centro penitenciario donde la seguridad y el tratamiento van, cuando menos, de la mano con la finalidad resocializadora. Hubiese sido preferible que se crearan centros específicos para estos jóvenes, una opción que sigue sin barajar el legislador, quien incluso tiene en mente la posibilidad de disponer el cumplimiento de estas medidas en centros penitenciarios una vez cumplidos los dieciocho años (disposición adicional 6.ª de la LORPM). Desde luego la posibilidad de modificar y sustituir la medida, expresamente referidas en ese artículo, a las que habría que sumar la posibilidad de suspender la ejecución de la misma (art. 40), no van a resolver el problema.

Cabría enunciar un tercer rasgo que compartirían las medidas de internamiento entre sí, pero también con la medida de permanencia de fin de semana, al derivarse de su condición de medidas privativas de libertad. La ley ha establecido en su artículo 8, párrafo 2.º, un límite a la duración de todas estas medidas, en virtud del cual su duración no podría exceder de la duración de la pena privativa de libertad que se hubiese impuesto por ese hecho si hubiera sido de aplicación el Código Penal (art. 8), se trata así de que al menos por lo que se refiere a las medidas privativas de libertad los menores no reciban peor trato que los adultos.

En relación a la duración de las medidas de internamiento resulta, por otra parte, especialmente llamativo el hecho de que no se haya establecido un límite mínimo de duración que evitase los internamientos de breve duración que tantas críticas han recibido en atención a sus efectos desocializadores.

Para concluir con las medidas de internamiento vamos a hacernos eco de un apunte estadístico que sobre su utilización obra en el informe del Defensor del Pueblo sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la Responsa-

(68) Así, CERVELLÓ DONDERIS, V.; COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., p. 168; ETXEBARRIA ZARRABETIA, X., "Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo", cit., p. 98.

bilidad Penal del Menor⁽⁶⁹⁾. Se establece en este informe que en cómputo global el número de medidas de internamiento acordadas en 2001 ascendieron a 2.119⁽⁷⁰⁾, representando el 25,71% del total de medidas impuestas en ese año, y, consecuentemente, ocupando el segundo lugar en la escala de medidas más utilizadas.

7. Tratamiento ambulatorio

La medida de tratamiento ambulatorio, como vimos, ya se recogía en la LORCPJM y, al igual que la medida de internamiento terapéutico, implica el sometimiento, según el caso, voluntario u obligatorio, del menor a un tratamiento especializado de naturaleza psicoterapéutica como medio de resolución de sus problemas de drogodependencia o de salud mental. Del mismo modo, esta medida puede aplicarse sola o como complemento de otra medida y presenta la misma duración que el internamiento terapéutico. La diferencia entre una y otra medida estribaría en el hecho de que la medida de tratamiento ambulatorio, como su nombre evoca, no implica la residencia del menor en el centro, sólo su asistencia con la periodicidad requerida por los facultativos⁽⁷¹⁾. Una obligación de asistencia que evidentemente se completa con la obligación de seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

La asistencia periódica a un centro y el seguimiento de las pautas derivadas de un tratamiento terapéutico son pues los rasgos característicos de una medida que estaría dirigida, conforme indica la exposición de motivos de la ley, a aquellos menores con problemas de drogodependencias o psíquicos que cuentan con unas condiciones de vida que les permitan ser tratados en su propio entorno, sin

(69) Este informe se puede consultar en la página web del Defensor del Pueblo: <http://www.defensordelpueblo.es>.

(70) Explica el Defensor del Pueblo que no fue posible establecer el número exacto de cada una de las medidas de internamiento, al haber suministrado algunas Comunidades Autónomas los datos sin desglosar.

(71) ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 185, entiende que la frecuencia debería fijarla el juez, quien obviamente contaría con el asesoramiento previo, al objeto de garantizar que las sesiones en el tiempo no fuesen tan dilatadas que condujesen a un tratamiento inútil. De la misma opinión, ÁBEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, cit. p. 120; CARMONA SALGADO, C., “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 930.

necesidad de internamiento. Consecuentemente, estamos en presencia de una medida que requiere de una fuerte implicación de la familia del menor.

Su cumplimiento se llevará a cabo en el servicio o en la institución más adecuada a la problemática que presente el menor, una previsión que ante la carencia de centros de tipo terapéutico destinados propiamente a los menores infractores, se traduce en el cumplimiento de la medida en los centros de salud normalizados de la red pública. La designación del servicio o institución corre a cargo de la entidad pública competente, quien realizará su elección entre los servicios o instituciones más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible (art. 16.1 del RLORPM). Las entidades públicas nombrarán entonces a un profesional que elaborará un programa individualizado de ejecución de la medida ⁽⁷²⁾, al que se adjuntará el programa de tratamiento realizado por los especialistas o facultativos correspondientes tras examinar al menor (art. 16.2 del RLORPM). Y en este programa de tratamiento es donde se establecen las pautas sociosanitarias recomendadas, los controles que ha de seguir el menor y la periodicidad con la que ha de asistir al centro, servicio o institución designada, para su tratamiento, seguimiento y control (art. 16.3 del RLORPM).

En atención al carácter voluntario con el que se perfila en la ley el tratamiento de deshabitación, se establece en el reglamento de desarrollo, de forma idéntica a como se hizo con respecto a la medida de internamiento terapéutico para el desarrollo de un tratamiento también de deshabitación, aunque con una redacción diferente, que la entidad pública en los casos en los que el menor no preste su consentimiento para iniciar el tratamiento o, una vez iniciado, lo abandone o no se someta a las pautas sociosanitarias o a los controles establecidos en el programa de tratamiento aprobado, no iniciará el tratamiento o lo suspenderá, poniéndolo en conocimiento del Juez de Menores a los efectos oportunos (art. 16.4 del RLORPM), es decir, en aras de que el Juez le aplique otra medida adecuada a sus circunstancias [art. 7.1.e)].

Durante el primer año de vigencia de la LORPM, esta medida se aplicó en un total de 226 casos, lo que la convirtió en la cuarta medida más utilizada, aunque sólo alcanzaría el porcentaje del 2,74% sobre el total de medidas aplicadas ese año ⁽⁷³⁾.

(72) Nótese que en el caso de la medida de internamiento terapéutico no se especifica el nombramiento de un profesional por parte de la entidad pública para que elabore el programa de ejecución de la medida (art. 27 del RLORPM).

(73) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

8. Asistencia a un centro de día

La medida de asistencia a un centro de día es una de las medidas que se presentan como novedosas en la LORPM, si bien lo cierto es que ya al amparo del artículo 19, párrafo primero, del antiguo texto del 48⁽⁷⁴⁾ era posible que la misma se incardinase en el seno de una medida de libertad vigilada en aquellos casos en los cuales el Juez lo estimaba favorable para la corrección del menor. Esta posibilidad subsiste en la actualidad, lo que ha motivado que algunos autores se refieran a ella como una modalidad de la medida de libertad vigilada⁽⁷⁵⁾. Pero no es la única equiparación susceptible de realizarse. El contenido de la medida de asistencia a un centro de día, descrito en la letra f) del artículo 7.1, coincide esencialmente con el de la medida de realización de tareas socio-educativas, contemplada cinco puestos más abajo, en la letra k). Surge, entonces, el interrogante sobre la razón de su incorporación en el catálogo de medidas como medidas diferentes⁽⁷⁶⁾. LANDROVE DÍAZ apuntaba, a nuestro juicio acertadamente, como motivo de ese proceder el deseo del legislador de establecer un abanico lo más novedoso y amplio de medidas, olvidando, como señala ORNOSA FERNÁNDEZ, que lo realmente importante son los contenidos⁽⁷⁷⁾. Una decisión legislativa que nos ha llevado a una situación comprometida cuando tenemos que aplicar principios como el acusatorio (art. 8, párrafo 1.º) o el de proporcionalidad⁽⁷⁸⁾, o sustituir una medida por otra (arts. 14 y 41), dada la distinta gravedad que las asigna la ley.

Señala la ley que “las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la

(74) Artículo 19, párrafo 1.º: “En el caso en que el menor sea sometido a situación de libertad vigilada..., el Tribunal podrá acordar las medidas o restricciones complementarias que estime favorables a su corrección...”

(75) GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 180; GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 100; ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, cit., p. 121.

(76) GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 100.

(77) LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, cit., p. 74. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 185.

(78) Así ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 186; CARMONA SALGADO, C., “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 932.

comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio” (79). La finalidad que se persigue con esta medida de acuerdo con la exposición de motivos de la ley es la de “proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél”. De ello se desprendería que esta medida únicamente estaría destinada a aquellos menores en cuyo ambiente familiar se han detectado carencias que repercuten negativamente en su proceso educativo.

Esta medida presenta como característica que la individualiza el hecho de que su cumplimiento se realiza en los denominados centros de día, que no son sino centros, tanto de titularidad pública como de titularidad privada, plenamente integrados en la comunidad en los que se presta a los menores un ambiente estructurado que sirve de complemento al sistema educativo. Consiguientemente estos centros presentan las ventajas de no resultar estigmatizadores para el menor y de favorecer su integración (80). No obstante, este rasgo identificador podría perderse si tenemos en cuenta que el RLORPM al referirse a ellos en su artículo 17.3 los define como “los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada comunidad autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida”. El término recurso es indudablemente tan amplio que podría dar cabida a que el menor realizase las actividades a que le obliga esta medida sin acudir a lo que propiamente es un centro de día, evitando con ello que la carencia de centros de día propiamente dichos impida la aplicación de esta medida. Esa posibilidad ya estaba apuntada en la exposición de motivos de la ley al afirmar que “... lo característico del centro de día es que en ese lugar es donde toma cuerpo lo esencial del proyecto socio-educativo del menor, si bien éste puede asistir también a otros lugares para hacer uso de otros recursos de ocio o culturales”. Pero en este caso la asistencia a otros lugares se limita a los efectos de utilizar otros recursos de ocio o culturales y se perfila como un complemento de la asistencia al centro de día.

La entidad pública es el organismo competente para designar el centro de día más adecuado entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible para elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. Esta entidad también designará a un profesional, quien en coordinación con el centro elegido se entrevistará con el menor para evaluar sus

(79) Las mismas actividades, como veremos, que encierra la medida de realización de tareas socio-educativas.

(80) CERVELLÓ DONDERIS, V., COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., p. 162, señala que como contrapartida estaría el riesgo de unir reforma y corrección, debiéndose plantear si no deberían existir centros diferentes para los menores necesitados de protección y para los menores que asisten a esos centros en cumplimiento de una medida.

necesidades y elaborar el programa de ejecución. En este programa se hacen constar las actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio que el menor realizará, la periodicidad de la asistencia al centro de día⁽⁸¹⁾ y el horario de asistencia, que deberá ser compatible con su actividad escolar si está en el período de la enseñanza básica obligatoria y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral (art. 17.1 y 2).

La duración de esta medida puede llegar a alcanzar los dos años con carácter general y cinco cuando concurren los requisitos de la regla 4.ª del artículo 9.

La medida de asistencia a un centro de día fue de las menos aplicadas el primer año de vigencia de la ley. Sólo se impusieron 23 medidas de este tipo que representaban un 0,28% del total de medidas aplicadas⁽⁸²⁾.

9. Permanencia de fin de semana

La medida de permanencia de fin de semana tiene su origen en la llamada medida de internamiento de fin de semana⁽⁸³⁾, cuya supervivencia en una ley de

(81) VARGAS CABRERA, B., *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, (Conde-Pumpido Ferreiro, C., dir.), Trivium, Madrid, 2001, p. 157, señala que esta medida parece estar concebida bajo parámetros de habitualidad, que explicarían el porqué de que la misma preceda a la medida de permanencia de fin de semana en la enumeración y descripción de las medidas en el artículo 7.1.

(82) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

(83) Esta medida aunque no adquirió entidad propia hasta la LORCPJM ya era conocida en la práctica judicial al permitirse que la medida de breve internamiento recogida en el artículo 17 de la LITM se ejecutase durante uno o varios fines de semana. La incorporación de este internamiento de fin de semana en la legislación de menores en sustitución del breve internamiento significó en cierta medida un intento de revalorizar la finalidad educativa de la privación de libertad de corta duración, bajo el entendimiento de que un internamiento ejecutado durante un número breve de fines de semana (como máximo el internamiento podía ascender a tres fines de semana, art. 17.1.ª LORCPJM) lejos de resultar estigmatizador para el menor era idóneo para hacer despertar en él el sentimiento de culpabilidad y para que tomase conciencia de que debía responder de sus actos. Se trataba, por tanto, de producir en el menor un efecto *schock* que a modo de llamada de atención le apartase de cometer nuevos delitos. Además, se consideraba que esta medida iba a ser especialmente sentida por los jóvenes, pues su ejecución, durante los fines de semana, coincidía con el período de disfrute de la mayor parte del tiempo libre de éstos, lo que significaría privarles de un bien que en esas edades reviste un valor especial, y al mismo tiempo, con ella, se lograría una mayor seguridad ciudadana en la medida de que muchos de los actos delictivos cometidos por menores tenían lugar precisamente durante los fines de semana. Ampliamente sobre esta medida GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *La pena de arresto de fin de semana en el Derecho penal español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2004, pp. 95-108.

orientación primordialmente educativa como la vigente se veía seriamente comprometida dada la ausencia en la misma de una auténtica proyección educativa. De ahí que en la LORPM ésta se combinara con otra medida decididamente educativa como es la medida de tareas socio-educativas⁽⁸⁴⁾, dando lugar a lo que hoy conocemos como medida de permanencia de fin de semana.

Esta medida, conforme al artículo 7.1.g), obliga a que las personas sometidas a la misma permanezcan en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. Son estas tareas, definidas en el artículo 7.1.k) como actividades específicas de contenido educativo dirigidas a facilitar el desarrollo de la competencia social, como digo, las que aportan el carácter novedoso a esta medida, de forma que en el caso de que sean omitidas la permanencia de fin de semana se verá nuevamente reducida a una mera privación de libertad durante el fin de semana⁽⁸⁵⁾.

No se refiere la ley, a diferencia de lo que ocurre en su exposición de motivos con otras medidas, a la finalidad concreta que la misma persigue, limitándose a precisar que se considera adecuada para los menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana. De lo que bien podría desprenderse que el legislador sigue enfocando esta medida hacia la producción en el menor de ese efecto *shock*, que se encuentra en su origen, y a procurar la seguridad ciudadana, aunque ahora las entidades encargadas de su ejecución deberán llevar a cabo con el menor actividades de contenido educativo.

(84) En la exposición de motivos de esta ley se hace referencia también a su combinación con la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad. Sin embargo, nosotros consideramos que estas prestaciones, por responder intrínsecamente a la realización de una reparación justa por el daño cometido, no encajarían en la noción de tareas socio-educativas —éstas responden al exclusivo interés de ayudar al menor para que afronte de forma adecuada la convivencia en la sociedad— que son las únicas a las que se refiere el legislador cuando configura en el articulado de la ley la medida de permanencia de fin de semana.

(85) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., entiende que la medida de permanencia de fin de semana podrá imponerse aisladamente o de forma conjunta con la realización de tareas socio-educativas, de lo que se podría desprender que esta institución no considera la obligación de realizar pautas socio-educativas un contenido obligatorio de la medida de permanencia de fin de semana.

Se ha mantenido la doble opción de cumplimiento de esta medida en el domicilio del menor o en un centro ⁽⁸⁶⁾, auspiciada ya por la FGE en su Instrucción 1/1993 de la FGE, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LORCTM ⁽⁸⁷⁾, pero no se hace ninguna concreción sobre el régimen de vida del menor durante el internamiento, a diferencia de la FGE que precisó que la misma tendría que llevarse a cabo en un establecimiento de régimen semiabierto. El artículo 54, dedicado a los centros de ejecución de las medidas privativas de libertad, tampoco nos ayuda a averiguar de qué tipo de centro se trata, pues únicamente precisa que los centros de cumplimiento de estas medidas tienen que ser centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria. Esta cuestión sigue sin respuesta en el reglamento de desarrollo de la ley.

En manos del Juez está la decisión sobre el lugar concreto de cumplimiento de la medida, quien tendrá que valorar las circunstancias familiares del menor y sus necesidades educativas y decidir conforme al principio del interés superior del menor ⁽⁸⁸⁾. A estos efectos, tenemos que recordar la inestimable ventaja que supone *a priori* evitar el distanciamiento del menor de su núcleo familiar, de forma que si en el seno de la propia familia se puede garantizar un cumplimiento adecuado de esta medida habrá que prescindir del recurso a un centro ⁽⁸⁹⁾. Cuando el cumplimiento deba realizarse en un centro, la entidad pública de protección o reforma competente designará el centro más adecuado de entre los más cercanos al domicilio del menor que cuenten con plazas disponibles y sólo si el alejamiento del menor de su entorno familiar y social repercute en su interés será posible otro centro mediando la aprobación del Juez de Menores que haya dictado la sentencia (art. 43.3).

La medida de permanencia de fin de semana, como ya denota su denominación, continúa cumpliéndose durante ese fin de semana amplio que arranca de la tarde del viernes, ejecutándose las 36 horas que como máximo puede alcanzar la

(86) Nótese que la exposición de motivos de la ley sólo se refiere al cumplimiento de esta medida en el hogar del menor.

(87) Esta Instrucción se puede consultar en AP, 1993-I, pp. 767-781 y pp. 825-841.

(88) GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 95, señala que el cumplimiento en un centro estará destinado a los menores cuyas características o conflictividad hagan prever de antemano que no la cumpliría en su hogar.

(89) En el caso de que la medida se cumpla en el domicilio del menor será necesario que se arbitren medidas de control que a la par de eficaces no conlleven la estigmatización social del menor.

duración efectiva de cada unidad de fin de semana, entre la tarde del viernes⁽⁹⁰⁾ y la noche del domingo⁽⁹¹⁾, si bien en atención al contenido educativo de la permanencia de fin de semana el menor no va a permanecer todo el tiempo en el lugar designado, dado que la realización de las tareas socio-educativas por definición se llevan a cabo sin internamiento. El tiempo que comprende la realización de estas tareas queda englobado ya dentro de las horas de cumplimiento de cada unidad de permanencia de fin de semana señaladas por el juez. Incomprendiblemente no se ha previsto la posibilidad del cumplimiento en otros días de la semana en interés del menor, que en cambio sí se contemplaba para la pena de arresto de fin de semana⁽⁹²⁾. Parece que se olvida el legislador que la mayoría de edad para trabajar se sitúa, como regla general, en los 16 años y que, por tanto, los menores a partir de esa edad se pueden encontrar también en situación labo-

(90) Obsérvese que el texto hace referencia a su comienzo en alternativa con la tarde del viernes a la noche del viernes. Es evidente que la noche del viernes ya está incluida en el periodo de cumplimiento de la medida señalada en la ley, de ahí que ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho Penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, cit., pp. 124-125, considere que a través de la referencia expresa a la noche del viernes, el legislador pretenda asegurarse de que también en ese momento es posible iniciar el cumplimiento de esta medida, haciendo posible su objetivo de privar a esos menores de sus salidas nocturnas los viernes y los sábados.

(91) La desidia del legislador, otra vez, hace que se puedan apreciar de nuevo los desacordes entre la exposición de motivos y el texto articulado. Concretamente sobre la duración de la permanencia se dice en la exposición de motivos que “el menor se ve obligado a permanecer en su hogar —no se menciona el centro— desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo”, es decir, un espacio temporal (como mínimo de 48 horas) superior al de las 36 horas máximas que se cifra en el artículo 7 y que debe prevalecer no sólo por cuanto aparece en el articulado sino también porque se trataba de la única acorde con el principio de que los menores no pueden ser de peor condición que los adultos, una de cuyas manifestaciones se encuentra precisamente en relación a las medidas privativas de libertad en el artículo 8, párrafo 2.º Curiosamente sobre esta situación había llamado la atención el CGPJ en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores*, de 12 de noviembre de 1997, recogido en Congreso de Diputados, *Responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 184, quien formuló la recomendación de sustituir la preposición “desde” por “entre”, pero este cambio, como vemos, sólo operó en el articulado de la ley.

(92) MARTÍN SÁNCHEZ, A., “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores”, en CGPJ, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 443, considera, en cambio, que no existe ningún impedimento en la ley para que esta medida se cumpla en días distintos al viernes, sábado y domingo cuando media solicitud de un menor que no realiza ninguna actividad educativa o laboral, permitiendo incluso que varias permanencias de fin de semana se puedan cumplir sucesivamente.

ral, sin olvidarnos de que esta ley en un futuro podría ser aplicada a los mayores de 18 y menores de 21 (art. 4), de forma que la permanencia de fin de semana puede obstaculizar la continuidad en el trabajo. Quizás no se trata de un olvido y la falta de flexibilidad en el cumplimiento de esta medida se deba al interés por evitar ocasiones propicias para la comisión de actos delictivos por los menores como parecen ser los fines de semana y, muy especialmente, las noches de los viernes y sábados.

La medida de permanencia de fin de semana tiene una extensión natural de hasta 8 fines de semana (art. 9.3.^a), si bien no puede imponerse en más de 4 fines de semana como respuesta a una falta (art. 9.1.^a). Excepcionalmente su límite máximo puede llegar hasta los 16 fines de semana. Esto ocurrirá cuando concurren simultáneamente tres circunstancias: que en el momento de la comisión de los hechos el menor tenga cumplidos los 16 años de edad, que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y que el equipo técnico aconseje la prolongación de la medida (art. 9.4.^a). Aparte de estos límites a su duración, hay que recordar que tampoco cabría fijarla en una duración superior a la de la pena privativa de libertad que se hubiese impuesto a ese hecho si hubiera sido de aplicación el Código Penal (art. 8, párrafo 2.^o). Esta previsión, dirigida a evitar que la respuesta frente a un menor sea más gravosa que la que se da a un adulto, por atender sólo a la duración de una y otras, no resulta plenamente satisfactoria tras la última reforma del sistema de penas establecido en el Código Penal, en la medida en que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha introducido en el ámbito de las faltas una nueva pena privativa de libertad, la pena de localización permanente, cuyos rasgos particulares, cumplimiento como regla general ininterrumpido y en el domicilio del condenado, podrían convertirla en menos gravosa que una medida de permanencia de fin de semana (art. 37.1).

La medida de permanencia de fin de semana se desfigura completamente cuando el menor la incumple o quebranta. Sin perjuicio de la posibilidad de incurrir en la comisión de una nueva infracción penal (art. 50.3), dispone el artículo 50.1 que “cuando el menor quebrantare una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente”. A tenor de la redacción del precepto, está claro que como consecuencia del incumplimiento de la medida, surge una nueva medida caracterizada por comportar la privación ininterrumpida de la libertad del menor. Lo que no resulta tan diáfano es si la medida de permanencia en fin de semana que se cumplía en un centro sigue cumpliéndose en ese centro u otro adecuado a sus

condiciones⁽⁹³⁾ o pasa también a cumplirse en el domicilio del menor. La primera de las opciones es la más aconsejable, pues de procederse en ambos supuestos al cumplimiento de la medida en el domicilio del menor, si tenemos en cuenta que éste resulta menos gravoso que el cumplimiento en un centro, podríamos hallarnos ante un factor motivador del incumplimiento de las permanencias de fin de semana en centro con el objetivo de permanecer en sus casas. Además se pierde de vista que seguramente el cumplimiento en un centro se impuso ante la imposibilidad de llevar a cabo el cumplimiento en el domicilio del menor. Por otra parte, su transformación, a semejanza de lo que ocurría en caso de incumplimiento de la pena de arresto de fin de semana, en una medida de cumplimiento ininterrumpido colisiona con la propia finalidad educativa de las medidas, pues va a obstaculizar que el menor siga asistiendo a la escuela, recibiendo formación o trabajando, según los casos. No está muy claro, de otro lado, si las tareas socio-educativas que el menor tendría que realizar durante el cumplimiento de la permanencia de fin de semana deberían seguir cumpliéndose una vez acordado el cumplimiento ininterrumpido, dado que si bien el precepto establece que la permanencia de fin de semana se cumplirá de forma ininterrumpida en su domicilio, de lo que se derivaría que el menor no podría salir del mismo y consiguientemente se vería imposibilitado para realizar las citadas tareas, lo cierto es que esas tareas, aun formando parte de la permanencia de fin de semana, parecen, a tenor de la regulación legal, tener vida propia y como ejemplo de lo dicho nótese que no se ha contemplado como incumplimiento de la medida de permanencia de fin de semana la no realización de estas tareas.

El RLORPM establece en su artículo 28 el procedimiento de ejecución de esta medida, que sería el siguiente: el órgano judicial remite a la entidad pública competente el testimonio de la resolución judicial firme con el número de fines de semana impuestos y las horas de permanencia de cada fin de semana. Una vez que éste recibe el citado testimonio, se designa a un profesional quien se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En este programa se hará constar, de un lado, las fechas de cumplimiento de las permanencias, los días concretos de cada fin de semana en los que se ejecutará la medida (entendemos que esta precisión es innecesaria en la medida en que por las fechas de cumplimiento de la perma-

(93) De esta opinión ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*; cit., p. 404; CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la, "La ejecución de las medidas: comentarios a los arts. 43 a 53 (disposiciones generales y reglas para la ejecución de las medidas) de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", cit., p. 76; VARGAS CABRÉRA, B., *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, cit., p. 104.

nencia ya sabemos si se trata de un viernes, sábado o domingo) y la distribución de las horas entre los días de permanencia, así como el lugar donde se cumplirá la medida. De otro lado, ese mismo profesional dejará constancia de las tareas socio-educativas de carácter formativo, cultural o educativo que el mismo propone al menor, el lugar donde se realizarán y el horario de realización. Una vez elaborado el programa, éste será sometido a la aprobación del Juez de Menores, quien notificará su resolución a la entidad pública correspondiente. En caso de que el programa sea aprobado, la entidad pública lo pondrá en conocimiento del menor con indicación de la fecha en la que se dará inicio al cumplimiento de la medida, en el domicilio o en el centro designado, el lugar donde deberá presentarse para realizar las tareas socio-educativas asignadas y el horario de éstas.

El recurso a la medida de permanencia de fin de semana en el primer año de vigencia de la LORPM, la convierte en la quinta medida más utilizada, si bien en cómputo global es poco representativa, pues sólo constituye un 2,69% de todas las medidas impuestas⁽⁹⁴⁾.

10. Libertad vigilada

La medida de libertad vigilada ha sido considerada la medida de reforma más importante desde la perspectiva educativa del menor⁽⁹⁵⁾. No obstante, no ha sido hasta la LORPM cuando esta medida ha sido objeto de una regulación más detallada. Una regulación que presenta además la novedad de recoger expresamente las reglas de conducta susceptibles de formar parte de esta medida.

La importancia de esta medida reside en el hecho de que a través de la misma se persigue llevar a cabo una actuación global sobre el menor y su entorno familiar y social acorde con las necesidades del menor, de ahí que ya se haya venido utilizando de forma creciente antes de la aprobación

(94) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit. Este porcentaje quizás pueda que sea algo mayor si tenemos en cuenta el hecho apuntado por el Defensor del Pueblo de que en los datos que ha recibido para la elaboración del citado informe no siempre se especifica si el cumplimiento de esta medida se realiza en el domicilio del menor o en un centro, de forma que puede darse el caso de que alguna permanencia de fin de semana se haya computado como internamiento.

(95) GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 98.

de la vigente ley⁽⁹⁶⁾. Pero la confianza en ella se revela aún con mayor fuerza ahora, pues no sólo se prevé como medida, ya sea única ya sea complementaria de otra medida o formando parte de las medidas de internamiento, sino como una de las condiciones a cuyo cumplimiento se vincula la suspensión de la ejecución del fallo [art. 40.2.c)] e incluso como medida cautelar (art. 28.1).

La medida de libertad vigilada, que se desarrolla en el entorno del menor, evitando así el desarraigo familiar y social, no sólo comporta la vigilancia o el control del menor sino también la puesta a disposición de aquél de la ayuda necesaria en aras de que se desarrolle correctamente⁽⁹⁷⁾. Así lo constata el artículo 7.1.h) donde se establece que “en esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida”. Esto constituiría el contenido mínimo de toda medida de libertad vigilada y en el proyecto de 1998 dio lugar a una medida autónoma que se denominaba medida de libertad vigilada simple. “Asimismo —sigue diciendo el precepto— esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las que se señalan”. Obligaciones para el menor que, como se expresa en la exposición de motivos de la ley, se establecen con el fin de que aquél adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. La incorporación de pautas socio-educativas y/o de reglas de conducta en la medida depende de las circunstancias concretas del menor y del hecho delictivo, y en el proyecto de 1998

(96) SEGARRA CRESPO, M.J., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Amonestación y libertad vigilada”, cit., pp. 359-370, señala que el aumento significativo de la aplicación de esta medida se produce de forma notable tras la LORCPJM, con la que se terminaría con la situación anterior de escasa aplicación. CARMONA SALGADO, C., “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 934, por su parte, sitúa su crecimiento aproximadamente a partir de los años setenta.

(97) La intención de resaltar los aspectos positivos de esta medida, dio lugar a que el GP Socialista propusiera en el Senado la enmienda núm. 21 dirigida a cambiar su denominación por la de libertad asistida.

determinaban que estuviésemos ante otra medida distinta, la libertad vigilada con supervisión intensiva⁽⁹⁸⁾.

Estas obligaciones son: 1.^a) La obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello; 2.^a) La obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; 3.^a) La prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; 4.^a) La prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; 5.^a) La obligación de residir en un lugar determinado; 6.^a) La obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; y 7.^a) Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Esta última regla deja abierto el camino a la creatividad del juez para la imposición de reglas de conducta, que siempre han de responder al interés educativo del menor.

En atención al contenido de estas obligaciones podríamos decir que las dos primeras y las dos últimas responden a la naturaleza de las pautas socio-educativas mientras que las restantes son más bien obligaciones que restringen la libertad del menor. Y todas ellas, a excepción de la primera, se encuentran bajo distintos ropajes presentes en el elenco de consecuencias jurídicas del delito

(98) La medida de libertad vigilada simple y la medida de libertad vigilada con supervisión intensiva se unifican en el informe de la Ponencia, donde se propone regular una única medida de libertad vigilada (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 7), en la línea señalada por el GP Catalán, en sus enmiendas núms. 171 y 172, de que la medida de libertad vigilada simple tenía un contenido idéntico a la medida de libertad vigilada con supervisión intensiva cuando ésta se aplicaba sin reglas de conducta. No obstante, en la disposición transitoria única número 4 de la ley se conserva la referencia a la medida de libertad vigilada simple como medida susceptible de ser aplicada a aquellos menores de dieciocho años juzgados con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 19 del Código Penal a quienes se hubiese impuesto una pena de prisión inferior a dos años, una pena de prisión de duración superior a dos años pero de la que sólo restase por cumplir un tiempo inferior a dos años o cualquier otra pena. La Circular de la FGE 1/2000 ha interpretado que el contenido de esa libertad vigilada sería aquella en la que no se imponen al sujeto actividades socio-educativas o reglas de conducta complementarias distintas de la escolarización o asistencia al centro de trabajo.

También algún autor como OÑA NAVARRO, J.M. de, "Ejecución de las medidas acordadas en sentencia. Control de la ejecución. Centros de internamiento y régimen disciplinario", en *EJ.MFI*, 2002, p. 1091, prefiere hablar de dos modalidades de libertad vigilada.

previsto en el Código Penal. Así, por ejemplo, la obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares se contempla como una de las obligaciones a las que se puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (art. 83.1.5.^a), en el marco de la sustitución de las penas de prisión (art. 88) o como medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3.12.^a).

La duración de la medida de libertad vigilada puede alcanzar, como regla general, los dos años, y, al igual que el resto de las medidas de duración temporal pueden llegar a los cinco años cuando concurren las condiciones de la regla 4.^a del artículo 9. Un límite que también podrán alcanzar en los llamados supuestos de extrema gravedad (art. 9, regla 5.^a) y en el caso de que se aplique a los responsables de los delitos de la disposición adicional 4.^a cometidos habiendo cumplido los dieciséis años [disposición adicional 4.^a 2.c), párrafo 1.^o]. Cuando estos últimos delitos son cometidos antes de cumplir los dieciséis años, la medida de libertad vigilada puede aplicarse en una duración de hasta tres años [disposición adicional 4.^a 2.c), párrafo 2.^o].

Respecto a su ejecución, señala el artículo 18 del RLORPM que una vez designado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al juzgado de menores, se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En este programa el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socio-educativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida⁽⁹⁹⁾. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias⁽¹⁰⁰⁾. Si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida.

(99) Debería decirse “en su caso”, dado que las pautas socio-educativas forman parte del contenido facultativo de esta medida.

(100) Véase sobre el papel de los profesionales encargados del seguimiento SEGARRA CRESPO, M.J., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Amonestación y libertad vigilada”, cit., pp. 362-365.

La medida de libertad vigilada ha sido la medida más aplicada en el año 2001, con un total de 3653, representando además cerca de la mitad de todas las medidas impuestas (44,32%)⁽¹⁰¹⁾.

11. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

Esta medida tiene su antecedente más inmediato en la medida de acogimiento por otra persona o núcleo familiar prevista en la LORCPJM, que a su vez recuerda a una de las primeras respuestas con que contaban los tribunales para niños, quienes podían disponer en sus acuerdos que los menores infractores fuesen entregados a otra persona o a una sociedad tutelar⁽¹⁰²⁾. Esta medida, de eminente naturaleza protectora⁽¹⁰³⁾, presenta en la LORPM la novedad de que la misma podrá realizarse también dentro de lo que se denomina “grupo educativo”⁽¹⁰⁴⁾, seguramente en un intento de que esta medida pierda su condición de letra muerta, a la que le llevó la práctica inexistencia de personas o familias dispuestas a acoger a uno de estos menores⁽¹⁰⁵⁾.

A tenor del precepto legal, la persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya⁽¹⁰⁶⁾ o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización⁽¹⁰⁷⁾. Nos

(101) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit. Las estadísticas de los juzgados de menores, consultadas desde 1998 a 2003, también reflejan que se trata de la medida más aplicada.

(102) En el texto refundido de 1948, se habla de colocar al menor bajo la custodia de otra persona, familia o sociedad tutelar.

(103) La FGE en su Instrucción 1/1993 hacía, no obstante, hincapié en que estábamos en presencia de una medida de corrección para desligarla del acogimiento civil, así como que se trataba de un acogimiento realizado por profesionales de la educación. Criterio que no mantiene en la Circular 1/2000.

(104) De acuerdo con VARGAS CABRERA, B., *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, cit., p. 166, los grupos educativos serían grupos reducidos de personas, próximos al hogar funcional del artículo 173.1 del Código Civil.

(105) MARTÍN SÁNCHEZ, A., “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 445.

(106) CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., p. 162, aconsejan que ante la dificultad para encontrar familias acogedoras idóneas se acuda a los abuelos o a los tíos.

(107) En la versión del PLORPM no se contemplaba la convivencia con otra persona, posibilidad que fue introducida en el Informe de la Ponencia (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 7).

encontramos ante una medida dirigida a aquellos menores cuyo entorno familiar no es el adecuado para su desarrollo educativo, como consecuencia, por ejemplo, de su deterioro o conflictividad, resultando necesario apartarlos del mismo e introducirlos en un nuevo ambiente de socialización positivo que además cumpla la función de una familia en relación al desarrollo de pautas socioafectivas prosociales, como se afirma en la exposición de motivos, o dicho de otro modo, que supla las carencias familiares afectivas y educativas del menor. Ahora bien, no podemos olvidar que todas las medidas tienen un carácter temporal⁽¹⁰⁸⁾ y, por tanto, el menor una vez que cumpla la misma deberá regresar a su familia de origen, de ahí la conveniencia de que las entidades públicas competentes actúen en el entorno familiar del menor⁽¹⁰⁹⁾, dado que si las condiciones familiares del menor siguen siendo contraproducentes para éste, habría que valorar la procedencia de la adopción de alguna de las medidas de protección de naturaleza civil, pues, en caso contrario, qué sentido habría tenido la medida. En atención a esta situación, la FGE, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, aconseja que una vez que esta medida sea cumplida se inste a la entidad competente para que acuerde la prosecución de la convivencia familiar como medida de protección, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar del artículo 173 del Código Civil, de lo que se desprende cierto pesimismo sobre el hecho de que el entorno del menor pueda cambiar.

En el artículo 19 del RLORPM se aborda una serie de cuestiones relacionadas con la ejecución. Conforme al citado artículo es la entidad pública la encargada de seleccionar a la persona, familia o grupo educativo que considere más idóneo, entre los que se hayan ofrecido y acepten voluntariamente la convivencia. En este proceso el menor tiene que ser necesariamente escuchado, pero no se exige que medie su consentimiento para la aplicación de la medida⁽¹¹⁰⁾. También serán escuchados, cuando sea el caso, sus representantes legales.

(108) La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo sigue la regla general de duración de las medidas: dos años y excepcionalmente cinco (art. 9.3.^a y 4.^a).

(109) En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M.C., "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 178; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., p. 160.

(110) En el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 sí se exigía el consentimiento. El Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2000, p. 28, proponía, también, que mediase el consentimiento del menor. Y éste es el criterio generalizado, según señala GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 104.

Toda persona, individualmente considerada o como miembro de una familia o grupo educativo, que se seleccione para ejecutar la medida debe reunir los requisitos siguientes: estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no estar incurso en alguna de las causas de inhabilidad establecidas para los tutores en el Código Civil y tener unas condiciones personales, familiares y económicas adecuadas, a criterio de la entidad pública, para orientar al menor en su proceso de socialización (art. 19.2).

En el programa individualizado de ejecución de la medida, elaborado por el profesional designado por las entidades públicas tras entrevistas a los distintos candidatos a convivir con el menor, deberá constar la aceptación expresa de la convivencia por la persona, familia o grupo educativo seleccionado, la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales (art. 19.3). La persona, familia o grupo educativo que asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda y deberá colaborar con el profesional designado en el seguimiento de la medida (art. 19.5).

Durante su convivencia con la nueva familia, funcionalmente hablando, el menor conservará el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa (art. 19.6), pues no debemos olvidar que el menor ha de regresar a su familia de origen.

La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, como se puede deducir en atención a lo expuesto, requiere para su eficacia de la colaboración de tres partes bien diferenciadas, de un lado, el propio menor, quien se va a ver inmerso en un nuevo núcleo familiar con los consiguientes problemas de adaptación, de otro lado, la persona, familia o grupo educativo que se encargará del desarrollo educativo del menor y, de otro, la familia de origen, quien tendrá que esforzarse por superar la situación que abocó a que se considerará favorable para el menor la aplicación de la medida en aras de que el retorno del menor no suponga para él un retroceso en su desarrollo educativo.

En el caso de que no exista persona, familia o grupo educativo idóneo que acepte convivir con el menor, o que la persona, familia o grupo educativo elegido desista de la aceptación de la convivencia, una vez iniciada la ejecución de la medida, se comunicará al Juez de Menores (art. 19.5).

No aborda el reglamento, sin embargo, la cuestión de si estas personas que aceptan convivir con el menor han de ser remuneradas al igual que ocurre en otros países donde nos encontramos con auténticos profesionales especializa-

dos en la educación de estos menores ⁽¹¹¹⁾. En el marco del acogimiento civil esta posibilidad existe (art. 173 del CC).

Estimamos que sería conveniente que la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, que también puede aplicarse como una medida cautelar (art. 28), se previese también como complemento de la medida de internamiento en atención a su período de cumplimiento en régimen de libertad, que podría quedar vacío de contenido si el menor no cuenta con una familia que se encargue de él ⁽¹¹²⁾.

A lo largo del primer año de vigencia de la ley esta medida sólo se aplicó en 9 ocasiones, llegando únicamente a constituir un 0,08% del total de las medidas aplicadas en ese año ⁽¹¹³⁾.

12. Prestaciones en beneficio de la comunidad

Esta medida se contempla por primera vez en la legislación de menores en la LORCPJM, bajo la denominación de medida de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (art. 17.5.^a), si bien se ha apuntado que antes de la entrada en vigor de esta norma algunos juzgados de menores ya se habían servido de la misma en el marco de una libertad vigilada ⁽¹¹⁴⁾. No obstante, es en la LORPM donde, junto a un cambio en su denominación, recibe un mejor tratamiento por parte del legislador, en consonancia con el resto de las medidas, aunque, como veremos, su regulación no termina de ser completa.

⁽¹¹¹⁾ Señala AGUIRRE ZAMORANO, P., “Las medidas (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15)” en *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 90, que en el mundo anglosajón, donde esta medida es muy aplicada, el Estado destina a la nueva familia una cantidad por los gastos ocasionados por el menor y otra en concepto del trabajo que desarrollan.

⁽¹¹²⁾ En este sentido ya se había pronunciado GANZENMÜLLER ROIG, C., “Contenidos y criterios de selección de las medidas de reforma en la LO 4/1992. El Ministerio Fiscal en la ejecución de las medidas”, cit., p. 43.

⁽¹¹³⁾ Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

⁽¹¹⁴⁾ COBO SÁEZ, J.F., “Ante la nueva regulación de reforma de menores. (La experiencia del Tribunal tutelar de Menores de San Sebastián)”, en *I Jornadas sobre regulación legal de la Protección de Menores*, —citado por PANTOJA GARCÍA, F.; MUÑOZ MARÍN, A.; PÁRAMO y DE SANTIAGO, C. y MORAL GARCÍA, A. del, “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de menores. (Anotaciones tras ocho años de aplicación)”, cit., p. 139, nota 14—.

La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad es una medida muy positivamente valorada, tanto a nivel interno como en el plano internacional⁽¹¹⁵⁾, en atención a las múltiples finalidades que puede satisfacer, dado que tratándose de una medida educativa que persigue la integración del menor en la sociedad, conlleva al mismo tiempo una reparación simbólica del daño causado y la responsabilización del menor por los hechos realizados.

Según señala el artículo 7.1.j) de la LORPM, “la persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad...”. Voluntariedad, gratuidad y beneficio para la comunidad serían, pues, las características de esta medida cuya finalidad responde, de acuerdo con la exposición de motivos de esta ley, a hacer comprender al menor, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta, que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justa. Se echa en falta, no obstante, que no se haga mención expresa al sentido pedagógico de esta medida en relación al valor social representado por el bien jurídico lesionado por la infracción, máxime cuando el citado precepto legal continúa diciendo que “se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”⁽¹¹⁶⁾.

La exigencia de que medie el consentimiento del menor estaría motivada por la prohibición constitucional de los trabajos forzados (art. 25.2 de la CE)⁽¹¹⁷⁾, así se reconoce en la propia exposición de motivos de la ley y así lo

(115) Véanse las Reglas de Beijing (apartado 18.1) y la Recomendación 87 del Consejo de Europa (capítulo IV, 15).

(116) GÓMEZ RIVERO, M.C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 177, considera también que esta medida favorece la adquisición de conocimientos específicos.

(117) Este requisito no se recogía en el PLORPM, introduciéndose en el informe de la Ponencia precisamente para salvar la prohibición constitucional de los trabajos forzados (BOCG, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-12, de 15 de octubre de 1999, artículo 7).

La enmienda número 72 del GPMx proponía precisamente que esta medida tuviese un carácter voluntario, debiendo contar con el asentimiento del menor para su aplicación, admitiendo, en su defecto, el de sus padres o tutores.

venía exigiendo la doctrina⁽¹¹⁸⁾. No obstante, hay quien apela también a la propia dignidad humana para fundamentar la exigencia de este requisito de aplicación de esta medida⁽¹¹⁹⁾.

Las prestaciones en beneficio de la comunidad, como no podía ser de otro modo en aras de no desvirtuar su naturaleza jurídica, no comportan para el menor ningún tipo de remuneración, distinto es que éste sí pueda recibir un desembolso económico en razón de los gastos de transporte y manutención, si los mismos no son prestados por la entidad a beneficio de la cual se realice la prestación o asumidos por la entidad pública (art. 20.3 del RLORPM). Esta nota de gratuidad de las prestaciones en beneficio de la comunidad contribuye además, según algunos autores, a clasificar a esta medida como una medida privativa de derechos dado que se estaría privando al menor del derecho a recibir un salario por el trabajo desempeñado (art. 35.1 de la CE)⁽¹²⁰⁾. No podemos estar plenamente de acuerdo sobre este particular. El derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia del que habla nuestra Constitución está íntimamente ligado a una relación laboral incardinada en el ámbito del Derecho del Trabajo, cosa bien distinta a la medida educativa de carácter sancionador que aquí estudiamos. En cambio, sí podría mantenerse su clasificación dentro de las medidas privativas de derechos, en la medida en que con su aplicación el menor va a experimentar una merma de su libertad en general, preferentemente durante su tiempo libre o de ocio.

Otro de los rasgos característicos de esta medida alude al carácter beneficioso que esta prestación conlleva para la comunidad, expresado en el articulado de la ley de dos formas. De un lado, se habla de actividades de interés social, y, de otro, de actividades en beneficio de personas en situación de precariedad. La utilización de ambas expresiones, qué duda cabe, que no pretende sino poner

(118) PANTOJA GARCÍA, F.; MUÑOZ MARÍN, A.; PÁRAMO y DE SANTIA-GO, C.; MORAL GARCÍA, A. del, “La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de menores. (Anotaciones tras ocho años de aplicación)”, cit., p. 139, consideraban que había que evitar una posible inconstitucionalidad de esta medida por rozar la prohibición constitucional de los trabajos forzados (art. 25.2), a través de su aceptación por el menor y su representante legal. Con este objetivo proponían que se solicitase su consentimiento en el momento de la audiencia o que en la resolución en la que se acordase esta medida se estableciese otra, que actuase como alternativa para el caso de que no se diera el consentimiento.

(119) CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 59.

(120) En este sentido, ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho Penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, cit., p. 139; CARMONA SALGADO, C., “Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, cit., p. 940.

de relieve que de estas prestaciones pueden beneficiarse tanto una persona en particular como la sociedad en su conjunto, pues innegable es el interés social de las actividades en beneficio de las personas en situación de precariedad. Entre las actividades que podrían realizarse podríamos citar actividades de limpieza, mantenimiento y conservación de espacios públicos y mobiliario urbano; ayuda a colectivos menos favorecidos, ayuda en hospitales, en centros de la tercera edad, etc. Pero el papel de la comunidad en el desarrollo de esta medida no es únicamente pasivo, la comunidad participa de forma importante en su ejecución desde el momento en que uno de los objetivos de la medida es poner en contacto al menor con personas que puedan servirle de ejemplo de una actuación no sólo correcta sino también solidaria con el resto de los miembros de la comunidad.

Junto a estos elementos característicos de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, establece el artículo 7.1.j), como ha quedado apuntado con anterioridad, que se busque relacionar la naturaleza de las actividades a realizar por el menor con el bien jurídico lesionado por los hechos cometidos⁽¹²¹⁾. Este mandato del legislador, dirigido a los órganos encargados de la ejecución de la pena, perseguiría que la actividad desarrollada por el menor le educase en los valores sociales, de los que ha demostrado carecer, mediante la comisión de infracción⁽¹²²⁾.

Otras características de esta medida las encontramos en el reglamento de desarrollo de la LORPM, cuyo artículo 20 está dedicado a la ejecución de esta medida. En éste, además de reiterarse las notas ya enunciadas, se especifica que las actividades que comprenden las prestaciones no podrán atentar a la dignidad del menor ni podrán estar supeditadas a la consecución de intereses económicos [art. 20.2.c) y d)]. Cuestiones ambas que se establecen por ley cuando vienen referidas a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (art. 49 del CP).

Su duración puede alcanzar hasta cincuenta horas en el caso de que la infracción cometida por el menor sea constitutiva de falta y hasta cien horas si se trata de un delito. No obstante, este límite máximo fijado para los delitos se puede superar hasta llegar a las doscientas horas cuando el menor en el momento de cometer el delito tenía ya los dieciséis años, se trate de un delito cometido

(121) El GPMx propuso que esa relación entre el bien jurídico lesionado y las actividades a realizar se buscara cuando fuese beneficioso para la eficacia de la medida (enmienda núm. 116).

(122) CADENA SERRANO, F.A., "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 110. Ararteko, *Intervención con menores infractores*, cit., p. 214, por su parte, aunque señala esa circunstancia como uno de los factores esenciales de la eficacia de esta medida, considera que cabría dar prioridad a las habilidades sociales del adolescente, cuando puede resultar de utilidad social.

con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de las medidas (art. 9.1.^a, 3.^a y 4.^a)⁽¹²³⁾. No se establece en ningún caso un límite mínimo de duración. Ello ligado al hecho de que sólo respecto de las faltas se acotan las medidas que cabría imponer (art. 9.1.^a), nos lleva a la conclusión de que no existe ningún obstáculo a que se aplique al menor que comete un delito una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad susceptible de aplicación a una falta, solución, por otra parte, coherente con la filosofía educativa que guía la ley y el supremo interés del menor.

Las horas fijadas por el Juez se distribuyen en el momento de la planificación de la ejecución de esta medida por parte de las entidades públicas competentes o, en su caso, por las entidades colaboradoras, en jornadas que no podrán exceder de cuatro horas si el menor no alcanza la edad de dieciséis años ni de ocho si es mayor de esa edad (art. 20.5 del RLORPM)⁽¹²⁴⁾. El reglamento de desarrollo de la ley también hace alusión a la determinación de un plazo de tiempo en el que habrá de cumplirse la medida, como es lógico, en el afán de que la medida no pierda su eficacia. Una cuestión que creemos debería haberse regulado por la ley al formar parte del contenido esencial de la medida. De acuerdo con el artículo 20.6 tanto la determinación de la duración de las jornadas como el plazo de cumplimiento se regirá por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible, en la medida de lo posible, con las actividades diarias del menor. Si bien esta compatibilidad parece poder verse quebrantada, lo que en ningún caso podrá suceder, y así lo prevé el reglamento, es que la realización de las prestaciones pueda suponer la imposibilidad de asistencia al centro docente si el menor se encuentra en el período de enseñanza básica obligatoria. No comprendemos cómo esta cláusula no se ha extendido a quienes están en perio-

(123) El Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 29, se ha mostrado partidario de fijar el límite máximo de horas en 20 por lo que se refiere a las faltas y de reducir a 150 horas el límite extraordinario previsto para los delitos. A favor de la primera reducción también se ha pronunciado GÓMEZ RIVERO, M.C., "Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 177, al considerar que se trata de un período suficiente para que el menor tome conciencia de su responsabilidad por la comisión de una falta. En contra, véase ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho Penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)", cit., p. 141.

(124) ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 188, sostiene que es más correcto que fuese el Juez quien fijase el número de horas de cada sesión.

do formativo o ya disfrutan de un trabajo, pues no olvidemos que la LORPM se aplica también a menores en edad de trabajar⁽¹²⁵⁾.

En relación a su ejecución, cabría señalar que la responsabilidad de proporcionar las actividades de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, para la ejecución de la medida recae en la entidad pública, sin perjuicio de los convenios o acuerdos de colaboración que al efecto haya suscrito con otras entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro (art. 20.1). Ésta designará a un profesional quien se entrevistará con el menor para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y su entorno social, personal y familiar, con la finalidad de determinar la actividad más adecuada y de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En esta entrevista se le oferta al menor las distintas plazas existentes con indicación expresa de su contenido y los horarios posibles de realización (art. 20.7 y 8). Si el menor consiente en realizar la medida, el profesional dejará constancia en el programa individualizado de ejecución de la medida de las actividades a realizar, su cometido, el beneficiario, el lugar de realización, la persona responsable de la actividad, el número de horas de cada jornada, el horario y el consentimiento expreso del menor a realizar dichas actividades en las condiciones establecidas (art. 20.8). Si el menor no aceptara las actividades propuestas o sus condiciones de realización y no hubiera otras actividades disponibles adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del Juez de Menores a los efectos oportunos (art. 20.9).

Durante la prestación de la actividad, el menor que tenga la edad legal requerida gozará de la misma protección prevista en materia de seguridad social para los sometidos a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la legislación penitenciaria y estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. La protección en materia de seguridad social se concreta tras la entrada en vigor del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de seguridad social de los sometidos a las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, en que los menores que cumplen esta medida pasarían a formar parte del régimen general de la Seguridad Social pero sólo a los efectos de

(125) Sobre la necesidad de que el cumplimiento de esta medida se realizase sin interferir en las obligaciones escolares, formativas o laborales del menor han incidido, entre otros, GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., "Principios orientadores de la responsabilidad de los menores", *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, p. 50; GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 102.

protección en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art. 22). Al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación y una protección que en ningún caso será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales (art. 20.4). Esta diferencia de tratamiento en atención de la edad carece completamente de sentido, pues si bien es cierto que como regla general los menores de dieciséis años no están en edad de trabajar, no menos cierto es que quienes cumplen una pena de trabajo en beneficio de la comunidad o una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no mantienen ningún tipo de relación de naturaleza laboral con la entidad en la que desarrollan el trabajo, y, por tanto, la remisión a la seguridad social es una vía como podía haber sido la concertación de seguros privados para la protección de estos condenados frente a determinados riesgos que se producen durante el cumplimiento de estas condenas.

La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad se considera que podría ser muy adecuada en el campo de los delitos contra el patrimonio, especialmente en los daños ⁽¹²⁶⁾, en la falta de deslucimiento de bienes inmuebles de dominio público o privado ⁽¹²⁷⁾ o en el ámbito de los delitos contra la seguridad en el tráfico ⁽¹²⁸⁾.

Esta medida constituyó la tercera medida más aplicada en el primer año de vigencia de la LORPM, con un número de 1.710 medidas que representaron el 20,74% del total ⁽¹²⁹⁾, pero en algunas comunidades como la de Castilla y León ha sido la que con más frecuencia se ha utilizado, sumando el 40,17% en 2001

(126) OÑA NAVARRO, J.M. de, “Ejecución de las medidas acordadas en sentencia. Control de la ejecución. Centros de internamiento y régimen disciplinario”, cit., p. 1093.

(127) De esta opinión, ROSA CORTINA, J.M., (Rosa Cortina, J.M., de la; Urbano Castrillo, E.), *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, cit., p. 95.

(128) MARTÍN CORRAL, S., “Aplicación en la Comunidad Autónoma del País Vasco de la Ley de responsabilidad de los menores”, en Ararteko, *Responsabilidad penal de los menores: una respuesta desde los derechos humanos*, Ararteko, 2001, p. 127, señala que “esta medida puede estar indicada cuando la actitud del menor refleja una pobre asunción de normas, pero es capaz de entender el significado y finalidad de la medida, y su relación con la conducta de la que se le hace responsable. Es una medida indicada cuando se precisa la implicación de los servicios de la comunidad para cubrir las necesidades educativas del menor y atender a las necesidades que presenta”.

(129) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

(237) y el 41,10% (508) en 2002 de todas las medidas aplicadas en esa comunidad en esos años ⁽¹³⁰⁾.

13. Realización de tareas socio-educativas

La persona sometida a esta medida ha de realizar, según se dispone en el artículo 7.1.k), sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social. Estas actividades de contenido educativo, como ya hemos visto, forman parte de otras medidas como los propios internamientos, la medida de asistencia a un centro de día, la medida de permanencia de fin de semana o la medida de libertad vigilada, de ahí que el precepto resalte el hecho de que la medida de realización de tareas socio-educativas se realiza sin internamiento ni libertad vigilada. En el mismo sentido, ya anticipa la exposición de motivos de la ley que esta medida puede tener un carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Por otra parte, la realización de tareas socio-educativas está prevista también como una de las condiciones para la suspensión de la ejecución del fallo [art. 40.2.c] y encajaría igualmente en la actividad educativa que a propuesta del equipo técnico puede realizar un menor con el objetivo de que se sobresea su expediente (art. 19).

Bajo su faceta de medida autónoma, la realización de tareas socio-educativas pretendería, según la exposición de motivos de la ley, satisfacer necesidades concretas del menor que se perciben como limitaciones de su desarrollo integral. A título ejemplificador se señala también en esta exposición que las mismas podrían consistir en la asistencia a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo, participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc. Cuando se aplica como medida autónoma su duración puede alcanzar los dos años y excepcionalmente los cinco (art. 9.3.^a y 4.^a).

Sobre su ejecución dispone el artículo 21 del RLORPM que “el profesional designado, después de entrevistarse con el menor para conocer sus características personales, su situación y sus necesidades, elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que expondrá las tareas específicas de carácter formativo, cultural y educativo que debe realizar el menor, encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social, el lugar donde se realizarán y el horario de realización, que deberá ser compatible con el de la actividad

(130) Procurador del Común de Castilla y León, *Informe especial sobre la situación de los menores desprotegidos e infractores en Castilla y León*, en <http://www.procurador-delcomun.org/>, pp. 259-264.

escolar si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria, y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral” (131).

La realización de tareas socio-educativas se aplicó en 152 ocasiones en 2001, situándose como la sexta medida más utilizada y representando un 1,84% del total de las medidas impuestas (132).

14. Amonestación

La medida de amonestación es desde sus orígenes la medida menos grave que puede aplicarse a los menores infractores, lo que no quiere decir que sólo se haya impuesto como respuesta a las infracciones más leves. Su contenido, como enseguida veremos, recuerda a dos modalidades de la pena de reprensión que existieron en nuestro Código Penal: la reprensión privada, suprimida por LO 3/1989, y la reprensión pública, desaparecida a raíz de la aprobación del código vigente (133). Pero a diferencia de éstas, la medida de amonestación fue a lo largo de nuestra legislación de reforma de los menores infractores muy utilizada, llegando a convertirse en la medida de uso más frecuente ante la ausencia de otras medidas más eficaces que pudieran ser aplicadas y como consecuencia de su inmunidad frente a las carencias de tipo material y personal que condicionan a otras medidas (134). Un panorama que habría necesariamente de cambiar tras la aprobación de la LORPM, donde, como estamos viendo, se prevé un amplio abanico de medidas aplicables a los menores y se impulsa la implantación de las mismas. Y así se puso de manifiesto en el Informe del Defensor del Pueblo sobre el primer año de vigencia de la LORPM, donde se constata que esta medida sólo se aplicó en 2001 en 128 ocasiones, el 1,55% de todas las medidas impuestas ese año (135).

(131) De igual forma se procederá cuando las tareas socio-educativas se impongan en el marco de la suspensión del fallo (art. 21.2 RLORPM).

(132) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

(133) Estas represiones, no obstante, afectaban históricamente al derecho al honor y las recibía el sentenciado personalmente en audiencia del tribunal a puerta abierta, si la reprensión era pública, y a puerta cerrada, si era privada.

(134) GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*, cit., p. 42; AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, cit., p. 209; LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, cit., p. 83; GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 88.

(135) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

La medida de amonestación, por primera vez definida en la legislación concerniente a los menores infractores⁽¹³⁶⁾, consiste en la “repreñión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro” [art. 7.1.1)]. Se trataría en pocas palabras de dar un toque de atención al menor para que no persistiese en la realización de comportamientos delictivos⁽¹³⁷⁾.

La amonestación supone, ciertamente, un acto de repreñión al menor, pero enfocado hacia un fin esencialmente educativo. No se trata de reñir sin más al menor y menos aún de afectar a su dignidad y honor, sino de hacerle comprender por qué la infracción penal que ha cometido es socialmente intolerable, tratando así que el menor no vuelva a cometer infracciones penales. Con igual objetivo se le manifestarían asimismo las consecuencias que la concreta infracción cometida ha tenido o habría podido tener para las víctimas o para sí mismo y se le formularían recomendaciones de cara al futuro. Todo ello mediante un lenguaje adecuado a la edad y nivel cultural del menor destinatario de la medida.

Ese toque de atención necesariamente ha de ser realizado por el Juez de Menores, quien en relación a esta medida asume la competencia ejecutiva que con carácter general se le atribuye a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla en el artículo 45 de la LORPM⁽¹³⁸⁾. Nada dice el artículo de la ley sobre el lugar de ejecución de la medida, sí la exposición de motivos que, como parece lógico, señala la sede judicial, precisando además que la amonestación deberá realizarse en un acto único como corresponde a la propia naturaleza de la medida. Tampoco se pronuncia la norma sobre si la ejecución de esta medida ha de tener un carácter público o privado, quedando, por tanto, la decisión en manos del Juez. La FGE en su Instrucción 1/1993,

(136) Sobre la amonestación en la LORCPJM, véase SEGARRA CRESPO, M.J., “Las medidas previstas en la LO 4/1992 y su aplicación. Amonestación y libertad vigilada”, cit., pp. 352-359.

(137) Precisamente por su limitado alcance, no sería suficiente en aquellos casos de menores que presentan unas circunstancias personales y familiares problemáticas.

(138) Señalan VENTURA FACI, R. y PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, 1.ª ed, Colex, Madrid, 2000, p. 67, que con anterioridad se suscitaban las dudas sobre si también las instituciones administrativas podían llevar a cabo la amonestación. La FGE en su Instrucción 1/1993, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, afirmó con rotundidad que el órgano competente para su ejecución era el Juez de Menores.

sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, no descartó ninguna de las dos posibilidades al considerar que en algunas ocasiones la publicidad relativa o en presencia de la familia o los representantes legales del menor sería precisa, añadiendo con motivo de su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1997 ⁽¹³⁹⁾, que sería deseable posibilitar la presencia del Fiscal, del letrado defensor, del representante del equipo técnico y quizás del representante legal del menor, en la medida en que en ciertos casos puede ser de utilidad para quienes conviven con el menor el conocimiento de los términos de la amonestación dirigida al menor. En cualquier caso es de vital importancia para que la amonestación no produzca en el menor la sensación de que ha cometido un acto delictivo y no ha pasado nada que la misma se realice con seriedad, evitando la cordialidad excesiva ⁽¹⁴⁰⁾.

Entre los condicionamientos de la eficacia de esta medida se encontraría el hecho de que el propio menor se reconociese responsable del acto delictivo que se ha enjuiciado ⁽¹⁴¹⁾, que se trate de menores que no presentan deficiencias educativas serias que impidan que se despierte en ellos la conciencia de que han obrado mal ⁽¹⁴²⁾ o que entre el momento de comisión de los hechos y la ejecución de esta medida medie un lapso temporal que la haga perder eficacia. Respecto de la inmediatez de esta respuesta, habría que señalar que en el procedimiento establecido en la LORPM es necesario para la aplicación de una medida de amonestación, a diferencia de lo que ocurría en la LORCPJM ⁽¹⁴³⁾, que se

(139) FGE, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores*, de 2 de octubre de 1997, cit., p. 236.

(140) Aspecto ya apuntado por la FGE en su Instrucción 1/1993.

(141) En relación a las características del menor en quien esta medida podría alcanzar el efecto perseguido se ha dicho que habría que excluir a los menores que habitualmente cometen infracciones penales (así ROSA CORTINA, J.M., *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor*, cit., p. 92) o a quienes ya les hubiese sido impuesta con anterioridad esta medida por su inútil eficacia (GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 89). OÑA NAVARRO, J.M. de, “Ejecución de las medidas acordadas en sentencia. Control de la ejecución. Centros de internamiento y régimen disciplinario”, cit., p. 1083, vincula su adopción a hechos no graves cometidos por un menor que no necesita resocialización ni es reincidente.

(142) ABEL SOUTO, M., “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, cit., p. 145.

(143) Recordemos que durante la vigencia de la LORCPJM, la medida de amonestación podía adoptarse por el Juez de Menores tras el trámite de la comparecencia (art. 15.1.7.^a y 9.^a).

haya concluido el expediente, formulado el escrito de alegaciones y celebrada la audiencia, salvo en los supuestos de conformidad en los que no se celebra la audiencia (arts. 32 y 36). A la luz del procedimiento, cabría preguntarse si esta medida no pierde su sentido y si no sería preferible ahondar en las posibilidades que ofrece el principio de oportunidad para que Fiscal no incoe o archive el expediente del menor⁽¹⁴⁴⁾.

La amonestación, al igual que las restantes medidas, tiene un carácter personal, de ahí que no quepa admitir la posibilidad de que el Juez reprenda colectivamente a un grupo de menores, aun cuando todos ellos fuesen responsables de los mismos hechos.

El campo por excelencia de la medida de amonestación es el de las faltas, si bien en la ley no se descarta *a priori* su aplicación más allá de los supuestos en los que es imperativa la imposición de una medida de internamiento de régimen cerrado.

15. Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas

La medida de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas comprende privaciones de derechos diversos que presentan en común el hecho de que su ejercicio se supedita a la obtención, previo cumplimiento de los requisitos legales previsto para cada caso, de una autorización administrativa, llámese permiso, llámese licencia. En atención a los distintos derechos referidos así como a la redacción del precepto, no cabe duda que aunque la ley la trate como una única medida, podríamos distinguir varias. Éstas podrían ser, a nuestro juicio, las siguientes: medida de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, medida de privación de las licencias administrativas para la caza y la medida de privación de las licencias administrativas para el uso de cualquier tipo de armas. Medidas todas que tienen un manifiesto parentesco con otras consecuencias jurídicas del delito previstas en el Código Penal: las penas privativas de derechos de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 47)⁽¹⁴⁵⁾, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de caza, y las medidas de

(144) En este sentido, GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 90.

(145) Ésta fue una de las penas de nuevo cuño del Código Penal de 1995, si bien ya conocía en el texto refundido de 1973 como una medida de seguridad aplicable a los exentos de responsabilidad criminal debido a su enajenación mental completa (art. 8.1.º) y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1974.

seguridad no privativas de libertad de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 105.2) ⁽¹⁴⁶⁾.

Las medidas de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, las únicas cuya definición se encuentra contenida en su propia denominación, pueden aplicarse con carácter principal o como accesorias de otras medidas. Mientras en el primer caso no se exige que estas medidas guarden relación alguna con la infracción cometida ⁽¹⁴⁷⁾, su aplicación como accesorias podrá llevarse a cabo cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, según el caso ⁽¹⁴⁸⁾. Esta precisión legal reduce el ámbito de aplicación que para esta medida accesoria anunciaba el legislador en su exposición de motivos, donde puede leerse que como medida accesoria “se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite autorización administrativa”.

Estas medidas comparten asimismo su duración. En el caso de que se impongan a título principal, su duración, como regla general, no podría exceder de dos años (art. 9.3.^a), si bien excepcionalmente podría llegar a un máximo de cinco años (art. 9.5.^a). Si estas medidas se aplican con carácter accesorio, aplicando supletoriamente el artículo 33.6 del Código Penal ante el silencio de la LORPM, habría que entender que se cumplirán durante el tiempo de duración de la medida que las lleve como accesoria. Consecuentemente parece que la previsión de estas medidas como accesoria podría conducir a incrementar el tiempo de su duración ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Antes de la reforma por la LO 15/2003, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas se designaba como privación de la licencia o del permiso de armas.

⁽¹⁴⁷⁾ Entre los autores que consideran que también en el caso de su aplicación como medida principal tiene que guardar relación con el hecho delictivo, CADENA SERRANO, F.A., “Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 114.

⁽¹⁴⁸⁾ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 28, recomendaba que sólo se utilizara como medida accesoria en los supuestos citados.

⁽¹⁴⁹⁾ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 51 y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.R., “Las medidas aplicables a la delincuencia juvenil tras la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Boletín Aranzadi Penal*, 2003, núm. 9 (<http://www.westlaw.es>), por su parte, sostienen una opinión distinta al considerar que en la LORPM se equiparan las medidas accesorias y las complementarias.

Otra de las características en común que presentan estas privaciones es que son medidas de ejecución judicial, en las que, por tanto, y al igual que ocurría con la amonestación, no participan las entidades públicas con competencia en materia de protección de menores.

La privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, se contempla por primera vez en la legislación de menores a raíz de la reforma llevada a cabo por la LORCPJM⁽¹⁵⁰⁾. En ese momento esta medida recibía otra denominación, “privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos a motor”, si bien se entendía que esta medida no sólo comprendía la privación de ese derecho a quien lo poseyese sino que impedía su obtención al que careciese de él⁽¹⁵¹⁾. La LORPM, como vemos, sí hace expresa mención a la privación del derecho a obtener los citados permisos de conducir⁽¹⁵²⁾, pero la nueva denominación de la medida, que recuerda a la de la pena de privación del permiso de conducir y de la licencia para conducir ciclomotores recogida en el Código Penal aprobado por el Texto refundido de 1973⁽¹⁵³⁾, resulta inadecuada. El hecho de que no se refiera a la privación del

(150) Señalan LANDROVE DÍAZ, G., “Medidas aplicables a los menores infractores”, en *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, cit., p. 85, y AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, cit., p. 214, que esta medida durante la vigencia de esa ley fue escasamente aplicada, pues la edad de los menores a los que se aplicaba la ley (menores que en el momento de la comisión del hecho habían cumplido los doce años pero no los dieciséis) la vaciaba de contenido.

(151) En este sentido, AGUIRRE ZAMORANO, P., “Medidas aplicables en la legislación de menores”, cit., p. 214.

(152) Para obtener el permiso de conducir vehículos a motor y las licencias de conducir ciclomotores es necesario, entre otros requisitos, que se haya cumplido una determinada edad: en el caso de los automóviles es de 18 años, 16 años para las motocicletas de 125 cc de cilindrada y 14 para los ciclomotores (Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, modificada en 2001).

(153) Recordemos que el Tribunal Supremo, en relación a la pena de privación del permiso de conducir y la licencia de ciclomotores prevista en el texto refundido de Código Penal de 1973, estableció que “el efecto y contenido de tal pena no es tanto el aspecto formal de la privación o retirada material del permiso que habilita para conducir vehículos de motor como la inhabilitación para ejercer tal actividad durante el tiempo que dure la condena, inhabilitación que alcanza por igual a quien es titular previo de un permiso de conducir que a quien condujo careciendo de él y cometió en tal actividad un delito que lleva aparejada como pena la privación del permiso en cuestión. Igualdad ante la pena que ya habían resaltado viejas sentencias de esta Sala, al destacar que de otro modo se haría de peor condición al que, por poseer permiso conducía legítimamente un vehículo de motor al

derecho a conducir sino a la privación del documento administrativo que nos habilita para conducir, puede dar lugar a interpretar que cuando el menor al que se le ha impuesto una medida de este tipo conduce, únicamente incurriría en una infracción administrativa y no estaría quebrantando medida alguna, pues la medida de privación del permiso de conducir ya se habría cumplido en el mismo instante en el que la autoridad judicial le retiró el permiso o se ejecutaría cada vez que la autoridad administrativa le deniega el permiso de conducir correspondiente. Esta interpretación gramatical de la ley evidentemente colisiona con la finalidad de las medidas que inhabilitan para el ejercicio de derechos, como sería el caso de la medida que aquí tratamos, que no es otra que evitar que las personas a las que se imponen puedan ejercitar los derechos de los que se les inhabilita durante el tiempo que dura la condena. De ahí que consideremos que en este caso deberíamos apartarnos de una interpretación literal del precepto. Por otra parte, echamos en falta que el legislador no haya seguido un criterio uniforme en la regulación de todas las consecuencias jurídico-penales que comportan la privación del derecho a conducir, pues mientras en el Código Penal la pena como la medida de seguridad de privación del derecho a conducir afectan, como el sentido común aconseja si lo que se pretende es evitar el riesgo para la circulación o impedir que los vehículos a motor o ciclomotores sean utilizados como medios para la comisión de infracciones penales, tanto a la conducción de los vehículos a motor como a los ciclomotores, en el ámbito de los menores, a tenor de la dicción del artículo 7.1.m), donde se emplea la conjunción disyuntiva “o”, esta medida se ceñiría a uno u otro ⁽¹⁵⁴⁾ ⁽¹⁵⁵⁾.

cometer el delito, que aquel que despreocupadamente lo hacía sin legitimación alguna. Por ello la jurisprudencia de esta sala ha declarado que estableciendo el párrafo 3.º del artículo 42 que la privación del permiso de conducir inhabilita al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo de la condena, tal contenido penológico se encarna en el efecto de privar del permiso a quien lo tiene o impone la ‘prohibición de obtenerlo’ a quien carece de él”, (RJ 1972, 2986; 1974, 1479; 1993, 9430).

⁽¹⁵⁴⁾ La referencia en el art. 9.1.ª simplemente a la “privación del permiso de conducir”, sin precisar de qué tipo de permiso se trata, no es susceptible de ser utilizada como criterio para interpretar que ambos permisos serían objetos de privación en una única medida, pues el precepto se dedica a determinar las reglas para aplicar las medidas enumeradas en el artículo 7 y no a modificar su contenido.

⁽¹⁵⁵⁾ Entre los autores que consideran que esta medida engloba conjuntamente la privación de la licencia de conducir vehículos a motor y la de ciclomotores, se encuentra CADENA SERRANO, F.A., “Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 113, quien recurre a la aplicación supletoria del Código Penal; OÑA NAVARRO, J.M. de, “Ejecución de las medidas acordadas en sentencia. Control de la ejecución. Centros de internamiento y régimen disciplinario”, cit., p. 1093; CERVELLÓ DONDERIS, V.; COLÁS TURÉGANÓ, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, cit., p. 160.

Entre las infracciones penales frente a las que puede resultar conveniente imponer una medida de este tipo se han señalado los delitos culposos o por impudencia (tanto grave como leve) en cuya comisión se ha utilizado un vehículo a motor o ciclomotor, como pueden ser las lesiones por impudencia grave del artículo 152.1, las cometidas por imprudencia leve del artículo 621.1 y 4 o el homicidio por imprudencia grave (art. 142.2) o por imprudencia leve (art. 621.2), y con mayor motivo en estas mismas infracciones cuando son cometidas dolosamente⁽¹⁵⁶⁾. En el campo de los delitos contra la seguridad del tráfico, se suele resaltar su importancia en la conducción bajo la influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379), la conducción temeraria (art. 381) y los supuestos de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384). También se ha considerado idónea en aquellos casos en los cuales el vehículo a motor o ciclomotor es el objeto material del delito como puede ser el robo y hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotores (art. 244) o cuando se utilizan como medio para cometer el delito, así en los tirones de bolsos o el apoderamiento del teléfono móvil desde una moto.

La ejecución de esta medida sigue el mismo curso que la ejecución de la pena y de la medida de seguridad de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. El juez requerirá al condenado poseedor del correspondiente permiso o licencia para que proceda a su entrega ante el órgano encargado de la ejecución de la medida. En el caso de que el condenado no sea titular del mismo, el requerimiento estará dirigido a que se abstenga de obtenerlo durante el tiempo de duración de la medida. A ambos condenados se les requerirá asimismo para que se abstengan de conducir y se les apercibirá de las consecuencias que puede entrañar el quebrantamiento de la medida. A continuación el Juez procederá a liquidar la condena y una vez que la misma es aprobada se remitirá nota a la Jefatura Provincial de Tráfico en modelo oficial en aras de que este órgano deje constancia de la misma en el Registro de Conductores. Transcurrido el tiempo de la condena se devolverá el permiso depositado en el juzgado⁽¹⁵⁷⁾.

(156) Así, ABEL SOUTO, M., "Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)", cit., p. 150. Nótese que en el Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en las infracciones imprudentes citadas, no se ha previsto la aplicación de este tipo de privaciones de derechos en los homicidios y lesiones dolosas en cuya comisión se han empleado vehículos a motor, una ausencia sentida, entre otros, por TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.^a ed., Aranzadi, 2004, pp. 376 y 377; CADENA SERRANO, F.A., "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 114.

(157) Véase el artículo 794.2.^a LEcr. Ampliamente sobre la ejecución de esta pena, LAMO RUBIO, J. de, *El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, 1997, pp. 233-237.

Las medidas de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas son unas de las pocas medidas realmente novedosas de la LORPM. La privación de las licencias administrativas para caza, por su contenido, parece que sólo tendría razón de ser en el marco de los delitos relativos a la protección de la fauna ⁽¹⁵⁸⁾. La privación de la licencia administrativa para uso de cualquier tipo de armas, por su parte, respondería a la pretensión de evitar el riesgo que supone su posesión por determinadas personas, pero si la ley quiere hacer honor a su finalidad educativa, es evidente que deberá acompañarlas de medidas pedagógicas ⁽¹⁵⁹⁾. Al igual que ocurre con la medida de privación del permiso de conducir vehículos a motor o ciclomotores, la dicción literal del precepto, al referirse a la privación de la licencia administrativa y no a la privación del derecho de caza y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas como hace el Código Penal, podría derivar en el entendimiento de que únicamente se le priva al condenado de la correspondiente licencia, de lo que se desprendería que no cabría tampoco hablar de un incumplimiento de esta medida, una solución que, como expusimos, contradiría la finalidad de este tipo de medidas. Respecto de estas licencias se suscita además la cuestión relativa a si se privaría también al menor del derecho a obtenerlas, dado que la ley no hace expresa mención a este aspecto ⁽¹⁶⁰⁾. En nuestra opinión, si bien el hecho de que en relación a las privaciones del permiso de conducir se precise que las mismas comprenderían el derecho a obtenerlo aboga a favor de considerar que en estas otras medidas no quedaría afectado el ejercicio futuro de ese derecho, entendemos que ello sólo conduciría a un tratamiento desigual entre las personas a las que se imponen en base a que tenga o no la correspondiente licencia en el momento de la condena ⁽¹⁶¹⁾.

(158) Nótese que la correspondiente pena, la inhabilitación especial para la caza sólo se recoge en algunos delitos comprendidos en el capítulo IV, título XVI, relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. Y obsérvese, asimismo, que en este terreno también se puede aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a pescar.

(159) En este sentido, VENTURA FACI, R., PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, cit., p. 68.

(160) La argumentación del Tribunal Supremo para fundamentar que la pena de privación del permiso de conducir y la licencia de ciclomotores inhabilitaba para conducir durante el tiempo de la condena independientemente de la posesión o no de un permiso de conducir es perfectamente trasladable a la privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

(161) De esta opinión, GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª ed., Aranzadi, 2004, pp. 581-580, equipara el contenido de la medida de privación de la licencia o permiso de armas (en la actualidad denominada medida de privación del

Los efectos de la medida de privación de licencias administrativas para uso de armas han de ser concretados acudiendo al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se regula el Reglamento de Armas, que es donde se establece cuáles son las armas reglamentarias y su régimen de autorización administrativa. Este reglamento establece un régimen de autorizaciones especiales de uso de armas para determinados menores de edad, nacionales o con residencia en España. Éstos son los menores mayores de 14 y menores de 18 años, quienes podrán ser autorizados, si cumplen los requisitos establecidos al respecto, a usar determinadas armas exclusivamente para la caza o para competiciones deportivas en cuyos reglamentos se haya reconocida la categoría *junior* (art. 109).

La ejecución de esta medida se llevará a cabo de igual forma que la ejecución de la pena de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas⁽¹⁶²⁾, esto es, el condenado es requerido por el órgano judicial para que entregue, en el caso de que la posea, la licencia de armas así como, en su caso, el arma en la Intervención de Armas de la Guardia Civil provincial o en la persona que la normativa de armas disponga. Además este requerimiento se dirigirá a que el condenado se abstenga de solicitar una licencia de armas y de utilizar un arma durante el tiempo de la condena. Una vez que la condena ha sido liquidada, se enviará testimonios de la condena y de la sentencia firme a su destinatario y a la Intervención Central de Armas de la Guardia Civil, con el objetivo de que se abstenga de expedir al condenado una licencia de armas.

Estas medidas son escasamente utilizadas, constatándose que durante el primer año de vigencia de la ley sólo se aplicaron 6 privaciones del permiso de conducir, lo que suma el 0,04% del total de las medidas impuestas⁽¹⁶³⁾.

16. Inhabilitación absoluta

La medida de inhabilitación absoluta se introduce en el ámbito del Derecho Penal de menores a raíz de la aprobación de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que, como es sabido, modificó la LORPM antes de su entrada en vigor, alejándola de su orientación educativa. Se trata de una medida puramente retributiva, orientada a la prevención general y que responde al cumplimiento de objetivos

derecho a la tenencia y porte de armas) al de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que conforme al artículo 47 del Código Penal inhabilita al penado para el ejercicio de ese derecho durante el tiempo que dure la condena. En contra, se ha manifestado CADENA SERRANO, F.A., "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor", cit., p. 111, quien apela al principio de legalidad de las penas.

(162) LAMO RUBIO, J. de, *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, cit., pp. 238-239.

(163) Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit.

político-criminales muy concretos, como es evitar que personas convictas por terrorismo desempeñen cargos públicos.

Esta medida presenta el mismo contenido que la pena de inhabilitación absoluta, la pena privativa de derechos más grave de nuestro sistema de penas, aunque en su configuración como medida en la letra n) del artículo 7.1 es susceptible de apreciarse una diferencia cuando se aborda uno de los tres efectos que la medida comporta. Concretamente, el relativo a la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, que en vez de estar ceñidos a los que ostenta el condenado, como ocurre en la pena de inhabilitación absoluta (art. 41 CP), se refiere a aquel sobre el que la medida recayese, expresión más acorde con el contenido de una inhabilitación especial (art. 42 del CP). No obstante, entendemos que se trataría de una incorrección técnica, eso sí de deseable subsanación, pues la introducción de esta medida en el marco de los menores responsables de delitos de terrorismo se debatió precisamente a raíz de una enmienda del GP Socialista dirigida a incorporar la medida de inhabilitación especial para empleo o cargo público en esos casos⁽¹⁶⁴⁾.

Junto a la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, la medida de inhabilitación absoluta conlleva también la incapacidad de obtener los mismos o cualesquiera otros y la de ser elegido para cargo público⁽¹⁶⁵⁾ durante el tiempo de la medida. Y son precisamente estas privaciones temporales las que realmente tienen mayor probabilidad de materializarse si tenemos en cuenta que en razón de la edad de las personas a las que se aplica la medida es difícil que estén en posesión de honores, empleos o cargos públicos.

Los honores serían todos los títulos y distinciones marcados por una nota honorífica, de forma que quedarían excluidos, por ejemplo, los títulos académicos. Empleos y cargos públicos, por su parte, son todos aquellos que se desem-

(164) Obsérvese que en los distintos trabajos de reforma de la legislación de menores infractores penales elaborados por el GP Socialista siempre se ha recurrido a las inhabilitaciones especiales y a otras medidas muy próximas a éstas. Así en el *Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor*, de 27 de abril de 1995, se apela a la inhabilitación especial y a la suspensión de empleo o cargo público y en la *Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor*, se recoge la medida de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho y la suspensión de empleo o cargo público.

(165) Esta precisión, como señala MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Las inhabilitaciones para cargo público", en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1102, es innecesaria, puesto que queda comprendida dentro de la incapacitación para obtener un cargo público.

peñan en el marco de la función pública en un sentido amplio e independiente del tipo de relación que los sustente.

La medida de inhabilitación absoluta, en la que no se atisba el más mínimo sentido educativo, debemos entender que está reservada en su aplicación a las personas condenadas por delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580, en atención a la redacción del artículo 7.1.n) en el que podemos leer: “de conformidad con lo previsto en la disposición adicional cuarta, la medida de inhabilitación produce...”⁽¹⁶⁶⁾. Supuestos en los que la medida de inhabilitación absoluta es además imperativa.

La duración de esta medida puede oscilar entre cuatro y quince años más que la de la medida de internamiento en régimen cerrado [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafo final], aplicada también con carácter imperativo en estos casos. Teniendo en cuenta, por tanto, que el límite máximo insuperable que puede alcanzar una medida de internamiento en régimen cerrado es de diez años y su límite mínimo un año, la medida de inhabilitación absoluta puede llegar a los veinticinco años y no descender de cinco años de duración. El precepto establece también los criterios que han de guiar al juez para concretar su duración (“... atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el menor”)⁽¹⁶⁷⁾, pero se echa en falta una precisión sobre el momento en que la medida de inhabilitación absoluta comienza a cumplirse que aclare si ambas medidas se cumplen simultáneamente⁽¹⁶⁸⁾ o de forma sucesiva⁽¹⁶⁹⁾ y, en este último caso, si la medida de inhabilitación absoluta comienza a cumplirse una vez que se extinga la medida de internamiento en régimen cerrado o desde el momento, en su caso, en que el sujeto se halle en régimen de libertad vigilada.

(166) Así la FGE, Circular 2/2001, de 28 de junio. Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 50, señala que aunque es muy dudoso que se aplique fuera de los delitos de terrorismo, la ley no ha hecho exclusión expresa de la misma.

(167) Los mismos criterios que guían al juez para la imposición de la pena de inhabilitación absoluta en el marco también de los mismos delitos de terrorismo (art. 579 del CP).

(168) En este sentido, la FGE, Circular 2/2001, de 28 de junio. Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores. Criterio que ha acogido el RLORPM, que en su artículo 11.1.c) establece que la medida de inhabilitación absoluta se cumplirá simultáneamente cuando concorra con cualquier otra medida.

(169) CADENA SERRANO, F.A., “Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 114.

El RLORPM no contempla ninguna regla sobre el procedimiento de ejecución de esta medida, debiéndose proceder de la misma manera que cuando de la ejecución de una pena de inhabilitación absoluta se trata. Señala LAMO RUBIO a este respecto que tenemos que seguir, en atención a los distintos efectos de la pena, distintos trámites⁽¹⁷⁰⁾. La privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos se realiza mediante un oficio, acompañado del testimonio de la sentencia condenatoria firme, en el que se pide al órgano administrativo correspondiente, que será aquel que otorgó el honor o el órgano del que dependa el cargo público o el empleo desempeñado por el condenado, que materialice la privación definitiva de esos derechos y que, una vez cumplido con este mandato, lo ponga en conocimiento del órgano judicial en aras de constatar el cumplimiento de la ejecutoria. El aspecto de la medida de inhabilitación absoluta relativo a la incapacidad para obtener durante el tiempo de duración de esta condena esos mismos honores, empleos o cargos públicos o cualesquiera otros se lleva a cabo mediante un requerimiento al condenado para que durante ese tiempo se abstenga de obtener honores, empleos o cargos públicos⁽¹⁷¹⁾, requerimiento en el que además se le apercibe de que el incumplimiento del mismo podrá dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena, y la remisión de oficio del testimonio de la sentencia firme y de la liquidación de la condena al Registro Central del Personal de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, a quien se pedirá acuse de recibo para que conste en la ejecutoria. La privación del derecho a ser elegido para cargo público, cuando en el marco del sufragio universal directo nos movemos, se ejecuta a través del requerimiento al condenado para que se abstenga durante el tiempo de la condena de ejercer ese derecho y se le apercibe de que en caso contrario podrá incurrir en un delito de quebrantamiento de condena, de forma que este primer paso de su ejecución se puede realizar conjuntamente en el requerimiento para la incapacidad de obtener honores, empleos o cargos públicos. El segundo paso de la ejecución consiste en remitir nota de la condena al Registro Central de Penados y Rebeldes, quien ya se encarga de ponerlo en conocimiento de la Oficina del Censo Electoral⁽¹⁷²⁾.

(170) LAMO RUBIO, J. de, *El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, cit., pp. 210-215.

(171) LAMO RUBIO, J. de, *El Código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, cit., p. 212, señala que a continuación se procede a la liquidación de la condena. Pero a nuestro juicio, esta operación tiene que ser previa dado que puede comportar una reducción de la duración de la medida.

(172) Véase el Real Decreto 435/1992, de 30 de abril, sobre comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes y a la Oficina del Censo Electoral de las condenas que llevan aparejada privación del derecho de sufragio.

III. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA

En contraste con el sistema de individualización del castigo diseñado en el Código Penal ⁽¹⁷³⁾, la determinación de la medida aplicable a un menor se rige por el principio de flexibilidad que, a estos efectos, se recoge en el artículo 7.3 de la LORPM: “Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos ⁽¹⁷⁴⁾, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor...”. Entre los criterios aquí señalados, unos relativos al hecho delictivo, otros al menor, son estos últimos, especialmente resaltados en la ley, los que están llamados a tener una significación mayor en la determinación de la medida en coherencia con la finalidad primordialmente educativa de las medidas, y en su consideración es factible que la medida que se aplique al menor sea de inferior gravedad que la que procediera en función de la proporcionalidad con la gravedad del hecho delictivo. La gravedad del hecho delictivo, por su parte, operaría como un límite a la gravedad de la medida, de forma que no podría aplicarse al menor una medida de mayor gravedad que la que exigiría la gravedad del hecho realizado, aun cuando lo hiciesen recomendable las necesidades del menor, necesidades que deberían satisfacerse a través de los mecanismos civiles.

El criterio de la edad, como veremos a continuación, es en ocasiones valorado por la propia ley, resultando de tal valoración la posibilidad de incrementar la duración de las medidas si el menor en el momento de la comisión del hecho delictivo ya tenía los dieciséis años (art. 9.4.^a y 5.^a). Respecto de la personalidad y el interés del menor precisa el precepto que los mismos sean “puestos de manifiesto... en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley”. Este artículo, dedicado a los informes del equipo técnico, señala que los mismos versan “sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley”, de lo

⁽¹⁷³⁾ Sobre el particular, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005 o GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 219-284.

⁽¹⁷⁴⁾ Compartimos con AGUIRRE ZAMORANO, P., “Las medidas (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15)”, cit., p. 93, su opinión de que carece de sentido la referencia a la prueba de los hechos.

que se desprende que en ellos también se valorarán las circunstancias familiares y sociales del menor. La importancia de estos informes es trascendental para la adopción de la medida, pues si bien no son vinculantes para el Juez, qué duda cabe que son estos equipos multidisciplinares de profesionales especializados en el ámbito de la educación, psicología o trabajo social, quienes se encuentran en mejor posición para valorar, al margen de consideraciones jurídicas, el interés del menor.

Concluye el artículo 7.3 recogiendo la obligación constitucional de la motivación de las sentencias (art. 120.3 de la CE), debiéndose expresar con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

Este principio de flexibilidad, que desvincula del hecho delictivo la aplicación de una determinada medida en aras de que el Juez pueda escoger de entre el elenco de medidas aplicables a los menores aquella que se perfile como la más adecuada para el menor desde la perspectiva educativa que guía el sistema de justicia penal de menores, no es absoluto sino que se encuentra limitado e incluso desplazado por lo dispuesto en otros preceptos de la LORPM. En esta línea recoge la ley una serie de reglas sobre la naturaleza y la duración de las medidas en función de la naturaleza del hecho delictivo (art. 9) ⁽¹⁷⁵⁾ y establece un régimen especial de determinación legal de la medida para los responsables de los delitos referidos en la disposición adicional 4.^a de la ley y en el artículo 9.5.^a Asimismo se reconoce la garantía de que los menores no puedan ser tratados con mayor severidad que los adultos en el párrafo segundo del artículo 8, si bien sólo respecto de la aplicación de las medidas privativas de libertad, que no podrán exceder en su duración de aquella que hubiera tenido la pena privativa de libertad impuesta en caso de que hubiese sido de aplicación el Código Penal ⁽¹⁷⁶⁾. Junto a ellas, habría que tener igualmente presente que la discrecionalidad del Juez en la determinación de la medida se encuentra limitada en virtud del principio acusatorio, que le impide aplicar una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por

⁽¹⁷⁵⁾ En la legislación anterior no existía este tipo de reglas, siendo la flexibilidad del Juez total. Véase GANZENMÜLLER ROIG, C., “Contenidos y criterios de selección de las medidas de reforma en la LO 4/1992. El Ministerio Fiscal en la ejecución de las medidas”, cit., pp. 45-47.

⁽¹⁷⁶⁾ Aunque el tenor de la ley es claro, algún autor, como AGUIRRE ZAMORANO, P., “Las medidas (Título Segundo, artículos 7, 13, 14 y 15)”, cit., p. 94, considera que esta garantía también debería extenderse al resto de medidas especialmente en aquellas equivalentes a las penas.

tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular (art. 8, párrafo 1.º) ⁽¹⁷⁷⁾ ⁽¹⁷⁸⁾.

Las reglas para la aplicación de las medidas previstas en el artículo 9 de la ley presentan en algunos casos el objetivo de satisfacer al principio de proporcionalidad en su vertiente garantista, es decir, evitar que la medida que se aplica a una determinada infracción sea considerada desproporcionada por exceso. Pero en otros casos, está sobre todo presente la pretensión de que las circunstancias del menor no conduzcan a la aplicación de una medida sensiblemente menos gravosa que la que correspondería en atención a la gravedad de los hechos delictivos cometidos. Veámoslas:

La primera de las reglas enunciadas en el artículo 9 está dedicada a determinar la medida aplicable a las faltas y en ella se establece que “cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas”. A través de esta regla lo que se pretendería es que las faltas sólo puedan ser castigadas con medidas de carácter leve. Ahora bien, si tenemos en cuenta las medidas comprendidas en esta regla y la clasificación que, en atención a la restricción de derechos que comportan, se hace de las medidas en el artículo 7.1, no se entiende plenamente por qué otras medidas como la medida de libertad vigilada ⁽¹⁷⁹⁾, y la realización de tareas socio-educativas ⁽¹⁸⁰⁾, que también podrían, en atención a

⁽¹⁷⁷⁾ Como ha señalado la FGE en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre criterios de aplicación de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, ambos límites funcionan de manera conjunta, de forma que, reiterando el ejemplo que ofrece la Fiscalía, si se ha solicitado la medida de libertad vigilada por un año, no podrá aplicarse ni un internamiento por seis meses, ni la realización de tareas socio-educativas por dos años.

⁽¹⁷⁸⁾ Véase, sobre este particular, ABEL SOUTO, M., “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *EPC*, XXIV, 2002-2003, pp. 7-57.

⁽¹⁷⁹⁾ En este sentido, GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., p. 113; Defensor del Pueblo, *Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., donde se afirma que se trata de una de las conclusiones aprobadas en la “Cumbre Nacional en Canarias: el Fiscal y la Ley del Menor”, celebrada en octubre de 2001 y en el Informe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Cataluña, quien la considera indicada para los menores multirreincidentes autores de faltas contra la propiedad.

⁽¹⁸⁰⁾ Junto a estas medidas, cabría también mencionar la medida de asistencia de día, pues si bien precede a la permanencia de fin de semana en la enumeración de las medidas realizada en el artículo 7.1, su contenido no difiere significativamente de la

su contenido y duración, ser consideradas medidas de carácter leve, se excluyen del ámbito de las faltas. Es más, atendiendo al hecho de que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad requiere del consentimiento del menor para ser aplicada y que las privaciones de permisos o licencias administrativas parecen adquirir realmente significado cuando éstas están relacionadas con la utilización del vehículo a motor o ciclomotor o el uso de armas, resultaría conveniente que se ampliasen las posibilidades con las que cuenta el Juez para responder a la falta cometida por el menor. Por otra parte, no existe ningún impedimento a que estas medidas, en la extensión para ellas previstas en esta regla primera, no se apliquen a hechos delictivos calificados como delitos, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de determinación de la pena, donde sólo cabría que se diese una situación semejante por el juego de las reglas para determinar la pena inferior en grado.

La ley no ha limitado la duración de la medida de privación del permiso de conducir u otras licencias administrativas en los supuestos en los que estas medidas se aplican a las faltas a diferencia de lo que ocurre con el resto de las medidas en esta regla recogidas, a excepción de la medida de amonestación que por su propia naturaleza no es una medida de carácter temporal sino que se agota en el momento de su ejecución judicial. Algún autor ha considerado que en este caso procedería aplicar supletoriamente el artículo 33.4.a) y b) del Código Penal, donde se fija el año como límite máximo a la duración de las correlativas penas cuando son aplicables a las faltas⁽¹⁸¹⁾. El problema de esta interpretación favorable al menor es que choca con la voluntad del legislador manifestada en el artículo 8 de la ley, en virtud del cual únicamente se prohíbe que las medidas privativas de libertad aplicables a los menores excedan de las penas de privación de libertad que les hubiesen sido impuestas de haber sido condenados

realización de tareas socio-educativas. En cambio, consideramos que la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, aunque aparece enumerada también tras la permanencia de fin de semana, por su contenido sería demasiado gravosa para el menor que sólo comete una falta. Si se dan las condiciones que aconsejan aplicar tal medida, lo que procederá será valorar la aplicación de una medida de protección de naturaleza civil. De otra opinión, POLAINO NAVARRETE, M., "La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000", cit., p. 166. APARICIO BLANCO, P., "Política criminal y delincuencia juvenil (Reflexiones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los menores)", en *CDJ. Política criminal*, Madrid, 1999, p. 180, por su parte, propugna que si las medidas terapéuticas respondiesen sólo a las necesidades curativas del menor, habrían igualmente de ser aplicables en las faltas aunque no estuviesen previstas expresamente para esos casos.

(181) GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 91.

con arreglo al Código Penal⁽¹⁸²⁾. No es el único problema que presenta la contemplación de estas medidas en esta regla. Algunos autores apelando al principio de legalidad y a la proscripción de la analogía *in malam partem* en el Derecho Penal consideran que es discutible que la medida de privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas comprenda la privación del derecho a obtenerlos durante el tiempo que dure la condena cuando es aplicada a una falta, como consecuencia de la omisión de estos aspectos al mencionar la medida⁽¹⁸³⁾.

La segunda regla del artículo 9 se centra en la aplicación de la medida de internamiento de régimen cerrado, encontrando su complemento en la regla sexta y la ya mencionada regla primera. Concretamente lo que dispone la regla segunda es que la medida de internamiento en régimen cerrado “sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. Aunque el precepto habla de hechos, no hay duda de que éstos deben revestir la naturaleza de delitos, dado que como vimos, la regla primera excluía, *a sensu contrario*, la aplicación de un internamiento de régimen cerrado en el marco de las faltas. Pero no todos los delitos hacen posible la aplicación de semejante medida es necesario que en la comisión de los mismos haya intervenido violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas⁽¹⁸⁴⁾, bastando la concurrencia de una de estas condiciones para que surja la posibilidad de aplicar esa medida. La regla sexta, por su parte, lo que hace es excluir la aplicación de una medida de internamiento en régimen cerrado en el marco de las infracciones impruden-

(182) De cualquier forma el recurso a la aplicación supletoria del Código Penal no es posible en el caso de la privación de la licencia de caza, pues su homónima en el código no tiene nunca la consideración de pena leve y, por tanto, nunca se aplica a las faltas.

(183) ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, cit., p. 204; BOLDOVA PASAMAR, M.A., Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ROMEO CASABONA, C.M.; MARTÍN, L.G.; HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (coord.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1560.

(184) Obsérvese que no se exige que la violencia o intimidación en las personas sea grave. Asimismo se echa en falta, en un momento como el actual en el que la integridad física y la integridad psíquica son objeto de un tratamiento unitario a efectos penales, la referencia a la integridad psíquica en esta ley.

tes ⁽¹⁸⁵⁾, bajo el entendimiento de que el juicio de reproche que cabría hacer a los menores por los hechos delictivos cometidos por imprudencia es inferior que en comisión de delitos dolosos, independientemente de la gravedad de unos y otros ⁽¹⁸⁶⁾.

En la tercera regla se contemplan, en atención a la naturaleza temporal de las medidas, salvo la medida de amonestación, las duraciones máximas que pueden llegar a alcanzar aquéllas. En el caso de la medida de permanencia de fin de semana y de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, está previsto, con carácter general, un límite máximo de duración de ocho fines de semana y cien horas, respectivamente. Para el resto de las medidas, se señala como regla general que su duración no podrá exceder de dos años ⁽¹⁸⁷⁾. Téngase en cuenta además que a los efectos de computar la duración de una medida es necesario que, en su caso, se sume el tiempo que ya ha cumplido en virtud de una medida cautelar (internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra personas, familia o grupo educativo), conforme a lo que dispone el artículo 28.5 al que nos reenvía esta regla tercera ⁽¹⁸⁸⁾. Ninguno de los límites es infranqueable, dado que, como enseguida veremos, se pueden ver superados en virtud de lo dispuesto en las reglas cuarta y quinta de este artículo 9 y en la disposición adicional cuarta de la ley.

(185) Nótese que las faltas cometidas por imprudencia ya quedan sometidas al régimen de la regla primera del artículo noveno, con lo cual esta regla sexta, introducida durante la tramitación parlamentaria de la ley al aceptarse una enmienda del GP Socialista, hubiese igualmente cumplido su cometido si se hubiera referido únicamente a los delitos imprudentes.

(186) Se considera que este límite de dos años operaría igualmente en el caso de que al menor se le impongan varias medidas de ejecución sucesiva, de forma que la suma de la duración de las distintas medidas no podría exceder de esos límites. Así, BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español”, cit., p. 1.569; FGE, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre criterios de aplicación de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor.

(187) En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español”, cit., p. 1.564.

(188) Artículo 28.5: “El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar”.

Aunque la decisión sobre la duración de la medida corresponda al Juez, como ha apuntado la FGE⁽¹⁸⁹⁾, se escaparía a la lógica que la medida se impusiera en una duración superior a la aconsejada por el equipo técnico, dado que es éste a través de sus informes quien ilustra al Juez sobre las circunstancias familiares y sociales, así como sobre la personalidad y el interés del menor, parámetros todos ellos que sirven de base a la adopción de la medida.

La regla cuarta de este artículo 9 establece la posibilidad de que aumente la duración de las medidas por encima de los límites anteriormente citados, pudiendo llegar a alcanzarse en el caso de la permanencia de fin de semana los dieciséis fines de semana, las doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad y hasta cinco años en el resto de las medidas temporales. Las condiciones, cuya concurrencia conjunta determina el surgimiento de esta posibilidad de incrementar el límite máximo de duración de las medidas son tres: que el menor ya hubiese cumplido los dieciséis años de edad en el momento de la comisión de los hechos⁽¹⁹⁰⁾, que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas y que el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. Requisito este último que supone otorgar a los equipos técnicos una auténtica facultad de decisión⁽¹⁹¹⁾.

La regla quinta se orienta en dos líneas que confluyen, de un lado, comprende también una excepción a la ya excepcional duración de cinco años que

(189) Circular 1/2000, de 18 de diciembre de la FGE, sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000.

(190) Consideramos que este factor respondería al mayor grado de madurez de las personas que ya han cumplido los dieciséis años respecto de los menores de esa edad, en atención al cual se les podría exigir una mayor responsabilidad por el hecho cometido.

(191) Al igual que GARCÍA INGELMO, F.M., "Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000", cit., p. 117, consideramos que este requisito es desde luego el más criticable, pues supone atribuir a los equipos técnicos verdaderas facultades decisorias, que sólo competerían a los órganos judiciales. Este autor señala que semejante disposición va a ser de difícil aplicación, pues los equipos técnicos informan sobre las circunstancias del menor y no sobre la gravedad de los hechos, por lo que duda de que se aventuren a emitir un juicio de valor a dos años vista sobre la conveniencia o no de que las medidas se prolonguen más allá. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., "Características principales de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor", en *PJ*, 2000, núm. 60, p. 153, incluso considera que esos equipos técnicos podrían por esa vía convertirse en una especie de acusación particular. Véase, sobre la actuación de estos equipos multidisciplinarios, SICILIA CANO, S., "La orientación por el equipo técnico de las medidas previstas en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores", en *AJM*, 2002, núm. 2, pp. 211-226, o FERNÁNDEZ MOLINA, E., "La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", en *AJM*, 2002, núm. 2, pp. 55-78.

pueden alcanzar las medidas, y, de otro, anula por completo el criterio de flexibilidad que rige la determinación judicial de la medida al establecer como única respuesta posible a los llamados supuestos de extrema gravedad una medida de internamiento en régimen cerrado complementada con una medida de libertad vigilada. Dice el precepto que los supuestos de extrema gravedad, a los efectos de lo aquí dispuesto, son aquellos en los que se aprecia reincidencia⁽¹⁹²⁾, si bien además habrían de concurrir las circunstancias recogidas en la regla cuarta⁽¹⁹³⁾. En estos casos la medida de internamiento en régimen cerrado mantiene el límite máximo de duración excepcional de cinco años, pero al verse complementada con una medida de libertad vigilada con asistencia educativa que puede alcanzar un máximo de otros cinco años, nos vamos a encontrar con que el tiempo que finalmente un menor podría estar sujeto al cumplimiento de las medidas podría alcanzar los diez años. Además esta regla establece también un límite mínimo a la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado que se cifra en un año, aumentando, consiguientemente la gravedad de esta medida. Por otra parte, se incorpora a través de este precepto el llamado régimen de seguridad, en virtud del cual, la persona a la que se aplica una medida de internamiento en régimen cerrado deberá cumplir parte de la misma antes de que se pueda estudiar la procedencia de la modificación o sustitución de la

(192) Se establece en el Código Penal que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente, por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. A estos efectos “no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo” (art. 20.8). En atención al concepto legal de reincidencia se ha considerado que la aplicación automática de lo dispuesto en la regla quinta es excesiva, pues, por ejemplo, llevaría a aplicar este tipo de medida a un menor que comete un tirón de bolso, una vez cumplidos los dieciséis años, si ya había sido condenado anteriormente por otro hecho similar. En este sentido, GARCÍA INGELMO, F.M., “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la LO 5/2000”, cit., pp. 118-119; CÓRDOBA RODA, J., “La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2002, núm. 2, p. 363. Asimismo se ha hecho notar por GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., “Características principales de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor”, cit., p. 154, que estamos ante un precepto inaplicable por carecer de antecedentes penales los jóvenes en cuestión.

(193) En la redacción inicial de este precepto se consideraban además supuestos de extrema gravedad, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de actividades de bandas, organismos o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso y las agresiones sexuales de los artículos 179 y 180 del Código Penal. Esta referencia a los mismos en este artículo desapareció a raíz de la introducción por LO 7/2000, de 22 de diciembre, en la LO 5/2000, de un régimen particular para una serie de delitos, entre los que se encuentran los delitos mencionados a excepción del reclamo de la comisión de acciones violentas por parte de bandas, organismos o grupos terroristas.

medida. Concretamente se exige que haya transcurrido el primer año de cumplimiento. Esta regla quinta, como se indica en el precepto, cede en su aplicación cuando estamos ante una persona responsable de los delitos a los que se refiere la disposición cuarta de la Ley, a los cuales nos referiremos posteriormente. Ya para concluir con esta regla, hay que señalar que en la misma se dispone que la medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal. No se entiende la razón de que en estos casos el cumplimiento de la medida se encomiende a las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas ni la remisión a ese precepto del Código Penal. Seguimos estando en presencia de medidas educativas, presumiblemente, y no penas ni medidas de seguridad no privativas de libertad, que es la cuestión que aborda el artículo 105.1. Además no hay una razón de peso que pueda justificar por qué se altera la competencia de ejecución de las medidas en estos casos. Tampoco lo deben tener muy claro nuestros gobernantes que en el reglamento de desarrollo de la ley, artículo 18.4, establecen, como es lógico, que las reglas que en este precepto se establecen para la ejecución de la medida de libertad vigilada se apliquen en todos los casos en los que se adopte una libertad vigilada, remitiendo sólo a la Administración Penitenciaria la ejecución de las medidas no privativas de libertad que se cumplan una vez que la medida de internamiento ha pasado a cumplirse en prisión⁽¹⁹⁴⁾.

La regla séptima se ocupa de las medidas que son susceptibles de ser aplicadas a personas declaradas exentas de responsabilidad criminal por haber sido apreciada en la sentencia la concurrencia de alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena y síndrome de abstinencia y alternaciones en la percepción del artículo 20.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal. Concretamente se establece que “cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1,

(194) El artículo 8.5 del RLORPM establece que “si en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se ordena el cumplimiento de la medida de internamiento del menor en un centro penitenciario, la competencia para la ejecución de ésta será de la Administración penitenciaria, sin perjuicio de las facultades propias del Juez de Menores competente. Esta competencia será extensiva a la ejecución de las medidas pendientes de cumplimiento del artículo 7.1.e) a k) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, una vez finalizado el internamiento”.

letras d) y e) de la misma”. Esta regla no aporta ninguna novedad respecto de lo ya dispuesto en el artículo 5.2 de la LORPM, donde se dispone que a esos menores les serán aplicables las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), es decir, la medida de internamiento en centro terapéutico y la medida de tratamiento ambulatorio, precisándose en esta norma además que las mismas se aplicarán en caso de ser necesarias. En cuanto a la medida de internamiento en centro terapéutico hay que tener en cuenta que por ser una medida de privación de libertad no va a poder ser aplicada si en el Código Penal el hecho delictivo por el que ha sido condenado el menor no estaba castigado con pena privativa de libertad y que su duración no podrá exceder de la que correspondería a la privación de libertad que se le hubiese impuesto si hubiese sido juzgado como mayor (art. 8).

A raíz de la reforma de la LORPM por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, se incorporó a la ley un régimen específico de determinación de la medida para los delitos de homicidio (art. 138), asesinato (art. 139), violación (art. 179), agresiones sexuales y violación cualificada (art. 180), delitos de terrorismo de los artículos 571 a 580 y aquellos otros delitos sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, que se caracteriza por la determinación legal de la medida a imponer. En todos estos casos ha de aplicarse imperativamente una medida de internamiento en régimen cerrado, que se verá acompañada, en su caso, de una medida de libertad vigilada, estableciéndose dos marcos penales de duración de estas medidas en atención a la edad del menor. Si el responsable del hecho delictivo es una persona mayor de 16 años (por coherencia interna del sistema habrá que entender que también quienes en el momento de la comisión del hecho tenían 16 años) la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado oscilará entre un mínimo de un año y un máximo de ocho, completada, en su caso ⁽¹⁹⁵⁾, por una medida de libertad vigilada hasta un máximo de cinco años [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafo 1.º]. Cuando el responsable del hecho delictivo es una persona menor de 16 años, la medida de internamiento en régimen cerrado se impondrá de uno a cuatro años, completada también, en su caso, con una medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafo 2.º]. En ambos casos, el límite máximo de la medida de internamiento se puede superar, llegando a los diez años, si se trata de un menor que ha cumplido ya los dieciséis, y a los cinco, en el otro caso, cuando el sujeto es responsable de más de un delito, alguno de los cuales es un delito de terrorismo de los comprendidos entre los artículos 571 a 580 que esté calificado como grave y sancionado con pena de

(195) Nótese que en los casos de extrema gravedad a los que se refiere la regla 5.ª del artículo 9, la medida de vigilancia es obligatoria y además debe comportar la asistencia educativa.

prisión igual o superior a quince años [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafos 1.º y 4.º]. Este régimen excepcional de determinación de la medida también afecta a las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución de la medida, cuando ésta ha sido impuesta por delitos cometidos por los mayores de dieciséis, exigiéndose el transcurso de al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta [disposición adicional 4.ª 2.c), párrafo 1.º]. Los delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 580 presentan además la particularidad de que el Juez también impondrá a los responsables la medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta atendiendo proporcionalmente a la gravedad de delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

Para concluir este acercamiento al sistema de determinación de la medida aplicable a un menor, simplemente apuntar que el mismo presenta también unas reglas especiales para los casos de concursos de infracciones penales (arts. 11 a 13)⁽¹⁹⁶⁾, que con carácter general no resultan armónicas con la filosofía educativa que empaña el tratamiento de la delincuencia de menores y además son fuente de importantes problemas interpretativos. En ellas ya no nos vamos a detener, por ser simplemente nuestra intención dejar en este trabajo un apunte sobre el proceso de determinación de la medida aplicable a los menores.

(196) Véase BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Principales aspectos sustantivos del nuevo derecho penal juvenil español”, cit., pp. 1570-1573.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Apropiación indebida:

- STS 145/2005, de 7 de febrero 180
- STS 410/2005, de 28 de marzo 233

Autoría y participación:

- STS 415/2005, de 23 de marzo 225

C

Citación telefónica:

- STC 94/2005, de 18 de abril 143

Coacciones:

- SAP Las Palmas 32/2005, de 16 de febrero 259

Coimputado (declaración del):

- STC 30/2005, de 14 de febrero 116

Comisión por omisión:

- STS 320/2005, de 10 de marzo 220
- STS 102/2005, de 4 de febrero 177

Competencia territorial:

- STS 409/2005, de 24 de marzo 229

Conflicto de derechos fundamentales:

- STS 138/2005, de 15 de febrero 189

Conformidad:

- SAP Valladolid 99/2005, de 13 de abril 273

Corrupción de menores:

- STS 422/2005, de 4 de abril 234

Cuestiones prejudiciales:

- STS 399/2005, de 28 de marzo 231

D

Delito continuado:

- STS 145/2005, de 7 de febrero 180
 — STS 276/2005, de 2 de marzo 210

Delito contra la integridad moral:

- STS 213/2005, de 22 de febrero 199

Delito fiscal:

- STC 120/2005, de 10 de mayo 148
 — SAP Barcelona 94/2005, de 10 de enero 253
 — SAP Zaragoza 143/2005, de 28 de marzo 268

Delitos contra la seguridad del tráfico:

- SAP Logroño 135/2005, de 7 de febrero 257
 — SAP Barcelona 320/2005, de 30 de marzo 270

Delitos relativos a la protección de la flora y fauna:

- SAP Lérida 107/2005, de 15 de marzo 266

	Página
Delitos societarios:	
— SAP Barcelona 143/2005, de 31 de enero	255
Desobediencia:	
— STC 71/2005, de 4 de abril	138
Detención ilegal:	
— STS 415/2005, de 23 de marzo	225

E

Estafa:	
— STS 182/2005, de 15 de febrero	196
— STS 276/2005, de 2 de marzo	210
— STS 407/2005, de 23 de marzo	222
— SAP Cáceres 5/2005, de 4 de marzo	263
Estafa procesal:	
— STS 172/2005, de 14 de febrero	187
Excusa absolutoria:	
— STS 91/2005, de 11 de abril	237

F

Falso testimonio:	
— STS 265/2005, de 1 de marzo	208

I

Impago de pensiones:	
— SAP Barcelona 19/2005, de 10 de enero	251
— SAP Zaragoza 118/2005, de 14 de marzo	265

Imparcialidad del juzgador:

— STS 291/2005, de 2 de marzo 212

Incendio:

— STS 443/2005, de 11 de abril 239

Incomunicación de testigos:

— STS 153/2005, de 10 de febrero 185

Intrusismo:

— STS 407/2005, de 23 de marzo 222

L

Legítima defensa:

— STS 470/2005, de 14 de abril 243

M

Medidas de seguridad y corrección:

— STS 579/2005, de 5 de mayo 248

Miedo insuperable:

— STS 340/2005, de 8 de marzo 215

Multa:

— STC 108/2005, de 9 de mayo 146

Omisión del deber de socorro:

— SAP Burgos 56/2005, de 1 de abril 272

P

Prescripción:

— STC 63/2005, de 14 de marzo	130
— STS 312/2005, de 9 de marzo	217

Prevaricación:

— STS 538/2005, de 28 de abril	246
— SAP Málaga 18/2005, de 2 de marzo	261

Principio acusatorio:

— STC 71/2005, de 4 de abril	138
— STC 120/2005, de 10 de mayo	148
— STC 123/2005, de 12 de mayo	155
— STS 84/2005, de 1 de febrero	173

Principio de legalidad:

— STC 34/2005, de 17 de febrero	119
---------------------------------------	-----

Principio “non bis in idem”:

— STS 225/2005, de 24 de febrero	201
— SAP Barcelona 320/2005, de 30 de marzo	270

Prisión provisional:

— STC 62/2005, de 14 de marzo	126
-------------------------------------	-----

Prueba pericial:

— STC 25/2005, de 14 de febrero	113
---------------------------------------	-----

R

Responsabilidad civil:

— STS 225/2005, de 24 de febrero	201
— SAP Lérida 35/2005, de 8 de febrero	258

T

Tenencia ilícita de armas:

— STC 51/2005, de 14 de marzo	122
-------------------------------------	-----

Tráfico de drogas:

— STS 91/2005, de 4 de febrero	175
— STS 340/2005, de 8 de marzo	215

Tribunal del Jurado:

— STS 262/2005, de 28 de febrero	206
— STS 468/2005, de 14 de abril	240

V

Violencia doméstica:

— STS 108/2005, de 31 de enero	169
--------------------------------------	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 25/2005 de la Sala 1.ª del TC de 14 de febrero de 2005
(BOE 22 de marzo de 2005) (Recurso de amparo 2123/2001)**

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL. NULIDAD DE PRUEBA PERICIAL FORENSE

Arts. 18.1 CE; 339 LECrim.; 12 Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

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

SÍNTESIS

Por vulneración del derecho a la intimidad personal, se declara la nulidad de prueba pericial forense: la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de la analítica para que el médico forense emitiera un informe pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, careció de la necesaria motivación al no plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. (...)

En relación con la primera, alega el recurrente que la diligencia pericial acordada por el Juzgado de Instrucción ha supuesto una afectación (y vulneración) de su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), en una doble vertiente: en primer lugar,

porque la intervención corporal en que consistió la extracción de sangre que se le practicó pudo constituir una vulneración de su integridad física e intimidad corporal; en segundo lugar, desde la más amplia perspectiva del derecho a la intimidad personal.

La primera de las alegaciones no puede ser compartida, en cuanto la extracción de

sangre no se llevó a cabo como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del demandante posteriormente fallecido. Los varios análisis hematológicos a que éste fue sometido durante su estancia hospitalaria le fueron practicados tras haber sufrido un grave accidente de tráfico, en un ámbito curativo que ni el demandante, ni quienes ahora le suceden procesalmente, cuestionaron entonces ni tampoco ahora. Estas extracciones sanguíneas, y particularmente la primera, que arrojó el dato de la presencia de alcohol en sangre, fueron realizadas en el marco de una amplia batería de pruebas médicas, y resultaban imprescindibles, obviamente, a fin de determinar el ulterior tratamiento curativo a aplicar. Es decir, tenían una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médicoasistencial. De hecho, en ningún momento se aduce en la demanda que la extracción y posterior analítica se realizaran sin el consentimiento del paciente o de las personas a quienes hubiera de requerírsele, en su caso. De este modo, consistiendo la prueba en cuestión en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), es evidente que, habiéndose realizado de forma voluntaria, no se ha lesionado ni el derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), al que los demandantes también hacen referencia aun sin citarlo expresa y formalmente, ni el derecho a la intimidad corporal (STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9).

No obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causar la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura,

para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 20/1992, de 14 de febrero, 219/1992, de 3 de diciembre, 142/1993, de 22 de abril, 117/1994, de 25 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993, de 22 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo). En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, ello no quiere decir que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; y 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, por todas). La afectación, por lo tanto, ha de presentar una justificación objetiva y razonable, debiendo recordarse que los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, que resultan rigurosamente aplicables, son; que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, en que se alega la vulneración de este derecho por haber sido incorporado a la causa y valorada como prueba por los órganos jurisdiccionales la analítica obrante en el historial clínico sin esa justifi-

cación, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tal derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable:

a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La Audiencia Provincial alude en la resolución recurrida al art. 339 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím). Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el «cuerpo del delito», entendiéndose por tal «las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334.1 LECrím). Y, aunque hemos dicho que esta nor-

ma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de ley, los arts. 12 y 65 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el Médico forense emitiera dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego: 1) que era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; 2) que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrifi-

cio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin; y 3) que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (SSTC 13/1985, de 31 de enero, FJ 2; y 26/1981, de 17 de julio, FJ 5), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8). En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en

estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que cita otras muchas).

Es evidente que no se atuvo a estas exigencias la decisión impugnada. La providencia dictada por el Juez instructor fue una resolución inmotivada. El mandato judicial se presentó, por esta carencia de motivación, como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad. De lo anterior se sigue, como es notorio, y pese a la concurrencia de los restantes requisitos, la incompatibilidad de esta resolución con el derecho fundamental del demandante a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado.

En consecuencia, es preciso coincidir con los demandantes en que la prueba pericial forense sobre la hemoconcentración alcohólica, que se realizó sobre los documentos obrantes en la historia clínica del acusado, no es prueba válida que pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

**Sentencia 30/2005 de la Sala 2.^a del TC de 14 de febrero de 2005
(BOE 22 de marzo de 2005) (Recurso de amparo 6398/2002)**

TESTIMONIO DE COIMPUTADO. PROCESO DE MENORES

Art. 24.2 CE

Ponente: **Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

Partiendo de la base de que en el proceso de menores rigen las mismas garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal, y aplicando su doctrina sobre la validez del testimonio del coimputado, la Sala declara vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en amparo al basarse su condena únicamente en la declaración de un coimputado presta-

da en la instrucción ante el Fiscal y no ratificada en el acto de la audiencia, faltando elementos externos e independientes a la misma que permitan corroborarla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. El examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe iniciarse poniendo de manifiesto que, si bien habría tenido lugar en el marco de un procedimiento penal de menores, esta circunstancia no implica ninguna excepción a su ejercicio, ya que este Tribunal ha reiterado que las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son también de aplicación al procedimiento de menores (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 60/1995, de 16 de marzo, FJ 5), en el que la especial incidencia en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. Más en concreto, este Tribunal ya ha descartado la posibilidad de que se plantee, por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en el juicio oral, máxime teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, de la que España es parte (BOE de 31 de diciembre de 1990), dispone en su art. 40.2.b) que a «todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente: i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley» (STC 211/1993, de 28 de junio, FJ 4).

(...)

4. En cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados pa-

ra enervar la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que, si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. En efecto, hemos dicho que «la declaración de un coimputado es una prueba “sospechosa” (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5) cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (por todas, STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3)» (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

Dicha exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser necesariamente plena —pues para llegar a tal conclusión este Tribunal tendría que efectuar una valoración global de la prueba practicada ante los órganos jurisdiccionales, realizando una actividad que le está vedada—, sino que basta con que al menos sea mínima; y, por otra, que no cabe establecer su alcance en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso. A lo que hemos añadido que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del re-

corrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). Por último, también se ha destacado que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren circunstancias excepcionales, como sucede cuando las declaraciones incriminatorias del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5).

Por tanto, en aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si, en el supuesto examinado, el testimonio del coimputado es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y cuáles son los elementos de corroboración aportados por las resoluciones impugnadas.

5. En el presente caso, como ya ha sido expuesto en los antecedentes, la Sentencia del Juzgado de Menores afirma expresamente que la autoría del recurrente ha quedado perfectamente acreditada a través de la declaración efectuada por uno de los menores coimputados ante el Ministerio Fiscal, en la que relató la forma en que ocurrieron los hechos y que quienes participaron fueron él mismo, junto al ahora recurrente y el tercer menor sometido a procedimiento, en unión de otro menor de 14 años; añadiendo que, aun cuando en el acto de la audiencia dicho menor se negó a declarar por «el temor a las represalias de los coacusados», dicha declaración efectuada en la instrucción «con la observancia de todos los requisitos y garantías procesales y asistido por Letrado ha de acogerse en todos sus extremos» (FJ 1), y ello a pesar de que el recurrente negó su participación en los hechos, limitándose a manifestar que cuando sucedieron se encontraba en la acera de enfrente, y de que la vícti-

ma no pudo reconocer a ninguno de los menores imputados.

(...)

6. De lo anteriormente expuesto se desprende, en primer lugar, que la única prueba de cargo sobre la que se sustenta la condena del recurrente es la declaración de un coimputado; en segundo lugar, que las resoluciones judiciales aportan expresamente como único elemento de corroboración el hecho reconocido por el propio recurrente de que, aun negando su participación en el robo, se encontraba en la acera de enfrente cuando sucedieron los hechos; y, en tercer lugar, que, como también se evidencia en las actuaciones, por un lado, la declaración incriminatoria del coimputado sólo tuvo lugar ante el Ministerio Fiscal durante la instrucción; y, por otro, que no fue ratificada en el acto de audiencia por dicho coimputado, al haberse acogido a su derecho a no declarar.

Así pues, resulta que el único elemento de corroboración aportado por las resoluciones judiciales, ante la negación del propio recurrente de haber participado en los hechos y la declaración de la víctima, que no reconoció a ninguno de los acusados, fue la propia declaración del recurrente de que cuando sucedieron los hechos se encontraba en la acera de enfrente.

Ahora bien, del reconocimiento por el recurrente de su presencia en la escena en que sucedieron los hechos juzgados, sin ningún otro dato, elemento o circunstancia externa añadida, no puede entenderse que resulte mínimamente corroborada, en los términos exigidos por la jurisprudencia de este Tribunal, la declaración del coimputado respecto de la participación en tales hechos del actor; especialmente si se tiene en cuenta que, en este caso, concurrían circunstancias excepcionales que, como ya ha señalado recientemente este Tribunal, provocan que el control respecto de la existencia de corroboración haya de ser especialmente intenso (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5). Las referidas circunstancias excepcionales derivan, tanto de las características del procedi-

miento de menores, en el que la declaración inculpativa se realizó, no ante un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad, sino ante el Ministerio Fiscal sin posibilidad de contradicción, como de que la declaración inculpativa no fue for-

malmente introducida en el acto de audiencia, habiéndose acogido, además, el coimputado al derecho a guardar silencio.

Por tanto, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Sentencia 34/2005 del Pleno del TC de 17 de febrero de 2005 (BOE 22 de marzo de 2005) (Cuestiones de constitucionalidad acumuladas 2851/1996, 2477/1997 y 3995/1999)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Art. 81 CE

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

SÍNTESIS

Se recuerda en la sentencia la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a los requisitos que debe cumplir una norma penal en blanco para que el recurso a esta técnica legislativa sea compatible con el principio de legalidad y, en concreto, con la reserva de Ley Orgánica establecida para las leyes penales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Los órganos judiciales apuntan como uno de los motivos de inconstitucionalidad del precepto cuestionado el de la infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 CE, habida cuenta de que el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985 tipifica un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad, y la Constitución exige que los elementos esenciales del tipo y de la pena se establezcan por ley orgánica. Frente a ello tanto el Abogado del Estado como el Fiscal defienden que nos encontramos ante una ley

extrapenal por la que se completa, cumpliendo las exigencias constitucionalmente establecidas al respecto, una norma penal en blanco en virtud del reenvío efectuado por ésta a la ley ordinaria.

La cuestión a analizar se centra, entonces, en determinar si nos encontramos ante uno de los supuestos de colaboración entre la norma penal y la extrapenal constitucionalmente admisibles conforme a nuestra doctrina. A este respecto debemos comenzar precisando que, como señalamos en la STC 120/1998, de 15 de junio (en un recurso de amparo relativo a una condena por un

delito de contrabando de especies protegidas), con referencia al art. 1.1.4, puesto en relación con los arts. 3.2 y 3.3, todos ellos de la Ley Orgánica 7/1982, que la que entra en juego en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento es «una ley penal de las denominadas por la doctrina “en blanco”, que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta» (FJ 2; en el mismo sentido, y con relación al delito contra la hacienda pública, la STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 8).

Sentando lo anterior debemos seguidamente señalar que, conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, la reserva de ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles «leyes penales en blanco», esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden tener incluso carácter reglamentario (por todas, STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3). Al respecto lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso; en segundo término, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y, finalmente, que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (entre muchas otras, SSTC 122/1987, de 14 de julio, FJ 3; 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 62/1994, de

28 de febrero, FJ 4; y 24/1996, de 13 de febrero, FJ 3).

Pues bien, como ya tuvimos la oportunidad de señalar en la citada STC 120/1998, basta el examen de la regulación contenida en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, de contrabando, para comprobar cómo en el presente supuesto se cumplen los citados requisitos. En efecto, en primer lugar, la lectura de los arts. 1.1.4, 3.2 b) y 3.3 de la Ley Orgánica 7/1982 pone de manifiesto que, como señalamos en dicha STC 120/1998 (FJ 5), el reenvío normativo existe de forma expresa, dado que el primero de los preceptos conceptúa reos del delito de contrabando a los que importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos y a los que realizaran con ellos operaciones de comercio o circulación «sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes»; el segundo define como géneros prohibidos todos los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente, «por disposición con rango de Ley», en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción; y, finalmente, el tercero establece que el carácter de «prohibido» se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades «que de modo expreso se determine[n] en la norma que establezca la prohibición» y por el tiempo que la misma señale.

En segundo lugar no puede tampoco dudarse (como ya pusimos de manifiesto en la referida STC 120/1998, de 15 de junio) que el reenvío efectuado por la Ley de contrabando a normas legales extrapenales está justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. A este respecto cabe destacar que, entre otros, el bien jurídico protegido por la norma orgánica es el «interés económico del Estado» (STC 120/1998, FJ 5), esto es, en lo que ahora nos importa, su interés a la recaudación de los ingresos de carácter tributario que de las autorizaciones del juego derivan (conforme al Real Decre-

to-ley 16/1977), corolario que se desprende, entre otros, del art. 4 de la citada Ley Orgánica, precepto en virtud del cual «[l]a responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado, derivada de los delitos de contrabando, se extenderá en su caso al valor de la deuda tributaria defraudada». Como ya hemos tenido ocasión de señalar, «[l]a circunstancia de que la norma penal se refiera a este bien jurídico con los términos “por otra causa cualquiera” está justificada por el motivo de que estos intereses son contingentes y pueden modificarse con el transcurso del tiempo, sin que sea necesario acometer una constante actualización de la regla penal, que por lo general tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo» (STC 122/1998, de 15 de junio, FJ 5). La llamada a la normativa extrapenal parece, pues, necesaria a la vista del objeto de la prohibición, dada la complejidad técnica y la evolución de las formas de juego, lo que hace imprescindible la adecuación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación complementaria. Es evidente, entonces, que el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, aquí cuestionado, en virtud de aquella remisión normativa, lo que hace es precisar los instrumentos que para la práctica de los juegos de suerte, envite o azar quedan incluidos dentro de la prohibición contenida en la norma orgánica de contrabando: billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático.

En último lugar también ha sido observada la tercera exigencia relativa a que la norma orgánica remitente contenga, además de la pena, el núcleo esencial de la prohibición,

puesto que la Ley Orgánica 7/1982, no sólo determina la pena aplicable al delito de contrabando en su art. 2 (prisión menor y multa del tanto al duplo), sino que concreta la conducta delictiva de forma detallada, al calificar como reos del delito de contrabando a los que «[i]mportaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes» (art. 1.4), determinando que son artículos o géneros prohibidos los que «hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente por disposición con rango de ley, en prohibiciones de exportación, circulación, comercio, tenencia o producción» [art. 3.2 b)]. Es cierto, como ya dijimos en la STC 120/1998, «que no se mencionan *expressis verbis* los concretos géneros prohibidos, puesto que tal elemento delictivo se obtiene a través del complemento extrapenal. Pero la Ley punitiva 7/1982 expresa que su valor ha de ser igual o superior a un millón de pesetas (art. 1.1), circunstancia que coadyuva a delimitar el objeto material. Aunque este elemento no está determinado, es determinable mediante la norma que sirve para complementar el tipo penal, por lo que, en definitiva, el precepto cumple lo requerido por la doctrina de este Tribunal» (FJ 5).

Cumpliendo la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, los requisitos que venimos exigiendo para las llamadas «leyes penales en blanco», debemos rechazar que se haya producido la vulneración del art. 81.1 CÉ por el apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1986.

**Sentencia 51/2005 de la Sala 1.ª del TC de 14 de marzo de 2005
(BOE 19 de abril de 2005) (Recurso de amparo 1686/2000)**

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS

Art. 563 Código Penal

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

SÍNTESIS

Reproduce los argumentos de la STC 24/2004, (Pleno) de 24 de febrero (recogida en el n.º 12 de la Revista de Derecho Penal), en orden a la interpretación “constitucional” del artículo 563 del CP, aunque en el caso concreto entiende bien aplicado el precepto y ratifica, en consecuencia, la condena por tenencia ilícita de armas. Se señala, por otra parte, que no es revisable en amparo el criterio interpretativo de un órgano judicial separándose del establecido por el Tribunal Supremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de enero de 2000, que confirma en apelación la del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Valencia, de 28 de septiembre de 1999, por la que se condenó al demandante como autor de un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del Código penal (CP).

Denuncia el demandante la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la inaplicación al caso de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la imposibilidad de acceso al recurso de casación, y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por cuanto la integración del elemento normativo del art. 563 CP, «armas prohibidas», con el último inciso del art. 4.1 h) del Reglamento de armas, «cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos

para la integridad física de las personas», quiebra las exigencias de certeza y concreción de la conducta delictiva.

El Ministerio Fiscal solicita que se otorgue el amparo por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al entender también que no resulta constitucionalmente admisible integrar el elemento normativo del art. 563 CP, «armas prohibidas», con el último inciso del art. 4.1 h) del Reglamento de armas, pues falta seguridad jurídica sobre los instrumentos prohibidos y la descripción de la conducta penalmente reprobada es tan amplia que resulta inexistente el requisito de certeza.

2. Por lo que respecta a la queja relativa al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), fundada en la inaplicación al caso de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, conforme a la cual el art. 563 CP no podría integrarse con el art. 4.1.h) del Reglamento de armas, por su indetermina-

ción, hemos de señalar, por una parte, que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3). También hemos señalado que no es misión de este Tribunal, ni constituye uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizar que los órganos jurisdiccionales de rango inferior apliquen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (ATC 190/1983, de 27 de abril, FJ 3), actuando como una tercera instancia unificadora de doctrina. Todo ello sin perjuicio de que el recurrente pueda invocar los argumentos de esa jurisprudencia para fundamentar su pretensión relativa a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), como de hecho hace.

Por otra parte, tampoco puede apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho al recurso, pues en el presente caso la legislación procesal excluye taxativamente la posibilidad de acceder a la casación (art. 847 de la Ley de enjuiciamiento criminal, LE-Crim), como el propio recurrente pone de relieve, y el derecho a la tutela judicial efectiva incorpora el derecho a acceder al sistema de recursos que ofrece la legislación procesal vigente, en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 3), pero no implica ni permite la utilización de recursos no previstos legalmente (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 4).

Y, finalmente, si lo que el demandante denuncia —como apunta el Ministerio Fiscal— es la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), tampoco cabe estimar esa vulneración, al no aportarse un término de comparación válido para llevar a cabo el juicio de igualdad, esto es, para que este Tribunal pueda valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 29; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2). En efecto, con la demanda se aportan tan sólo dos Sentencias del Tribunal Supremo, que es un órgano judicial distinto, y relativas a supuestos fácticos también diferentes. Dado que, según jurisprudencia constante, corresponde al recurrente la carga de aportar ese término de comparación (por todas, SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 375/1993, de 20 de diciembre, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; y 152/2002, de 15 de julio, FJ 2), el incumplimiento de dicha carga impide otorgar dimensión constitucional al debate sobre la interpretación y aplicación del citado tipo penal desde la perspectiva del principio de igualdad.

3. La segunda y principal pretensión del recurrente es la relativa a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la subsunción de los hechos del presente caso en el art. 563.1 CP, queja que ha de analizarse a la luz de la jurisprudencia acerca de la conformidad de este precepto con las exigencias derivadas del principio de legalidad, sentada en la reciente STC 24/2004, de 24 de febrero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo.

En esta Sentencia declaramos que resultaría inconstitucional una interpretación del primer inciso del art. 563 CP en la que la vinculación del elemento normativo del precepto al Reglamento de armas fuera absoluta e incondicionada, de forma que cualquier arma prohibida en el mismo pasara a integrar el tipo delictivo, pues ello vulneraría la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE, además de plantear un problema de proporcionalidad de la sanción penal (FJ 5).

No obstante, señalábamos que ésta no era la única interpretación posible del precepto y que existía una interpretación del mismo conforme a la Constitución. «La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse”, por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice

el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión».

Finalmente, en el fundamento jurídico 8 y recapitulando todo lo expuesto, establecíamos cuál es la interpretación del primer inciso del art. 563 CP conforme a la cual el precepto es constitucional, a la que se remite el fallo: «a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquéllas que cumplan los

siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materiales armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal».

(...)

5. Finalmente, y desde esa interpretación del art. 563 CP que hemos declarado conforme a la Constitución, tampoco puede apreciarse una vulneración de la exigencia de certeza y predeterminación normativa derivada de que el arma adquiera la consideración de prohibida en virtud de un precepto reglamentario como el art. 4.1 del Regla-

mento de armas que, tras una amplia enumeración de armas que se consideran prohibidas, añade, como inciso final, en el apartado h) la cláusula «así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas».

Aunque es claro que nos encontramos ante una cláusula genérica, ello no significaría por sí solo que se vulnerase el art. 25.1 CE, pues ni la exigencia de certeza puede identificarse con la enumeración exhaustiva y excluyente de cada uno de los objetos considerados armas prohibidas, ni la inclusión en el catálogo de armas prohibidas de un determinado instrumento justificaría, también por sí solo, el recurso a la sanción penal, como anteriormente se expuso. Por tanto, y teniendo en cuenta, en primer lugar, que el citado inciso del art. 4.1.h) del Reglamento de armas no prevé una cláusula de cierre absolutamente abierta o indeterminada, sino una en la que se incorpora la exigencia material (que deberá verificarse judicialmente) de una especial peligrosidad para la integridad de las personas, introduciendo así un elemento de precisión en la descripción de la conducta prohibida; en segundo lugar, que la citada cláusula puede entenderse justificada en atención al bien jurídico protegido y a la vista del objeto de la prohibición (dada la complejidad técnica y la continua evolución del mercado de las armas) y, por último, que, en todo caso, la consideración de arma prohibida conforme al reglamento no determina sin más la realización del tipo penal, sino que lo determinante es su especial potencialidad lesiva y su concreta peligrosidad para la seguridad ciudadana en los términos anteriormente establecidos, ha de rechazarse la denunciada vulneración del principio de legalidad penal derivada de la integración del elemento normativo del tipo del art. 563.1 CP con el último inciso del art. 4.1.h) del Reglamento de armas.

En definitiva, como se dijo en nuestra STC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 3), el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de cláusulas normativas abiertas y por ello necesitadas de valora-

ción o complementación judicial, aunque, en tales casos, esa valoración judicial está sometida a una exigencia reforzada de motiva-

ción. Como se examinó anteriormente, tal exigencia ha sido cumplida suficientemente por las resoluciones judiciales impugnadas.

**Sentencia 62/2005 de la Sala 2.^a del TC de 14 de marzo de 2005
(BOE 19 de abril de 2005) (Recurso de amparo 6520/2002)**

PRISIÓN PROVISIONAL

Arts. 503.2 (redacción anterior a la reforma de la LO 13/2003, de 24 de octubre) y 544 bis LECrim.

Ponente: **Excma. Sra. D.^a Elisa Pérez Vera**

SÍNTESIS

Se otorga el amparo al recurrente declarando vulnerados sus derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por virtud de la insuficiente motivación de la medida cautelar de prisión provisional contra él acordada que no expresó el peligro concreto que con ella se quería evitar; ni resolvió sobre la prueba solicitada por el acusado para clarificar ese extremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo tiene por objeto unas resoluciones judiciales por las que, respectivamente, se acordó el ingreso en prisión provisional del demandante de amparo y el mantenimiento de dicha medida cautelar por motivo de haber quebrantado una orden de alejamiento de ciertas personas, dictadas en el curso de unas diligencias previas por delito de violencias en el ámbito familiar. El recurrente considera que dichas resoluciones han vulnerado sus derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión: el primero de ellos por falta de fundamento legal de dicha medida cautelar y de proporcionalidad; el segundo, por no haberse dado en ellas res-

puesta alguna a su reiterada petición de práctica de una prueba que consideraba relevante en términos de defensa al estar dirigida a demostrar la inexistencia del quebrantamiento de la orden de alejamiento que se le imputaba.

(...)

3. De la motivación contenida en los Autos sucesivamente dictados en instancia y en queja se infiere que el elemento fáctico que determinó el ingreso en prisión provisional del recurrente no fue la denuncia inicialmente presentada por su esposa por motivo de violencias en el ámbito familiar y amenazas, sino el reiterado quebrantamiento por el actor de la orden de alejamiento (...)

Por lo que se refiere al sustrato legal de la medida cautelar en cuestión, de los razonamientos contenidos en los Autos recurridos se desprende que, aun sin nombrarlo, el precepto que les sirvió de fundamento fue el art. 503.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRim) —en la versión vigente en el momento de los hechos, antes de que fuera modificado por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre—, por el que se permitía su adopción cuando el delito de que se tratara tuviera señalada pena equivalente a la de prisión menor o inferior si el Juez consideraba «necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que haya producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos»; con el añadido de haber tomado el Instructor asimismo en consideración —esta vez sí expresamente— lo dispuesto en el art. 544 bis LECrim, introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 6 de junio, e inspirado en la acuciante necesidad de brindar una protección efectiva a las víctimas de las violencias domésticas a fin de evitar que su integridad física e incluso su vida corran serio peligro.

El demandante de amparo cuestiona la utilización de este último precepto —que, a su modo de ver, fue la única base legal utilizada por los órganos judiciales para justificar su ingreso en prisión provisional— llegando incluso a afirmar su inconstitucionalidad. El art. 544 bis LECrim establece que «en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones, podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. El incumpli-

miento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar» (énfasis añadido). Pues bien, a juicio del recurrente, la falta de concreción legal de cuáles puedan ser esas nuevas medidas cautelares que pudieran implicar una mayor limitación de la libertad personal no sólo constituye una quiebra del principio de seguridad jurídica sino también una extensión no autorizada de los presupuestos habilitantes para acordar la medida de prisión provisional contenidos en los arts. 503 y 504 LECrim, ya que, sin referirse a ellos y tampoco en forma expresa a la indicada medida de prisión provisional, el art. 544 bis estaría ampliando su radio de acción a supuestos no contemplados entre los que pueden dar lugar a su imposición.

Es cierto que el art. 544 bis LECrim deja en la más absoluta indefinición cuáles podrían ser esas «nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de la libertad personal» de quien hubiera quebrantado una previa medida cautelar de alejamiento. De suerte que, de haber sido efectivamente el mencionado precepto la única base legal utilizada en este caso, la falta de mención expresa, entre esas nuevas medidas, de la consistente en el ingreso del inculpidor en prisión provisional impediría su imposición como respuesta a dicho incumplimiento ya que, al ser ésta la más grave de las medidas cautelares «limitativas de la libertad personal», obviamente su previsión legal debe ser taxativa e inequívoca, pues de lo contrario se infringiría la exigencia de que nadie pueda ser privado de su libertad ambulatoria sino «en los casos y en la forma previstos en la ley» (art. 17.1 CE).

Ahora bien, no es menos cierto que el citado precepto no fue aludido más que en el Auto del Juzgado de Instrucción, y ello sólo

tras haber esgrimido el Juez las razones anteriormente reseñadas respecto del peligro existente para la vida e integridad de las personas a cuyo favor se dictó la orden de alejamiento incumplida y para decir que las mismas no se oponían a lo previsto en el art. 544 bis LECrim. De manera que, aun sin haberlo mentado expresamente, la coincidencia de tales razones con la previsión excepcional contenida en el art. 503.2 LECrim permite concluir que la medida de prisión provisional del actor fue adoptada sobre la base de este fundamento legal habilitante, lo que reconduce la cuestión al necesario examen de si la prisión provisional decretada con fundamento legal en la citada disposición resultaba o no proporcionada a la gravedad del peligro que los sucesivos quebrantamientos de una medida cautelar de alejamiento representaban para la vida e integridad física y psíquica de la supuesta víctima de los malos tratos habituales atribuidos al solicitante de amparo.

(...)

4. (...) Por tanto, lo que hemos de examinar es si la adopción de la prisión provisional con fundamento en el art. 503.2 LECrim —en su versión anterior a la reforma acabada de comentar— cumplió con las exigencias que se derivan de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, que requiere que tal medida de prisión provisional sea idónea y necesaria para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos enunciados, en abstracto, y que, además, su adopción en el caso concreto contenga la motivación reforzada que resulta exigible cuando está en cuestión un derecho fundamental como el consagrado en el art. 17.1 CE.

5. Como ha quedado dicho, el órgano judicial al decretar en la fase inicial de diligencias previas el ingreso en prisión provisional del demandante de amparo no tuvo exclusivamente en cuenta la conducta consistente en el simple quebrantamiento de una medida cautelar ni el hecho de que dicho quebrantamiento hubiese ido precedido por otros hechos de la misma naturaleza

—lo que podría encajarse dentro de la finalidad constitucionalmente legítima de evitación de la reiteración delictiva— sino que también sopesó el peligro que esos sucesivos incumplimientos de la orden de alejamiento revelaban para la vida e integridad física y moral de la supuesta víctima de los malos tratos atribuidos al actor.

No cabe, en consecuencia, dudar de la proporcionalidad en abstracto de la medida cautelar adoptada, dada la importancia que revisten los indicados bienes jurídicos y la posibilidad hipotética de que pudieran ser puestos en peligro de no ponerse a buen recaudo al supuesto agresor; bienes jurídicos que se encuentran en directa conexión con principios y derechos constitucionales (ATC 233/2004, de 7 de junio).

Por el contrario, la idoneidad de la medida que se cuestiona en el caso concreto resulta dudosa, ya que las resoluciones recurridas no ofrecen dato alguno acerca de la verdadera entidad de los malos tratos que inicialmente dieron lugar al dictado de la orden de alejamiento, ni se informa en ellas en ningún momento acerca de si fueron calificados de delito o de falta. Tampoco es posible determinar, con la sola ayuda del contenido de las resoluciones en cuestión, si realmente la medida de ingreso del recurrente en prisión provisional respondía a la existencia de un peligro cierto para los mencionados bienes jurídicos; peligro que no cabe presuponer que existe de manera automática cada vez que se produzca el quebrantamiento de una orden de alejamiento.

Conviene en este punto recordar de nuevo que la medida de prisión provisional sigue siendo de naturaleza excepcional también en estos supuestos; o, dicho de otra manera, que los requisitos exigidos por este Tribunal para que la imposición de la misma resulte constitucionalmente inatacable no varían por el hecho de que se adopte en el marco de un lamentable suceso de violencias habituales en el ámbito doméstico, de manera que sólo en presencia de las exigencias constitucionales que, con carácter general, autorizan acudir a ella podrá entenderse

justificada. Ello nos obliga a comprobar si efectivamente la motivación de las resoluciones impugnadas incluye los elementos necesarios para establecer que, en este supuesto, existían indicios reales de los riesgos señalados.

6. Pues bien, sobre este punto concreto de la existencia de peligros ciertos para los bienes que se pretendían proteger con la prisión provisional incide la queja del demandante de amparo en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al no haberse dado respuesta alguna a su solicitud de que se practicara una diligencia de investigación que permitiera comprobar la realidad del aducido peligro concreto y fundado para la integridad física de su esposa. En efecto, el demandante de amparo ha negado en todo momento que existieran realmente riesgos justificantes de su ingreso en prisión provisional, pidiendo, de modo reiterado, la práctica de una prueba consistente en que se tomara declaración a su hijo de trece años, a fin de que, como testigo presencial de los hechos considerados determinantes del quebrantamiento en cuestión, se le preguntara acerca de la manera en que los mismos se habían desarrollado. Dicha prueba fue solicitada por vez primera en el recurso de reforma presentado contra el Auto por el que se decretó el ingreso del recurrente en prisión provisional, con la finalidad expresa de que el órgano judicial de instancia pudiera valorar, a través del testimonio del hijo, la verdadera existencia de un peligro concreto y fundado para la vida e integridad física y moral de su madre derivado del propio quebrantamiento de la orden de alejamiento, siendo sin lugar a dudas relevante dicho testimonio puesto que tal comportamiento había tenido lugar a su presencia. En el Auto dictado en reforma no se dio, sin embargo, respuesta alguna a esa petición, por lo que fue reformulada en el recurso de queja, omitiéndose también en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona toda referencia a la prueba propuesta.

Con independencia de que dicha solicitud de prueba haya sido o no planteada en

momento procesal oportuno, lo cierto es que los órganos judiciales ni la admitieron ni la denegaron motivadamente, incurriendo así en la lesión del derecho del actor a la utilización de un medio de prueba que estimaba pertinente para su defensa y que es el motivo por el que el Ministerio Fiscal interesa la concesión del amparo. Al propio tiempo, con tal omisión los órganos judiciales han prescindido de un medio de prueba adecuado para valorar la real entidad del riesgo que se quería evitar, con las consecuencias que se analizan a continuación.

7. En efecto, a la vista de lo anteriormente expuesto, las resoluciones judiciales por las que se decretó el ingreso del demandante de amparo en prisión provisional no pueden considerarse suficientemente motivadas, en la medida en que no aportan elementos de convicción acerca de la existencia real del riesgo que se intentaba evitar y que hubiera constituido un fin constitucionalmente legítimo justificativo de la imposición de tan excepcional medida cautelar. Y es que tal fin, aun cuando venga identificado, como aquí es el caso, con un pronóstico de futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto.

En suma, los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva deberían haber sido medidos por los órganos judiciales *ex ante* y, de constar ante ellos, explicitados los datos fácticos que evidenciaban la existencia real del riesgo que se quería evitar con el dictado de la medida cautelar en cuestión. Sin que, por lo demás, quepa a este respecto formular valoraciones *ex post*, una vez que el actor ya ha sido condenado, por Sentencia firme, como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, de dos delitos de amenazas y de sendas faltas de lesiones e injurias. (...)

Con independencia de que esos hechos probados sean ciertamente indicativos, *a posteriori*, de que cabría apreciar en este caso un peligro real para los bienes jurídicos mencionados, no es menos cierto que —al menos en parte por no haber practicado la

prueba solicitada por el actor que, en el caso, resultaba evidentemente procedente—tales hechos no habían quedado acreditados en el momento en que las resoluciones recurridas decidieron el ingreso en prisión provisional del demandante de amparo. De este modo dichas resoluciones tienen un déficit de motivación al no expresar las razones que explicarían los motivos por los que los órganos judiciales alcanzaron una convicción positiva acerca de la posibilidad de que, de permanecer en libertad, el actor acabara atentando contra la vida o contra la integridad física y moral de su mujer. Y es que, no lo olvidemos, tratándose de una medida que afecta al derecho a la libertad del

art. 17.1 CE la jurisprudencia constitucional viene exigiendo una motivación reforzada, como siempre que las medidas consideradas pongan en cuestión un derecho sustantivo cuyo sacrificio, incluso en favor de fines constitucionalmente legítimos, exige de una cuidadosa ponderación.

Pues bien, frente a lo que sería constitucionalmente exigible, de la lectura de las resoluciones impugnadas no cabe deducir si el peligro conjurado era real o meramente presumible en abstracto en función de frecuencias estadísticas lo que, desde el control externo que nos es propio, no puede ser avalado por este Tribunal.

**Sentencia 63/2005 de la Sala 2.^a del TC de 14 de marzo de 2005
(BOE 19 de abril de 2005) (Recurso de amparo 6819/2002)**

PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la institución de la prescripción, destacando su naturaleza material (y no meramente procesal), al aparecer vinculada a las finalidades de la pena criminal. De ahí concluye la resolución que la simple presentación de una denuncia o querrela no interrumpe por sí misma el plazo de prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. De acuerdo con un criterio lógico de ordenación el examen de los mencionados motivos de amparo debe comenzar por el relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que se atribuye a la

Sentencia dictada en apelación por no haber apreciado, en contra del criterio defendido en la Sentencia de instancia, que los hechos enjuiciados estaban prescritos. Pero antes de proceder a verificar dicho examen conviene recordar, siquiera sea brevemente, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal

acerca del alcance del control externo que podemos ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal.

Como recordábamos, entre otras, en la STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, «la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional» (en el mismo sentido: SSTC 152/1987, de 7 de octubre, 255/1988, de 21 de diciembre, 194/1990, de 29 de noviembre, 12/1991, de 28 de enero, 223/1991, de 25 de noviembre, 150/1993, de 3 de mayo, 381/1993, de 20 de diciembre, y 116/1997, de 23 de junio). Pero como también decíamos en ese mismo lugar, esta afirmación no puede, sin embargo, interpretarse «en el sentido de que cualquiera que sea la resolución judicial que en un proceso penal se adopte en materia de prescripción penal, la misma sería irrevisable a través del recurso de amparo por razón de la materia a que se refiere», sino que, por el contrario, ha de concluirse que la aplicación de dicho instituto en el caso concreto «puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo» (en el mismo sentido: SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001, todas ellas de 17 de marzo).

Esa posibilidad de revisión de la decisión judicial relativa a la prescripción que se afirmaba en la Sentencia del Pleno acabada de citar, y en las que la siguen, ciertamente contrasta con la postura anteriormente mantenida por este Tribunal en el sentido de declarar el carácter no revisable de las resoluciones de este tipo (entre otras, SSTC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 3; 255/1988, de 21 de diciembre, FJ 2; 73/1989, de 20 de abril, FJ 2; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 5; 194/1990, de 29 de noviembre, FJ 7; 12/1991, de 28 de enero, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 2; 223/1991, de 25 de noviembre, FJ 2;

150/1993, de 3 de mayo, FJ 3; 381/1993, de 20 de diciembre, FJ 1; y 116/1997, de 23 de junio, FJ 1), viniendo a demostrar la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción penal ha ido cobrando en nuestra jurisprudencia en la línea marcada en las SSTC 83/1989, de 10 de mayo (FJ 2), y 157/1990, de 18 de octubre (FJ 2). Así, en el fundamento jurídico tercero de esta última resolución —dictada a raíz del planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad relativas al artículo 114.2 del Código penal de 1973— ya señalábamos que «la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal»; a lo que añadíamos que dicho instituto «en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica», si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados.

El cuadro de análisis de nuestra doctrina se completa con las afirmaciones contenidas en la STC 12/1991, de 28 de enero, FJ 2, en la que nos planteamos la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, «fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca», o una naturaleza sustantiva o material, «fundada en principios de orden

público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*».

3. Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción, decíamos en la citada STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, que «es el propio del art. 24 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 (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4), canon este reforzado por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales, ya que, en efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución».

De acuerdo con nuestra doctrina la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación

o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanos—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal. Esta es la perspectiva desde la que habremos de examinar la motivación esgrimida por la Sentencia recurrida para revocar la conclusión alcanzada por la Sentencia de instancia de que el delito de alzamiento de bienes del que venían acusados los demandantes de amparo había prescrito.

4. Sentado lo precedente, el necesario examen de la adecuación de la resolución judicial recurrida a los fines en los que se inspira la existencia de la referida causa extintiva de la responsabilidad penal impone efectuar algunas precisiones acerca de su fundamento o razón de ser. Pues bien: dejando de lado otras explicaciones más complejas, salta a la vista que lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir los delitos persigue a su vez es que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho en nuestras propias palabras, el plazo de prescripción «toma en consideración la fun-

ción de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal» (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). De manera que lo que la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre.

Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora es también, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta.

5. Esta 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, como así lo ha hecho la Sentencia recurrida, que, para estimar inter-

rumpido 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.

Semejante conclusión arranca de una interpretación de la norma actualmente contenida en el art. 132.2 del Código penal —y antes, en términos prácticamente idénticos, en el art. 114.2 del Código penal de 1973— que no se compadece con la esencia y fundamento de la prescripción penal ni, en consecuencia, satisface la exigencia constitucional anteriormente mencionada de que, en esta materia, toda decisión judicial adoptada manifieste un «nexo de coherencia» con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esta causa extintiva de la responsabilidad penal. Pues incluso si, a partir de un punto de vista estrictamente lingüístico, cupiera mantener —lo que ya de por sí resulta discutible, conforme se dirá más adelante— que el citado precepto, al establecer que la prescripción «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena», permite que dicho efecto interruptivo se produzca con la simple interposición de una denuncia o de una querrela, tal conclusión no resulta, por el contrario, sostenible desde el punto de vista axiológico que, conforme a la exigencia de aplicación del canon reforzado de motivación al que anteriormente nos hemos referido, ha de presidir nuestro examen de la interpretación judicial en cuestión.

Ello se hace, por lo demás, evidente a la vista de nuestra doctrina, ya que si, como hemos afirmado en anteriores ocasiones (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3), la prescripción penal supone «una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*» motivada por el mero transcurso de un periodo de tiempo más o menos dilatado, lógicamente solo los órganos que en nombre del

Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del *ius puniendi*. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso. Cualquier otra interpretación permanecería, por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría, con ello, la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

6. La trascendencia de los valores constitucionales y de los bienes jurídicos puestos en juego cuando lo que se niega es que se haya producido la prescripción de los hechos delictivos enjuiciados impone, pues, una lectura teleológica del texto contenido en el artículo 132.2 CP que lo conecte a las finalidades que con esa norma se persiguen, finalidades que, conforme ha quedado expuesto, no son las estrictamente procesales de establecer los límites temporales de ejercicio de la acción penal por parte de los denunciantes o querellantes —lo que justificaría la consideración de que el plazo de prescripción de dicha acción se interrumpe en el mismo momento en que se produce la presentación de la denuncia o de la querrela— sino otras muy distintas, de naturaleza material, directamente derivadas de los fines legítimos de prevención general y especial que se concretan en las sanciones penales y que son los únicos que justifican el ejercicio del *ius puniendi*, así como de principios tan básicos del Derecho penal como los de intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos.

Dicho de otra manera: el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona.

Esta configuración material del instituto de la prescripción coincide, por lo demás, con la naturaleza de institución de orden público que le ha venido siendo reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal

Supremo, y de la que además deduce que no debe procederse a efectuar interpretaciones restrictivas de los términos literales en que viene legalmente expresada (SSTS de 25 de abril de 1990, 15 de enero de 1992 y 10 de febrero de 1993, entre otras). Naturaleza y prohibición de interpretaciones restrictivas que quedarían contradichas si, en seguimiento de una interpretación del art. 132.2 CP como la acogida por la Sentencia recurrida, se alcanzara la conclusión de que basta con la presentación de una denuncia o de una querrela para interrumpir el plazo de prescripción legalmente establecido, sin necesidad de que medie al respecto intervención judicial alguna. Pues si bien es cierto que los denunciantes o querellantes tienen un tiempo limitado para el ejercicio de su derecho a entablar la acción penal, y que ese plazo coincide con el establecido para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ello no debe hacer olvidar que los que están obligados a poner en marcha el instrumento penal en el indicado plazo son los órganos judiciales, pues sólo ellos son titulares del *ius puniendi* en representación del Estado (por todas, STC 115/2004, de 12 de julio, FJ 2). De manera que no puede considerarse razonable una interpretación del indicado precepto que deje la interrupción del plazo de prescripción exclusivamente en manos de aquéllos, sin requerir para ello actuación alguna de interposición judicial, con la perturbadora consecuencia, entre otras muchas posibles, de que, lejos de verse el Juez compelido al ejercicio del *ius puniendi* dentro del plazo legalmente establecido, goce de una ampliación extralegal de dicho plazo por virtud de la actuación de los denunciantes o querellantes al tener como efecto la interrupción del mismo que comience a correr de nuevo en su totalidad.

7. Esto último es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso, al haber concluido el órgano judicial de apelación que los hechos enjuiciados no podían considerarse prescritos a la vista de que la querrela formulada contra los actores por la

Agencia Tributaria fue presentada con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción legalmente establecido para el delito que se les imputaba, sin que el hecho de que no fuera admitida a trámite hasta pasados casi dos años después de su presentación tuviera para el Tribunal *ad quem* relevancia alguna a este respecto. Frente a ello aducen los recurrentes que la querrela en cuestión ciertamente fue presentada en plazo que todavía era hábil para ello, pero que, al estar dormitando durante casi dos años en el Juzgado sin que el Juez realizara actuación alguna de cara a promover la persecución del delito de alzamiento de bienes que constituía su objeto, dicho delito ha de considerarse prescrito y, por consiguiente, extinguida toda posibilidad de exigirles responsabilidad criminal por motivo de su supuesta participación en el mismo.

Planteada la cuestión en los indicados términos se hace evidente la irrazonabilidad a que se ve abocada la interpretación jurisprudencial de la expresión legal «cuando el procedimiento se dirija contra el culpable» anteriormente expuesta, ya que demuestra cómo, llevada a sus últimos extremos, conduce a tener que reconocer el efecto interruptivo de la prescripción de aquellas querrelas y denuncias (incluso anónimas) que, presentadas dentro del plazo de prescripción, se hayan visto posteriormente olvidadas durante años (consciente o negligentemente) por sus propios impulsores o por los órganos judiciales, haciendo así ilusorios los plazos de prescripción legalmente establecidos, cuya verdadera esencia, como hemos dicho, no es de carácter procesal sino material, al afectar los mismos a derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, venir imbricados en la teoría de los fines de la pena y cumplir, entre otras funciones, la de garantizar la seguridad jurídica del justiciable que no puede ser sometido a un proceso penal más allá de un tiempo razonable.

El carácter ilusorio del plazo de prescripción legalmente establecido resultaría, en

efecto, evidente en este caso de admitirse la interpretación seguida por el Tribunal *ad quem*, toda vez que, conforme a la misma, no habiéndose discutido en ningún momento que la querrela presentada por la Agencia Tributaria hubiese sido formulada en tiempo todavía hábil para ello, dicha presentación tendría la virtualidad de abrir un nuevo plazo de prescripción por tiempo de otros cinco años, dentro del cual el órgano judicial podría resolver acerca de su admisión o inadmisión a trámite. La misma insatisfacción que provoca semejante conclusión pone de manifiesto no sólo su carácter de interpretación restrictiva *contra reo*, sino, esencialmente, su condición de interpretación incompatible con el fundamento y fines del instituto de la prescripción penal.

8. En consecuencia de lo anteriormente expuesto hemos de concluir que la interpretación realizada por la Sentencia dictada en apelación de la norma contenida en el art. 132.2 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 al haber desestimado su pretensión de que el delito que se les imputaba se encontraba ya prescrito en función de una interpretación del mencionado precepto que no resulta congruente con el canon de razonabilidad argumental axiológicamente fundamentada que hemos establecido para las resoluciones de este tipo.

Esta conclusión acerca del carácter irrazonable de la interpretación en cuestión no se opone, por lo demás, a las alcanzadas en las SSTC 63/2001, 64/2001, 65/2001, 66/2001 y 70/2001, de 17 de marzo, ya que en ellas no tratábamos acerca del momento en que ha de considerarse interrumpido el

plazo de prescripción de los delitos, ni nos pronunciábamos sobre la naturaleza de la actuación procesal requerida para ello, sino que nos limitábamos a afirmar, en lo que aquí interesa, que la norma aplicada, en este caso el art. 114 CP 1973, al prever que la interrupción de la prescripción se producía desde que el procedimiento se dirige contra el culpable, «exige indudablemente una conexión entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción, aunque no especifica la calidad ni la intensidad de dicha conexión. La Sala Penal del Tribunal Supremo ha interpretado el texto de la ley considerando suficiente la conexión que se establece tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma»; lo que inequívocamente suponía que el objeto de nuestro examen, en esos casos, eran unas resoluciones judiciales en las que, al haberse producido la admisión a trámite de la querrela todavía dentro de los márgenes temporales del plazo de prescripción legalmente establecido, no se planteaba la cuestión ahora examinada.

Por el contrario la interpretación seguida por la Audiencia Provincial de Orense contradice abiertamente en varios puntos la doctrina sentada por este Tribunal respecto del efecto útil que, desde un punto de vista procedimental, cabe atribuir a la presentación de una denuncia o de una querrela por motivo de la supuesta comisión de un delito. A este respecto hemos de recordar, en primer lugar, que, conforme hemos reiterado en distintas ocasiones, quien ejercita la acción penal en forma de querrela no tiene un derecho incondicionado a la «apertura y plena sustanciación» del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en la que se expresen las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite, sin que, por consiguiente, quede garantizado el éxito de la pretensión punitiva planteada por la parte acusadora y sin que el Estado, verdadero y único titular del *ius puniendi*, venga obliga-

do a «imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa extintiva de la responsabilidad penal» (por todas, STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4), toda vez que, como afirmábamos en ese mismo lugar, «en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado». Pues bien: de la misma manera tampoco puede confundirse el cumplimiento por la acusación del plazo que, en forma preclusiva, viene legalmente establecido para poder proceder a la persecución penal de un determinado delito, con el comportamiento activo exigible para que se manifieste la actuación procesal exigible de los órganos del Estado ordenada al ejercicio del *ius puniendi*.

Incluso pueden extraerse de nuestra jurisprudencia elementos suficientes para avalar la conclusión obtenida acerca de que, para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de «iniciación» del procedimiento penal (por todas, STC 11/1995, de 4 de julio, FJ 4), lo que implica que, en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse «iniciado» ni, por consiguiente, «dirigido» contra persona alguna, interpretación esta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los arts. 309 y 750 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LE-Crim), a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal.

9. De otra parte, la exigencia de interposición de una actuación judicial para entender interrumpido el plazo de prescripción

del delito establecido en cada caso no puede considerarse lesiva del derecho de acción de los acusadores que, en cualquier caso, ha de ser preservado (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss). Lo único que con ella se establece firmemente es la existencia de un único plazo, común a las partes acusadoras y al órgano judicial, para que dentro del mismo respectivamente insten la incoación del procedimiento penal y lo inicien, dirigiéndolo contra una persona determinada o determinable, y no, como sucede a modo de derivación inmediata de la interpretación seguida en este caso por la Audiencia Provincial de Orense, de una duplicidad de plazos: el que afectaría, hasta su término legal, a las partes acusadoras; y el iniciado *ex novo*, a partir de ese momento y en su integridad, para que el órgano judicial decida si da curso o no a las pretensiones punitivas de las acusaciones. Ello significa, ciertamente, que quien desee ejercer una acción penal no puede esperar hasta el último día del plazo de prescripción previsto para presentar la correspondiente querrela o denuncia, pues tal entendimiento supondría tanto como dejar a los órganos judiciales sin plazo útil para decidir y, en consecuencia, que necesariamente hubieran de decretar la prescripción de los hechos delictivos en su caso denunciados. Se impone así, pues, un cierto deber de diligencia a las partes. Pero también se le impone al Juez, al exigirle el dictado de una resolución favorable o desfavorable a dichas pretensiones en ese mismo plazo preclusivo, so pena de que, de no hacerlo, haya de declarar extinguida la responsabilidad penal del denunciado por motivo de prescripción, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera de afrontar además las correspondientes responsabilidades penales, disciplinarias o meramente pecuniarias que pudieran derivarse de un retraso injustificado en la administración de justicia.

10. A partir de las anteriores premisas se hace evidente que, en el caso de autos, el plazo de prescripción legalmente establecido para el delito de alzamiento de bienes

imputado a los demandantes de amparo se encontraba ya vencido en el momento en que, casi dos años más tarde, dicha querrela fue admitida a trámite por el Juzgado. Dejando ahora de lado la cuestión relativa a si tal demora fue o no imputable a una actuación negligente del Instructor o de la Agencia Tributaria, lo cierto es que carece de toda razonabilidad, en el sentido anteriormente apuntado, 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, con la consiguiente indefensión e inseguridad jurídica ocasionada a los querrellados al no tener noticia alguna del «procedimiento» supuestamente seguido

contra ellos. Por otra parte, si los plazos de prescripción de los delitos y de las penas son —como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia— una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen, tampoco resulta razonable concluir que la demora producida en la admisión a trámite de la querrela de referencia haya de surtir efectos desfavorables en la esfera de los derechos y garantías de los demandantes de amparo al haber alejado de ellos en el tiempo el conocimiento de los hechos que se les imputaban con la consiguiente merma de sus posibilidades de defensa frente a tales imputaciones.

**Sentencia 71/2005 de la Sala 2.^a del TC de 4 de abril de 2005
(BOE 10 de mayo de 2005) (Recurso de amparo 409/2001)**

PRINCIPIO ACUSATORIO. DESOBEDIENCIA

Arts. 410 y 556 Código Penal

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

SÍNTESIS

Conculca, en el caso concreto, el principio acusatorio la condena por el delito de desobediencia del funcionario público o autoridad, previsto en el artículo 410 del CP, de quien venía siendo acusado del delito de desobediencia grave a la autoridad del artículo 556 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Nuestra jurisprudencia, relacionada con el principio acusatorio, se ha desarrollado en dos frentes complementarios relacio-

nados con la proscripción de toda indefensión y con la imparcialidad que debe caracterizar toda actuación judicial.

a) En efecto, en «relación con las garantías que incluye el principio acusatorio,

este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar en otras ocasiones que entre ellas se encuentra la de que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse”, habiendo precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse “únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae “no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica”, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido, asimismo, señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia” (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Ello no obstante, hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es

tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Por lo que aquí interesa, la doctrina expuesta significa que, en apelación, la única posibilidad de que el órgano judicial se aparte de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación precisa del cumplimiento previo de dos condiciones: a) que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia, constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y b) que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.^a; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Esta última exigencia ha sido también perfilada por nuestra jurisprudencia que ha sostenido que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen “modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse” (ATC 244/1995, de 22 de septiembre, FJ 3), en el entendimiento de que “aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, ob-

viamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen” y que “podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia” (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). La decisión acerca de la homogeneidad o heterogeneidad existente entre dos distintas infracciones penales no corresponde, sin embargo, a este Tribunal, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestra función a la verificación de un análisis externo acerca de la razonabilidad de la conclusión obtenida por aquellos a este respecto, en el marco constituido por el derecho fundamental de todo acusado a la defensa (por todas, STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4)» (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2).

b) Por otra parte, en diversas ocasiones hemos puesto de manifiesto la estrecha relación que el sistema acusatorio mantiene «con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de abril), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte, (es decir, una posición parcial)» (STC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 8). Y es que, «conforme ya afirmamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, en el ámbito de las garantías inherentes al principio acusatorio se encuentra la que impide “condenar sin acusación ejercida por órgano distinto a quien juzga (por todas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 5 y 6; 104/1986, de 17 de julio, FJ 3; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5;

302/2000, de 11 de noviembre, FJ 2)”, ya que la condena recaída en tales condiciones pone de manifiesto la “pérdida de imparcialidad” del órgano judicial que la dicta y, al propio tiempo, implica un incumplimiento de la exigencia, asimismo derivada del principio acusatorio, de que se dé una “necesaria congruencia entre la acusación y el fallo”» (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7).

4. La aplicación de esta doctrina al presente proceso constitucional conduce a la estimación del amparo.

Como se recordará, el recurrente fue acusado por el Ministerio Fiscal por la presunta comisión de un delito de desobediencia frente a la autoridad, contemplado en el art. 556 CP, solicitando la pena de seis meses de prisión, accesorias y costas. Sin embargo, la condena fue impuesta al amparo del artículo 410 CP, que castiga el delito de desobediencia cometido por autoridades o funcionarios públicos frente a resoluciones, decisiones u órdenes de la autoridad superior con una multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Se ha producido, así, en el orden judicial, una alteración en la calificación jurídica y en la pena impuesta que, como enseguida diremos, ha comprometido las facultades de defensa del acusado y el principio de imparcialidad que debe regir la actuación del órgano judicial.

5. Debemos, pues, determinar si, en el presente caso, han sido homogéneos los delitos por los que el recurrente ha sido acusado y condenado. La respuesta que demos al presente interrogante no puede realizarse en abstracto, sino tomando en consideración las concretas circunstancias del caso que ahora enjuicamos, desde la estricta perspectiva constitucional, por lo que no cabría extraer conclusiones idénticas para otros supuestos de hecho distintos.

(...)

6. En este sentido, como ya hemos adelantado en los antecedentes, el recurrente fue acusado de un delito de desobediencia grave a la autoridad del art. 556 CP, inte-

resándose la mínima condena prevista en dicho precepto (pena de prisión de seis meses). Sin embargo, fue condenado como autor responsable del delito previsto en el art. 410 CP. En el primer apartado del citado precepto se dispone que «Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

Como igualmente hemos señalado, no nos compete determinar si ambos preceptos pueden ser, en abstracto, considerados homogéneos, porque esta tarea corresponde a la jurisdicción ordinaria por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria (cfr., en sentido positivo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997, recaída en el recurso de casación 125/97), sino si tal homogeneidad se ha producido en el presente caso, desde la exclusiva perspectiva constitucional que nos compete, ya que si así no hubiera ocurrido se habría visto menoscabado el derecho a conocer la acusación, lo que habría incidido, a su vez, en el derecho de defensa del recurrente.

Pues bien, mientras que el órgano judicial asume, sin mayor debate, que la Agencia tributaria se niegue a facilitar los datos interesados, apoyándose en una disposición legal, no duda en imputar al Alcalde que entiende que suministrar la información requerida podría lesionar preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales, sin una nueva aclaración de cuál fue el verdadero sentido del oficio, cuya redacción, como reconoce la Audiencia, no fue precisamente afortunada.

Lo relevante, sin embargo, no es valorar aquí el comportamiento judicial, sino determinar si el acusado pudo ejercer plenamente su derecho de defensa por conocer la acusación que contra él pesaba. Y, en el caso que

nos ocupa, es evidente que no porque el art. 410 CP, por el que fue finalmente condenado, prevé en su apartado segundo que «no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general».

Es verdad, como sostiene el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que el silencio del art. 556 CP en esta última materia no impide que el recurrente hubiera podido argumentar la irregularidad del requerimiento recibido, como así hizo, puesto que tal pretensión podría apoyarse en las causas de justificación generales (especialmente relevantes son, en el presente contexto, las contenidas en los apartados 5 y 7 del art. 20 CP). Pero es igualmente cierto que las posibilidades de defensa son superiores cuando el propio precepto que contempla el tipo penal excluye de su ámbito de aplicación un determinado comportamiento que fue, por cierto, el invocado por el recurrente ante la propia autoridad judicial que solicitó la información.

Habiéndose producido una efectiva afectación en las facultades de defensa, que trae causa de que la acusación —en línea con el Auto de apertura de diligencias previas— versó sobre un tipo penal y la condena en otro, no es preciso pronunciarnos sobre si los delitos previstos en los arts. 556 y 410 CP presentan, o no, elementos distintos y protegen, o no, diferentes bienes jurídicos. Lo decisivo para estimar el presente amparo es que se ha producido una manifiesta indefensión, constitucionalmente relevante.

7. Este aserto nos lleva a la cuestión de la pena impuesta (tres meses de multa con una cuota diaria de mil pesetas y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público), que es distinta de la tipificada para el delito por el que había sido acusado (prisión de seis meses a un año) y, lo que es más relevante, de la solicitada por el Ministerio Fiscal (seis meses de prisión).

Este último dato no puede pasar desapercibido. Lo que es más discutible es que la

pena finalmente impuesta sea, o no, más grave. El recurrente defiende esta hipótesis haciendo notar que la prisión de seis meses, en caso del primer delito, puede dar lugar a una condena condicional, mientras que la referida a la inhabilitación para ocupar cargos públicos se ejecuta siempre. Niega este extremo el Ministerio Fiscal, haciendo notar que la pena impuesta (inhabilitación especial) podría o, incluso, debería haberse impuesto como accesoria si se hubiera producido la condena por el delito previsto en el art. 556 CP.

Aunque no es evidente si la pena finalmente impuesta es, o no, más grave que la solicitada por el Ministerio Fiscal, dada su diferente naturaleza, lo que sí resulta obvio es que el órgano judicial se ha apartado de la acusación, poniendo en cuestión la imparcialidad que debe presidir su actuación. A diferencia del supuesto examinado en la STC 174/2003, de 29 de septiembre, el Juez de lo Penal no ha impuesto «una pena forzosamente vinculada al tipo penal en el cual el Fiscal había subsumido los hechos por los que formuló acusación dentro del marco penal establecido por la Ley» (FJ 10), sino que ha aplicado un tipo penal diferente que, por las razones contenidas en el fundamento jurídico anterior, hemos entendido que, en el presente caso, no puede ser considerado homogéneo desde la estricta perspectiva constitucional.

Tal decisión compromete la imparcialidad del órgano judicial, ya que la autoridad judicial encauza la acusación y juzga en un mismo acto y constriñe, además, como ya hemos visto, las facultades reales de defensa del acusado con respecto a cada uno de los contenidos en que se desdobra la condena. Ni en lo referido a la pena de inhabilitación especial ni en lo que atañe a la pena de mul-

ta ha podido el recurrente proponer prueba ni, consiguientemente, articular su defensa. Por consiguiente, la imposición de estas dos penas altera sustancialmente los términos del debate procesal de la pena, lo que no sucede, por ejemplo, cuando el cambio de la misma incide sólo en la mayor gravedad de la que es objeto de acusación.

En lo que atañe a la inhabilitación especial resulta esencial la individualización del cargo o empleo público objeto de inhabilitación, sin que en la Sentencia condenatoria se motive por qué la pena afecta al cargo de alcalde. En lo referido a la pena de multa, resulta esencial la determinación de la capacidad económica del condenado para la determinación de su cuantía, que el recurrente no ha podido cuestionar al ser ajena a la interesada en el escrito del Ministerio Fiscal. Lo relevante es que el acusado no ha podido proponer ninguna prueba o argumentación referida a las penas que le han sido finalmente impuestas, porque el debate procesal ha girado, como no podía ser de otra forma, sobre la acusación planteada, en su día, por el Ministerio Fiscal.

8. A la vista de las anteriores consideraciones, debemos concluir que se ha producido una vulneración en el principio acusatorio, que ha afectado a las facultades de defensa del recurrente y ha comprometido la imparcialidad del órgano judicial de instancia, vulneración ésta que, en los términos razonados, ha de considerarse irreversible.

Acreditada, pues, la existencia de una vulneración en el mentado principio, que conduce a declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, no procede examinar las restantes quejas referidas a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

**Sentencia 94/2005 de la Sala 2.^a del TC de 18 de abril de 2005
(BOE 20 de mayo de 2005) (Recurso de amparo 5632/2002)**

CITACIÓN TELEFÓNICA

Arts. 166 y 175 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión sufrida por el demandante de amparo al ser citado a juicio de faltas por medio de un acto de comunicación inidóneo y sin garantías (citación telefónica).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. La razón que se encuentra en el origen de tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva deviene de la forma de citación realizada al recurrente para que asistiera al juicio de faltas al que debía acudir en calidad de acusado. La cuestión que se plantea, pues, versa sobre un acto de comunicación judicial a una parte en el proceso, acto esencial toda vez que estaba dirigido a garantizar la presencia del acusado en el juicio de faltas. En este caso se impone, por tanto, recordar nuestra doctrina al respecto, que aparece bien sintetizada en el fundamento jurídico 2 de la STC 130/2001, de 4 de junio, por lo que conviene su reproducción, aun cuando la cita resulte relativamente extensa. Se afirma en dicho fundamento que: «El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE implica, entre sus múltiples manifestaciones, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente previstos, sino también un ajustado sistema de garantías para las partes, entre las que se encuentra el adecuado ejercicio del derecho

de defensa, para que puedan hacer valer en el proceso sus derechos e intereses legítimos. Para la realización efectiva del derecho de defensa en todas y cada una de las instancias legalmente previstas adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley. En este sentido, una reiterada jurisprudencia constitucional ha advertido sobre la especial trascendencia de los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes, en especial de aquél que se efectúa con quien está legitimado para ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que hace posible la comparecencia del interesado en el proceso o, en su caso, en el recurso, y la defensa de sus derechos e intereses legítimos; se trata, por tanto, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de las partes, de manera que mediante el conocimiento del acto o resolución que los provoca tengan aquellas la posibilidad de disponer lo conveniente para defender sus derechos e intereses.

Sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, o a la de su representación procesal y técnica, puede justificar una resolución inaudita parte. De modo que, en la medida en que hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa de sus derechos e intereses, los actos de comunicación representan una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas (SSTC 48/1986, de 23 de abril, FFJJ 1 y 2; 16/1989, de 30 de enero, FJ 2; 110/1989, de 12 de junio, FJ 2; 142/1989, de 18 de septiembre, FJ 2; 17/1992, de 10 de febrero, FJ 2; 78/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 117/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 236/1993, FJ único; 308/1993, de 25 de octubre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.^a; 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 105/1999, de 14 de junio, FJ 1; 294/2000, de 11 de diciembre, FJ 2)».

En relación con las concretas circunstancias del caso aquí objeto de atención, de tratarse de un proceso penal y de ocupar el recurrente en él la posición de acusado, continúa el citado fundamento aseverando: «El deber de los órganos judiciales de emplazar debidamente a quienes hayan de comparecer en juicio o en sus distintas instancias, si bien es exigible en todo tipo de procesos, ha de ser cumplimentado con especial rigor en el ámbito del proceso penal y especialmente en lo referente al imputado, acusado o condenado, dada la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano en el proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal— y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del ciudadano y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 118/1984, de 5 de diciembre, FJ 2; 196/1989, de 27 de noviembre, FJ 2; 99/1991, de 9 de mayo, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.^a y b; 135/1997, de 21 de julio, FJ 4; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2)».

(...)

Más concretamente aún, en lo referido al modo de citación telefónica, como apuntan tanto el recurrente como el Fiscal, este Tribunal ha señalado, además de lo que luego se dirá en el curso de la argumentación, que «El acto de comunicación, es decir, la citación, tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales cuya finalidad estriba en que, no sólo el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte, sino también que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (SSTC 99/1991 y 141/1991). Esta forma de notificación utilizada, “por teléfono”, no es, desde luego, medio idóneo para emplazamientos y citaciones a juicio oral del acusado o del condenado a la vista» (STC 105/1993, de 22 de marzo, FJ 4, reiterada en la STC 176/1998, de 14 de septiembre, FJ 1).

(...)

4. En efecto, además de que la citación telefónica no esté prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal en los preceptos que regulan ésta (art. 175 en relación con el art. 166), respecto de tal forma de comunicar la doctrina de este Tribunal no se plantea su eventual imperfección (como no es inusual que ocurra en los supuestos de notificación, citación o emplazamiento mediante Oficial o Agente judicial, o mediante correo o telegrama, cuando —como no es infrecuente— los mismos dan pie a discutir la recepción o no de lo notificado por el destinatario en atención a si la dirección en la que tiene lugar la comunicación fue correcta o incorrecta o si fue recibida por persona idónea o no en atención a su relación o proximidad con quien es objeto de citación o notificación, etc.), sino que afirma su inidoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales, a saber: la constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conoci-

miento de lo que se ha procedido hasta ese momento y de lo que se va a proceder a continuación, en orden a que adopte las medidas que estime más convenientes para la defensa de sus intereses en sede jurisdiccional: en el caso de imputado, posición que correspondía al aquí recurrente, fundamentalmente para darle opción a preparar las medidas para su defensa. El legislador es perfectamente consciente de ello, como demuestra el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico «que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales» o, más recientemente, el art. 162 de la Ley de enjuiciamiento civil, cuando determina en la regulación dedicada a los actos de comunicación judicial que, caso de disponer los órganos judiciales y los destinatarios de sus comunicaciones de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, podrán utilizarlos siempre que los mismos «permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron». No cumple tales exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más, por lo que tal medio en sí, reiterando lo que ya dijimos en las Sentencias antes aludidas al respecto, no puede considerarse idóneo para efectuar citaciones. Naturalmente ello sin perjuicio alguno de que, respecto del citado por tal vía que comparezca ante el órgano judicial, tal comparecencia conlleve las obligaciones y derechos subsiguientes a una citación correcta, en tanto en cuanto la comparecencia en sí comporta haberse dado por enterado de la comunicación que con él se pretendía.

En este sentido, en lo que al presente supuesto se refiere, el recurrente, no solamente no se dio por citado, sino que, como antes se ha señalado, en su recurso de apelación

negó rotundamente haber recibido citación personal alguna para comparecer al juicio que se iba a celebrar e igualmente que la recibiese la persona designada por él a tal efecto. En definitiva, lo que en el caso que nos ocupa resulta, en relación con la citación del ahora solicitante de amparo en su condición de denunciado en el juicio de faltas, es lo siguiente: existía una providencia que señalaba el juicio y disponía a la vez que había de citarse «en legal forma» a las partes en la cédula a expedir al efecto, cédula en la que se indica que el Agente judicial debía practicar las citaciones acordadas; que en la declaración del denunciado y aquí solicitante de amparo se determinó persona y dirección detallada a efectos de notificaciones (sin alusión a número telefónico alguno), y que asimismo en dicha declaración se explicitó por el recurrente quiénes serían su Abogado y su Procuradora; que pese a todo ello se procedió a una citación telefónica de la que no queda otra constancia que la fe dada por el Secretario Judicial de que fue realizada la llamada a un determinado número de teléfono y a quien dijo ser la persona designada para ser citada, pero sin que ello por sí solo acredite que realmente fuera tal persona; que, anulado el señalamiento anterior por posponerse el juicio, se procede a una nueva citación en la que el Secretario afirma que «puesto al habla [directamente ha de sobrentenderse] con el... denunciado» y aquí recurrente, le comunicó la nueva fecha y hora del juicio, sin que tal comunicación cumpliera las exigencias de contenido que determina la Ley procesal aplicable y, sobre todo, sin que quedase constancia de la misma que permita desvirtuar la rotunda negativa de su recepción por el destinatario de la comunicación; que el juicio se celebró sin la asistencia del denunciado. La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la de que tal forma de proceder comportó la vulneración de las garantías del proceso e, inmediatamente derivado de ello, la de la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues entre las garantías propias del proceso ocupa un lugar esencial la citación.

**Sentencia 108/2005 de la Sala 2.^a del TC de 9 de mayo de 2005
(BOE 8 de junio de 2005) (Recurso de amparo 5181/2002)**

MULTA. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Art. 50 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se otorga el amparo por falta de motivación de la cuantía concreta de la cuota diaria de multa impuesta al condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. En el presente caso las Sentencias sucesivamente dictadas en instancia y en apelación procedieron a aplicar el sistema de pena denominado de días-multa que, como ya hemos indicado en similares ocasiones (por todas: STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4), impone al Juez o Tribunal una doble valoración: por un lado ha de proceder a determinar la extensión temporal de la pena de multa, atendiendo básicamente para ello a la gravedad del delito cometido y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de acuerdo con las reglas previstas a este respecto en el propio Código penal; por otro lado ha de establecer la cuantía de las cuotas diarias que corresponde satisfacer al condenado por cada periodo temporal, magnitud esta última que habrá de concretarse teniendo en cuenta exclusivamente «la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo» (art. 50.5 CP).

Examinadas las actuaciones ningún reproche cabe dirigir a la primera de esas dos

distintas y sucesivas valoraciones judiciales, relativa a la extensión temporal de la pena de multa impuesta al demandante de amparo, ya que la motivación esgrimida a este respecto por la Sentencia dictada en instancia cumple satisfactoriamente con las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, de la simple lectura, por una parte, de lo dispuesto en el art. 50.5 CP en relación con la motivación judicial exigible en supuestos de imposición de una pena de multa y, por otra parte, de la argumentación ofrecida por el órgano judicial de apelación para justificar la cuantía de la cuota diaria de 5.000 pesetas de multa fijada en instancia, se desprende que dicha explicación no reúne los requisitos exigibles para que este Tribunal pueda considerarla razonable y fundada en Derecho.

Que no está fundada en Derecho resulta evidente a la vista de que la determinación de dicha cuantía no se ha realizado conforme a las pautas que para ello establece el citado precepto penal, sino en virtud de un razonamiento por completo extraño a las mismas y más propio del lenguaje coloquial que del lenguaje jurídico que cabe reclamar

de los órganos judiciales, y sin que ni tan siquiera puedan considerarse acreditados en autos los dos elementos que habrían servido de base a dicho razonamiento, ya que ni había quedado probado que el vehículo conducido por el demandante de amparo fuera de su propiedad, ni tampoco el hecho de que hubiese sido él quien hubiera pagado las consumiciones de alcohol que reconoció haber ingerido, circunstancia esta última de la que el órgano judicial de apelación dedujo, en forma presuntiva, que, si poseía ingresos suficientes para permitirse tales consumiciones, también había de tenerlos para satisfacer la cuota diaria por importe de 5.000 pesetas que le había sido impuesta en instancia. Ambas argumentaciones prescinden, por lo demás, de toda consideración de la verdadera situación económica del recurrente, deducida de «su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales», de manera que la Sentencia recurrida incumple manifiestamente el mandato establecido en el art. 50.5 CP.

Tal incumplimiento, que en definitiva se traduce en una falta de motivación de la cuantía diaria de la pena de multa en cuestión e impide por ello considerar subsanada en apelación la absoluta ausencia de motivación observable a este respecto en la Sentencia de instancia, «adquiere relieve constitucional por cuanto la falta de motivación en la imposición de este tipo de penas supone la ausencia de los elementos y razones de juicio que permiten conocer los criterios de la decisión judicial —resultado de una indagación de la capacidad económica del reo— y garantizan su posterior control a través de

los recursos. La ausencia de motivación en la fijación del importe de las cuotas correspondientes a la pena de días-multa incumple el deber reforzado de motivación de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta aquí, a través de la responsabilidad personal subsidiaria, con el derecho a la libertad personal. Por otro lado, como ya hemos declarado, el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez a la hora de adoptar una decisión —en este caso, la de fijar una cuota diaria entre doscientas pesetas y cincuenta mil pesetas (art. 50.4 CP)— no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda arbitrariedad (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2)» (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4).

Por todo ello ha de concluirse que la ausencia total de motivación sobre los criterios de determinación de las cuotas diarias de multa finalmente fijadas en las Sentencias de instancia y de apelación ha redundado en una lesión del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión, cuyo restablecimiento impone la anulación de la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en lo tocante a la cuantificación de la cuota diaria de multa impuesta al demandante de amparo a fin de que dicho órgano resuelva de nuevo sobre tal extremo en forma debidamente motivada.

**Sentencia 120/2005 de la Sala 2.^a del TC de 10 de mayo de 2005
(BOE 8 de junio de 2005) (Recurso de amparo 5388/2002)**

DELITO FISCAL

Art. 305 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras afirmar la inexistencia de relación necesaria entre atipicidad administrativa y atipicidad penal, concluye, sin embargo, la sentencia que recurrir al fraude de ley tributaria (del artículo 24 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria) para fundamentar la conducta típica del delito fiscal supone incurrir en analogía “in malam partem”, lesiva del principio de legalidad penal. Insiste por otra parte, la resolución en la necesidad de separar entre “negocio simulado” y “fraude de ley tributaria”: acusar de lo primero y condenar en base a lo segundo lesiona el principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recuso de amparo se dirige contra la Sentencia condenatoria dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en un procedimiento seguido contra el demandante de amparo por delito contra la hacienda pública. En dicha resolución la Sala procedió a revocar el pronunciamiento absolutorio alcanzado por el juzgador de instancia sobre la base de variar la calificación de los hechos atribuidos al actor, sustituyendo la de simulación de negocio por la de fraude de Ley tributaria. A esta modificación se le reprocha haber vulnerado el derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión por infracción del principio acusatorio, al haber sido introducida por primera vez por el órgano judicial de apelación sin que hubiera tenido oca-

sión de defenderse frente a ella; pero sobre todo se insiste en que con ella se ha vulnerado también el derecho del recurrente a la legalidad penal dada la ausencia de sanción de tal conducta en el ordenamiento tributario, según se desprende del tenor literal del art. 24 de la Ley general tributaria (LGT) en la versión introducida por la Ley 20/1995, de 20 de julio.

(...)

3. Entrando en el fondo de los dos motivos de amparo alegados en la demanda, procede iniciar su examen por el relativo a una pretendida lesión del derecho a la legalidad penal toda vez que su eventual estimación conllevaría la declaración de nulidad de la Sentencia recurrida.

La premisa principal de la que arranca todo el razonamiento esgrimido por el demandante de amparo al efecto de fundamen-

tar este motivo es la siguiente: del art. 24 de la Ley 230/1963, general tributaria (LGT), se desprende que el fraude de ley tributaria es un hecho que no da lugar a la imposición de una sanción administrativa, sino que, una vez declarado, sus efectos se ciñen a imponer la aplicación de la norma eludida y, en consecuencia, el pago del tributo que, a través de la llamada norma de cobertura, se pretendía evitar, con sus correspondientes intereses por mora. De ello deduce, como consecuencia inmediata, que no siendo sancionable dicho comportamiento en vía administrativa, tampoco podría serlo en vía penal como delito contra la hacienda pública, por lo que la Sentencia dictada en apelación habría incurrido en una aplicación extensiva de dicho tipo penal que resultaría contraria a las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 25.1 CE.

Ha de convenirse con el recurrente en la primera parte de su razonamiento, a la vista de que el art. 24.3 LGT, en la versión vigente tras las modificaciones introducidas en dicha normativa por la Ley 25/1995, de 20 de julio, disponía que «en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones». Es cierto que, en el momento en que tuvieron lugar los hechos (1990-1991), aún no estaba en vigor el referido texto introducido por la Ley 25/1995, pero ello no obsta para que pueda considerarse de aplicación en este caso, dada su naturaleza de ley posterior más favorable en materia sancionadora. Conviene además señalar que en dicho precepto se exigía que «para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado», lo que no consta que sucediera en el supuesto de autos habida cuenta de que la acusación formulada por la Administración

tributaria lo fue en todo momento por negocio simulado y no por fraude de ley.

Más discutible resulta la segunda parte del razonamiento esgrimido por el actor, en el sentido de que la falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo-tributario impediría su consideración como ilícito penal. Según señalan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal esa atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba —y todavía significa puesto que el art. 15.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, excluye asimismo la posibilidad de imponer sanciones en los supuestos ahora calificados como conflictos en la aplicación de la norma tributaria—, que la Administración no estaba autorizada a sancionar en tales casos, pero no que no lo estuvieran los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal.

4. Una vez concluido que, en contra de lo que sostiene el demandante de amparo, no existe una relación de consecuencia necesaria entre la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria y su atipicidad penal, lo que a continuación se ha de determinar es si la propia figura del fraude de ley excluye, como también se sugiere en la demanda, la posibilidad de apreciar la concurrencia de determinados elementos típicos integrantes del delito contra la hacienda pública actualmente penado en el art. 305.1 CP.

Con carácter previo a dicha determinación, conviene indicar que el concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de Ley ofrecido por el art. 6.4 del Código civil, a cuyo tenor «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la nor-

ma que se hubiere tratado de eludir». Como ya dijimos en la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8, «el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico», y no exclusivamente en el ámbito civil. El concepto de fraude de Ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas, respectivamente, «norma de cobertura» y «norma defraudada» o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda.

Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término «fraude» como acompañante a la expresión «de Ley» acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de Ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de Ley tributaria, semejante «rodeo» o «contorneo» legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible,

sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar *per se* de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el art. 6.4 del Código civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada «norma de cobertura»; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal.

Las anteriores consideraciones conducen a que, para resolver si en el presente caso se ha producido o no una vulneración del derecho del actor a la legalidad penal por motivo de la utilización por la Audiencia Provincial del concepto de fraude de ley tributaria, necesariamente debemos plantearnos con carácter previo la cuestión de si dicha noción resulta o no compatible con el mencionado derecho. Pues bien: a esta cuestión ya se dio respuesta negativa en la STC 75/1984, de 27 de junio, FFJJ 5 y 6, al afirmar que, siendo el indicado derecho una «garantía de la libertad de los ciudadanos ... no tolera ... la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se puede anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica ...

pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de Ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal». Dicho de otra manera: la utilización de la figura del fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE.

Los términos generales en que nos expresamos en dicha resolución no ofrecen lugar a dudas, pese a la muy diferente naturaleza del supuesto de hecho allí examinado, respecto de la improcedencia constitucional de contornear los límites estrictos de cualquier tipo penal que pudiese entrar en consideración con ayuda del recurso a la noción de fraude de Ley. Sin que, en consecuencia, pueda compartirse el criterio expresado por el Abogado del Estado en el sentido de que la calificación de «fraude de ley tributaria» dada por la Sentencia recurrida al comportamiento del recurrente resulta constitucionalmente irrelevante. Por el contrario, importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial *ad quem* al modificar la calificación de los hechos realizada por las acusaciones a título de «negocio simulado» por la de «fraude de ley tributaria», toda vez que, mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista. En este mismo sentido, aunque en un contexto diferente, ya declaramos en la STC 48/1993, de 8 de febrero, FJ 3, que «si la Sentencia admite que no hubo simulación en el contrato ello hace dialécticamente difícil una apreciación de fraude». Por lo demás la distinción entre negocio simulado y fraude de ley tributaria en los términos indicados, no sólo es una constante en la doctrina

y en la jurisprudencia, sino que la propia normativa tributaria la ha asumido al ocuparse de una y otra figura en disposiciones diferentes (arts. 24 y 25, respectivamente, en su versión modificada por la Ley 25/1995; arts. 15 y 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria) y al reservar la posibilidad de imposición de sanciones exclusivamente para los casos de simulación.

5. (...)

Ni en una ni en otra Sentencia se consideró, por consiguiente, acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados. Ello no obstante la Sentencia de apelación apreció que «la entrada de Pinyer en la sociedad Cajun podía suponer un fraude de ley por aplicación de la normativa referente a la transparencia fiscal y de compensación de pérdidas en la base imponible del impuesto de sociedades», al haberse derivado la mayor parte de la cuota tributaria por razón de plusvalías, que correspondía satisfacer a los anteriores socios de Cajun, a ese nuevo socio, representado por el demandante de amparo que, al tener una importante cantidad de pérdidas reconocidas, hizo prácticamente desaparecer dicha cuota tributaria reduciéndola significativamente.

Dejando por el momento de lado el cambio evidente de los términos del debate procesal hasta entonces habido, que representó esta introducción *ex novo*, por el órgano judicial de apelación, de la noción de fraude de ley para fundamentar la comisión por el recurrente del delito previsto en el art. 349 del Código penal de 1973 —ya que a ello nos referiremos puntualmente al examinar la también alegada infracción del principio acusatorio—, lo que ahora interesa resaltar es que la Sentencia de apelación, con ayuda de un razonamiento basado en prueba indiciaria, toda vez que expresamente se reconoce en su segundo fundamento de Derecho la inexistencia de prueba directa respecto de

la intención de los acusados de defraudar con su actuación a la hacienda pública, y construido principalmente a partir del análisis de las declaraciones de los acusados y de los peritos en el acto del juicio oral. Llegó a la conclusión de que «nos encontramos ante una utilización fraudulenta del ordenamiento jurídico, en una tergiversación de la *mens legis* de las normas reguladoras de la transparencia fiscal y de la compensación de cuotas, que buscan eludir la aplicación de la tarifa del impuesto de la renta de las personas físicas que legalmente correspondería». De manera que, sin solución de continuidad y sin análisis alguno de en qué manera podían considerarse realizados por la conducta del demandante de amparo los elementos subjetivos y objetivos necesarios para poder proceder a la aplicación del mencionado tipo penal, el Tribunal *ad quem* terminó afirmando que, si de la determinación de la cuota legalmente imponible resultase que la defraudación cometida por los acusados superó en su conjunto los quince millones de pesetas, «se habría producido el delito contra la hacienda pública», ya que «debemos considerar que la utilización de un fraude de ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar, ya que supone una ocultación maliciosa de la auténtica base imponible a partir de la cual se debería haber declarado».

La evidente merma de los ingresos a la hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios y coacusados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la Sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el art. 349 del Código penal de 1973. Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, ele-

mentos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito, lo que parece reconocerse en la propia Sentencia recurrida al tener que acompañar a dicho fundamento de la afirmación, desmentida por la Sentencia de instancia y contradictoria con la confirmación por la Sentencia de apelación de la inexistencia de simulación u ocultación alguna, de que el recurrente había procedido a una «ocultación maliciosa de la auténtica base imponible». La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la hacienda pública ha de considerarse en consecuencia —como ya afirmamos en la precitada STC 75/1984, de 27 de junio— una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE.

6. A mayor abundamiento cabe señalar que la configuración del fraude de ley tributaria como conducta punible a título de delito fiscal sería también lesiva del indicado derecho por aplicación del canon de examen utilizado por este Tribunal cuando se aducen vulneraciones del mismo por razón de las operaciones judiciales de subsunción de los hechos en las normas penales preexistentes. Recuértese que el mencionado modelo de análisis nos ha conducido, en constante jurisprudencia, a apreciar lesionado el derecho a la legalidad penal cuando tales operaciones obedezcan a una aplicación de la norma punitiva tan carente de razonabilidad «que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación

expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11)» (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Pues bien: a la vista de lo anteriormente expuesto respecto de la improcedencia de acudir a la figura del fraude de ley para proceder a una extensión de los tipos penales a supuestos no específicamente previstos en ellos, así como de que, si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a su atipicidad penal, si constituye, en cambio, un factor indicativo de esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal, y habida cuenta también de la muy extendida opinión doctrinal acerca de la atipicidad penal de dicho comportamiento, cabe concluir que la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria.

7. La estimación del motivo de amparo examinado en los anteriores apartados nos eximiría, en principio, de entrar en el fondo del otro motivo aducido en la demanda. Pero como alega el Abogado del Estado, existe una íntima relación entre la vulneración del derecho a la legalidad penal que acabamos de apreciar concurrente y la también aducida infracción del principio acusatorio, lo que hace aconsejable proceder al análisis de este último.

De las actuaciones practicadas se desprende claramente que las acusaciones formuladas contra el demandante de amparo fundamentaron en todo momento la petición de que fuera condenado como autor responsable de un delito fiscal en la consideración de que había participado junto con los otros acusados en la realización de un negocio simulado. Tan es así, que en los recursos de apelación presentados contra la Sentencia de instancia se alegaba como principal motivo el error en la apreciación de las pruebas cometido por el juzgador de instancia al considerar que no había quedado acreditada la existencia de tal negocio simulado. Es más: una circunstancia añadida vendría a demostrar que en la mente de las acusaciones no estuvo en ningún momento la atribución al recurrente de un fraude de ley tributaria, ya que, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del art. 24.1 LGT, en la versión introducida por la Ley 25/1995, dicho fraude «deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado», momento en el que, por otra parte, según lo previsto en el tercer apartado de ese mismo precepto, deberían haberse practicado las liquidaciones derivadas de la norma tributaria eludida y de los correspondientes intereses de demora. Nada de ello se hizo en el presente caso, por lo que cabría incluso hablar de irregularidades procedimentales en el acogimiento por el órgano judicial de apelación de una categoría cuya determinación correspondía a los órganos competentes de la Administración tributaria; irregularidades que en este caso serían ocasionantes de indefensión al haberse producido dicho acogimiento sin haber dado audiencia previa al interesado.

Sostienen, sin embargo, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal que no se ha producido en este caso la alegada vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva por motivo de infracción del principio acusatorio, toda vez que ambos entienden que el cambio de califica-

ción de la estructura negocial motivante de su condena como autor responsable de un delito contra la hacienda pública no le produjo indefensión alguna, pues, permaneciendo invariables los hechos cuya comisión le había sido atribuida, y siendo los mismos subsumibles en el correspondiente tipo penal, su denominación como negocio simulado o como fraude de ley tributaria carecía de toda relevancia constitucional. Frente a tal conclusión, ya hemos dicho que, si bien en todo momento permaneció inalterada la acusación formulada contra el actor a título de autor de un delito fiscal, en modo alguno puede considerarse constitucionalmente irrelevante, por las razones anteriormente expresadas, que dicha imputación viniera fundamentada en la calificación de su comportamiento como negocio simulado o como fraude de ley tributaria, dadas las muy diferentes connotaciones de cada una de esas modalidades comisivas en relación con el obligado cumplimiento de las exigencias dimanantes del derecho reconocido en el art. 25.1 CE. No puede, por ello, compartirse el criterio defendido por uno y otro acerca de que, con una u otra calificación, los hechos seguirían siendo subsumibles en el precepto acabado de citar, por lo que el referido cambio no habría entrañado una indefensión real al recurrente.

Por otra parte, tampoco puede participarse del argumento expuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de que la acusación a título de fraude de ley no fue «sorpresa» dado que el propio demandante de amparo habría alegado a lo largo de todo el procedimiento que era esa precisamente la calificación jurídica que correspondía a su comportamiento, no siendo por consiguiente para él tal calificación un hecho novedoso por más que para la Sala su admisión no condujera a la por él pretendida atipicidad penal de su conducta sino, por el contrario, a la punición de la misma. Esta sorprendente argumentación confunde el necesario conocimiento previo de la acusación, a fin de poderla debatir en forma contradictoria, con una alegación formulada en estrictos términos de de-

fensa cuya transformación por el órgano judicial de apelación en fundamento de la acusación —no aportado en ningún momento por las partes acusadoras— no era objetivamente previsible. De sorpresa, pues, puede ser calificada la utilización de la figura del fraude de ley por el Tribunal *ad quem*, si bien ello no supondría todavía que hubiera de estimarse la vulneración del principio acusatorio aducida toda vez que, para llegar a tal conclusión, habremos de afirmar previamente que dicha calificación, introducida *ex novo* en apelación, produjo al demandante de amparo una situación de indefensión constitucionalmente prohibida.

8. La doctrina elaborada por este Tribunal acerca de las exigencias derivadas del principio acusatorio ha sido recientemente resumida, entre otras, en la STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, en los siguientes términos: «entre ellas se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre» (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los pro-

pios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Ello no obstante hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la

parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3)».

De esta doctrina se desprende que, al no haber podido ser debatida contradictoriamente por el recurrente la utilización por el órgano judicial de apelación de la figura del fraude de ley como fundamento de la acusación a título de delito fiscal, ya que ni había sido alternativamente propuesta por las acusaciones en sus respectivos recursos de apelación ni tampoco fue objeto de debate en el procedimiento seguido en instancia, ha de considerarse asimismo infringido el principio acusatorio y con ello el derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Sin que para la estimación de este motivo constituya óbice alguno la no interposición por el actor de un incidente de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia de apelación —incidente que el Abogado del Estado consideraba procedente en este supuesto, basándose para ello en la STC 174/2003, de 29 de septiembre— ya que lo que de dicha resolución se desprende es que el mencionado incidente únicamente resulta preceptivo en los casos en que se haya denunciado algún tipo de indefensión y de incongruencia constitucionalmente relevante, lo que no sería aquí el caso.

**Sentencia 123/2005 del Pleno del TC de 12 de mayo de 2005
(BOE 8 de junio de 2005) (Recurso de amparo avocado 5770/2000)**

PRINCIPIO ACUSATORIO

Art. 24.2 CE.

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

SÍNTESIS

En el recurso de amparo avocado al Pleno, éste tras exponer las exigencias del principio acusatorio y partir de la base de que el objeto del recurso de casación (a diferencia de lo que sucede en el de apelación) no es una

pretensión punitiva sino únicamente la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada, concluye que en la casación penal y, en todo caso, cuando el concreto motivo de casación aparece referido a la calificación jurídica de un hecho no existe (derivado de una supuesta asunción de funciones acusatorias constitucionalmente vedadas al órgano de casación) impedimento constitucional alguno para confirmar aquélla, incluso aunque tal pretensión no sea sostenida por ninguna de las partes procesales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión concreta que plantea el presente amparo es si la configuración constitucional del principio acusatorio incluye como una de sus garantías que en la casación penal el órgano judicial quede limitado en su pronunciamientos por los motivos y las pretensiones concretas de las partes deducidas en dicho recurso y si resulta posible constitucionalmente al órgano judicial de casación desestimar el recurso contra la resolución condenatoria impugnada al margen de una concreta solicitud de mantenimiento de aquélla realizada por cualquiera de las partes procesales.

(...)

3. Este Tribunal ha reiterado que el conjunto de derechos establecidos en el art. 24 CE no se agota en el mero respeto de las garantías allí enumeradas, establecidas de forma evidente a favor del procesado, sino que incorpora, además, el interés público en un juicio justo, garantizado en el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH), que es un instrumento hermenéutico insoslayable para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.2 CE); de tal modo que, en última instancia, la función del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en el ámbito penal se concreta en garantizar el interés público de que la condena penal resulte de un juicio justo, que es un interés constitucional asentado en los

principios del Estado de Derecho y en los valores constitucionales de libertad y justicia (art. 1.1 CE; STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

En virtud de ello, aunque el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, limitándose el art. 24.2 CE a consagrar una de sus manifestaciones, como es el derecho a ser informado de la acusación, sin embargo, este Tribunal ya ha destacado que ello no es óbice para reconocer como protegidos en el art. 24.2 CE ciertos derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de este principio nuclear (STC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 8), que trasciende el derecho a ser informado de la acusación y comprende un haz de garantías adicionales (SSTC 19/2000, de 3 de marzo, FJ 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17). Así, desde el más temprano reconocimiento de la dimensión constitucional de determinadas garantías propias del principio acusatorio, en la jurisprudencia de este Tribunal se ha incidido tanto en su vinculación con los derechos de defensa y a conocer la acusación (STC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4), como en la exigencia de separar la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse

por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6).
(...)

4. En atención a lo anterior, este Tribunal ha reiterado que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiéndose por «cosa», en este contexto, no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica (por todas, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, ó 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). De ese modo, este deber de congruencia implica que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico, que queda concretado en la pretensión establecida en el escrito de calificaciones definitivas (por todas, SSTC 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5, ó 33/2002, de 13 de febrero, FJ 3).

El 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, ó 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; ó 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 acusaciones, 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.

(...)

5. Ahora bien, partiendo de la base ya expuesta de cuál es el doble fundamento constitucional del deber de congruencia entre acusación y fallo, es necesario tener en cuenta dos aspectos relevantes para la determinación y concreción, con carácter general, del alcance de dicho deber de congruencia, como son, por un lado, que éste, como elemento estructural del principio acusatorio, no tiene un alcance general en el procedimiento penal respecto de cualquier otra pretensión sostenida por la acusación que no sea la estrictamente punitiva; y, por otro lado, que incluso en el marco del ejercicio de una pretensión punitiva el deber de congruencia no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación.

(...) No cabe, pues, ampliarse a cualquier otra pretensión de las partes personadas que, aun sustanciadas en el procedimiento penal, no sean propiamente punitivas, toda vez que, respecto de éstas últimas, no puede afirmarse que tengan como objeto elementos de la acusación, sobre lo que deba darse la oportunidad de debatir contradictoriamente para hacer efectivo el derecho de defensa. Tampoco cabe que el Tribunal, en caso de pronunciarse de oficio sobre las mismas o en contra de las pretensiones de las partes, asuma funciones que constitucionalmente le están vedadas. Así, en relación con la determinación de la competencia objetiva de Jueces y Tribunales penales, este Tribunal ya ha señalado que es una cuestión de orden público procesal que, como tal, puede y debe ser examinada de oficio, sin que la

inexistencia de una adecuada petición fiscal implique algún género de violación del art. 24 de la Constitución (ATC 625/1983, de 14 de diciembre, FJ 2). Igualmente, en relación con la iniciativa probatoria de oficio por parte de los órganos judiciales penales, se ha reiterado recientemente en la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 14, que si bien «la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE)».

Al margen de lo ya señalado, y por lo que se refiere al alcance del deber de congruencia respecto de la pretensión punitiva, este Tribunal también ha concretado que, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad (por todas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3, ó 75/2003, de 23 de abril, FJ 5), haciéndose especial incidencia en que, «más allá de dicha congruencia, lo decisivo a efectos de la lesión del art. 24.2 CE es la efectiva constancia de que hu-

bo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos» (por todas, SSTC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6, ó 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2). O, más expresivamente, y tal como se afirma en la STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3, recogiendo lo ya manifestado en la STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, «so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (STC 10/1988, FJ 2). En este sentido, “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3)».

Por tanto, a la conclusión anteriormente alcanzada de que la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, debe añadirse también que dicho deber de congruencia, atendiendo al propio fundamento de su reconocimiento constitucional, no sólo no supone una estricta vinculación del fallo a la calificación jurídica contenida en la pretensión punitiva, cuando pueda verificarse que en el debate procesal la defensa tuvo la posibilidad de conocer y discutir sus elementos esenciales, sino que, además, en su caso, ese deber de congruencia sólo puede predicarse de la propia pretensión punitiva y no de ninguna otra dedu-

cida en el procedimiento penal, en la medida en que, al no tener como objeto elementos de la acusación, los órganos judiciales penales mantienen la posibilidad de un pronunciamiento de oficio e incluso en contra de las pretensiones de las partes sin comprometer con ello su posición de imparcialidad por la asunción de funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas.

6. A continuación deben analizarse los posibles condicionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en el actual sistema de recursos penales, con especial referencia al recurso de casación. Para abordar esta cuestión es preciso atender a dos consideraciones previas que delimitan dicho análisis, como son, en primer lugar, determinar cuál es el contenido esencial del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, en lo que se refiere a la necesidad de configurarlo como un nuevo juicio o limitado a una función revisora; y, en segundo lugar, determinar a cuál de ambos modelos responde la actual regulación de la casación penal.

Este Tribunal ya ha reiterado en relación con el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias dos ideas esenciales: la primera, que si bien no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, entre las primeras, STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; y, entre las más recientes, SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 2, y 105/2003, de 2 de junio, FJ 2). Y, la segunda, que del propio tenor literal del art. 14.5 PIDCP, al establecer que «[t]oda persona

declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley», se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7). (...)

(...)

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir, en primer lugar, que el derecho fundamental al recurso contra sentencias penales condenatorias sólo alcanza a la necesidad de que se configure legalmente un recurso que posibilite una revisión íntegra de la condena y la pena y, en consecuencia, no es exigible constitucionalmente que dicho recurso implique la celebración de un nuevo juicio íntegro; y, en segundo lugar, que el legislador tiene libertad para establecer tanto cuál deba ser el Tribunal superior como el modo en que éste haga efectiva la revisión de la condena y la pena y, por tanto, el legislador tiene libertad de configurar el recurso bien como un nuevo juicio, bien como una revisión del fallo condenatorio y de la pena.

7. A partir de lo anterior, y entrando en la segunda consideración previa señalada de determinar a cuál de ambos modelos —repetición íntegra del juicio o revisión de la condena— responde la actual regulación del sistema de recursos contra sentencias penales condenatorias, debe ponerse de manifiesto que el ordenamiento jurídico procesal penal español mantiene en vigor un régimen dual respecto de la posibilidad de recurrir las sentencias condenatorias por delitos que no sean competencia del Tribunal del Jurado, diferenciando unos supuestos en que cabe recurso de apelación y otros en que lo procedente es el recurso de casación.

En efecto, a la espera de que, conforme a lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgáni-

ca 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 26 de diciembre), se produzcan las modificaciones legislativas necesarias para hacer efectivo que la apelación sea el recurso procedente contra cualquier tipo de sentencias penales condenatorias, el sistema legal actual establece, por un lado, que contra las Sentencias pronunciadas por los Juzgados de lo Penal lo procedente es el recurso de apelación y, por otro, que contra las Sentencias pronunciadas en primera instancia por las Audiencias lo procedente es el recurso de casación, por lo que en estos concretos supuestos el recurso de casación cumple la función de garantizar el derecho constitucional a la revisión de la condena y la pena.

En este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija contra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal.

Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» y que «[s]u carácter,

reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*» (reiterado después, entre otras muchas, en las SSTC 10/2004 y 12/2004, de 9 de febrero, FFJJ 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral.

Por el contrario, el recurso de casación penal, atendiendo a su configuración legal y, en todo caso, por lo que respecta al concreto motivo de casación por infracción de ley en la calificación jurídica del hecho, no puede afirmarse que responda al modelo de repetición íntegra del juicio, sino, más propiamente, a un modelo estricto de revisión de la legalidad de la resolución impugnada. Así, este Tribunal, ya desde antiguo, ha reconocido que el recurso de casación es un recurso de cognición restringida que cumple una función revisora (STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5); incidiendo en que está al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, aunque destacando, igualmente, que «al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un “Tribunal superior”» (STC 69/1985, de 6 de mayo, FJ 2).

(...)

8. Una vez desarrolladas las anteriores consideraciones debe entrarse directamente en el análisis de los posibles condicionantes de cómo se proyecta el deber de congruencia en la resolución de los recursos contra sentencias penales condenatorias, con espe-

cial referencia al recurso de casación, comenzando por señalar que la afirmación genérica, ya reiterada por este Tribunal, de que las exigencias del principio acusatorio, entre las que, lógicamente, cabría incluir la de congruencia entre acusación y fallo, son de aplicación en la segunda instancia (por todas, SSTC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 4, ó 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2), no resulta en modo alguna contradictoria con la posibilidad de concluir que la aplicación de las garantías propias de este principio en la resolución de los recursos penales no puede ser mimética, sino condicionada. Y ello por dos razones principales: la primera porque adecuar las exigencias del principio acusatorio a la concreta configuración legal del recurso penal en cuestión que resulte procedente no supone anular la vigencia de dichas exigencias, sino adaptarlas, en atención a sus fundamentos constitucionales, a las funciones que en el marco del procedimiento penal en su conjunto pueda tener dicho recurso. (...)

La segunda razón es que la afirmación genérica sobre la aplicación de las exigencias propias del principio acusatorio a la segunda instancia, o que «es la impugnación de una Sentencia lo que opera la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes» (STC 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1), se ha producido, principalmente, en relación con la proscripción constitucional de la reforma peyorativa. Esta prohibición, que si bien en algunos casos se ha incluido como una más de las garantías del principio acusatorio, aparece fundamentada tanto en la vulneración del derecho a conocer la acusación y la prohibición de la indefensión, como en la exigencia de separación entre la acusación y la función de enjuiciamiento imparcial inherente al principio acusatorio (entre otras, SSTC 40/1990, de 12 de marzo, FJ 1, ó 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3). Sin embargo, es una exigencia de aplicación no sólo en el ámbito penal, tanto al recurso de apela-

ción como al de casación, sino que, además, rige también para cualquier tipo de recursos en cualquier orden jurisdiccional (en el orden civil, por todas, STC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; y en el orden social, por todas, STC 196/ 2003, de 27 de octubre, FJ 5), ya que tiene un fundamento constitucional autónomo, en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE, basado en que «de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución impugnada por éste, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho constitucional a los recursos legalmente establecidos en la Ley» (por todas, STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3).

De ese modo, despejadas las posibles dudas sobre la necesidad de hacer una aplicación condicionada de las exigencias del principio acusatorio y el deber de congruencia en la resolución de los recursos penales, hay que poner de manifiesto que este Tribunal, partiendo de las bases ya señaladas de que la garantía constitucional del deber de congruencia entre acusación y fallo queda limitado a la concreta pretensión punitiva, ha reiterado que la existencia de una eventual exigencia constitucional de que el órgano judicial que ha de resolver el recurso quede vinculado por las concretas pretensiones de las partes deducidas en el recurso procedente, impidiendo con ello, en su caso, la desestimación del recurso y con ello el mantenimiento de la resolución recurrida, no puede ser ajena a una doble comprobación: por un lado, debe comprobarse la naturaleza de la concreta pretensión que se deduce en dicho recurso; y, por otro, si con dicho pronunciamiento del órgano judicial, bien se ha impedido hacer efectivo el derecho de defensa o a debatir los elementos de la acusación, bien se ha propiciado una pérdida de su necesaria imparcialidad judicial por asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y

AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4, entre otras).

La comprobación, respecto de la naturaleza punitiva o no de las pretensiones a deducir en el recurso penal, que permitiera hacer una traslación directa de las exigencias del deber de congruencia entra acusación y fallo a dicho recurso, no resulta independiente de la decisión legislativa de configurarlo siguiendo un modelo revisor de la legalidad de la resolución impugnada o de repetición íntegra del juicio. Así, en un recurso penal que siga el modelo de repetición íntegra del juicio, la cuestión que se sustancia ante el órgano judicial *ad quem* es de nuevo el hecho imputado al recurrente y su calificación jurídica y no el pronunciamiento que sobre este particular realizó el órgano judicial de primera instancia. Esto es, lo que se ventila en un recurso de estas características es nuevamente la pretensión punitiva. Ello implica, no sólo que en ambas instancias el objeto de enjuiciamiento sea el mismo, sino que, además, en principio, tanto el órgano judicial *ad quem* como las partes procesales se colocan en la misma situación de enjuiciamiento y relación procesal, respectivamente, que tenían en la primera instancia, propiciando, por tanto, de un lado, que sean de aplicación en este recurso las mismas exigencias del principio acusatorio que en la primera y, especialmente, tanto la necesidad de mantenimiento de la pretensión punitiva como el deber de congruencia entre dicha pretensión y el fallo; y, de otro lado, y consecuentemente con lo anterior, que no resulta fundamentada la confirmación de la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que dicha resolución no es el objeto de enjuiciamiento en un recurso regido por el modelo de repetición íntegra del juicio.

Por el contrario, en un recurso penal que siga el modelo de estricta revisión de la legalidad de la resolución impugnada, como ya se ha argumentado que ocurre con el recurso de casación penal cuando lo impugnado sea la calificación jurídica del hecho en-

juiciado, la cuestión que se suscita ante el órgano judicial *ad quem* no es ya directamente la totalidad de la delimitación fáctica y jurídica de los hechos imputados, sino la legalidad del modo en que se ha resuelto en la resolución impugnada la calificación jurídica del hecho. Dicho de otra manera, lo que se ventila en un recurso de estas características no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4). Ello implica que tanto el objeto de enjuiciamiento como, lógicamente, la posición del órgano judicial y de las partes procesales en ambas instancias sea muy diferente, propiciando, tal como ya ha afirmado este Tribunal, de un lado, que no tengan que ser de aplicación de manera idéntica las exigencias del principio acusatorio y, especialmente, tanto que no resulta necesario en un recurso penal que responda al modelo estricto de revisión que las partes acusadoras reiteren y mantengan la pretensión punitiva como que no sea posible hacer una extrapolación directa de la exigencia del deber de congruencia entre la pretensión punitiva y el fallo en el recurso para concluir que en éste el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo. De otro lado, consecuentemente con lo anterior, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5; y AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4).

Por tanto, una vez excluida la posibilidad de que pueda fundamentarse una eventual interdicción constitucional para el Tribunal de casación de desestimar el recurso contra la resolución impugnada en contra de las expresas pretensiones de las partes personadas, derivada de una traslación directa de las exigencias del deber de congruencia entre acusación y fallo al recurso de casación, por responder éste a un modelo de estricta revisión de la condena y la pena, en que la pretensión que se sustancia no es punitiva sino revisora; la existencia de una eventual interdicción constitucional como la planteada por el recurrente en este amparo sólo podría hacerse depender de si, con dicha actuación, el Tribunal de casación ha impedido de algún modo hacer efectivo el derecho de defensa contradictoria, al no haber tenido conocimiento de los términos de la acusación, o ha comprometido su imparcialidad judicial al asumir funciones acusatorias que le están constitucionalmente vedadas.

9. En los supuestos como el que plantea el presente amparo en el que el Tribunal de casación confirma la calificación jurídica dada al hecho imputado en una previa resolución judicial condenatoria, incluso contra la pretensión de cualquiera de las partes personadas, no cabe apreciar, sin embargo, que se prive a la defensa de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica, defendiéndose y debatiendo contradictoriamente la concurrencia de sus elementos típicos en la casación, ni que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial.

En efecto, el hecho mismo de que la pretensión articulada en la casación sea la revisión de la legalidad de la sentencia de instancia, máxime cuando se trata, como ocurre en el presente caso, de impugnar la calificación jurídica del hecho, es expresivo de que existe tanto un conocimiento efectivo de cuál es esa calificación cuya revisión se insta como, por imperativo del deber de motivación de las resoluciones judiciales, de las razones por las que se ha llegado a

dicha calificación. Y, más allá de ello, de que también se posibilita con la articulación del recurso de casación el debatir y contradecir la legalidad de la resolución impugnada, incluyendo la labor de interpretación del tipo penal aplicado y de la subsunción en el mismo de la conducta enjuiciada.

Del mismo modo, tampoco cabe considerar que esta actuación implique un desconocimiento de la estructura contradictoria en el recurso de casación, ya que, insistiendo en que el objeto de dicho recurso es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia, como se ha señalado con anterioridad, que la relación entre las diversas partes intervinientes ante este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, la estructura contradictoria sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Así, 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. Relación en la que no resulta necesaria para su perfección procesal la actuación de ninguna otra parte procesal interviniente en la primera instancia, si bien debe obligatoriamente posibilitarse —incluyendo al Ministerio Fiscal, pero no ya como acusador, sino como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE)— para la defensa de los intereses que le hayan sido reconocidos en la resolución impugnada y en relación exclusivamente con los concretos razonamien-

tos contenidos en dicha resolución de instancia que hayan sido recurridos.

Por tanto, no cabe sostener que la adhesión del Ministerio Fiscal a un concreto motivo de casación fundado en infracción de ley por indebida aplicación de una calificación jurídica impida la posibilidad de confirmación en ese concreto aspecto de la resolución impugnada por faltar la necesaria estructura contradictoria, una vez verificado que dicha estructura contradictoria se mantiene entre la posición del recurrente y la motivación de la resolución impugnada; y que la posición del Ministerio Fiscal, agotada, en tales supuestos, su función acusatoria, que ya ha sido objeto de pronunciamiento en la instancia, queda limitada en el recurso de casación penal a su genérica defensa de la legalidad y del interés público.

Tampoco cabe considerar que la actuación del órgano judicial de casación, confirmando la calificación jurídica del hecho imputado contenida en la resolución impugnada, incluso contra la pretensión de cualquiera de las partes personadas, comprometa su imparcialidad por asumir funciones acusatorias, ya que, incidiendo de nuevo en que el objeto de dicho recurso es la revisión de la calificación jurídica contenida en la resolución condenatoria impugnada y no una pretensión punitiva, ello propicia, como se ha señalado anteriormente, que la situación del órgano judicial frente a este nuevo objeto de pronunciamiento y, por tanto, los límites de la potestad del ejercicio de su función jurisdiccional sea esencialmente diferente a cuando se enjuicia el ejercicio de una pretensión punitiva. Así, la posición del órgano judicial de casación ya no es la de resolver sobre la existencia o no de los presupuestos necesarios para considerar incurso en responsabilidad penal al acusado, con la obligación de respetar los límites en que se ha planteado dicho debate entre las partes acusadoras y la defensa para no invadir funciones acusatorias; sino la de resolver sobre la existencia o no de los motivos para revisar la calificación jurídica de la resolución

de primera instancia, con la obligación de respetar los límites en que se ha planteado dicho debate entre la parte recurrente y la resolución condenatoria impugnada, para no extender sus funciones revisoras a aspectos para los que no haya sido requerido por el recurrente en el concreto recurso interpuesto. Debate en el que el resto de partes procesales no recurrentes, incluyendo el Ministerio Fiscal, tendrán que tener la oportunidad de participar exponiendo su posición, de adhesión o impugnación, pero que, en ningún caso, puede ser vinculante para el Tribunal de casación ni, obviamente, es susceptible de modificar los términos del debate tal como quedaron delimitados por el recurrente.

Por tanto, en la casación penal y, en todo caso, cuando el concreto motivo de casación aparece referido a la calificación jurídica de un hecho, no existe, derivado de una supuesta asunción de funciones acusatorias constitucionalmente vedadas al órgano judicial de casación, impedimento constitucional alguno para confirmar la calificación jurídica contenida en la resolución impugnada, incluso aunque esa pretensión no sea sostenida por ninguna de las partes procesales, ya que el objeto de pronunciamiento en este recurso no es una pretensión punitiva sino, precisamente, la conformidad a derecho de dicha calificación, que es el elemento sobre el que la parte recurrente establece el debate contradictorio con la resolución impugnada y, por tanto, sobre el que el Tribunal de casación debe pronunciarse, ejerciendo una potestad jurisdiccional que le es propia, conforme establece el art. 117.3 CE.

10. En el presente caso, como se ha expuesto más detalladamente en los antecedentes, el recurrente fue acusado por el Ministerio Fiscal en las calificaciones provisional y definitiva, entre otros delitos, por un homicidio doloso intentado, delito por el que fue condenado por la Audiencia Provincial en primera instancia. El recurrente interpuso recurso de casación contra dicha condena, entre otros motivos, por conside-

rar que la calificación de los hechos realizada en la Sentencia de instancia resultaba errónea al haberse aplicado indebidamente el tipo penal de homicidio intentado y no el de lesiones imprudentes. A ese concreto motivo se adhirió el Ministerio Fiscal. A pesar de ello la Sentencia de casación desestimó el recurso, confirmando la condena por un delito de homicidio intentado.

En atención a estos antecedentes, y teniendo en cuenta lo señalado previamente, debe descartarse en el presente caso la existencia de la vulneración aducida por el recurrente y, por tanto, desestimar el amparo solicitado, toda vez que ha quedado acreditado, por un lado, que la actuación judicial tuvo lugar en el marco de un recurso de casación, cuya configuración legal responde a un modelo de estricta revisión de la condena y la pena, y en la resolución de un motivo de casación, en el que lo pretendido por el re-

currente era la revisión de la calificación jurídica dada al hecho por la Sentencia impugnada; y, por otro, 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, por lo que, a pesar de la adhesión del Ministerio Fiscal a su motivo de casación de que se revisara la calificación jurídica del hecho para considerarlo como lesiones imprudentes, ninguna indefensión se le habría generado.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 27 de abril de 2005

Primer asunto: Relevancia de la excepción de falsedad en un juicio ejecutivo basado en hechos, a su vez falsos.

Acuerdo:

“Los magistrados integrantes de la correspondiente sección que debe conocer el asunto, que resuelvan el mismo con libertad de criterio.”

Segundo asunto: Adhesión en el recurso de casación penal.

Acuerdo:

“Admitir la adhesión en casación, supeditada en los términos previstos por la Ley del Jurado, arts. 846 bis b), bis d) y bis e) LECrim.”

Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 12 de mayo de 2005

Único asunto: Consecuencias de la STC 63/2005 para la aplicación de las disposiciones del CP referentes a la prescripción.

Acuerdo:

“La Sala Penal del Tribunal Supremo ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de

la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales.”

Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 25 de mayo de 2005

Primer Asunto: En relación con la penalidad de algunos supuestos de los arts. 368 y 369 del CP.

Acuerdo:

“La Sala debe proponer el texto al Gobierno, y en dicha propuesta debe incluirse una penalidad máxima que determine que estos casos sean susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo.”

Segundo Asunto: Concepto de acceso carnal (continuación del Pleno anterior de fecha 27 de abril de 2005).

Acuerdo:

“Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder.”

Tercer Asunto: Introducción de la prueba pericial en el juicio oral y alcance de la cuestión en la casación.

Acuerdo:

“La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquéllos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 de la LECrim. La proposición de pruebas periciales se sujetará a las reglas generales sobre pertinencia y necesidad. Las previsiones del art. 788.2 de la LECrim. son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo.

La aplicación de este artículo no es extensible a otros procesos o pruebas, por lo que sus previsiones son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo.”

Cuarto Asunto: Sobre la inadmisión del recurso de súplica interpuesto por el mero denunciante contra la inadmisión a trámite de la denuncia (causas especiales).

Acuerdo:

“En las causas especiales y ejercicio de la acción popular por persona no ofendida por el hecho delictivo, no puede ésta recurrir en súplica si no se constituye en querellante.”

Sentencia 108/2005, Sala de lo Penal del TS, de 31 de enero de 2005

VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL

Art. 153 Código Penal (antes de la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre)

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

SÍNTESIS

Se repasan sintéticamente la historia y los elementos del delito de violencia doméstica habitual, prestando particular atención al sentido en que debe interpretarse la “habitualidad” en este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—(...)

En efecto la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física —también la psíquica debe contar— fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la LO 3/1989 con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar “al que habitualmente y con cual-

quier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, ‘recogiendo en la exposición de motivos de esta Ley que se justifica la reforma’ al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual”.

El nuevo Código Penal de 1995 en su art. 153 con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad “el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/ 1999, de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas —Exposición de Motivos— ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim. con posterioridad a la fecha de los hechos por LO 11/2003, de 29 de septiembre, integrándolo en el art. 173.2 y 3.

Por lo que se refiere al tipo del art. 153 éstas son:

a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente —que puede ser tanto hombre como mujer— y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellas supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia “more uxorio” al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela

acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminología viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del CP, relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17— quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de

la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

La STS 927/2000, de 24 de junio realiza un detenido estudio de las características y funciones del art. 153 CP que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras ss. TS 645/1999, de 29 abril, 834/2000, de 19 de mayo, 1161/2000, de 26 de junio o 164/2001, de 5 marzo. La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la

actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el “*factum*” se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vétebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Noveno.— Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencia se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apo-

yo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Ésta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos —lo que podría constituir un problema de “non bis in idem”— parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de

la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su hija, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

En el caso que nos ocupa la reiteración de agresiones (el propio recurrente admite cuatro) cometidas por el recurrente sobre su hija, integra un comportamiento de violencia física habitual gravemente atentatorio contra la pacífica convivencia familiar que debe ser sancionado con arreglo a este precepto, con independencia de las posibles sanciones adicionales que corresponderían por cada una de las acciones concretas individualmente consideradas —que no han sido objeto de acusación—, SSTS de 22 de enero de 2002, 25 de octubre de 2001, pues como dice la STS de 7 de julio de 2000, “la sola lectura del relato fáctico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante tres individuales acciones de violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante tres agresiones que se manifiestan como exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja y permite su consideración como ‘habitual’”.

Sentencia 84/2005, Sala de lo Penal del TS, de 1 de febrero de 2005

PRINCIPIO ACUSATORIO

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Se resume la jurisprudencia existente en el sentido de considerar a los delitos de apropiación indebida y de estafa como heterogéneos, desde la perspectiva del principio acusatorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En efecto. Mientras que el Ministerio Fiscal solicitaba la absolución de los acusados, por considerar que los hechos no constituían infracción penal, la Acusación Particular calificó los mismos como delito de Estafa y la Audiencia condena finalmente por Apropiación indebida.

De modo que esa condena se produce alterando la calificación acusatoria respecto de dos tipos delictivos, la Apropiación indebida y la Estafa, que, contra lo razonado por la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico Primero, reiteradamente han venido siendo considerados heterogéneos por la doctrina de esta Sala (SSTS de 17 de septiembre de 1999 o 14 de enero de 2003, por ejemplo).

Y es que resulta claro que, mientras que la Estafa ha de girar en torno a un elemento esencial, cual es la existencia de un engaño, previo, bastante y determinante del ulterior

desplazamiento patrimonial llevado a cabo por la víctima en beneficio ilícito del autor del delito, en la Apropiación indebida lo característico, al margen de la inexistencia de ese engaño inicial, es la incorporación al patrimonio del agente de aquello que recibió originariamente de forma plenamente lícita, con una obligación de devolverlo que resulta posteriormente incumplida.

Estructuras, como puede apreciarse, completamente distintas en cuanto a su soporte fáctico que lógicamente exigen un respectivo esfuerzo probatorio y argumental también diferente, de modo que, formulándose acusación únicamente respecto de una de ellas, ha de quedar excluida la posibilidad de condena con base en la otra, ya que no se han sometido, al debate procesal, extremos esenciales del ilícito no planteado y por el que, a la postre, se condena.

En este caso, en concreto, los recurrentes, al ser acusados de un delito de Estafa, debían defenderse, esencialmente, respecto de la imputación relativa a la existencia de un

engaño, ejecutado por ellos mismos, para provocar la entrega del dinero que, desde ese mismo momento, consumaría la Estafa.

Mientras que la Audiencia, si bien de una parte admite la inexistencia de ese engaño previo, alcanza la condena afirmando que lo que existe es una ilícita incorporación patrimonial sobrevenida a la inicial entrega plenamente legítima del dinero objeto de apropiación.

Tal alteración de los términos en que se planteó el debate procesal, contraviene, en consecuencia y como ya adelantamos, el respeto debido al ejercicio del derecho de Defensa de los acusados.

En semejante sentido afirma, entre otras, la STS de 15 de febrero de 2002, resumiendo la doctrina de esta Sala en la materia que nos ocupa, que: "... se vulnera el principio de contradicción y por ello el de defensa si los delitos de estafa y de apropiación indebida están en relación de heterogeneidad, como viene sosteniendo mayoritariamente la Jurisprudencia de la Sala Segunda. Entre las más recientes, las SSTS núm. 362/1998, de 14 de marzo, 1280/1999, de 17 de enero de 1999, y 1776/1999, de 16 de diciembre, han sostenido la heterogeneidad entre ambos tipos delictivos. La citada en segundo lugar, fundamento jurídico décimo, señala que la doctrina de esta Sala, con alguna excepción, sostiene la heterogeneidad de ambas figuras, añadiendo que 'así se había declarado en las Sentencias de 28 de febrero, 5 de marzo y 14 de septiembre de 1990; 2 y 4 de diciembre de 1991; y 23 de diciembre de 1992'. La de 25 de enero de 1993 pareció iniciar un criterio distinto, al sostener la homogeneidad, que sin embargo no llegó a consolidar al reiterarse en las Sentencias si-

guientes el criterio hasta entonces mantenido. Tal fue el caso de las Sentencias del mismo año 1993, de 18 de marzo y 4 de junio. Esta última reproduce la doctrina expresada en las de 28 de febrero de 1990 y 2 de diciembre de 1991, al decir que examinados ambos tipos delictivos y no obstante estar los dos comprendidos dentro del mismo capítulo del CP ('De las Defraudaciones'), y remitirse un precepto al otro en cuanto a la penalidad, entendemos que esas figuras delictivas tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión; así, en la estafa (art. 528, hoy 248 es imprescindible el requisito del 'engaño', mientras que la apropiación indebida (art. 535, hoy 252) se define más bien a través de lo que se podía llamar 'abuso de confianza', aspectos subjetivos de la acción perfectamente diferenciados y cuya acusación y subsiguiente defensa han de tener en pura lógica un tratamiento totalmente distinto. La 1776/1999 afirma que la consumación también corresponde a hechos distintos según se trate de uno u otro delito, pues en la estafa se produce desde que el dinero queda a disposición de los acusados, siendo los actos posteriores propios de la fase de agotamiento, mientras que en la apropiación la consumación comienza donde los otros acaban. Es cierto que la más reciente STS 646/2001, de 17 de abril, se ha ocupado de esta cuestión refiriéndose a la homogeneidad de la estructura tipológica de ambos delitos pero sin desconocer la diferencia existente entre los mismos y, sobre todo, porque en dicho caso el acusado pudo contradecir y defenderse en la medida que la acusación introdujo una calificación alternativa".

Sentencia 91/2005, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2005

TRÁFICO DE DROGAS

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Recoge la doctrina jurisprudencial relativa a los mínimos psicoactivos para considerar típica la conducta de tráfico de drogas, doctrina ratificada en el Acuerdo adoptado por el Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, (recogido en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección sexta, absolvió a Héctor del delito contra la salud pública, en la modalidad de narcotráfico, del que era acusado por el Ministerio fiscal, por haber vendido el día 2 de abril de 2003 en la calle San Francisco de Bilbao, un envoltorio conteniendo 0,164 gramos de heroína, con una riqueza en principio activo del 7,1 por 100, a cambio de cinco euros, bajo el argumento de que la mínima cantidad de droga transmitida no infringe el bien jurídico protegido en esa clase de delitos, de modo que falta el requisito de la antijuridicidad material.

Formaliza recurso de casación el Ministerio fiscal, en un único motivo de contenido casacional, por la vía autorizada por el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consideración indebidamente aplicado el art. 368 del Código Penal.

El motivo tiene que ser estimado.

Esta Sala Casacional, tiene declarado la Sentencia 1023/2002, de 19 de enero de

2004, que “esta cuestión fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003, en el que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos científicamente considerados como exentos de cualquier afectación a la salud de las personas. Mediante comunicación del pasado día 13 de enero de 2004, se han ofrecido éstos por el Servicio de Información Toxicológica de tal Instituto, sobre dosis de abuso habitual, consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva, considerándose que, por el momento, no es necesario llevar este tema a una próxima Sala General. Pues bien, para el caso de la heroína, que es el que nos corresponde ahora enjuiciar, tales datos ofrecen que la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos. Estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona”.

Con relación al propio concepto de mínimo psico-activo, y sus repercusiones peno-

lógicas en respecto al elemento subjetivo del delito, la STS 1982/2002, de 28 de enero de 2004, nos dice que “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión. Se trata, pues, de drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, y cuya pena se diseña por el legislador penal, según que tal afectación (daño) sea grave o no. Esos mínimos suponen que la cantidad transmitida es algún tipo de sustancia estupefaciente, tóxica o psicotrópica incluida en los convenios internacionales en la materia, mediante los listados al efecto. Colman, pues, el tipo objetivo del delito, e incide tanto en la antijuridicidad formal, como en la material. Tales mínimos han sido ofrecidos por el informe aludido del Instituto Nacional de Toxicología, y dentro de los márgenes que permite tal peritaje, pueden ser interpretados, sin que se requiera necesariamente automatismo judicial alguno. Ahora bien, los elementos subjetivos de la norma penal deben también concurrir para que se cumplan todos los requisitos necesarios para la aplicación del precepto contenido en el art. 368 del Código penal. Dentro de tales elementos, pueden concurrir otros factores personales, para el caso de aquellos toxicómanos que se autofinancian su consumo mediante la venta, y que se encuentran afectados por una grave adicción, siendo drogodependientes. En tales casos, el ordenamiento jurídico-penal permite la exención de su responsabilidad criminal o la apreciación de la circunstancia atenuante específica de drogadicción, incluso con el grado de muy cualificada, que au-

toriza la sustitución de la pena por aquellas medidas de seguridad más apropiadas para impedir la posible repercusión futura de su peligrosidad criminal, y que atenderá igualmente a la rehabilitación y deshabitación del autor del hecho. Pero lo que en modo alguno puede hacerse es no aplicar la penalidad que dispone el Código penal, si ésta fuere procedente, porque la ley no autoriza al juzgador, en caso de que considere desproporcionada la sanción correspondiente, otra opción que solicitar el indulto o exponer al Gobierno las razones por las que considera que dicha penalidad es excesiva, pero nunca dejar de imponerla, conforme a la sujeción a la ley, que se proclama en el art. 117 de nuestra Carta Magna”.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria ha venido aplicando la teoría de los mínimos psico-activos en multitud de sentencias, de las que podemos señalar las siguientes, que constituyen un cuerpo muy sólido de doctrina legal. Así, en las Sentencias 4/2004, de 14 de enero (heroína); 152/2004, de 11 de febrero (heroína y cocaína, revuelto); 221/2004, de 20 de febrero (heroína); 259/2004, de 20 de febrero; (heroína); 366/2004, de 22 de marzo; 1215/2004, 28 de octubre (heroína); etc.

En el caso enjuiciado, la cantidad de droga transmitida mediante precio lo ha sido en cuantía de 11 miligramos de heroína, que colma los antedichos umbrales en su magnitud. No hay, pues, motivo alguno para considerar impune este comportamiento que está incurso en una clara antijuridicidad formal, y también material, conforme a lo razonado.

Finalmente, en Pleno No Jurisdiccional de Unificación de Criterios, celebrado el pasado día 3 de febrero de 2005, se acordó mantener este criterio, en tanto no se produzca la modificación legal de la norma penal cuestionada, para lo que se dirigirá esta Sala Casacional al Gobierno, de conformidad con las previsiones que se contienen en el art. 4.3 del Código Penal, proponiendo una mayor proporcionalidad en la pena aplicable.

Sentencia 102/2005, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2005

COMISIÓN POR OMISIÓN

Art. 11 Código Penal

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

SÍNTESIS

Entiende aplicable el artículo 11 del CP a la conducta de quien no impide la agresión o abuso sexual de su marido a la hija de ambos, por entender que éstos son delitos de resultado, si bien en el caso concreto enjuiciado absuelve por inimputabilidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—1. (...)

Ya hemos dicho que esta señora fue condenada, en calidad de cómplice por omisión, por haber guardado silencio cuando conoció que su marido, de modo repetido, estaba teniendo contactos lascivos con la hija de ambos que a la sazón tenía 12 y 13 años, allá por los años de 1995 y 1996. Ella reconoció haber sorprendido a su marido e hija en la cama semidesnudos en una ocasión, momento en el cual el marido cesó en su actitud y ella, la madre, advirtió a su hija para que tales hechos no volvieran a repetirse. Esta última en sus manifestaciones dijo que fueron varias esas ocasiones y esto es lo que creyó la Audiencia Provincial, que aplicó el mencionado art. 11 CP, tras un estudio minucioso y acertado de la doctrina sobre la comisión impropia o comisión por omisión, modalidad de responsabilidad criminal introducida por vez primera en nuestra legislación en el CP 95 a través del art. 11, pero

que ya venía aplicándose por la doctrina de esta sala antes de la vigencia de este último código, como pone de manifiesto la sentencia nuestra n.º 1480/1999, de 13 de octubre; si bien la condena de D.^a Gloria, por su actitud omisiva que permitió que el marido siguiera en su comportamiento criminal contra su hija, lo fue a título de cómplice en consideración a la importancia secundaria de tal omisión en relación con la conducta del otro condenado.

Como ya hemos anticipado, tiene razón la recurrente en este motivo único de su recurso en la línea del voto particular que formuló el magistrado que presidía la sección de la Audiencia Provincial de Barcelona que dictó la sentencia recurrida.

Nos dice el escrito de recurso que no debió aplicarse el mencionado art. 11 CP, porque D.^a Gloria, por los trastornos psíquicos que padecía, carecía de capacidad de realizar la acción que omitió.

2. Estimamos que concurrieron aquí todos los elementos objetivos exigidos por el

art. 11 CP para la exigencia de responsabilidad penal en estos casos de comisión por omisión que son los siguientes:

1.º Ha de existir un delito o falta de los que consisten en la producción de un resultado. El ejemplo más característico de esta clase de delitos de omisión impropia es el caso del asesinato cometido por un progenitor que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. Los delitos de agresiones o abusos sexuales pertenecen a esta clase de infracciones de resultado.

2.º Que, por la forma concreta de producción del delito o falta, ese resultado no se habría producido de haber existido la acción esperada, la acción que se omitió. Si aquí la madre no hubiera guardado silencio, se habría interrumpido el delito continuado, ciertamente.

3.º Que la no actuación constituya la infracción de un especial deber jurídico por parte de quien omitió. Es el requisito que la doctrina conoce con el nombre de posición de garante, que en este art. 11 puede concurrir: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. En el caso presente, el art. 154.1.º CC impone a los padres el deber de velar por sus hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Había una obligación legal para la madre de impedir lo que el padre estaba haciendo.

No puede servir de excusa para esta obligación lo dispuesto en el art. 261.1.º LECr que excluye del deber genérico de denunciar al cónyuge del delincuente, pues por encima de esta norma procesal se encuentra esa obligación legal de velar por sus hijos, educándolos y procurándoles una formación adecuada, máxime cuando se halla en juego la continuación de una actividad delictiva en perjuicio de una hija menor y, como tal, sometida a la patria potestad de la madre, que tiene un deber positivo de actuar para

impedir la repetición de esta clase de comportamientos criminales.

4.º El art. 11, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión, establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción del delito a virtud de esa omisión equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuricidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. El ejemplo antes expuesto explica bien esta cuestión: el no alimentar a quien no puede hacerlo por sí mismo equivale a la acción positiva de homicidio.

En el caso presente, al haber existido un autor principal y una persona que colaboró de modo secundario, la sentencia recurrida valoró la aportación de la omisión al resultado delictivo, como de carácter subordinado y de importancia menor, la propia de la complicidad del art. 29 CP. La valoración de equivalencia se hizo con relación, no a la autoría ni a la cooperación necesaria, sino con referencia a esa forma de actuación menos relevante, lo que condujo a una condena por complicidad, tal y como lo pidió la acusación particular, cuestión ahora no planteada en casación, razón por la cual no tenemos que pronunciarnos aquí.

5.º Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 CP (pero se deduce del requisito 2.º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución (o continuación, en este caso) del resultado punible.

Desde la perspectiva objetiva que estamos contemplando, es claro que también concurre aquí este requisito. Si la señora hubiera adoptado medidas eficaces para impe-

dir los contactos entre padre e hija, o si hubiera pedido auxilio a los servicios sociales correspondientes, que existían en el Ayuntamiento del pueblo barcelonés de Esparraguera donde se desarrollaron los hechos, o en último término si hubiera denunciado lo que estaba ocurriendo, la repetición de los hechos que había conocido la esposa y madre no se habría producido.

3. Concurren, pues, todos los elementos objetivos exigidos en el art. 11 que acabamos de examinar. Pero faltó un elemento subjetivo, la culpabilidad personal de Gloria quien, por la situación mental en que se encontraba, carecía de capacidad para actuar en el sentido del cumplimiento del deber específico de interrumpir la actividad criminal de su marido, lo que le incumbía por la mencionada posición de garante.

Nos dice así el apartado quinto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida:

“La acusada Gloria presentaba al tiempo de los hechos una oligofrenia, teniendo evidentes problemas sociales y dificultades de adaptación al entorno, con patrones primitivos de análisis de su vida social, estando pobremente capacitada para llevar una familia y procurar el necesario soporte a sus descendientes con mínima efectividad, comportando todo ello una merma notable de su capacidad para comprender el alcance de sus actos y para actuar conforme a dicha comprensión.”

Entendemos que esta merma notable en la capacidad de comprensión y actuación, en este caso concreto, por las circunstancias que acabamos de exponer, lleva consigo una situación de inimputabilidad subjetiva o ausencia de capacidad de culpabilidad que ha de derivar en un pronunciamiento absoluto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 14.3 CP.

Y ello es así porque la mencionada capacidad de culpabilidad ha de medirse en relación con la conducta criminal concreta de que se trate. Y en el caso presente tal con-

ducta no era la comisión activa de hechos contra su hija, sino en omisión de impedir o denunciar: esto es lo que le era exigible objetivamente a ella. Según se deduce de lo actuado, parece ser que la señora recriminaba a su hija lo que hacía para que no volviera a repetirlo, al tiempo que el marido, sorprendido por la presencia de la esposa en situación tan repudiable, cesaba en su actuación libidinosa. Parece asimismo que Mercedes estaba temerosa de recriminar nada a este último, que a veces la maltrataba. De modo que no la quedaba otra alternativa que la de acudir a la autoridad denunciando lo ocurrido o a algún servicio social u otras personas que pudiera ayudarla en este trance tan penoso. Tan penoso era, y tan vergonzoso para la familia, que a ella, por las limitadas luces que tenía, que explica el apartado quinto de los hechos probados que acabamos de entrecillar, no podía pasársele por la cabeza el que lo ocurrido tuviera que salir del conocimiento de las tres personas que lo sabían. No tenía capacidad en definitiva, por esos trastornos psíquicos que padecía, para poder actuar en el sentido que le era impuesto objetivamente por ese deber, derivado de su patria potestad consistente en velar por su hija y por su adecuada educación y formación, que era el de impedir que el padre continuara en su conducta criminal. Su oligofrenia (folio 181), habida cuenta del comportamiento extraño, en casa y fuera de ella —que aquí no es preciso detallar, pero que aparece en los diferentes informes sociales que para el caso se hicieron y que figuran unidos al atestado inicial—, la incapacitaba para conducirse en el cumplimiento de sus deberes familiares. Y tal oligofrenia fue, sin duda, la causa de esos problemas sociales y dificultades para adaptarse al entorno, y también para pensar en la posibilidad de que ella pudiera hacer algo que permitiera el que personas extrañas a la familia hubieran de llegar a conocer lo ocurrido. Podemos decir que tales anomalías mentales la incapacitaban para conocer que tenía el deber de denunciar o de pedir auxilio a personas extrañas (error invencible sobre la ilicitud de su comportamiento omisivo).

Sentencia 145/2005, Sala de lo Penal del TS, de 7 de febrero de 2005

APROPIACIÓN INDEBIDA. DELITO CONTINUADO. CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

Arts. 21.5.ª, 74 y 250 Código Penal

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

SÍNTESIS

No lesiona el principio “non bis in idem” la apreciación conjunta del delito continuado de apropiación indebida y la especial gravedad de éste, atendiendo al valor de la defraudación (artículo 250.1.6.º del CP). Además y aunque sea con carácter excepcional, es también compatible aquel delito con la causa de agravación de abuso de relaciones personales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Esta pretensión deviene inaceptable, al ser correcta la aplicación del art. 250.6 CP. En efecto esta agravante se conecta con varios parámetros (especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica que queda la víctima) y tiene declarado esta Sala, SS de 9 de julio de 1999, 12 de febrero de 2000, 30 de enero de 2001, que si bien es cierto que el núm. 6 del apartado 1 del art. 250 se une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el art. 235, referido al hurto se prevé en distintos apartados, de una parte “el valor de los efectos sustraídos o los “perjuicios de especial consideración”, y de otra, “la grave situación en que se ponga a la víctima o su familia”, de suerte que, si la previsión de resulta-

dos diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el “valor de los efectos sustraídos” de los “perjuicios de especial consideración”, obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.1.6 CP pero, aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la apropiación indebida, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la apropiación indebi-

da o estafa, que en sus tipos básicos están castigados con una mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el número 6 del art. 250 CP 1995, parece ser una refundición puramente estilística de los núm. 5 y 7 del art. 529 CP 1973, con independencia de que el “valor de la defraudación” y la “entidad del perjuicio” no son sino anverso y reverso de una misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.6, parece ser la más congruente con el segundo inciso del art. 249 en el que para la fijación de la pena en el delito de estafa —y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el art. 252— se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias —entre las que se encuentran “el importe de lo defraudado” y “el quebranto económico causado al perjudicado”— que se expresan como independientes unas de otras.

En consecuencia concurrirá la especial gravedad cuando se produzca cualquiera de los resultados del art. 250.6, no siendo necesaria la acumulación a pesar de estar unidos en el Texto Legal por la conjunción copulativa “y” (SSTS de 14 de diciembre de 2001 y 17 de abril de 2002). Partiendo de esta premisa en referencia al primer aspecto “valor de la defraudación esta Sala ha dicho que se debe tener en cuenta por los Tribunales la fecha en la que se cometió la infracción (o de la ocurrencia de los hechos) ya que el importe de una determinada defraudación es un valor relativo que hay que medir en relación con los indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero en circunstancias determinadas.

No obstante la Sala, en su función de complementar el ordenamiento penal en aquellos extremos de necesaria indeterminación por la circunstancialidad del presupuesto típico, como ocurre en la especial gravedad en la apropiación indebida y otros tipos penales, ha determinado la cantidad de

dos millones de pesetas para conformar la aplicación de la especial gravedad por la cuantía de la defraudación. Es cierto que en alguna sentencia, por ejemplo 8 de febrero de 2002, también determinó esta cifra en seis millones, pero esta precisión, como precisa la STS de 14 de febrero de 2002, se refería al supuesto contemplado en el art. 529 CP 1973 que preveía que los circunstancias pudieran ser tenidas en cuenta como muy cualificadas, por lo que la jurisprudencia determinó dos cifras una para la agravación básica, 2 millones, y otra para su consideración como calificada, 6 millones, con distintos efectos en la penalidad previstos en el art. 528 del anterior CP, supuesto no tipificado en el actual (SSTS de 12 de febrero de 2000, 2 de marzo de 2001, 22 de febrero de 2001). En el caso presente la cuantía total de lo apropiado ascendió a 34.881.410 ptas. (209.641,49 €) por lo que es evidente la concurrencia de la agravación.

Quinto.—En este mismo motivo argumenta el recurso que si se considera que es procedente la aplicación del art. 250.6 CP, este hecho ya encierra una fuerte agravación que, a su vez, es agravada en la sentencia al considerar la conducta delictiva como un delito continuado de apropiación indebida de especial gravedad. Por ello como el delito continuado viene a añadir un plus, una agravación sobre la agravación del art. 250.6, si la conducta del acusado ha de considerarse como delito continuado, por darse las características definidas en el art. 74 y mas concretamente en su ordinal 2.º (delitos económicos) la propia agravación que conlleva ha de excluir la penalización del delito a través del art. 250.6 CP y aplicarse el art. 249 que en concurrencia con la continuidad delictiva, constituye la vía idónea para la presunción de la conducta del Sr. Joaquín.

Esta argumentación, en el caso presente, no puede ser aceptada. No podemos olvidar que nos encontramos ante una continuidad delictiva, y este delito no aparece definido como una suma de “delitos” sino de “accio-

nes u omisiones” o también infracción es contra bienes jurídicos. A estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos sino como una verdadera “realidad jurídica” que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva.

En este caso, de los hechos probados surgen una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, difícilmente aislables unos de otros, surgiendo un dolo unitario, cuya meta se trata de conseguir aprovechando una idéntica ocasión, como exige el art. 74 CP, por lo que debe apreciarse la continuidad delictiva. Ello puede implicar la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de la especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, pues ello podría originar una doble pluralidad agravatoria derivada de un mismo hecho por lo que resultaría vulnerado el principio “non bis in idem”, art. 74.2 y 250.1.6.^o

Las SSTs de 27 de junio de 2002 y 6 de noviembre de 2001 han examinado la cuestión suscitada por el recurrente y declaran que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo del delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante (SSTs de 2 de octubre de 1990, 24 de noviembre de 1990). El problema aquí planteado, en realidad, niega esta premisa. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en las que hemos excluido toda infracción del principio “non bis in idem” (STs de 17 de diciembre de 1996 y 13 de febrero de 1997).

La razón es clara: el delito continuado es más grave que un delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 CP referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que han lugar a una unidad jurídica específica.

Concretado así el problema en la posible incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante de especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva, la Sala declara que no estamos ante una pluralidad de estafas básicas, cuya suma global haga surgir la agravación por el valor de lo defraudado, sino ante un conjunto de acciones, cada una de las cuales constituye un delito de estafa agravada por el valor de la cantidad defraudada. En el primer supuesto, el importe total de la defraudación no puede servir a la vez para calificar los hechos como estafa agravada y como delito continuado, pues se vulneraría el principio non bis in idem. Pero cuando —como es el caso de autos— la continuidad delictiva se establece respecto de una serie de infracciones que aisladamente consideradas constituyen el subtipo agravado, la sanción de ese conjunto de acciones delictivas a través del art. 74.2 CP como delito continuado resulta legalmente intachable. En el supuesto actual, la sentencia recurrida destaca una serie de apropiaciones, aparte de otras de menor entidad, como los perjudicados del número 8 del relato de Hechos Probados de 5.500.000 ptas., los del núm. 11 por cuantía de 7.000.000 ptas., a los que podríamos añadir los del núm. 10 por 3.000.000 ptas.; la del núm. 19 por 2.295.481 ptas. y la del

núm. 9 por 3.000.000 ptas., apropiaciones que integrarían el subtipo agravado del art. 250.1.6 por la cuantía de lo defraudado en cada caso, atendidas las pautas que a tales efectos establecía la jurisprudencia de esta Sala en la época en que se sitúan los hechos, año 1999.

Sexto.—Por último, y dentro de este segundo motivo, considera el recurrente que en ningún caso podría incardinarse el hecho en el art. 250.7 CP, dado que la jurisprudencia tiene establecido que el abuso de confianza es inherente al tipo de apreciación indebida y de apreciarse se vulneraría el principio non bis in idem, conforme a las SS. 103/2001, de 30 de enero y 537/2005, de 10 de abril.

Ciertamente como señala la sentencia recurrida la jurisprudencia y la doctrina han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida y han destacada como elemento la existencia de un abuso de confianza, de tal modo que la infracción de la obligación adquirida no constituye tan solo un incumplimiento contractual, sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal (SSTS de 11 de octubre de 1995, 4 de octubre de 1996, 21 de abril de 1999 y 28 de abril de 2000). En el mismo sentido se había declarado que la antigua agravante genérica de abuso de confianza era incompatible con aquellos delitos en los que el abuso de confianza estaba implícito en su estructura, como la apropiación indebida, y a veces, la estafa.

Pero el CP de 1995, recoge como agravación específica del delito de apropiación indebida una figura, que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza “el abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional”, caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la apropiación indebida. Si cada apropiación indebida supone un quebranto

de una confianza depositada en el sujeto activo, la aplicación del tipo agravado supone un “plus” en esa relación desconfianza distinta de la que por si misma representa la relación jurídica que cobija la relación de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo (STS de 3 de enero de 2000).

La aplicación del tipo agravado por el abuso de relaciones personales quedará reservada a aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo lucro típico del delito de apropiación indebida, se realice la acción típica desde la situación de mayor confianza o mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones, previas y ajenas, a la relación jurídica subyacente, en definitiva un “plus” que hace de mayor gravedad el quebranto de confianza de la apropiación indebida.

Así la STS de 20 de junio de 2001 precisa que la agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas “por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza”, lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por si misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa (SSTS de 28 de mayo de 2002, 5 de abril de 2002, 4 de febrero de 2003, 5 de noviembre de 2003).

Séptimo.—La sentencia de instancia en los hechos probados recoge que el acusado aprovechando que prestaba sus servicios como empleado de Banesto con categoría profesional de gestor de ventas y con la función de visitar a los clientes que no podían desplazarse al banco, en su propio domicilio para ayudarles y asesorarles en las operaciones que tuvieran que realizar en el Banco, y para efectuar estos apoderamientos se prevaleció de

la confianza que en él tenían depositada los distintos titulares de las cuentas y del hecho de ser el acusado la única persona del banco con quien tenían relación y quien les visitaba a su domicilio, los cuales, muchos de ellos eran personas de edad avanzada y que no podían desplazarse a la entidad bancaria, y en la fundamentación jurídica (Fundamento Derecho Primero) afirma textualmente “que el plus de mayor gravedad concurre claramente por las siguientes razones:

En primer lugar: porque las personas afectadas eran personas que por su edad o condiciones de salud no podían desplazarse hasta la oficina bancaria y era el acusado el que se desplazaba a su domicilio o residencia para llevarles el dinero que precisaban para sus gastos; y, sobre todo, quien recogía el numerario que le daban para realizar disposiciones y operaciones a plazo. Ello supone que la confianza era plena, pues el dinero se entregaba en metálico al acusado por los perjudicados. Segundo: La confianza llegaba hasta extremos de plena confianza si se tiene en cuenta que los documentos de reintegro se rellenaban por el acusado, y sobre todo si se tiene en cuenta que la cartillas las tenía el acusado y que las rellenaba y visaba personalmente; de tal manera, que defraudaba plenamente la confianza depositada, pues aunque rellenaba las cartillas no ingresaba el dinero en el Banco. Tercero: El acusado era la única persona del banco con la que trataban los perjudicados y a la que firmaban los resguardos, depositando la total confianza en el acusado sobre el buen fin de su operación y el adecuado destino de su dinero. Pero no sólo se abusó de la confianza entre el acusado y los clientes con abuso de esas relaciones personales derivadas de manejar su dinero, sino que también abuso de su credibilidad personal, pues los impositores confiaban en el empleado del banco para entregarle su dinero y tenían la creencia de que el dinero se empleaba y destinaba en las operaciones ordenadas.

De este razonamiento, con el contenido fáctico que incorpora, puede obtenerse que

las razones de la confianza que tenían en el acusado quienes le entregan su dinero no se basaban solamente en su calidad de empleado del Banco, sino también en sus relaciones personales con él, lo cual permite la aplicación de la agravante, lo cual, por otro lado, resulta irrelevante a los efectos de la penalidad al concurrir la agravación prevista en el apartado 6 de dicho art. 250 (STS de 3 de febrero de 2003), sin olvidar que aunque se entendiera que aquella relación no integra el presupuesto de la agravación del apartado 7, ello no impediría que si tuviera en cuenta en la individualización de la pena (STS de 20 de abril de 2000).

(...)

El legislador ha introducido la atenuante de reparación del daño no solo para sustituir la sanción penal, sino para potenciar los derechos de la víctima.

Se observa una tendencia hacia el modelo anglosajón de la denominada “restorative justice” y, en el plano procesal, del principio de oportunidad y de la negociación entre fiscal y la defensa.

Sin embargo, la atenuante de reparación del daño, tiene su fundamento en una menor lesividad del delito, que se concreta en una pequeña porción de compensación del daño perpetrado a la víctima, con el comportamiento postdelictivo del culpable. Ese reconocimiento de los derechos de la víctima representa en alguna medida, una potenciación de su dignidad, a pesar de haber sufrido las consecuencias del delito, como resalta la doctrina especializada.

La satisfacción de los intereses y derechos de la víctima forma parte de una nueva línea político-criminal, que aboga por ampliar el campo de tutela de las víctimas del delito.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha mantenido, de forma contundente y rotunda, que la atenuante de reparación del daño, a que hace referencia el art. 21.5 del Código Penal, introducido en el vigente Código Penal de 1995, constituye un claro exponente de una política criminal

orientada a la protección de la víctima. La protección de la víctima constituye, la “ratio” y el fundamento último del contexto social y jurídico, que debe ser tenido en cuenta por el Interprete Jurídico.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 26 de abril de 1999, y el Auto de la misma Sala del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999, lo expresan en términos nítidos y rotundos, argumentando literalmente:

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

La doctrina especializada justifica la atenuación por la menor reprochabilidad de las conductas delictivas en las que medie la reparación del daño, añadiendo que, esta circunstancia, constituye un indicio de que ha concurrido menor culpabilidad, conectándola con la prevención especial, otro sector doctrinal mantiene que responde a criterios preventivos, tanto generales como especiales y al propósito de ayudar a la víctima.

La explicación de la atenuante de reparación del daño se fundamenta tanto desde una perspectiva retributiva como preventiva. Desde la primera implicaría una forma inicial de expiación que requiere una compensación al fijarse la pena definitiva; desde la segunda perspectiva, se acude tanto a criterios de prevención general como especial.

Para quienes mantienen que la reparación del daño se puede explicar desde criterios de prevención general, se pone de relieve que la confianza en las normas, no puede resultar completa en tanto no se elimine o atenúe el conflicto social derivado de la infracción de la norma, esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En efecto, resulta contradictorio que las normas penales existan para proteger en general los bienes jurídicos y, al mismo tiempo, no prestan atención el titular del bien, que en el caso concreto, se ha lesionado.

Sentencia 153/2005, Sala de lo Penal del TS, de 10 de febrero de 2005

INCOMUNICACIÓN DE TESTIGOS

Art. 704 LECrim.

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

SÍNTESIS

La incomunicación no es condición de validez de la prueba testimonial sino tan sólo de su credibilidad, dada la naturaleza meramente cautelar de dicha medida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La argumentación del motivo permite verificar que a primera vista lo denunciado es falta de motivación del juicio de certeza que le permitió al Tribunal estimar como autor del delito al recurrente, sin embargo con más detenimiento, lo que viene a denunciar es nulidad de la declaración de dos testigos de cargo —Gloria y Marisol— cuya declaración estima que es nula porque su declaración fue escuchada en la segunda sesión del Plenario por lo que ya están contaminadas, se supone, aunque no lo explicita, porque ya pudieron tener conocimiento de todo lo dicho y ocurrido en la primera sesión.

La sentencia da respuesta en el FJ segundo penúltimo párrafo a la denuncia que en esta instancia casacional ha reproducido el recurrente.

El tema de la incomunicación de los testigos, que exige el art. 704 de la Ley, es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es lo que no puedan enterarse los unos de lo declarado por lo que le precedieron, para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de tal medida y por tanto situada extramuros de la validez del testimonio.

Ello supone que la quiebra de la incomunicación sólo puede tener incidencia del testimonio que le venta a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente. En tal sentido se pueden citar las SSTs de 5 de abril de 1989, de 30 de enero de 1992, la 32/1995, de 19 de enero, 908/1999, de 1 de junio, 15 de noviembre de 1996 y 26 de marzo de 2001.

La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días. La tesis de supe-

ditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generalizada retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y, precisamente por orden del Tribunal sentenciador. Es difícil imaginar un escenario más absurdo y sin lógica ni sentido.

En el caso de autos, el examen de los autos efectuado permite verificar que el Plenario se inició el día 3 de septiembre de 2003 —Rollo de la Audiencia—, y que en dicha primera sesión acudieron diversos testigos de los propuestos por la Acusación no haciéndolo ni Gloria ni Marisol, respecto de los que la Acusación Particular interesó nueva citación a lo que accedió el Tribunal, con los apercibimientos legales, y de este modo se acordó la continuación de la vista para el 15 de septiembre. Llegada esta fecha, consta en el acta la protesta de la defensa por la posibilidad de que tales testigos “pueden estar contaminados”.

En esta situación hay que concluir que:

- a) La medida cautelar de incomunicación fue imposible mantenerla ante la prolongación de la vista para un segundo día.
- b) La validez del testimonio de ambas mujeres es inatacable por lo ya razonado.
- c) Ni siquiera se afirma por el recurrente que tales testigos pudieran haber tenido conocimiento y menos confabularse de forma fraudulenta.
- d) En esa situación, el mero juicio de posibilidad —ni siquiera de probabilidad— no cuestiona “sic et simpliciter” la credibilidad del testimonio.
- e) El Tribunal sentenciador dio cumplida motivación de la credibilidad que le concedió a dichos testimonios —párrafo antepenúltimo del FJ segundo—.
- f) Finalmente, ya “ex abundantia”, se contó con más prueba de cargo constituida por otras testificales.

En definitiva, ni existió nulidad en las declaraciones de tales testificales, ni existió quiebra al derecho a un proceso con todas las garantías, ni existió vacío probatorio.

Sentencia 172/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de febrero de 2005

ESTAFA PROCESAL

Art. 250.1.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Ofrece la sentencia la doctrina jurisprudencial en torno a la modalidad de estafa conocida como “fraude procesal”, deteniéndose especialmente en el problema de la determinación del momento consumativo de este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

Como dice la STS 1455/2003, de 8 de noviembre, “el delito de estafa procesal se compone de una serie de elementos que, debidamente fraccionados o aislados, constituirían, por sí solos, diversas modalidades delictivas en cuanto que lesionan diferentes bienes jurídicos. Su dinámica exige la puesta en marcha de una trama, que necesita un complejo desarrollo y que comienza presentando, ante un órgano jurisdiccional, una petición falsa con el objeto de inducirle a que satisfaga sus pretensiones, lo que, correlativamente, podrá causar un perjuicio a la persona contra la que se dirige el proceso, cuya escenificación se consigue con premisas desleales y torticeras”.

En la estafa procesal, el engaño presenta unas especiales características. El órgano

juzgador juega un papel de espectador o persona interpuesta que, en principio, ignora el propósito del actor. Por otro lado, la parte afectada intentará demostrar, de igual manera, que lo pretendido no sólo es indebido, sino que se trata de una petición basada en hechos y datos falsos. Sin entrar en su adecuado encaje sistemático en el contexto de los tipos penales y de los bienes jurídicos protegidos, lo cierto es que nuestro legislador, contempla esta figura entre las modalidades de estafa.

La Sentencia que hemos citado, distingue entre estafa procesal, propia e impropia. Se utiliza la denominación de propia cuando el sujeto engañado es el juez. Los ardides, inexactitudes y falsedades, incorporadas a los documentos en que se formula la demanda o denuncia están destinados, como es lógico, a defraudar a la parte afectada o lo que es lo mismo, a tratar de conseguir una sentencia

injusta a sabiendas de la falsedad de sus pretensiones. Si se produce la resolución, el engañado realmente o el inducido a error, es el juez, ya que la parte perjudicada conoce la verdadera realidad y es consciente de la falsedad, pero no consigue desmontarla procesalmente, a pesar de sus alegaciones y protestas. En este supuesto se produce lo que se conoce doctrinalmente como estafa triangular en la que el juez ostenta la consideración de protagonista involuntario en virtud de la jurisdicción que ejerce. La estafa procesal impropia, es aquella en la que se trata de inducir a error a la contraparte, llevándola a una vía procesal, en la que el juez se limita a examinar las alegaciones. El que resulta finalmente condenado es el que, en virtud de estas ocultaciones o engaños, se ve perjudicado en su patrimonio de manera efectiva.

Con relación a la consumación, si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento o la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

Hemos dicho que, en consecuencia, al no haberse dictado resolución definitiva que hubiese puesto final al proceso, no se ha llegado nada más que a intentar una manipulación de un órgano judicial, para tratar de conseguir un lucro económico, por lo que estimamos que el delito debe ser considerado en grado de tentativa como acertadamente resolvió la Sala sentenciadora. Y dentro de las posibilidades que el Código penal nos permite, nos encontramos ante una tentativa acabada, pues el acusado llevó a cabo todos los actos que darían como resultado el delito, y por causas independientes a su voluntad, no lo consiguió.

La jurisprudencia de esta Sala se ha venido inclinando hasta ahora, ante el anunciado problema de la consumación delictiva, en este delito de estafa procesal, considerando que dicha consumación se produce en el momento en que se dicta la resolución injusta (en el sentido de provocadamente injusta por el error desplegado por el agente, ocasionando el correspondiente engaño en el juzgador), y no cuando se produce el efectivo desplazamiento patrimonial, que lo será como consecuencia de la ejecución (forzosa o voluntaria) del fallo dictado, y que corre a cargo del perjudicado, que aquí, repetimos, no es el engañado, sino un tercero, que ordinariamente ostentará la parte contraria en la litis planteada. Esta confusión viene originada por los distintos bienes jurídicos que entran en juego en la estafa que estudiamos, como ya hemos dejado expuesto, pero que, dada su ubicación sistemática, debe ser considerada exclusivamente como un delito de contenido patrimonial. Al ser ello así, no se producirá la consumación delictiva hasta que no se ocasione el efectivo desplazamiento patrimonial, y éste, es claro, no se producirá hasta que no se ejecute el fallo judicial ganado con tan torticeros métodos, y naturalmente, el perjudicado por el delito no satisfaga el importe de lo resuelto judicialmente. Lo mismo que en la estafa simple, no basta que el error producido en el sujeto pasivo del delito le incline a una desposesión patrimonial originada por tal engaño, sino que es preciso que, de algún modo, tal desplazamiento patrimonial tenga efectividad para considerar la estafa como consumada. Mientras tanto, no nos moveremos más que en actos de ejecución (tentativa acabada o inacabada), pero nunca en actos verdaderamente consumativos, fuera de todo agotamiento delictivo, que producirá otras consecuencias, particularmente en el terreno de la responsabilidad civil.

Pero, como tendremos ocasión de analizar en el fundamento jurídico séptimo, una cosa es que la tentativa, en el caso que ahora resolvemos, se encuentre en estadio de ten-

tativa (acabada), pues ni siquiera se ha dictado la resolución judicial pretendida por el autor del delito, que, recordemos, lo era el conseguir una resolución judicial que considerase el contrato de arrendamiento en periodo de vigencia contractual, y por consiguiente, imposibilitando el derribo de la finca con el oportuno derecho de retorno del arrendatario del local de negocio (que se patrocina en la LAU 1964), y otra cosa diferente es que tales actos de ejecución (que no de consumación), no hayan desplegado ya algunos efectos nocivos para la parte contraria, aquí la persona jurídica perjudicada con la acción del sujeto activo del delito. Qué duda cabe que existen delitos en los cuales tal desarrollo delictivo, aún no completado, en su referente consumativo, ya producen tales efectos perjudiciales (y por tanto evaluables en la esfera de la responsabilidad civil), para el sujeto pasivo del delito, entendido éste, como la víctima del mismo. Así, en casos de tentativa de robo, de homicidio, de incendio, de agresión sexual, etc. Pues, bien, en este caso, la paralización del procedimiento, junto al resto de factores y variables, que analizaremos más adelante, justifican ya un pronunciamiento civil, como razonaremos más adelante, que no contradice para nada el estadio ejecutivo con el que se

ha de juzgar el comportamiento del ahora recurrente.

La STS 1606/2002, de 3 de octubre, mantiene que “el acusado pretendió convencer al juzgador sobre la realidad del pago, por una parte sin acreditar abonos a cuenta en efectivo, ni por transferencia bancaria, y por lo cual constituía engaño idóneo, serio y bastante para construir un pago inexistente, que hubiere provocado la adopción de una decisión pertinente para hacer efectiva la pretensión del acusado, que de otro modo el Juez no hubiera dictado, si no se hubiese suspendido el procedimiento civil, quedando el delito en intentado”.

En consecuencia, a la luz de tal doctrina jurisprudencial, el engaño se materializó mediante la falsificación del aludido documento, como consta en el “factum”, y con ella se pretendía, por un lado, engañar al juzgador acerca de la verdadera realidad contractual en la que se operaba la contestación a la demanda, y de otro lado, conseguir la paralización de las obras de derribo o acondicionamiento de edificio, en donde se otorgaba el derecho de retorno, en las condiciones que figuran en autos, y con ello conseguir un ilícito lucro en contra de la propiedad del edificio en donde se halla el local arrendado.

Sentencia 138/2005, Sala de lo Penal del TS, de 15 de febrero de 2005

CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Revocada en apelación la sentencia absolutoria dictada en causa con jurado, la Sala se enfrenta a un conflicto de derechos fundamentales: el de la acusación particular que indebidamente se vio privada de la posibilidad

de estar en el juicio y el derecho a la presunción de inocencia de los acusados, juzgados y absueltos en primera instancia, al que finalmente se da prevalencia tras la ponderación de los valores e intereses en juego. Contiene voto particular que, por su interés, se reproduce igualmente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia absolutoria a favor de Luis Angel y Leonor, acusados de los delitos de allanamiento de morada, asesinato y robo.

Esta resolución fue recurrida ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por las acusaciones particular y pública, en ambos casos, por falta de motivación de la sentencia (en realidad del veredicto). Además, la primera objetó quebrantamiento de normas y garantías procesales por haberse visto privada de la posibilidad de intervenir en el juicio.

El tribunal de apelación acogió ambos recursos y declaró la nulidad del juicio oral y de la sentencia, disponiendo la celebración de un nuevo juicio.

Los acusados han impugnado esa resolución, por entender que tanto el veredicto como la sentencia del Jurado estaban correctamente motivados, y al estimar inexistente el quebrantamiento de las normas procesales alegado por la acusación particular.

(...)

Tercero.—Los recurrentes han planteado una segunda línea de impugnación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, cuyo fundamento es —se dice— la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que desarrollan, como primer motivo, en el caso de la acusada, y bajo los ordinales primero y segundo de su escrito, en el del acusado.

El tribunal de apelación entendió que en el curso de la causa, con anterioridad a la celebración del juicio, se habría producido un quebrantamiento de las garantías procesales de la acusación particular, que es por lo que resolvió declarar la nulidad de aquél y la reposición de las actuaciones al momento en que el mismo tuvo lugar.

Como presupuesto necesario de este aspecto de la decisión cuestionada, es preciso hacer, al menos, breve referencia a las vicisitudes procesales que constituyen sus antecedentes.

Las hijas de Begoña, cuya muerte violenta está en el origen de esta causa, se personaron en ella con abogado y procurador de su designación. Cuando ya estaba fijada fecha para la vista, los dos profesionales presentaron un escrito en la Audiencia, en el que exponían que, por la carencia de medios económicos de sus mandantes para hacer frente a los costes, desistían de la representación y defensa, y, a la vez, solicitaban se dotase a éstas de abogado y procurador del turno de oficio. El Magistrado-presidente resolvió en el sentido de tener por desistidos a ambos e instruir a sus clientes del contenido de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que ellas mismas instasen de los correspondientes colegios lo que era de su interés. La causa siguió su curso, con celebración del juicio y el resultado que consta.

Conocida la sentencia, las aludidas trataron de personarse para recurrirla. La Audiencia no autorizó la personación. Pero impugnada esta providencia, el Tribunal Superior de Justicia la declaró nula y ordenó que se notificase a aquéllas la sentencia a fin

de que pudieran impugnarla; que es lo que, en fin, sucedió.

Las acusadoras particulares, como primer motivo de su recurso de apelación, por el cauce del apartado a) del art. 846 bis c) LECrim, denunciaron infracción de lo dispuesto en el art. 30.2 de la Ley de E. Civil y vulneración de lo previsto en el art. 238.3 LOPJ y de los derechos de audiencia y defensa reconocidos en el art. 24 CE. En la sentencia de apelación se reprocha al Magistrado-presidente que no hubiera dado cumplimiento a la previsión del art. 30.2 de la Ley de E. Civil. Pero, sobre todo, que no hubiese actuado según dispone el art. 21 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, para, dada la urgencia determinada por la proximidad del juicio, officiar directamente a los colegios profesionales de referencia. Así, entendiendo que con tal modo de actuar se impidió a la parte usar el derecho a la tutela judicial efectiva, estimó el recurso.

Ambos recurrentes en casación discuten con argumentos de carácter preferentemente formal esta decisión de la sala de apelación, pero lo cierto es que —como bien argumenta el Fiscal, en apoyo de la sentencia recurrida— el Magistrado-presidente disponía de un cauce legal para evitar de forma inmediata y de manera eficaz la evidente puesta en riesgo del derecho de las hijas de la víctima a defender su legítima pretensión, y, sin embargo, no lo hizo, con el resultado que consta. De este modo, si se tratase, simplemente, de decidir acerca de esta cuestión, es claro que si en aquel momento de la primera instancia debió haberse actuado de la forma más favorable al principio “pro actione”, aquí tendría que resolverse a favor del restablecimiento del derecho de las afectadas a la tutela judicial efectiva.

Tercero.— [sic.] Pero sucede que no se trata sólo de resolver en esos términos, sino que la anulación del juicio ante el Jurado para reponer la causa al momento del trámite en que se produjo la incidencia que se ha descrito, supondría al mismo tiempo anular

la sentencia absolutoria dictada en la causa, que es conforme a derecho, según se ha dicho, y someter a los acusados absueltos a un nuevo juicio, con todo lo que ello implica.

Así, en este momento de las actuaciones, lo suscitado es un conflicto entre intereses y derechos fundamentales. De un lado, el de los recurrentes a no ser enjuiciados de nuevo, dado que su derecho a la presunción de inocencia ha prevalecido en el juicio ya celebrado frente a la acusación de que fueron objeto. Del otro, el derecho de quienes, en la calidad de perjudicadas, estaban constitucionalmente legitimadas para ejercitar, también por sí mismas, la pretensión acusatoria; posibilidad de la que, como se ha visto, fueron indebidamente privadas.

En una consideración abstracta de tales derechos, está fuera de duda su igual calidad de fundamentales, en cuanto inherentes a la estructura misma del proceso acusatorio, fundado en el principio de contradicción (art. 24 CE). En efecto, las hijas de la fallecida, en el momento de producirse las vicisitudes procesales que han sido examinadas, tenían el derecho fundamental a accionar y estar en juicio como parte, en defensa de su pretensión; del mismo modo que los acusados se hallaban amparados por el derecho igualmente fundamental a la presunción de inocencia. Y, según se ha expuesto y hace ver el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia, había un marco legal adecuado para que, uno y otro, hubieran podido obtener cumplida satisfacción en el curso de la vista. Pero ya se sabe que no fue así y se conoce también el porqué.

En el actual estado de la causa, los derechos fundamentales concernidos no han perdido este carácter, si bien las evocadas vicisitudes procesales hacen que ya no sea posible conjugarlos de la misma forma armónica en que antes habría sido posible. Pues, ahora, dar satisfacción a la pretensión de las perjudicadas conllevaría someter a nuevo juicio a quienes han sido acusados y regularmente absueltos; con el grave perjuicio que representa hacer de nuevo frente al riesgo de una condena por delito.

Se da, por tanto, una situación de conflicto, por razón de la relativa incompatibilidad actual de los dos aludidos derechos fundamentales en presencia. Conflicto que sólo puede resolverse mediante un ejercicio de ponderación de la entidad de los valores e intereses que, aquí y ahora, se expresan en cada uno de ellos; en la línea a que apunta el Tribunal Constitucional, en sus conocidas sentencias 207/1996 y 136/1999. Ponderación que llevará inevitablemente consigo un cierto sacrificio para el que se estime no debe prevalecer.

En supuestos de esta clase, cuando decidir implica necesariamente imponer un gravamen concreto a los titulares de alguno de los derechos enfrentados, de legitimidad equivalente en el plano abstracto, lo más pertinente es atender a dos variables, doctrinal y prácticamente bien acreditadas: el peso relativo de cada uno de ellos; y la intensidad de la afectación negativa que la preferencia por una de las posiciones concurrentes pueda suponer para los interesados en la otra.

Siendo por demás obvio, no parece preciso discurrir aquí especialmente sobre la nuclear significación del derecho a la presunción de inocencia en la disciplina constitucional del proceso. Derecho que en este caso aparece reforzado en su concreta relevancia, al haber prevalecido después de un juicio en el que sus titulares fueron acusados de los delitos por los que se sigue esta causa. Tal circunstancia hace pertinente la invocación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, prevé el derecho a recurrir sólo en favor del imputado y frente a la sentencia que le condene; consagrando así el “ne bis in idem”, en la vertiente procesal, cuando aquélla fuere absolutoria. En el mismo sentido opera el Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2.º proclama el derecho de “toda persona declarada culpable de una infracción penal (...) a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior”. De don-

de se sigue implícita, pero claramente, la indicación normativa de que todo fallo condenatorio sea sometido al juicio crítico de una nueva instancia. O lo que es lo mismo, la previsión a favor del inculcado de la garantía consistente en un control jurisdiccional de calidad de la sentencia desfavorable. Algo no previsto para la absolutoria. Así, cabe decir, los preceptos citados prescriben idealmente, como presupuesto de legitimidad, la exigencia de que toda condena cuente con el respaldo de dos sentencias coincidentes. Supuesto que no concurrirá cuando la primera, absolutoria, hubiera sido revocada en virtud de un recurso de la acusación; no previsto en estos textos fundamentales.

Cierto es que este modelo no ha sido incorporado en tales rigurosos términos a nuestro ordenamiento, en el que rige un sistema bilateral de recursos, pero también lo es que, no obstante, el Tribunal Constitucional (SSTC 21/2000 y 159/1987) se ha referido, expresando preocupación, “a la carga y la gravosidad [para el imputado] de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas constitucionales con relevancia constitucional”. Y en la misma línea se mueven sentencias de esta sala como las de 4 de marzo de 1996 y 944/1997, 30 de junio, que se refieren a la negativa relevancia que para el derecho a la presunción de inocencia tiene la decisión de someter al reo a un doble juicio penal. Y las que, frente a la pretensión del Fiscal de que se deje sin efecto una sentencia absolutoria en razón de la vulneración del derecho de esta parte pública a la tutela judicial efectiva, deciden en el sentido de hacer prevalecer la presunción de inocencia del imputado que había salido indemne de un juicio. (SSTS 619/2003, de 30 de abril y 614/2003, de 5 de septiembre).

Por lo que hace al derecho a la tutela judicial efectiva de las perjudicadas, ya se ha dicho que les asistía plenamente y que, en efecto, ha experimentado un padecimiento concreto. Pero también es de señalar, que su interés en el ejercicio del “ius puniendi” en

esta causa coincide con el postulado por el Fiscal, que lo defendió con una calidad técnica de la que no cabe dudar, con apoyo en la misma prueba de cargo que la acusación particular había propuesto. Y no sólo, ya que frente a la imputación de homicidio recogida en el escrito de esta parte, él sostuvo la de asesinato, pidiendo, consecuentemente, para los acusados, una pena mayor.

Pues bien, una comparación de la situación de ambos derechos en conflicto, en el estado actual de la causa, en la perspectiva de los criterios apuntados, obliga a hacer dos consideraciones.

a) El derecho a la tutela judicial efectiva de las perjudicadas, consistente en disponer de la posibilidad real de sostener la acusación, ha sido en buena medida materialmente satisfecho en esta causa. En efecto, la pretensión de una condena para los acusados, bien que mantenida por el Fiscal, se ha visto en un juicio que concluyó por sentencia regularmente dictada, tras el examen contradictorio de toda la prueba de cargo pertinente y relevante. Siendo así, y en la consideración “ex post” que ahora es posible, no cabe racionalmente prever que la reiteración de la vista fuera a aportar nada esencial, más allá de lo que pudiese representar la comprensible gratificación personal de las interesadas.

b) El derecho a la presunción de inocencia de los que fueron acusados ya soportó el gravamen de un juicio, que, según la citada norma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es lo máximo que cabría imponerles en su calidad de imputados. De manera que la repetición de esa experiencia sería equivalente a acusarles de un nuevo delito, por los mismos hechos; con la consiguiente exposición a un riesgo ciertamente extraordinario.

Por tanto, el peso de la presunción de inocencia de los recurrentes, cabe afirmar, es actualmente superior incluso al que corresponde a este derecho en condiciones de normalidad estándar. Pues ha salido indemne del test que implica la sumisión a juicio de

sus titulares en virtud de una acusación por delito. En cambio, el peso concreto del derecho de las perjudicadas al personal ejercicio de su pretensión en este asunto, aquí y ahora, es inferior al constitucional-abstracto, ya que subsiste en su dimensión más bien formal, una vez que, como se ha visto, pudo desplegar toda su material eficacia en la instancia.

Así las cosas, es patente, que, por la constatada asimetría en la densidad constitucional actual de los derechos en conflicto, mantener la decisión del Tribunal Superior de Justicia, comportaría, de forma inevitable, el sacrificio del que hoy goza de mayor peso relativo, lo que, en definitiva, no puede aceptarse. Por todo, los motivos referidos a la tutela judicial efectiva conjuntamente abordados, deben asimismo estimarse.

(...)

VOTO PARTICULAR, QUE PRESENTA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO MONTERDE FERRER, FRENTE A LA SENTENCIA NÚM. 138/2005, DE FECHA 15 DE FEBRERO DE 2005, DE LA QUE DISINTIÓ CONFORME A LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS

(...)

La cuestión radica, pues, en un conflicto de intereses y derechos fundamentales, que la sentencia mayoritaria resuelve a favor del derecho a la presunción de inocencia, en contra del derecho de las actoras, ejercitando la acusación particular, “posibilidad de la que, como se ha visto, fueron indebidamente privadas” (...) “en efecto, las hijas de la fallecida, en el momento de producirse las vicisitudes procesales que han sido examinadas, tenían el derecho fundamental de accionar y estar en juicio como parte, en defensa de la pretensión”.

La conclusión de todo ello es que, ante tal conflicto de derechos fundamentales, la ponderación de los valores e intereses en juego, lleva inevitablemente consigo un cierto sacrificio para el que se estime no de-

be prevalecer. Y es claro que, “por la constatación de la asimetría en la densidad constitucional actual de los derechos en conflicto, mantener la decisión del Tribunal Superior de Justicia, comportaría, de forma inevitable, el sacrificio del que hoy goza de mayor peso relativo, lo que, en definitiva, no puede aceptarse”.

Discrepo primeramente de esta ponderación efectuada, porque considero que no puede establecerse a priori una catalogación por categorías ordinales entre los aludidos derechos constitucionales en conflicto, sino que cada uno de ellos tiene su ámbito específico de actuación y desenvolvimiento, y todos ellos deben converger en el proceso penal, para conseguir un completo cuadro de garantías en el seno del conflicto, este sí, que significa el proceso penal configurado modernamente. La tentación por la catalogación de los intereses en juego, nos puede llevar a formular distintas modulaciones de los derechos fundamentales, que no han de consumirse, tal vez, en de primera o de segunda, sino en varias categorías más inferiores, según el concepto que del propio proceso penal se tenga, así como de la calidad de los distintos intervinientes en el mismo.

No puede tampoco, a mi juicio, fundamentarse tal asimetría, en el contenido de los postulados de los tratados internacionales, pues en ellos tanto se dispone el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como la ineludible intervención de una acusación, ejercitada por un sujeto distinto al órgano decisor, siendo igualmente sustancial que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial. De modo que las posibilidades revisoras del fallo condenatorio ante una instancia superior, quedan incólumes ante una eventual anulación del juicio oral por haber infringido derechos fundamentales de una de las partes legítimas en el conflicto. La posibilidad de contar con una parte acusadora diferente al Ministerio fiscal, no solamente es consecuencia de nuestro diseño procesal establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que tiene su encuadre consti-

tucional en el art. 125 de nuestra Carta Magna, que otorga a los ciudadanos su derecho (evidentemente constitucional) a ejercitar la acción popular (equivalente a estos efectos a la acusación particular) en el proceso penal, conformando un *ius ut procedatur*, de idéntica simetría y valor (de idéntico rango fundamental), al que corresponde al acusador público, cuando éste ejercita el *ius puniendi* del Estado. Lo importante es que exista un principio de elemental igualdad de armas, que se deriva de la necesidad de que las partes en conflicto, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales. El “*ius ut procedatur*” no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo, sino que de él se derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso, de ahí que corresponde a los órganos judiciales procurar que en un mismo proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar, y, en definitiva, de ejercitar su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este derecho, con rango de fundamental, ha sido configurado por nuestro Tribunal Constitucional como una manifestación del derecho fundamental a la jurisdicción (entre otras, STC 178/2001).

Y este derecho fundamental no puede ser sacrificado en aras de una hipotética, e idéntica o similar, actuación procesal, siempre futurible e incierta, bajo el parámetro de que nada hubiera cambiado si la acusación particular hubiera estado presente en la sala de justicia, por mor de que el Ministerio fiscal hizo todo lo que estaba en su mano para conseguir la pretensión punitiva que encarnaba en el proceso, al que ahora en concreto nos referimos. El caso es que se vulneró el derecho a la jurisdicción, al que legítima y constitucionalmente tenían derecho las hijas

de la fallecida, para sostener su pretensión punitiva de forma igual o diferente a la ejercitada por la acusación pública, aún no coincidiendo —en realidad— en la calificación jurídico-penal de los hechos, menor incluso que la postulada por aquélla. Nos aparece claro que cuando la norma fundamental le concede el derecho constitucional a la víctima (o a los ciudadanos) de ejercitar tal acusación en el aludido art. 125, no quiera que sea con menos garantías que las diseñadas en el cuadro de los derechos estrictamente fundamentales, particularmente en el art. 24.1 de la Constitución española, de modo que, ante el conflicto de intereses como el acontecido en esta causa, sea de mayor rango el art. 24.2 que el art. 24.1, que es el que corresponde en este caso a la acusación particular. Manejar postulados, como los de previsibilidad de resultado, cuando se vulneran (declarados) derechos fundamentales, sería tanto como no amparar tales derechos, porque en sede de conceptos de materialidad un acusado sin defensa técnica pudo haberse desenvuelto jurídicamente de igual forma a como lo hubiera hecho asistido de abogado.

La relación entre ambos apartados del art. 24 de la Constitución ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional, manteniendo que, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que la conexión es estrecha, pues ambos reconocen a los ciudadanos derechos, tanto en su acceso a los órganos judiciales como en los procesos seguidos ante ellos, orientados a asegurarles una efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 46/1982, de 12 de julio, F 2; 324/1994, de 1 de diciembre, F 2; 10/2000, de 17 de enero, F 2; 208/2001, de 22 de octubre, F 3).

Mantenemos por consiguiente en este voto particular que ambos derechos, del acusado y de la víctima, se encuentran diseñados en plano de igualdad en nuestra configuración constitucional, de modo que no es de mayor rango el derecho a no sufrir un proceso ulterior, incluso cuando existe ese “riesgo

ciertamente extraordinario” (para los acusados) al que alude la sentencia mayoritaria, que el derecho igualmente fundamental a ser satisfecha la tutela judicial efectiva sin indefensión, que la Constitución concede a todas las personas, según su dicción literal. El derecho fundamental al “non bis in idem” doctrinalmente se ha entendido hasta el momento, como la proscripción de sufrir un nuevo proceso por los mismos hechos, pero cuando éste haya sido ya consumido con todas las garantías, no con una parte de las mismas.

Esta ha sido, hasta ahora, una pacífica solución jurisprudencial cuando se han vulnerado los derechos a la prueba, a la defensa, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la debida imparcialidad del juzgador, etc. incluso es de recordar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 169/2004, de 6 de octubre), que ante la defectuosa motivación del veredicto del Tribunal del Jurado en un caso de sentencia absolutoria, desestimó el recurso de amparo ante una Sentencia de esta propia Sala Casacional (STS 644/2002, de 22 de abril), que ordenaba la repetición del juicio oral en la misma instancia inicial. Así lo hace también esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en aquellos casos en que los quebrantamientos de forma adquieren el relieve de una conculcación constitucional, ordenándose la celebración de un nuevo del juicio oral desconectado de cualquier antijuridicidad.

Y vemos que así lo hace también el máximo intérprete de la Constitución, cuando, si bien afirma la inviabilidad de anular en dicha sede una sentencia con un pronunciamiento absolutorio de fondo, dado que el proceso penal ha concluido, declara, en cambio, que “la cuestión es distinta si se han vulnerado derechos fundamentales de naturaleza procesal. En este sentido, hemos dicho en la STS 215/1999, ..., que el ‘ius ut procedatur’ que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas

esenciales del desarrollo del proceso... Tampoco la consiguiente anulación de la Sentencia absolutoria dictada en resolución de recurso de apelación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la vulneración de la garantía procesal resulta contradictoria con las declaraciones efectuadas por este Tribunal en el sentido de que la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria por poderosas razones de seguridad jurídica (...), ya que ello no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales. Preci-

samente dijimos a continuación en dicha Sentencia que este es el fundamento de que las SSTC 116/1997 y 138/1999, tras la declaración de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, se haya procedido a anular las resoluciones impugnadas y a retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a la verificación de la lesión procedimental estimada” (STC 81/2002, de 22 de abril). No podemos ocultar, naturalmente, que esta Sentencia contó con un voto particular disidente que mantenía que en tal caso, la restauración de tal derecho no permitía la anulación, sino que constituye, a su juicio, un título válido para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, porque la sentencia absolutoria era firme en el ámbito judicial ordinario, lo que aquí evidentemente no ocurre.

Sentencia 182/2005, Sala de lo Penal del TS, de 15 de febrero de 2005

ESTAFA. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Art. 248 Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis minucioso de los elementos del delito de estafa. Destacamos sólo aquí la aplicación de la teoría de la imputación objetiva para determinar la conexión engaño/error/acto de disposición/perjuicio patrimonial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente

produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de

protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP. que ello tenga lugar mediante un engaño “bastante”. Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca

de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la adecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tan-

to, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de inter-

cambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal —en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones— respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente —no bastante— producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

Sentencia 213/2005, Sala de lo Penal del TS, de 22 de febrero de 2005

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

Art. 173.1 Código Penal

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

SÍNTESIS

Completo análisis del delito contra la integridad moral, previsto en el artículo 173, número 1 del CP, partiendo del bien jurídico protegido y estudiando las distintas características típicas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

El delito contra la integridad moral en su forma básica, cometido por particulares, se encuentra tipificado en el art. 173 párrafo primero, artículo que desde la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, contiene también, en sus párrafos 2 y 3 el delito de violencia doméstica.

Centrándonos en el párrafo 1, se sancionan los ataques a la integridad moral de las personas llevadas a cabo por medio de tratos degradantes que produzcan un menoscabo grave en la dignidad e integridad moral de la persona. Se tipifica en dicho artículo la modalidad cometida por particulares en tanto que en el art. 175 se encuentra el tipo agravado que exige la condición de funcionarios públicos en el sujeto activo.

Las fronteras del bien jurídico protegido con el tipo —la integridad moral— es ciertamente difusa y a veces puede entrar en el ámbito material de otros valores, aunque no cabe duda de su sustantividad, ya que como

establece el art. 173 del Código Penal, de producirse lesión o daño es posible el castigo por separado de acuerdo con las reglas del concurso —STS de 31 de mayo de 2003—, lo que no obsta, como ha sido puesto de relieve por la doctrina científica, la conveniencia, e incluso, la imprescindibilidad de elaborar una teoría de la integridad moral como bien protegido.

Se está en presencia de un delito de lesión, pero ello no significa mecánicamente que exija un resultado material lesivo.

En relación a la delimitación del bien jurídico, el concepto de integridad moral debe definirse desde el art. 15 C.E. que reconoce el derecho “... a la vida y a la integridad física y moral...”. La jurisprudencia constitucional interpreta el concepto de integridad moral desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, del derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

La STC 120/1990, de 27 de julio, realiza un acercamiento al concepto de integridad moral al decir que en el art. 15 C.E. “... se protege a la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar

su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular...". Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal. De modo que recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), que reprobó como degradante las llamadas cinco técnicas utilizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad en el Ulster con los detenidos del IRA a los que simultáneamente se les mantenía encapuchados, situados frente a una pared, sometidos a ruidos monótonos y continuos, sin consentirles dormir y, finalmente, restringiéndoles severamente la dieta alimenticia. Sentencias de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), de 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), de 7 de julio de 1989 (caso Soering), de 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros) y de 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc, el Tribunal Constitucional ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución (torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente".

De análogo modo se expresan, también, las SSTC 137/1990 y 57/1994.

De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos

objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal. En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad "... menoscabando gravemente su integridad moral...", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

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

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

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

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

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

—de acuerdo con el tipo— en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo. En este sentido, la STS 489/2003, de 2 de abril y las en ella citadas se refieren a que “... Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada ... si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico...”. La STS 2101/2001, de 14 de noviembre, aporta la nota de que la degradación y humillación “... tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias...”. Supone, pues un plus y un aliud diferente a una circunstancia de

agravación. En idéntico sentido la STS 489/2003, de 2 de abril, antes citada.

Ya descendiendo al casuismo, y por citar tres precedentes jurisprudenciales que pueden ilustrar el debate que suscita el recurrente en relación al caso enjuiciado y a su pretendida falta de gravedad.

a) La STS 819/2002, de 8 de mayo, estimó como constitutivo de este delito la acción de varias personas que conducen a un monte a la víctima y tras desnudarle, le pintan con un spray todo el cuerpo, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras, lo que le produjo miedo y humillación.

b) La STS 294/2003, de 16 de abril, que, aunque en relación al tipo agravado del art. 175 del Código Penal estimó que concurría en la acción de varios agentes policiales que estando detenida la víctima, inmovilizada y esposada, le dan patadas y puñetazos por todo el cuerpo a la vista de las personas que salían de la discoteca, y, finalmente

c) La STS 754/2004, de 20 de julio, muy semejante a la anterior, consideró constitutivo de este delito la acción de unos agentes de la policía municipal que teniendo esposada a una persona, le golpearon dándole puñetazos en la cabeza, cuerpo y piernas.

Sentencia 225/2005, Sala de lo Penal del TS, de 24 de febrero de 2005

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO. PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”.

Arts. 104, 113 y 116 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras afirmar la compatibilidad, en supuestos excepcionales —y éste es uno de ellos—, entre la sanción penal y la administrativa, se ocupa la resolución, a propósito de la condena a una lotería por malversación de caudales

públicos, del problema de si adquiere la condición de tercero perjudicado por el delito la compañía aseguradora que, en virtud de contrato con la persona condenada, ha satisfecho la indemnización a la Administración de lotería.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Aduce el recurrente que la acusada ya ha sido sancionada administrativamente como consecuencia de los mismos hechos, acordándose el cierre y cancelación de la concesión por esta vía, de la administración de lotería (número ... de Valladolid) que regentaba aquélla.

Este tema ha sido resuelto en Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Casacional, Sala General de fecha 29 de mayo de 2003, conforme a la doctrina constitucional más reciente.

En efecto, el principio “non bis in idem” se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de culpabilidad en materia penal y sancionado en el art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3) y que, en una de sus más conocidas manifestaciones, supone que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (F. 4). La garantía material de no ser sometido a “bis in idem” sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, 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 (STC 2/2003, de 16 de enero, F. 3). Véase

también nuestras Sentencias 1207/2004, de 11 de octubre y 52/2003, de 24 de febrero.

Pero la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción —penal y administrativa— en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio, F. 3).

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional. La Administración del Estado (Ministerio de Hacienda), al iniciar el expediente administrativo sancionador, dejó fuera del mismo el aspecto relativo a la comisión de un delito como consecuencia del descubierto contable que se investigaba, y de conformidad con la Instrucción General de Loterías, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, el Real Decreto 1082/1985, de 11 de junio y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acordó la sanción de cese definitivo en la titularidad como Administrador de Lotería de la recurrente. El art. 203 del Decreto primeramente mencionado permite la apertura del expediente, a la vez que posibilita poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, por si los hechos son constitutivos de delito. Pero aun siendo una norma preconstitucional, es evidente que, al menos en el caso ahora enjuiciado, es plenamente compatible con nuestra norma fundamental, en tanto que la sanción que se ha impuesto a la titular de la administra-

ción de loterías acusada ha sido el cierre de su establecimiento, y esta medida tiene diverso fundamento que la inhabilitación absoluta con la que ya ha sido condenada en la instancia, consecuencia de la aplicación del art. 432.1 del Código penal, mucho más amplia en sus efectos que la anterior.

Con respecto a este tipo de comportamientos delictivos, existe ya una sólida línea jurisprudencial, considerando los hechos enjuiciados como delito de malversación de caudales públicos, de las que son de citar, por ser las más recientes, las siguientes sentencias de esta Sala Casacional: 217/2004, de 18 de febrero; 1824/2000, de 27 de noviembre; 1255/1998, de 19 de octubre; 601/1998, de 30 de abril, y 676/1997, de 13 de mayo; todas ellas referidas a administraciones de loterías.

(...)

Quinto.—El cuarto motivo casacional se formaliza por infracción de ley del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida aplicación de los artículos 104, 113 y 116 del Código Penal.

En el desarrollo del motivo se cita correctamente el art. 117 del Código penal, invocando como tesis argumental, que la compañía aseguradora que ha satisfecho (en virtud de contrato con la acusada), la indemnización a la Administración de Loterías (ONLAE), no puede ser considerada tercero perjudicado por el delito.

El motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio fiscal, tiene que ser estimado.

La Audiencia “a quo” razona en el quinto de sus fundamentos jurídicos que en virtud de lo dispuesto en los artículos 116 y concordantes del Código penal, la acusada deberá indemnizar a AXA (compañía aseguradora) en la cantidad de 31.637,44 euros, en virtud del reintegro que tal entidad efectuó a ONLAE. Y a tal efecto, argumenta, aparte de razones de economía procesal, que la doctrina jurisprudencial ha variado, y para ello cita la Sentencia de esta Sala

1913/2002, de 22 de noviembre de 2002. Con independencia de las peculiaridades del caso tratado en la misma, es lo cierto —sin embargo— que una línea jurisprudencial uniforme, se ha decantado en sentido contrario, del que es exponente, entre otras, la Sentencia 800/1997, de 3 de junio, que a tal efecto, nos dice: “la Sala de instancia rechazó la correspondiente pretensión de la compañía de seguros hoy recurrente por entender que, en el proceso penal, únicamente procede pronunciarse sobre las consecuencias civiles del delito, es decir sobre los perjuicios directamente derivados del mismo, lo que no sucede en el presente caso, dado que el pago efectuado por la entidad recurrente, ‘si bien tiene su origen en la infracción penal, no representa sino el cumplimiento de la obligación nacida de un contrato y asumida en contraprestación al pago de la prima’ (v. F. 4.º). En suma, el pago hecho por ‘A. P., SA’ al Organismo Nacional de Loterías no constituye más que el cumplimiento de una obligación contractualmente asumida (arts. 1089, 1091, 1254 y ss. del CC, y art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro), no deriva por tanto directamente del hecho delictivo (como sería preciso para que pudiera prosperar la tesis de la recurrente —art. 1092 del CC, y arts. 19, 101 y ss. del CP—) y, por ende, ha de concluirse que dicha entidad aseguradora carece de la condición de tercero perjudicado por el delito. La entidad aseguradora tiene una acción de reembolso frente al tomador del seguro (art. 68 LCS), pero no se subroga en los derechos del asegurado frente al tomador del seguro (criminal y civilmente responsable), que no es un ‘tercero’ sino ‘parte contratante’ en el contrato de caución. De ahí que carezca, como se ha dicho, de la condición de tercero perjudicado por el delito”.

Nosotros entendemos que para resolver este problema, es decir, si una compañía aseguradora que cubre un determinado riesgo, y que a consecuencia de la acción u omisión de su asegurado, satisface el importe de la indemnización pactada en la póliza o legalmente establecida (como en los casos de

seguro obligatorio) al perjudicado por el delito, puede subrogarse en la posición de éste, en el seno del procedimiento penal, y actuando como tercero civil perjudicado, reclamar del acusado el importe de lo satisfecho en nombre de éste al directamente perjudicado por el delito, hemos de partir de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto.

En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido. Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estatus procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal. En el ejemplo que se ha puesto, sería impensable que la compañía aseguradora que cubre las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal constitutivo de imprudencia punible, después de satisfacer la correspondiente indemnización a la víctima

del suceso (atropello, por poner un caso frecuente), se dirigieran contra el acusado (que es en realidad su asegurado) ejercitando la acusación particular en el propio proceso penal. Y ello porque el pago que ha realizado no deriva directamente del ilícito penal, sino de su relación contractual con dicho tomador del seguro. Si tal compañía aseguradora estima que, en virtud de tal contrato, o de la ley, puede repetir el importe de lo pagado a un tercero perjudicado como consecuencia de tal delito en nombre de su cliente (asegurado), deberá verificarlo en el proceso civil que a su derecho convenga, pero nunca en el proceso penal, y ello como consecuencia de varias razones: en primer lugar, porque el pago no es consecuencia del delito, sino de su propio contrato, como ya hemos afirmado; en segundo lugar, porque la posición jurídica de la aseguradora del propio acusado se convierte de esta forma en contraria a los intereses de éste en el proceso penal, de modo que ostenta una acción civil (y a veces penal), que se contrapone con su mismo asegurado (como ocurre en este caso, en donde ha ostentado una postura procesal de acusación particular en la causa, tal y como se desprende del encabezamiento de la sentencia recurrida, y de la impugnación en esta sede casacional de todos los motivos esgrimidos por la acusada recurrente); en tercer lugar, porque esta dualidad de posiciones, y las cuestiones que se solventan en el proceso penal, no es el ámbito adecuado para resolver los problemas derivados del contrato que quiere hacer efectivo tal compañía aseguradora, porque —hemos de reconocer— no es el espacio más idóneo para desenvolverse los problemas derivados de las excepciones procesales, dilatorias o perentorias, o la misma interpretación del contrato, en el caso de que el asegurado (que aquí, repetimos, es el acusado) pueda oponer, como podría ser la falta virtualidad jurídica de la oponibilidad de la repetición pretendida; ello sin contar con que, en muchos casos, se produciría la pretensión de un ilícito enriquecimiento, pues la aseguradora pretendería repetir aquello a lo que ya estaba

obligada por el contrato (la indemnización al perjudicado); en cuarto lugar, porque el contenido el art. 117 del Código penal, es suficientemente explícito al respecto, desde nuestro punto de vista. Dice así: “los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.” Esto es, tales aseguradores ostentan frente al ámbito jurídico de la víctima la condición de responsables directos hasta tal límite, pero con respecto a la órbita del causante de la infracción penal, que es el acusado (eventualmente, el responsable civil subsidiario), o lo que es lo mismo, su asegurado, si bien pueden ostentar algún derecho de repetición, la ley penal —en el precepto transcrito— les reserva tal acción, pero deberán ejercitarla en el procedimiento civil correspondiente, no en sede del proceso penal.

Esta es la doctrina tradicional de esta Sala Casacional, que debemos aquí mantener, señalando la Sentencia dictada (la número 800/1997) que “en todo caso, es menester reconocer que si bien en el proceso penal debe procurarse, en la medida de lo legalmente posible, la satisfacción de los derechos de los directamente perjudicados por el hecho delictivo, ello en modo alguno puede justificar que en el mismo se resuelvan todas las cuestiones civiles que guarden relación directa o indirecta con aquella primaria satisfacción de las responsabilidades civiles ‘ex delicto’”. Sigue esta misma línea, la Sentencia 982/1997, de 4 de julio, en los siguientes términos: “La entidad recurrente ha abonado al ONLAE una cantidad en virtud de una Póliza colectiva de seguro de afianzamiento de la que son tomadores los Administradores de loterías y asegurado el

ONLAE —la condenada en la instancia es titular de una Administración de loterías—. La entidad recurrente ha cumplido las obligaciones que tenía contraídas en virtud de una póliza de seguro y como contraprestación de las primas recibidas de la titular de la Administración de loterías. Ello no le convierte en tercero perjudicado, al que se refiere el artículo 104 del Código derogado y el artículo 113 del Código vigente, sin perjuicio de la acción de repetición de lo pagado que, en su caso, pueda ejercitar contra el penalmente responsable, como así lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala y explícitamente viene recogido en el artículo 117 del vigente Código Penal. Es exponente de este criterio, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 1991, en la que se expresa que ‘terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria...’. No se debe confundir el ejercicio de la acción directa contra el asegurador que establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980, que ha reconocido reiterada doctrina de esta Sala y que viene expresamente prevista en el artículo 117 del vigente Código Penal, con el derecho de poder repetir el asegurador contra el asegurado al que también se refieren los dos preceptos que se acaban de citar. No puede, por consiguiente, sostenerse, como se pretende en el motivo, que se haya producido vulneración del principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución”.

Por consiguiente, al proceder la estimación de este motivo, deberemos dictar segunda sentencia en el sentido expuesto, dejándose sin efecto la indemnización dispuesta en la sentencia recurrida en el ámbito de este procedimiento penal, sin perjuicio del derecho de la compañía aseguradora a ejercitar su derecho de repetición en donde corresponda.

Sentencia 262/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de febrero de 2005

**DISOLUCIÓN DEL JURADO POR INEXISTENCIA DE PRUEBA DE CARGO
Art. 49 LOTJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

Límites de la facultad del Magistrado-Presidente de disolver el Jurado por inexistencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

No es sencillo delimitar el alcance de la facultad que tiene el Magistrado-Presidente de disolver anticipadamente el Jurado y que criterios deben presidir esa decisión.

Los términos en los que se describe esa facultad en el artículo 49 supone contraerla a la inexistencia de prueba de cargo, lo que no se precisa y eso es lo que se pretende ahora analizar, es si el legislador, cuando habla de inexistencia, se refiere a que no exista prueba de cargo o por el contrario puede extender esa facultad a aquellos supuestos en los que, aun existiendo prueba de cargo, es insuficiente, a juicio del Magistrado-Presidente, para fundar una sentencia condenatoria, en otras palabras si el Magistrado-Presidente puede entrar en la valoración y alcance de la prueba practicada o por el contrario esa valoración debe residenciarse en el Jurado, que es a quien corresponde el enjuiciamiento de los hechos objeto de acusación y, por consiguiente, de veredicto.

Esta Sala, si bien no con la dimensión con se plantea en el presente motivo, ha te-

nido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del artículo 49 de la Ley del Tribunal del Jurado. Así, en la Sentencia 1437/2003, de 4 de noviembre, refiriéndose a los hechos determinantes de una agravación y no a los hechos principales, se afirma que el artículo 49 prevé una novedosa institución en el conocimiento de las causa ante el Jurado en el derecho comparado, consistente en atribuir al Magistrado-Presidente la “relevante facultad” de poder disolver el Jurado, sin que proceda la emisión del veredicto, cuando estime la inexistencia de prueba de cargo alguna, realizando un control en la propia fase declarativa de la presunción de inocencia. En la Sentencia 24/2003, de 17 de enero, se expresa que el artículo 49 de la LOTJ ha venido entendiéndose como una de las facultades del Magistrado-Presidente en caso de inexistencia de prueba de cargo en absoluto, debiéndose de cuidar, por el contrario, que el proceso continúe cuando la prueba que se haya practicado sea suficiente para que los jurados deliberen acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, para no privar a ninguna de las partes del oportuno debate sobre sus posiciones procesales, ya que es el Tribunal del Jurado quien tiene

que declarar probados o improbados los hechos sometidos a su consideración y no el Magistrado-Presidente. En la Sentencia 1903/2002, de 13 de noviembre, se expresa que la sentencia de apelación resolvió en el sentido de considerar que existía prueba susceptible de ser valorada como de cargo, por lo que dispuso la constitución de nuevo Jurado para la celebración de un nuevo juicio. Añade dicha sentencia que el precepto del artículo 49.1 LOTJ condiciona la legalidad del acuerdo adoptado en esta causa por el Magistrado-Presidente a la circunstancia de que del juicio no resulte la existencia de prueba de cargo. Se trata, pues, de verificar si se dio o no esa situación. Se dice que lo que emerge de la vista es un cuadro probatorio complejo y, probablemente, de no fácil valoración, pero del que forman parte datos de carácter inculpatario. Se concluye afirmando que en definitiva se han aportado elementos de juicio susceptibles, al menos en principio, de valoración como de cargo. Y, constatada su existencia, es al Jurado a quien correspondería hacerlo en cualquiera de los dos sentidos posibles. Por eso debe darse la razón al Tribunal de apelación y el motivo debe ser desestimado. Y en la Sentencia 1240/2000, de 11 de septiembre, se dice que la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (no su valoración, que es una actividad posterior competencia del Jurado) incumbe al Magistrado-Presidente, que es quien adopta la decisión, tácita, de no suspender el juicio.

Parece útil, para una mejor concreción de la facultad que se atribuye al Magistrado-Presidente, en el artículo que comentamos, examinar, asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley del Tribunal del Jurado, en lo que concierne a esta facultad, y así se dice, entre otros extremos, que la Ley parte de dos premisas: a) la distinción de un aspecto objetivo que concreta en la existencia de una verdadera prueba y otro, subjetivo, referido al momento de valoración de aquélla; y b) la distribución de funciones entre el Magistrado y los Jurados, atribuyendo al pri-

mero el control de aquella dimensión objetiva como cuestión jurídica. Y añade que tal control se resuelve en la Ley en consideraciones sobre la licitud u observancia de garantías en la producción probatoria y aunque también en la apreciación objetiva sobre la existencia de elementos incriminatorios, no tanto de la suficiencia para justificar la condena. En definitiva, sigue diciendo, se separa la valoración de la existencia de prueba respecto del de la suficiencia de la misma, apareciendo, pues, limitada la atribución del Magistrado-Presidente.

De lo que se acaba de exponer y de las sentencias de esta Sala, antes reseñadas, se obtiene una clara conclusión: la facultad del Magistrado-Presidente de disolver anticipadamente el Jurado, por inexistencia de prueba, no es tan absoluta ni amplia como para cercenar la facultad de valoración probatoria que corresponde al verdadero órgano de enjuiciamiento que es el Jurado.

Se trata de evitar que el Jurado pueda pronunciarse sobre pruebas que se han obtenido con vulneración de las garantías que deben presidir un juicio justo, impidiéndose que surtan efecto las obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales (art. 11 LOPJ) o cuando existe una ausencia de la más mínima actividad probatoria.

En todo caso, esta facultad debe ejercerse con la ponderación y moderación que exige el respeto que merece el Jurado como órgano de enjuiciamiento y por consiguiente, de valoración sobre la suficiencia o no de la prueba de cargo practicada.

En el supuesto que examinamos, el Magistrado-Presidente, al decidir la disolución anticipada del Jurado, ha entrado a valorar la suficiencia o no de los elementos incriminatorios ofrecidos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y ello desborda la facultad que le confiere el artículo 49 de la Ley del Tribunal del Jurado, sin que pueda olvidarse que se trata de delitos de máxima gravedad, cuya decisión, cuando no es competencia de un Tribunal de Jurado, corresponde a un órgano colegiado.

Sentencia 265/2005, Sala de lo Penal del TS, de 1 de marzo de 2005

FALSO TESTIMONIO

Art. 459 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina jurisprudencial sobre el delito de falso testimonio. Con base en ella se desestima la imputación de este delito a un perito, pues no basta la deficiencia o inexactitud del dictamen para considerar realizado el tipo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) El motivo deviene inadmisibile. Pues, de nuevo, incide en el error de no impugnar los razonamientos del auto recurrido en casación, esto es el de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 17 de junio de 2003, que considera que los hechos objeto de la querrela no son constitutivos del delito del art. 459 CP.

Razonamiento correcto por cuanto el elemento básico de la acción delictiva recogida en dicho precepto consiste en faltar maliciosamente a la verdad en el dictamen pericial prestado en causa judicial, de tal forma que la falsedad debe resultar evidente o puesta de manifiesto por el resto de las pruebas practicadas. Pero junto con este elemento objetivo, resulta precisa la concurrencia de un elemento subjetivo, el dolo, puesto que este delito, según el actual Código Penal, es eminentemente intencional, excluyéndose la modalidad imprudente.

El dolo en este tipo de delitos se plasma en la prestación intencionada de una declara-

ción o informe falsarios. El tipo delictivo descrito tiene un dolo inherente que no exige más que abarcar la lesión jurídica que pueda producir consciente y voluntariamente, para que el dolo característico de este delito, alcance realidad, sin que sea necesaria la intención adicional de provocar un determinado perjuicio en la Administración de Justicia.

La sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1995, confirma esta tesis, sin exigir que el autor de estos hechos obre con una especial animosidad o intencionalidad de perjudicar a alguna de las partes en litigio. El delito de falso testimonio consiste en la consciente y deliberada falsedad o mentira de la declaración del testigo o en una falta de la verdad maliciosa en el informe pericial. Se requiere, por tanto, no sólo la objetiva falta de verdad en la declaración o en el dictamen sino además, el dolo directo, consistente en conocer la falsedad y querer así expresarla. Por lo demás ese falso testimonio habrá de ser prestado en el juicio oral, pues en ese mo-

mento cuando cobra virtualidad plena la declaración del testigo o el informe del perito.

Ello es así, porque aun cuando la resultancia del proceso es irrelevante en la figura del falso testimonio, a raíz de la sentencia del TC 30 de agosto de 1985, que superó el anterior criterio jurisprudencial que imponía como requisito de procedibilidad la autorización previa del órgano judicial ante quien se prestó el falso testimonio, al considerar el mencionado Tribunal implicaba un menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva, creando un obstáculo al ejercicio de la acción penal no amparado ni justificado en la ley, no obstante las razones alegadas por aquella doctrina jurisprudencial no pueden ser ignoradas en el curso de una reflexión sobre la propia esencia de la infracción, sino que deben servir para iluminar la índole de la relación entre el proceso principal y el proceso por el falso testimonio, pues es innegable que en el ámbito del procedimiento se distingue entre una verdad material, referida a la realidad, y una verdad formal, referible a lo alegado por las partes y sin conexión alguna con la realidad. También, en una dimensión estrictamente procesal, se habla de verdad judicial, pues bien, estas distinciones referidas a los fines del proceso tienen aplicación en el campo del falso testimonio y un ejemplo de la utilización de la verdad judicial como término de caracterización de lo falso puede verse en el fundamento jurídico quinto de la STS, Sala 5.ª, de 22 de septiembre de 1989, al decir que a efectos jurídico-penales sólo cabe reputar falso testimonio en virtud de la contradicción entre aquél y los hechos que en la resolución final se hayan acogidos como probados, es decir, como verdaderos. Por lo expuesto debemos significar que, si bien es cierto que el fundamento de la decisión debe buscarse en las pruebas practicadas en el propio juicio, no lo es menos, dada la peculiaridad de este delito y la acción típica que se describe en el precepto penal, que ello en principio no autoriza a revisar las conclusiones sentadas en el anterior proceso que, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo

recuerda, ha de suponer el término válido de comparación con la declaración del testigo, para apreciar si es o no falsa. Así en la STS, Sala 2.ª, de 22 de septiembre de 1989, se expresa que, para reprochar penalmente la falsedad del testimonio y estimar realizado este elemento esencial del tipo delictivo, es necesario contar con el dato previo de una verdad procesalmente establecida.

Quinto.—En el caso enunciado, el auto recurrido razona como en las diligencias previas 4234/1995, el Juzgador en el auto de continuación por el trámite de procedimiento abreviado no tiene en cuenta el informe del querellado ni tampoco el del otro perito informante, sino el del perito dirimente que consideró como difícilmente defendible el criterio del Sr. Mengual, informes todos practicados en la fase instructora.

Pues bien, la mera discrepancia entre dos informes periciales no implica necesariamente que uno de ellos sea falso, en los términos del ámbito penal, ya que si el falseamiento radica en los hechos base sobre los que parte el dictamen, será normalmente más fácil acreditar el apartamiento de la verdad por parte del perito y la malicia en su tergiversación, ahora bien, cuando las divergentes conclusiones de los peritos se funden en distintas concepciones técnicas o teóricas, la mera discrepancia científica o el desacuerdo, desde el punto de vista técnico, de un informe no será suficiente, como regla general, para estimar cometido un delito de falso testimonio. De este modo, la STS de 28 de mayo de 1992, no consideró falsedad penal una desacertada opinión científica, sino la censurable e intencionada falta de verdad en la constatación de las bases fácticas sobre las que la opinión científica se emite.

Por lo tanto, en el caso que se enjuicio, el querellante está confundiendo la deficiencia, inexactitud e incluso ligereza en la elaboración de un dictamen técnico, lo cual desde luego es reprochable y reclamable, con la existencia de un delito doloso, que en absoluto puede deducirse de él —al parecer— desafortunado informe.

Sentencia 276/2005, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2005

ESTAFA. DELITO CONTINUADO

Arts. 74 y 250.1.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

A diferencia de lo resuelto en la Sentencia 145/2005, de 7 de febrero (recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal), entiende aquí el Tribunal Supremo que la aplicación conjunta del artículo 74 (delito continuado) y el artículo 250.1.6.º del CP (agravación de la estafa por la cuantía de lo defraudado) lesiona, en el caso concreto enjuiciado, el principio “non bis in idem”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

2. Hemos dicho en nuestra reciente sentencia 1085/2004, de 4 de octubre, reproduciendo otra, la 915/2004, de 15 de julio, a su vez tomada de otra, la 142/2003, de 5 de febrero, lo siguiente:

“Esta norma del art. 250.1.6.º CP aparece redactada en los términos siguientes: ‘El delito de estafa será castigado con las penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando:

6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia’.

No ha de aplicarse esta norma, que prevé una agravación de la pena, más allá de lo que cabe deducir de su propio texto, so pena

de incurrir en una aplicación analógica perjudicial al reo, prohibida por el principio de legalidad que ha adquirido rango de derecho fundamental por lo dispuesto en el art. 25.1 CE, tal y como es entendido por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS 77/1983, 75/1984, 159/1986 y 61/1990, entre otras muchas) que se funda a su vez en el principio de seguridad jurídica (saber a qué atenerse) del art. 9.3 (SS 101/1988 y 93/1991, entre otras).

Conforme a lo que esta norma penal nos dice, y razonando de modo semejante a como lo hizo esta sala constituida en pleno en sentencia de 29 de julio de 1998 (caso Marey) a propósito de una norma de contextura similar a este art. 250.1.6.º, la del inciso 1.º del art. 432.2 del mismo CP, podemos afirmar que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la ‘especial gravedad’ del hecho, una sola cualificación, para cuya determinación la

ley penal impone tener en cuenta tres criterios:

1.º El valor de la defraudación.

2.º La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta sala (S. 12 de febrero de 2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1.º Es decir, en realidad este criterio 2.º no es un criterio más a añadir al 1.º

3.º La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia.

Repetimos, nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho ‘especial gravedad’ y para conocer si en el caso existe tal ‘especial gravedad’ el legislador nos impone tres criterios (en realidad sólo dos como acabamos de decir).

Vamos a distinguir dos casos.

A) Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de “especial gravedad”. Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el n.º 7.º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26 de abril 1991, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (SS de 16 de septiembre de 1991, 25 de marzo de 1992 y 23 de diciembre de 1992, y otras muchas).

En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas ‘especial gravedad’. Parece lógico entenderlo así como lo viene haciendo esta sala en muchas de sus resoluciones (SS de 23 de julio de 1998, 9 de julio de 1999, 12 de febrero de 2000, 7 de diciembre de 2000, 22 de febrero de 2001 y 14 de diciembre de 2001) que, en ocasiones, ha interpretado esta norma (250.1.6.º) en relación con la del

art. 235.3, a fin de evitar dar mayor extensión a la agravación paralela prevista para el delito de hurto (235.3) que a la ahora examinada, siendo más graves las penas de la estafa que las del hurto.

Con frecuencia alegan las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la conjunción copulativa ‘y’ en el art. 250.1.6.ª, en contraposición a la disyuntiva ‘o’ del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción ‘y’ o con la ‘o’ la agravación es única: la ‘especial gravedad’ a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar.

Repetimos, una cantidad por sí sola importante —puede ser la de seis millones antes referida— por sí sola permite la aplicación de esta cualificación.

B) Y cuando tal cantidad importante no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia, como lo hizo la sentencia de esta sala de 14 de diciembre de 1998 en que la perjudicada era una pensionista y la cuantía de la estafa ascendió a 1.707.000 pts. Como dice esta última resolución, la redacción actual de este art. 250.1.6.ª ‘ha introducido de alguna manera elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del art. 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva’. Véase también la sentencia de esta misma sala de 4 de octubre de 2000 que tuvo en cuenta la situación económica en que quedaron las víctimas, personas en paro que entregaron todos sus ahorros al autor del delito, aunque en este caso la cuantía de lo defraudado, superior a los treinta millones de pesetas, habría sido bastante, por sí sola, para aplicar la norma aquí examinada.”

3. En el caso presente son dos los episodios que nos relatan los hechos probados, el 2.º a su vez dividido en otros subepisodios, todos abarcados en uno solo a través de la norma reguladora del delito continuado, el art. 74 CP, en total cuatro hechos de estafa, por 2.500.000, 3.000.000, 4.500.000 y 5.000.000 pts. Ninguna de estas cifras puede considerarse por sí sola como merecedora de esa norma de “especial gravedad”, ya que no alcanza esa cifra de 6.000.000 a que antes nos hemos referido (apartado A). Al quedar todas por debajo de esta cuantía, habría de tenerse en cuenta la situación económica en que el hecho dejó a las víctimas. No conocemos cuál era la posición económica de los perjudicados y tampoco los efectos que estos hechos pudieron producir en sus patrimonios. Hay una duda respecto de esta circunstancia concreta, duda que hemos de resolver considerando que el hecho ocurrió en la forma que más habría de favorecer al reo (“in dubio pro reo”). Es decir, en este caso hemos de entender que era buena la mencionada posición económica de las víctimas y que, por ello, no quedaron en mala situación tras cada uno de los cuatro hechos de estafa antes referidos. En pro de esta tesis hay un hecho indiciario, que consiste en la facilidad con que tales dos hermanos pudieron disponer de esas cifras tan elevadas para entregárselas a Daniel.

La conclusión a la que hemos de llegar aquí es la de que los cuatro referidos actos de disposición encajan en el apartado B) antes referido. Y como ha de entenderse que ninguno de estos hechos determinó que las víctimas quedaran en mala situación económica, hay que concluir en que no es aplicable a cada uno de tales hechos defraudatorios esta agravación específica de “especial gravedad” del art. 250.1.6.ª del CP.

¿Qué es lo que ha ocurrido entonces? Simplemente, y así se deduce del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, que la sala de instancia ha tenido en cuenta la suma total de esas cuatro cantidades para aplicar esta agravación específica: 15.000.000 pts. por sí misma constituye esa “especial gravedad”. Y al mismo tiempo ha tenido que sumar esas cantidades tal y como lo ordena el art. 74.2 al existir un delito continuado que agrupa en su seno, como una infracción sola, esas otras cuatro. Es decir, esa suma se ha tenido en cuenta por dos veces para el cálculo de la pena a imponer. Y esto, como bien dice el recurrente y apoya el Ministerio Fiscal, constituye una vulneración del principio “in dubio pro reo”.

En consecuencia, hay que excluir la aplicación del citado art. 250.1.6.ª para aplicar solo la norma del art. 74, conforme luego razonaremos en segunda sentencia a la hora de concretar la pena a imponer.

Sentencia 291/2005, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2005

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Tras estimar la vulneración de la exigencia de imparcialidad del Juzgador a consecuencia del interrogatorio acusatorio efectuado por el Presidente

del Tribunal, advierte la Sala de la conveniencia de variar el escenario de las Salas de audiencia para que el letrado esté situado junto al acusado en el plenario de todos los juicios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

El Tribunal Europeo instaurado por el Convenio de 1950 citado, se ha pronunciado ya sobre el tema de la imparcialidad en varias sentencias, como las de los casos Piersack (1 de octubre de 1982) De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschild (24 de mayo de 1989), Oberschlick (23 de mayo de 1991), Pfeiber y Planki (25 de febrero de 1992), Saint Marie (16 de diciembre de 1992), Padovani (26 de febrero de 1993), Nortier (24 de agosto de 1993), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994) y Castillo Algar (28 de octubre de 1998). En varias de estas decisiones se ha distinguido entre pruebas subjetivas y objetivas de imparcialidad, o entre imparcialidad subjetiva y objetiva, atendiéndose para detectar la primera la convicción personal mostrada por un juez en un caso concreto y, respecto a la segunda asegurándose de que el juzgador ofrece garantías que excluyan cualquier duda a este respecto, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario, de la existencia en el caso de parcialidad en cuanto a la segunda se determina cuando se descubran actos del juez que despierten dudas en cuanto a su imparcialidad (párrafos 25, 26 y 27 de la sentencia Padovani y 33 de la sentencia en el caso Saraiva de Carvalho). Varias de las sentencias dictadas (Piersack, De Cubber, Hauschild, Padovani) destacan que está en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática y, en el caso de proceso criminal, en el propio acusado, si bien añaden que las sospechas de éste último, aunque importantes, no pueden ser decisivas, sino que esos temores deben estar objetivamente justificados.

Desde esta doctrina, la tesis del Tribunal “a quo”, de que existen pruebas autónomas e independientes de la posible nulidad de las intervenciones telefónicas —extremo que se pretendían verificar por la defensa con la prueba documental denegada—, considerando como tales las declaraciones del recurrente en el Juzgado de Instrucción y en el Plenario, no puede ser compartida.

En relación a la declaración en sede judicial del día 19 de enero de 2001 —folio 19—, ciertamente contó con las formalidades legales; presencia judicial, instrucción de derechos y presencia de letrado, se trató de la primera declaración prestada, pues no consta que lo hiciese en fase de atestado. Dicha declaración claramente autoincriminatoria fue efectuada bajo la seducción/sugestión de la realidad del hachís hallado, y se prestó al día siguiente de la detención. En esta situación, la validez de dicha declaración —al igual que otra posterior en idéntico sentido obrante al folio 67— dependerá de que, en la hipótesis de que las intervenciones telefónicas fueron nulas, se razone y motive en la instancia, de forma cumplida, la extensión de tal hipotética nulidad y su incidencia o no en la existencia de otras pruebas, singularmente en relación a la confesión efectuada en este escenario, a la vista de la doctrina de esta Sala en casos en los que junto con la nulidad de las intervenciones telefónicas declaradas se contabilizó con la declaración inculpativa del propio inculpativo —SSTS 408/2003, de 4 de abril; 498/2002, de 24 de abril; 998/2002, de 3 de junio y 1048/2004, de 22 de septiembre; entre otras—.

En relación a la confesión efectuada en el Plenario desde la doctrina expuesta más arriba es claro que el Tribunal perdió su imprescindible imparcialidad cuando, tras ne-

garse el recurrente a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal, en ejercicio de su derecho a guardar silencio, el Presidente asumiendo un rol acusador que le es impropio, dirigió toda una batería de preguntas que excedían, y con mucho, de las meras previsiones o matizaciones a que se refiere el art. 708 LECriminal que, en relación a los testigos, se refiere a "... preguntas que estime conducentes para depurar los hechos..." lo que ha sido interpretado por la doctrina más autorizada como una práctica judicial de la que se debe hacer un uso muy moderado y sólo para solicitar aclaraciones. Si estas prevenciones son en relación al interrogatorio de los testigos, es obvio que una mayor prudencia y moderación debe ser exigible en relación a preguntas efectuadas por el Presidente del Tribunal al acusado, y es obvio, que cuando éste se niega a responder a la acusación como ocurrió en este caso, no puede el Tribunal reproducir o efectuar un interrogatorio de naturaleza claramente acusatoria sin pérdida de la necesaria imparcialidad que debe guardar. A tal respecto, citamos la STS 429/1999, de 9 de marzo, de 1999 que en su supuesto menos relevante que el actual —se trató de la lectura acordada por el Presidente de unas declaraciones efectuadas en sede policial que no habían sido introducidas en el Plenario ni solicitadas por la acusación—, estimó la quiebra del derecho a un juez imparcial, porque tal iniciativa "... descubre una posición del juzgador aparentemente tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, ayudándole para suplir la omisión de una prueba cuya carga le correspondía frente al acusado, que fue luego interrogado sobre el contenido de la declaración leída sin que gozara de la posibilidad de instrumentar una meditada y bien preparada defensa ante la inesperada prueba que se realizó tras pronunciar su defensa el informe correspondiente..."

La sanción en tal caso, sigue razonando la expresada sentencia, ha de ser no sólo "... proceder la nulidad a efectos probatorios de

la prueba así realizada, sino que al haberse privado al acusado de su derecho a ser juzgado por un Tribunal que no recurría en el caso la necesaria imparcialidad objetiva... es preciso que se vuelva a repetir el juicio ante un Tribunal compuesto por otros jueces para evitar cualquier riesgo de que, aún de manera inconsciente y no querida, pueda verse comprometida la necesaria imparcialidad objetiva..."

En el caso de autos, el Tribunal al efectuar el interrogatorio, tomó el partido de la acusación descendiendo a la arena del combate, situándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1332 a cuyo espíritu hay que seguir siendo obediente "... No; los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates..."

Podrá cuestionarse porqué el recurrente que se negó a responder al Ministerio Fiscal, lo hizo al Presidente del Tribunal, no es difícil apuntar una respuesta: la acusación era del Ministerio Fiscal a quien se negó responder, hay que suponer, razonablemente, que no pudo prever que el Presidente del Tribunal le iba a efectuar un interrogatorio como el que le efectuó, la propia escenografía del Plenario, con el Tribunal situado en medio del Ministerio Fiscal y de la defensa ya indica un papel de aquél diferente, distinto y distante del de la Acusación, si a la sorpresa de las preguntas, se une el aislamiento en que se encuentra situado el acusado en la Sala de Vistas, asistido de letrado pero aislado de él y sin su cercanía y sin su comunicación confidencial, no es difícil comprender las respuestas positivas que dio.

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 fisi-

ca, 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.

No existe tal prevención en relación a los otros juicios, con lo que se impide esa inmediata comunicación, que, para ser llevada a cabo exige la interrupción de la Vista.

Ciertamente, esta exigencia habría que hacerla compatible con el art. 187 de la LOPJ que prevé que los abogados se sientan a la misma altura del Tribunal, pero vista la

colisión de los intereses en conflicto, parece claro que el juicio de ponderación debe inclinarse en favor de la superior entidad que tiene —que tendría— para el mejor desarrollo del derecho de defensa que, el letrado estuviese situado junto a su cliente/defendido, en comunicación permanente con él. La única excepción estaría representada por la existencia de razones de seguridad que exigiese una severa custodia del inculpado.

Hay que concluir afirmando que el derecho a un juicio imparcial quedó vulnerado por la actuación ya analizada y que en consecuencia, también este motivo segundo va a prosperar, y al igual que en el primer motivo, procede declarar la nulidad de la sentencia.

Sentencia 340/2005, Sala de lo Penal del TS, de 8 de marzo de 2005

MIEDO INSUPERABLE

Art. 20.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras recordar la doctrina jurisprudencial al respecto, se aprecia la eximente de miedo insuperable en un supuesto de transporte de droga.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Duodécimo.—(...)

La doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una

acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal te-

nido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10 del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S. de 16 de julio de 2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S. de 16 de julio de 2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/1999, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable,

la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990). En parecidos términos la STS 1382/2000, de 24 de octubre, en la que se afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (v., SS. de 29 de junio de 1990 y de 29 de enero de 1998, entre otras).

El relato fáctico refiere que el acusado presentaba ciertas anomalías de carácter psíquico, infantilidad e inocencia, y que había sido operado de un tumor cerebral. Capitaneaba una embarcación de ocio y se dirigía desde la localidad colombiana de Cartagena de Indias hacia las Islas Canarias. En ese contexto recibe la visita de unas personas que le exigen el transporte y le comunican datos de la vida privada de sus padres, que comprueba con una llamada a éstos quienes le afirman haber recibido la misma visita y el temor que les producía y la idea de que pertenecían a una organización terrorista. Ese temor le induce a realizar lo que no quiere para evitar un mal cierto a su familia. Ante esa situación, teniendo en cuenta que la exención afecta a la inexigibilidad de otra conducta, el acusado realiza el transporte con la finalidad de evitar el mal anunciado y, desde su perspectiva, avalada por datos objetivos, seguro.

Consecuentemente, procede estimar la impugnación declarando concurrente la exención de miedo insuperable que se insta en el recurso.

Sentencia 312/2005, Sala de lo Penal del TS, de 9 de marzo de 2005

PRESCRIPCIÓN

Art. 114 Código Penal 1973 (Art. 132 Código Penal 1995)

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Audiencia, entiende el Tribunal Supremo que la declaración prestada en otra causa es un acto que interrumpe la prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Nacional absolvió al acusado de los delitos de los que le acusaba el Ministerio Fiscal, al entender que debía ser apreciada la prescripción. Los hechos ocurrieron en el mes de mayo de 1982. Las diligencias correspondieron al Juzgado Central de instrucción n.º 1, dirigiéndose el procedimiento contra varias personas a las que no afecta la sentencia impugnada. En los antecedentes de hecho de la sentencia se recoge que en febrero de 1995 el Juzgado de instrucción Central n.º 5 remitió al n.º 1 testimonio del atestado y declaraciones judiciales e informes médico forenses de Carlos Antonio, obrantes en las Diligencias Previas 156/1993 instruidas en mayo de 1993, por un delito de pertenencia a banda armada, para su unión a la presente causa.

El Fiscal solicitó entonces la reapertura de las actuaciones y la práctica de varias diligencias de investigación, y visto su resultado, interesó la conclusión del sumario, lo cual fue acordado por el instructor, y ante la

Sala de lo Penal, solicitó el sobreseimiento provisional, lo cual fue también acordado.

El sumario fue reabierto en junio de 2003, y se dirigió la acusación contra el mencionado Carlos Antonio.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en la que declara probados unos hechos en los que no menciona al acusado ni realiza ninguna referencia a su participación, y acuerda la absolución al entender que, siendo el plazo de prescripción de 20 años, éste ha transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la última reapertura del sumario, sin que hasta entonces se haya dirigido el procedimiento contra el acusado y sin que la anterior reapertura tenga efectos interruptivos del plazo de prescripción, ya que su declaración como imputado se produce en otra causa y una vez que su contenido constó en este procedimiento no se acordó su procesamiento.

Tercero.—(...)

El precepto aplicable, artículo 114 del Código Penal de 1973, dispone que el plazo de prescripción se interrumpirá desde que el

procedimiento se dirija contra el culpable, redacción muy similar a la del vigente artículo 132. La interpretación de esta exigencia, dejando a un lado la incorrección de referirse en ese momento al “culpable”, ha planteado algunas dificultades.

La doctrina mayoritaria de esta Sala, en relación al hecho de la iniciación del proceso y a que se dirija contra el culpable, ha entendido hasta ahora que si bien no es suficiente la mera apertura del procedimiento y el inicio de actuaciones para averiguar la forma en que ocurrieron los hechos y las personas que fueran eventualmente responsables, basta la presentación de una denuncia o querrela ante el Juzgado con una suficiente identificación de la persona contra la que se dirige para que se interrumpa el plazo de prescripción, sin necesidad de ninguna actuación judicial relativa a la admisión a trámite. Se entiende que esas actuaciones suponen ya la existencia de procedimiento a estos efectos, cuya fecha se acredita mediante el registro judicial de la actuación de parte. El mismo valor tendría la presentación de un atestado por la Policía o de una denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal.

(...)

Cuando se trata de un procedimiento ya iniciado, para entender que se dirige contra el culpable interrumpiendo el plazo de prescripción, se ha exigido una actuación procesal de contenido sustancial, que signifique la iniciación o la continuación de las actuaciones judiciales encaminadas a la averiguación de unos determinados hechos, contra una o varias personas identificadas, total o parcialmente, aunque siempre de forma mínimamente suficiente, a las que se considere responsables de aquellos. Es claro que deben valorarse de esta forma los actos judiciales de inculpación, así como otras decisiones judiciales que supongan atribuir a una persona determinada el status de imputado en relación con unos determinados hechos, como la citación para declarar en tal concepto. Incluso algunas sentencias como la 751/2003, antes citada, han entendido que basta con la aparición del dato inculpativo

en las actuaciones o con la imputación realizada por un testigo o un coimputado, aunque no se haya dictado una resolución judicial que, recogiendo ese dato, cite como imputada a una persona (STS n.º 17/2005, de 3 de febrero, que cita las de 30 de diciembre de 1997, 9 de julio de 1999, 16 de julio de 1999 y 4 de junio de 1997).

En cualquier caso, y con independencia de las particularidades de cada supuesto, “lo que la Ley exige, en todo caso, no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable, dado que lo que determina la extinción de la responsabilidad es el aquietamiento de la acción y que la acción sólo se impulsa mediante actos que tiendan a su realización”, (STS n.º 1559/2003, de 19 de noviembre, que cita la STS n.º 1035/1994, de 20 de mayo).

(...)

Cuarto.—En las actuaciones consta que Carlos Antonio, detenido tras su expulsión de Nicaragua, presta declaración policial el 1 de junio de 1993, en Madrid. Reconoce haber pertenecido a ETA. Entre otros muchos hechos confirma su participación en el ataque al cuartel de la Policía Nacional de Baracaldo en mayo de 1982, que constituye el objeto de esta causa.

El cuatro de junio de 1993, declara ante el Juez Central n.º 5. En esa declaración, que presta en calidad de imputado, se hace una mención expresa a la declaración policial, y reconoce que ha firmado esas declaraciones. Asimismo declara que lo que aparece en las declaraciones es lo que él dijo. Se le pregunta concretamente por el hecho objeto de esta causa, esto es, el lanzamiento de granadas contra el cuartel de la Policía Nacional en Baracaldo, del 19 de mayo de 1982, y manifiesta que no desea responder. Por lo tanto, declaró ante la autoridad judicial en calidad de imputado también por el hecho objeto de las presentes diligencias.

El 21 de febrero de 1995, el Juez Central n.º 1 acuerda la reapertura del sumario, que estaba provisionalmente sobreesido, en vis-

ta de las nuevas actuaciones, consistentes prácticamente en las declaraciones de Carlos Antonio, a propuesta del Fiscal, que en su informe pone de relieve que no existe ratificación judicial de las mismas. Las diligencias consisten en la comprobación de la existencia de huellas en la furgoneta y en las armas relacionadas con el hecho delictivo investigado y en la averiguación de paradero de un tercero. En el auto no se menciona para nada a Carlos Antonio. No consta la adopción de ninguna medida cautelar.

El 28 de marzo, el Fiscal interesa la conclusión del sumario sin que se haya adoptado medida alguna contra Carlos Antonio. El 29 de marzo el Juez lo declara concluso y el 7 de junio de 1995 la Audiencia acuerda el sobreseimiento.

La Audiencia entiende que al no haberse acordado la continuación del procedimiento contra el acusado, no se puede aceptar como acto interruptivo la declaración prestada en otra causa.

Esta Sala no comparte este criterio. El acusado fue detenido y en sede policial se le imputaron una serie de hechos, cuya comisión reconoció en su declaración. La Policía presentó al detenido ante el Juez de guardia basándose en que había reconocido su participación en unos determinados hechos; el Juez lo tuvo como imputado, informándole debidamente de sus derechos, permitiéndole la asistencia letrada que según la ley le correspondía, y recibiendo declaración en tal condición de imputado respecto de todos los hechos que previamente había reconocido en su declaración policial, entre otros, aquellos de los que aquí se le acusa.

En ese momento, el procedimiento penal, por todos y cada uno de esos hechos, se dirigió contra el detenido, pues se le informó de sus derechos, se le ilustró acerca de la imputación y se le recibió declaración sobre el contenido de la misma, por lo que el plazo de prescripción fue interrumpido. El Juez de instrucción que le recibió declaración como imputado habría sido el responsable de la investigación de todos los hechos reconocidos de no ser por la previa incoación de

otras causas por alguno o algunos de ellos. Por ello, el que por alguno de esos hechos se hubiera incoado con anterioridad otro u otros procedimientos, es una cuestión puramente procesal que, aunque determinó la remisión de los oportunos testimonios, en nada influyó en el aspecto material de la decisión judicial teniendo al detenido como imputado.

Tampoco es decisivo a efectos del valor sustancial de la actuación procesal el que la declaración se haya realizado ante el Juez de guardia o ante el responsable de la instrucción del procedimiento anteriormente incoado. Lo que resulta de importancia es que la decisión sobre la imputación fue adoptada por un Juez, que la declaración es válida y que ha sido prestada ante la autoridad judicial competente.

Cuestión distinta es si el material obtenido durante la investigación es suficiente para presentar una acusación. Esa es una decisión que correspondía adoptar al Ministerio Fiscal. Pero en todo caso se produce con posterioridad a la interrupción de la prescripción, a la cual no afecta, pues el Código, al requerir que el procedimiento se dirija contra el culpable, no exige que posteriormente se acuerde el procesamiento o que se presente acusación.

Colateralmente a la decisión de la Audiencia Nacional, podría plantearse el valor de las imputaciones realizadas de forma fraudulenta con la finalidad de conseguir una aparente interrupción de la prescripción. Tal forma de actuar no podría considerarse ajustada a derecho, supondría un fraude de ley rechazable conforme al artículo 11.2 de la LOPJ, y por lo tanto no se le podrían reconocer efectos de ninguna clase. Pero, en este caso, no existe ningún dato que abone esta posibilidad, pues incluso el acusado manifestó ante el Juez que lo que constaba en su declaración policial efectivamente había sido manifestado por él, y reconoció su firma.

Por lo tanto, el motivo se estima, lo que determinará la anulación de la sentencia y la devolución de la causa a la Audiencia para

que dicte nueva sentencia, valorando la prueba respecto de la participación del acusado en los hechos, y resolviendo lo que resulte procedente en Derecho.

La Sala se ha planteado si la nueva sentencia debe ser dictada por los mismos Magistrados que dictaron la que ha sido anulada o por otros diferentes, en atención al tiempo transcurrido desde la celebración del

juicio. Las especiales particularidades del caso, entre las que se encuentra el que ya se ha reflejado la valoración de la prueba respecto de los hechos, así como el examen de las practicadas en el juicio oral ya celebrado, aconsejan no declarar la nulidad del juicio, que formalmente no ha sido solicitada, de manera que la nueva sentencia debe ser dictada por los mismos Magistrados que dictaron la que se anula.

Sentencia 320/2005, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2005

COMISIÓN POR OMISIÓN

Art. 11 Código Penal

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

SÍNTESIS

Al margen de otras cuestiones, se ocupa la sentencia (dando respuesta afirmativa) de si persiste la posición de garante de la madre, en relación a las lesiones causadas a su hija por el compañero de aquella, pese a que legalmente está conferida la guarda de la menor a una institución pública.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El segundo motivo se formula al amparo del art. 849.1.º LECr., por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto por aplicación indebida del art. 11 del CP, que regula la figura de la comisión por omisión, así como por inaplicación del art. 450 del CP que tipifica el delito por omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución.

En apoyo de esta censura se alega que el art. 11 del CP aplicado por la Sala sentenciadora, lo es desde la adjudicación a la acusada de una posición garante respecto de la menor, y ciertamente, desde el estricto punto de vista legal, tal posición no la ostenta la

madre acusada, toda vez que es la Junta de Extremadura a través de sus Centros de Menores —en este caso el de Valcorchero— quien la tiene reconocida y asumida legalmente. Subraya el motivo que, como viene reconociendo la doctrina científica, debe concurrir una específica obligación legal o contractual de actuar como garante, y dicha posición tiene carácter taxativo de forma que el tenor literal del precepto no admite otras posibles fuentes que generen formal o materialmente posiciones específicas de garantía, con el fin de establecer el juicio de equivalencia entre la conducta omisiva y la causación del resultado.

Añade el recurrente que de la comisión por omisión quedan excluidas las obligaciones de naturaleza moral, de suerte que el art. 11 CP requiere para su aplicación la verificación de una posición de garante con específicos deberes de actuar establecidos por el Ordenamiento Jurídico, situación que no asume la acusada a quien únicamente se le exige una obligación “general y natural que como madre biológica le atañe cuando recibe en su domicilio a la menor, y del incumplimiento de sus deberes respecto de la pequeña que se le confía, no puede derivarse otra responsabilidad que la de castigar su inactividad —omisión propia— en los términos prevenidos en el art. 450 del Código Penal, pero nunca basando dicha inactividad en una posición de garante de la que se le ha privado por conducto reglamentario”.

Para la resolución de este reproche casacional debemos señalar, en primer lugar que, efectivamente, el “factum” de la sentencia recurrida nos dice que la víctima (y otros dos hermanos menores) “se encontraban tutelados por la Junta de Extremadura e internados en el Centro de Menores de Valcorchero de Plasencia por Resolución de 2 de febrero de 2000”. Este dato fáctico se corresponde con el contenido de la citada disposición administrativa (Folios 61 a 63) que, constatando la situación de desamparo de los menores en el domicilio familiar, y con invocación de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, resuelve “asumir la Tutela Administrativa” de la víctima y sus hermanos.

Esta resolución tiene sustancial incidencia en el art. 154 CC, que impone a los padres el deber de cuidar y velar por los hijos menores derivado de la patria potestad de aquéllos, patria potestad que es la fuente legal de dichas obligaciones y que atribuye a los padres la cualidad de garantes de la seguridad de sus hijos. Ahora bien, lo cierto es que la citada LO de Protección Jurídica del Menor, modificó, entre otros muchos, el art. 172 CC, que establece que “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, es-

té encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal”. Y seguidamente establece que “la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”.

A la luz de estos preceptos, una primera aproximación al problema permitiría considerar que la acusada no ejercía los derechos y deberes propios de la patria potestad cuando se ejecutaron los hechos, en tanto que esa fuente de obligaciones de cuidado y vigilancia de los hijos se encontraba en suspenso por disposición legal mientras éstos se encontraban tutelados, de hecho y de derecho, por las Instituciones Públicas competentes.

Pero esto no significa que la acusada se hubiera eximido de su condición de garante al menos en aquellos períodos de tiempo en que los menores vivían en el domicilio de aquélla, saliendo transitoriamente de la esfera de protección que los brindaba la Junta de Andalucía como tutor legal, para ingresar en el marco de protección y cuidado a que estaba obligada la acusada durante el tiempo de convivencia de sus hijos menores en su domicilio puesto que en tales circunstancias, la suspensión de la patria potestad, de que en ningún caso se había privado a la acusada, sino que solamente se había interrumpido, volvía a recaer sobre la madre de la menor en aquellos períodos de tiempo en los que la tutela pública de guarda y custodia no podía ser efectivamente ejercida, y en esos supuestos de vacaciones o visitas temporales quedaba alzada la suspensión de la patria potestad de la madre, que ésta recobraba con todos los deberes inherentes a la misma.

Por otra parte, y como complemento de lo expuesto, debemos subrayar que la ley no hace nacer derechos y obligaciones sólo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho. La no

infrecuente referencia legal a consecuencias jurídicas derivadas de una relación de afectividad análoga a la conyugal es buena prueba de ello e igualmente lo es —con especial importancia para la resolución de la cuestión que nos ha sido sometida— la mención de la guarda de hecho que encontramos en los arts. 303, 304 y 306 CC y en los arts. 153 y 192 CP. Concretamente, el art. 303 CC autoriza a la Autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a “requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. El hecho de que el juez pueda requerir al guardador de hecho a que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus

efectos, formalidad ni mandato expreso alguno.

En el caso presente, aunque a efectos dialécticos se entendiera que la patria potestad de la menor maltratada salvajemente no era ejercida por la acusada, según lo expuesto, al ingresar aquella temporalmente en un núcleo familiar integrado por su propia madre y el compañero sentimental de ésta, la acusada debía asumir inevitablemente la guarda de hecho y los deberes propios de cuidado y protección de ella derivados en aquellos períodos temporales en que —aparte del acusado— era la única persona que podía velar por la menor. Reiterando el criterio mantenido en un supuesto muy similar, examinado en la STS de 9 de octubre de 2000, hay que afirmar enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la hija menor, a la que la recurrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de las criminales agresiones y maltratos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la autoría en los términos del art. 11 CP para la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 407/2005, Sala de lo Penal del TS, de 23 de marzo de 2005

INTRUSISMO. ESTAFA

Arts. 248, 402 y 403 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras ofrecer la sentencia la doctrina general del Tribunal Supremo en torno al delito de intrusismo, la entiende compatible, en la situación concreta enjuiciada, con el de estafa, tras estudiar también las posibles relaciones concursales entre los dos delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El vigente Código Penal en el Capítulo V del Título XVIII se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los arts. 320 y 321 del Código Penal 1973. Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas —art. 402—, o privadas —art. 403—. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de “actos propios” de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el art. 403, su precedente se encuentra en el art. 321 del anterior Código Penal como ya se ha dicho que los incluía dentro del Título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas “falsedades personales”.

El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del Código Penal 1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título —de existir— ampararía, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legitimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: a) el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptualizar este delito como de peligro “... peligros que su

ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita...” —STS de 20 de julio de 1993— y b) protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión, como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas, debe prevalecer la primera en la medida de la superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc. etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.

A la hora de tipificar el intrusismo —siendo la primera vez que aparece este término aparece en la rúbrica de un Código Penal—, el vigente Código Penal distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

a) La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del art. 637.

b) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título

oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito "... que tantos problemas ocasiona..." en palabras de la STS 454/2003, de 28 de marzo con cita de la de 12 de noviembre de 2001.

c) El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el art. 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado.

La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto.

Por "acto propio" debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una "lex artis" o específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida —SSTS de 18 de mayo de 1979, 22 de abril de 1980, 27 de abril de 1989, 30 de abril de 1994 y 41/2002, de 22 de enero—.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural "actos propios", por lo que no se necesita una reiteración de actos basta uno sólo, pero si son varios los actos no existe una continuidad delictiva sino un sólo delito de ejercicio de actos propios de una profesión se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el art. 368 "... los que ejecuten actos..." —SSTS de 29 de septiembre de 2000, 2006/2001, de 12 de noviembre y 41/2002, de 22 de enero—.

(...)

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: a) recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa, b) efectuó diagnóstico y c) ordenó "tratamientos" y "terapias" acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendían en los términos expresados, actos todos que constituyen "actos propios" de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico —de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del art. 403.2.º—, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la "especialidad" en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en

base a esa confianza el paciente se pone — literalmente— en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente.

Tercero.—(...)

La situación concursal entre el delito de intrusismo y el de estafa ha sido estudiada en diversas ocasiones por esta Sala, contabilizándose sentencias tanto en el sentido de estimar absorbida la estafa dentro del intrusismo, o la coexistencia independiente de ambas infracciones, en concurso real.

Las sentencias de 7 de junio de 1986 y 3 de marzo de 1997, enfocando la conexión con la estafa en relación al hecho de haber cobrado honorarios el intrusista, estima que no por ello existe estafa y que en toda esta antijuridicidad queda englobada o subsumida dentro del intrusismo, se trata de la retribución del acto, una vieja sentencia de 14 de febrero de 1959 sostenía el mismo criterio de estimar implícita e inherente al delito de percepción de honorarios.

En sentido contrario, la STS de 18 de mayo de 1991 atendiendo al bien jurídico protegido por el delito de intrusismo estima que no es un delito patrimonial y por lo tanto no puede incluir en sí mismo el disvalor propio

de la estafa, con la consecuencia de optar por la autonomía de ambas figuras.

La STS 295/1996, de 3 de marzo de 1997, estimando que el cobro de honorarios por el intrusista, viene a ser una consecuencia lógica del ejercicio de esos actos indebidos, no pueden dar vida al delito de estafa, aunque lo que matiza que "... situación distinta sería la que se presentase en el caso de que el acusado hubiese obtenido un lucro adicional y al margen del cobro de los honorarios debidos por los actos médicos que realizó...".

Más recientemente la STS 41/2002, de 22 de enero, en un caso de ejercicio de actos propio de un abogado por quien no lo era, estimó, además, la existencia del delito de estafa condenando por tal.

Las SSTs 1612/2002, de 1 de abril de 2003 y 454/2003, de 28 de marzo, no abordan directamente el tema de la compatibilidad entre el intrusismo y la estafa porque si bien es cierto que en la instancia se había condenado por ambas infracciones, en la casación se absolvió del delito de intrusismo porque en la primera sentencia se trataba de un médico que efectuó actos propios de la especialidad de oncólogo, lo que desplaza la posibilidad de la existencia de intrusismo desde la doctrina existente en relación al médico y al especialista, y en el segundo porque no existieron actos propios de la profesión de abogado.

Sentencia 415/2005, Sala de lo Penal del TS, de 23 de marzo de 2005

DETENCIÓN ILEGAL. AUTORÍA MEDIATA. ACUSACIÓN FALSA

Arts. 28, 163 y 456 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aprecia detención ilegal en autoría mediata en la conducta de quien utiliza instrumentalmente a la policía y al juez de instrucción, mediante acu-

sación falsa, para privar de libertad a otro. Se analizan los problemas concursales (y de aplicación del principio acusatorio) entre estos distintos delitos y el de falsificación documental, también presente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como consecuencia del anterior, denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al inaplicar el art. 163.3 del Código Penal y aplicar indebidamente el apartado 4.º del mismo precepto, en ambos casos con aplicación de la regla específica derivada de la condición de funcionario público contenida en el art. 167 del Código Penal. La diferencia entre ambos preceptos radica en que en el apartado cuarto, el aplicado en la sentencia impugnada, se condena cuando la detención es para presentarlo a la autoridad judicial, en tanto que en el tercer apartado el supuesto típico se refiere a una detención por más de quince días.

El motivo debe ser estimado una vez que el relato fáctico ha sido modificado. La sentencia impugnada realiza una motivación sobre la subsunción del hecho en el párrafo cuarto del art. 163 con una argumentación que, sintéticamente, viene a decir que el contenido de la detención ilegal se agota cuando el sujeto pierde el dominio sobre la persona del detenido, de manera que la puesta a disposición judicial, o de otros funcionarios de policía, impide que los hechos puedan ser subsumidos en la detención ilegal, pues son otros los funcionarios que actúan sobre ella, y la mendacidad de la acusación debe ser subsumida en el delito de acusación y denuncia falsa.

Tal argumentación no puede ser comparada. El relato fáctico refiere que el acusado, funcionario de policía, con la finalidad de tender una trampa a Luis, procede a su detención en ejecución de lo planeado. Hacen ir al perjudicado a un lugar donde le dejarán a cargo de una bolsa que contenía 3.000 pastillas de éxtasis con un peso de 887 gramos

de MDMA, y una pistola del calibre 7,65. En el atestado, para dar mayor credibilidad a las circunstancias de la detención hizo constar, como fundamento de la detención que oyó una conversación entre el detenido y un tercero en la que se decía que “estas son para pasarlas esta tarde”, participando que el motivo de la detención era por delito contra la salud pública y por tenencia ilícita de armas. Con esos antecedentes es lógico que tanto los funcionarios de policía que recibieron al detenido, como el Juez, a cuya disposición se puso al detenido, acordaran la detención y la prisión, pues en ejercicio de sus respectivas competencias tal medida cautelar debía ser acordada y era la procedente en aplicación de los arts. 292 y siguientes y 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se trata de un supuesto de autoría mediata en el que un sujeto realiza el tipo de la detención ilegal utilizando a otro como instrumento, en este supuesto los otros funcionarios de policía que confeccionan el atestado y el Juez que acuerda la prisión tras la lectura del atestado policial y recibirle declaración, son instrumentos que actúan conforme a derecho. El acusado tuvo dominio del hecho pues imputa falsamente la comisión de unos hechos delictivos muy graves, tráfico de drogas, susceptible de ser agravado por la notoria importancia y delito de tenencia ilícita de armas, cuya gravedad y la experiencia del propio funcionario en casos similares, le informan la actuación judicial en orden a la prisión provisional. El instrumento empleado ha actuado, al acordar la detención y la prisión, conforme a derecho y movidos por el engaño sobre la comisión de dos delitos graves.

La calificación de los hechos en el tipo del número 4 del art. 163 CP, no plantea problema alguno desde el hecho probado. El acusado construye, falsamente, un supuesto de la detención y esa mendacidad la convierte en detención ilegal.

La aplicación del apartado 3.º, la duración por más de 15 días, no la ha realizado directamente el funcionario policial acusado, que puso al detenido a disposición de la comisaría, pero si ha utilizado a sus compañeros y al Juez de instrucción como instrumentos que actuarían conforme a derecho para acordar, en primer lugar, la detención, y, a continuación, la prisión (arts. 292 y 503, respectivamente, LECrim.). Se arguye, en contra, que los policías que recibieron al detenido y el Juez de instrucción podrían, en ejercicio de sus competencias adoptar otra resolución contraria a la detención. Esa argumentación se desvanece si atendemos a las reglas de la lógica y a las de experiencia que nos indican que, en supuestos como el expuesto y en el que el propio policía expresa que oyó que su destino era el tráfico de la sustancia, la medida cautelar de prisión era no sólo procedente, también segura, en todo caso, dentro de los parámetros de previsibilidad propias del dolo eventual.

La sentencia impugnada refiere para la absolución del art. 163.3 CP que el acusado habría perdido el dominio del hecho al poner a disposición de la comisaría al detenido. Ese argumento tampoco es atendible. Si por dominio del hecho entendemos la posibilidad del sujeto que actúa de ordenar su conducta de acuerdo a la norma, el acusado tuvo esa posibilidad, pues la norma que, en este caso, obliga a no privar de libertad ilegalmente, el sujeto pudo desarrollar su conducta para reponer la libertad indebidamente restringida y esa actuación la pudo realizar durante los 15 días que prevé el art. 163.3 CP.

Consecuentemente, el motivo se estima, procediendo imponer la pena de prisión de seis años y medio a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a diez

años de conformidad con el art. 163 y 167 del Código Penal.

Tercero.—En el tercer motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 456 del Código Penal, el delito de acusación y denuncia falsa por el que ha sido condenado, y la inaplicación del art. 390.1.4, el delito de falsedad documental.

La sentencia impugnada altera la calificación de la acusación pública. Esta había calificado los hechos de falsedad en documento público, al faltar a la verdad en la narración de los hechos contenida en el atestado policial, concretamente en el supuesto de la detención que dio origen a la iniciación del atestado. La sentencia califica los hechos de acusación y denuncia falsa, entendiendo que no hay vulneración del principio acusatorio y que el delito de acusación falsa es especial con respecto a la falsificación documental, la finalidad de engañar a la administración de justicia que era perseguida por el autor.

La cuestión que se plantea en el recurso es similar a la que fue objeto de la STS 1646/2002, de 22 de octubre. En aquel supuesto, como en éste, los acusados documentaron, como oficiales públicos, hechos que no han tenido lugar, como si realmente hubieran ocurrido. Se argumentó que “no cabe duda que esta constatación reúne los requisitos de perpetuidad y de garantía que son caracteres generales de los documentos, dado que han sido registrados sobre el papel del atestado policial confeccionado y permiten la identificación de los autores de las declaraciones que contienen. Asimismo tampoco cabe ninguna duda de que tienen también valor probatorio, toda vez que, permiten acreditar procesalmente —mientras no se demuestre su falsedad— la práctica de determinadas diligencias y sus resultados, proporcionando la prueba inicial necesaria para la apertura de una causa judicial contra una determinada persona. Es conveniente aclarar que el hecho de que las diligencias del atestado no constituyan una prueba idónea para condenar, según una reiterada juris-

prudencia generada a partir de la STC 31/1981, no priva a las diligencias del atestado de función probatoria, pues —como lo hemos señalado— se trata de una prueba legalmente idónea, aunque limitada de la sospecha inicial que permite la apertura de la causa contra una persona.

El delito de falsedad en documento público se consuma con la confección del documento por el funcionario, sin necesidad de un uso posterior. Es claro que en ese momento se vulnera la llamada 'fe pública', es decir, la confianza de la generalidad en la veracidad del contenido de la declaración documentada por el oficial público. El uso posterior comporta una nueva acción. Cuando esta nueva acción constituye una denuncia falsa se afectan otros bienes jurídicos que en modo alguno están ya implícitos en la falsedad documental. La falsa denuncia, cualquiera sea la dificultad para delimitarla respecto de los delitos contra el honor, en particular la calumnia, afecta no sólo a la Administración de Justicia, generando el riesgo de persecución penal de un inocente, sino también el honor de la persona afectada, aspectos del hecho que no están alcanzados por la 'fe pública'.

Consecuentemente, no cabe el concurso de delitos que la sentencia aplica y resuelve por el principio de especialidad, en realidad no concurrente. Se trata de dos tipos penales distintos con un ámbito de actuación y aplicación distinto".

En otro orden de cosas conviene señalar que la subsunción que realiza el tribunal de instancia en el delito de acusación y denuncia falsa, cuando los hechos habían sido calificados por la acusación de falsedad documental, presenta problemas derivados de la lesión al principio acusatorio dada la falta de homogeneidad entre ambos tipos penales y la distinta conformación del bien jurídico que, respectivamente, se protege por ambos tipos penales.

Por otra parte, la calificación de los hechos en la detención ilegal y en la acusación

y denuncia falsa, puede ser vulneradora del principio "non bis in idem", en la medida en que la falsa imputación de un hecho es doblemente valorada como presupuesto de la acusación y denuncia falsa y como presupuesto de la detención ilegal. Esa vulneración no se produce en el delito de falsedad documental —en cuanto incorpora al atestado hechos falsos— que agotan su contenido antijurídico a la falsedad y, además, se procede a la detención ilegal de una persona, conducta subsumible en el art. 163.3 CP en los términos anteriormente realizados.

Por último, la defensa del recurrido opone a la estimación del recurso del Ministerio fiscal que su defendido no actúa en funciones públicas, sino que es un particular que realiza una mendacidad en una comparecencia policial. Tampoco es atendible ese argumento. El acusado es funcionario de policía que aprovecha esa condición para actuar como policía judicial y es requerido por otros coimputados por esa condición policial, presentándose en comisaría bajo su condición de policía.

Consecuentemente, procede estimar el recurso y aplicar a los hechos probados el tipo penal de la falsificación documental del art. 390.1.4 del Código Penal, absolviéndole del aplicado de denuncia falsa, que no fue objeto de acusación.

Ambos delitos, el de falsedad y el de detención ilegal concurren idealmente, por lo que es de aplicación el art. 77 CP, procediendo imponer una pena de 7 años y nueve meses de prisión y de 11 años de inhabilitación absoluta. La pena procedente es de 7 años y 3 meses a ocho años, dado el pago de la norma específica del concurso ideal, mas beneficioso que su punición separada. La gravedad de los hechos probados y la reiteración de la conducta antijurídica, no solo en este hecho, también cuando atiende llamadas de los coimputados asesorando la conducta a seguir para la impunidad o la advertencia de seguimiento, hacen procedentes esta pena.

Sentencia 409/2005, Sala de lo Penal del TS, de 24 de marzo de 2005

COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL. TEORÍA DE LA UBICUIDAD
Arts. 23.1 y 4.f) y 65.1.e) LOPJ; 8 y 14 LECrim.

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

SÍNTESIS

Desestimada la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley en un caso de apresamiento de embarcación e incautación de droga en aguas internacionales instruido por un Juzgado “ordinario” y enjuiciado posteriormente por una Audiencia Provincial, la Sala considera razonada la interpretación y aplicación efectuada de las reglas de competencia objetiva y territorial con base en la teoría de la ubicuidad aceptada en su reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 (recogido en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al motivo primero por infracción de precepto constitucional con fundamento en el art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 que consagra el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, en relación con el art. 65.1.e) en relación al art. 81.1.1 y 238.1 LOPJ, art. 8 LECrim. por entender que conforme lo dispuesto en los arts. 23.4.f) y 65.1.e) LOPJ. la competencia de estos hechos por haber sido apresada la embarcación en aguas internacionales, le correspondería a la Audiencia Nacional.

El motivo deviene improsperable.

El derecho al Juez ordinario legalmente predeterminado, que expresamente contempla el artículo 24.2 de la Constitución Española, supone que: a) el órgano judicial ha sido creado previamente por una norma

jurídica; b) esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial de que se trate; y c) su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983). De modo que al venir su composición previamente determinada por la Ley, se preste la debida garantía de independencia e imparcialidad del llamado a juzgar.

Todos estos requisitos concurrían, sin duda, en la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia cuando enjuició los hechos de los que el presente Recurso trae causa.

Partiendo de esta premisa debemos señalar, como ya ha establecido esta Sala en resoluciones anteriores (entre otras 6 de febrero de 2001 y 25 de enero de 2001) que la mera existencia de una discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distri-

buye la competencia sobre los órganos de la jurisdicción penal ordinaria, no constituye infracción del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como ha señalado SSTC las cuestiones de competencia reconsiderables al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el pleno de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/1984, 8/1998, 93/1998, 35/2000).

El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 25/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC 262/94, de 3 de octubre.

Segundo.—(...) En el supuesto que examinamos, de acuerdo con la doctrina que se acaba de dejar expresada, en modo alguno se vulneró el derecho al Juez predeterminado por la ley al conocer de la instrucción de la causa un Juez ordinario, investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a los hechos, sin que en el proceso que desembocó en la sentencia impugnada se hubiera producido indebido desplazamiento del Juez ordinario por un Juez especial, y es que además, por los propios razonamientos expresados por el Tribunal de instancia, no era absurdo ni arbitrario entender que eran los Juzgados de Instrucción de Cartagena los competentes para instruir estas diligencias y aunque la interpretación que se sustenta en el recurso pudiera también ser defendible, ello en modo alguno hubiera supuesto la vulneración del principio del Juez predeterminado por la Ley que se invoca en el motivo, sin olvidar que el principio de seguridad jurídica y el de la necesidad de conservación de los actos procesales (art. 242 LOPJ), en los que no se haya observado la vulneración de normas esenciales del procedimiento que

hayan ocasionado indefensión, inclinan al sistema como también sostiene gran parte de la doctrina a mantener la validez de los actos procesales, especialmente en casos como el presente, en el que ni siquiera se observa vulneración alguna de norma procesal, sino de una interpretación que tiene argumentos para sostener ambas posiciones (STS de 10 de diciembre de 2003), pues si bien, conforme al art. 23.4.f) LOPJ la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse según la Ley española como... tráfico ilegal de drogas psicotrópicas tóxicas y estupefacientes, y el art. 65.1.e) de la misma Ley atribuye a la Audiencia Nacional la competencia para los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando conforme a las Leyes o los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, no podemos olvidar que esta Sala ha distinguido con frecuencia (STS 1445/2000, de 21 de septiembre) entre territorio geográfico, compuesto tanto por el espacio terrestre, como el marítimo o el aéreo, territorio político que sería aquel sobre el que el Estado español aplica su soberanía y jurisdicción; y territorio aduanero, espacio donde el Estado proyecta su acción fiscal, siendo necesario traspasar las aduanas estatales.

Distinción que podría ser útil a efectos de determinar el momento de consumación del delito de contrabando, pero que carece de importancia en el caso presente desde el momento que territorio español es todo aquel lugar o espacio donde se ejerce la soberanía del estado. Por ello por territorio del Estado debe entenderse no sólo la propia tierra, continente e islas, sino también todos los otros lugares o espacios donde la soberanía del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción, y desde este punto de vista forman parte integrante del territorio, el mar territorial, el espacio aéreo, los buques y aeronaves que circulan con bandera y pabellón nacional.

Siendo así no sería aplicable el art. 23.4.f) en relación con el art. 65.1.e) LOPJ. a efec-

tos de la competencia de la Audiencia Nacional sino el apartado 1.º del art. 23 que atribuye en el orden penal el conocimiento a la jurisdicción españolas de las causas por delitos y faltas “cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas...”, lo que, a su vez, determina la competencia de los Juzgados de Cartagena, en base a la teoría de ubicuidad aceptada por esta Sala en el reciente Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, según el cual el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia el

Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será, en principio, competente para la instrucción de la causa, cual acontece en el caso presente al ser Cartagena, el puerto al que fue llevada la embarcación y el lugar en que se practicó el registro y la droga fue aprehendida.

En consecuencia, el enjuiciamiento de los hechos por parte Audiencia Provincial de Murcia responde a una interpretación razonada de las reglas de competencia lo que en cualquier caso excluye la infracción constitucional del derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley.

Sentencia 399/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de marzo de 2005

CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL.

Arts. 3.º, 4.º y 6.º LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala casa la sentencia de instancia que había condenado a la acusada por delito de hurto sin haber resuelto, previa y debidamente, la cuestión prejudicial existente (la titularidad de los bienes) determinante de la culpabilidad o la inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo segundo de la acusada se articula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que los hechos no son constitutivos de delito.

1. En este caso la parte recurrente no pretende que se cambien los hechos probados, sino que acude directamente al contenido estricto de su texto manteniendo que en modo alguno pueden ser calificados como un delito de hurto. Para fundamentar su tesis acude no solo al Código Penal sino a la cita de preceptos sustantivos que son necesarios

manejar para abordar este caso. Cita la Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid por la que se regulan las uniones de hecho y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, por la que se regula las Ayudas y Asistencias a las víctimas por delitos violentos y contra la libertad sexual. Añade una serie de citas doctrinales y jurisprudenciales que complementan su alegación acudiendo a las diversas sentencias en los ordenes jurisdiccionales civiles y penales que se han intercalado en el curso de las presentes denuncias y contradenuncias.

2. Volviendo al hecho probado nos encontramos ante un suceso que se diferencia, de forma sustancial, de los habituales delitos contra la propiedad que se acogen o regulan bajo la figura del hurto.

La sentencia reconoce que la acusada convivió con el hijo del querellante. Sin facilitarnos ninguna pista, o dato relevante sobre desavenencias que afectasen a la convivencia, solo nos dice que el conviviente de la acusada falleció el 13 de abril de 1995, ocultándonos un dato relevante como es que la interrupción de la convivencia se debió al secuestro y asesinato de la persona con la que formaba pareja.

3. El núcleo de la cuestión radica en que la acusada fue requerida en juicio de desahucio para que dejara la vivienda. Esta pretensión se hace después de haberse promovido, ante Notario, la declaración de herederos por el querellante, padre del fallecido. Hay que dejar al margen las vicisitudes relativas a la presentación del documento en el juicio de desahucio por que como ya hemos dicho, la Sala no considera existente ni el falso testimonio ni la estafa procesal en grado de tentativa.

No es desdeñable el dato de que la acusada, una vez que agotó las instancias procesales en el juicio de desahucio, entregó las llaves en el juzgado si bien se añade que la acusada sacó de la vivienda una serie de bienes propiedad del fallecido cuya tasación es alta.

Esta declaración de adjudicación de la propiedad de los bienes al fallecido choca

frontalmente con el resto de los argumentos que la Sala desarrolla a lo largo de los razonamientos jurídicos. No se puede desconocer que el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a los tribunales penales la competencia para resolver a los solos efectos de la represión las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Sin embargo el artículo 4 del mismo texto legal advierte que si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o inocencia se suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda. Con mayor especificidad el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que le tribunal penal podrá resolver acerca del derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

4. La declaración de propiedad hecha por la sentencia carece del sustento inexcusablemente exigido por el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no existe ningún título auténtico y la realidad que describe sobre la convivencia ente la acusada y el fallecido no convierte a los bienes en una titularidad apoyada en actos indubitados de posesión.

No entendemos que misión se le atribuye al derecho penal en un litigio en el que no se declara probado que la relación se rompiese por desavenencias sino por un acto violento de asesinato. Tampoco se puede olvidar de forma absoluta la existencia de una relación afectiva de hecho, que para nada resulta desvirtuada por hechos probados contradictorios y concluyentes. Si la sentencia nos hubiera situado fácticamente en un contexto de esta naturaleza podríamos haber discutido, desde otra perspectiva, la calificación de la conducta de la acusada. Descartado este hecho existen datos fehacientes sobre la concesión de una indemnización millonaria a la acusada por aplicación del artículo 2.3

de la Ley de Ayuda y Asistencia a las víctimas de los delitos violentos, que extiende la ayuda a la persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge.

Tampoco se puede olvidar que la jurisprudencia más actualizada de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo viene concediendo derechos hereditarios a la persona que haya convivido con el causante de forma análoga a la del matrimonio, es decir, “more uxorio”. La acusada de forma inadecuada ejercitó acciones penales por apropiación indebida y de forma absolutamente correcta la jurisdicción penal encaminó la reclamación hacia la vía civil ya que efectivamente este es el cauce adecuado.

Sobre esta absoluta indefinición de los derechos civiles entrecruzados resulta apresurado clasificar la conducta de la acusada

como constitutiva de un delito de hurto cuando la titularidad y liquidación de los bienes debe realizarse por la doble vía civil del pleito hereditario y de la división, no sólo de la herencia sino mediante la determinación de qué bienes eran privativos y cuáles podían ser comunes.

Aun admitiendo a efectos dialécticos la infundada y prematura declaración de propiedad de los bienes ya que no constan títulos auténticos ni actos indubitados de posesión, lo cierto es que, sin olvidar el perfil meramente civil de este caso, no se puede sostener que la acusada actuó con ánimo de lucro propio sobre lo ajeno sino en la creencia fundada de que los bienes, en parte la pertenecían o podrían ser adjudicados a título de herencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado sin que sea necesario analizar el siguiente.

Sentencia 410/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de marzo de 2005

APROPIACIÓN INDEBIDA

Art. 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

La sentencia aplica el Acuerdo del Pleno, de 3 de febrero de 2005 (publicado en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal), por el que se entiende que las cláusulas contractuales de reserva de dominio o prohibición de enajenación no constituyen un título apto para generar el delito de apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El tercer motivo del recurso se formalizó al amparo del art. 849.1.º LE-

Crim. El recurrente sostiene que la titularidad dominical sobre la cosa objeto del delito no sería aquí discutible y que, por lo tanto, las cosas que enajenó no eran ajenas sino

propias, dado que las cláusulas de reserva de dominio y prohibición de enajenar sólo tienen “efectos de garantía hasta el completo pago del préstamo”. El recurrente cita como antecedente la STS 1493/2001. Alega, además que no obró con “ánimo de apropiarse de la cosa ajena”.

El motivo debe ser estimado.

La Sala ha considerado en su decisión del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 que las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar carecen de efecto en el ámbito de los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles. Se trata de cláusulas, por lo tanto, que sólo tienen efectos obligacionales (confr. SSTS de 25 de junio de 2001 y 18 de junio de 2004) siempre y cuando hayan sido inscritos en el Registro de Venta a Plazos. Consecuentemente, se trata de cláusulas que no convierten por sí mismas la infracción del derecho civil en una conducta de relevancia penal. Dos razones avalan este punto vista: en primer lugar, el

derecho penal no puede ser objeto de contratación entre las partes. En segundo lugar la criminalización del incumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato de compraventa sería incompatible con el principio de proporcionalidad.

La legislación vigente prevé en el ámbito del derecho civil medios suficientes para la protección de los acreedores que venden a plazos. El legislador, por lo tanto, no ha querido recurrir en esta materia al derecho penal, que, por lo tanto, sólo debe ser entendido desde la perspectiva de la ultima ratio y por tal razón como innecesario para la protección de relaciones jurídicas privadas ya suficientemente protegidas. En el presente caso los acreedores han sufrido un daño patrimonial que no es sólo consecuencia del incumplimiento del deudor, sino también de su propia incuria, dado que inscribieron los contratos en el Registro de Ventas a Plazos cuando ya se habían efectuado las transferencias de la motocicleta y del turismo. Si, por el contrario, hubieran realizado la inscripción en tiempo y forma hubieran estado suficientemente protegidos frente a terceros adquirentes.

Sentencia 422/2005, Sala de lo Penal del TS, de 4 de abril de 2005

CORRUPCIÓN DE MENORES

Art. 189.4 Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis del delito de corrupción de menores, reintroducido por la LO 11/1999, concluyendo en el sentido de lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de 9 de febrero de 2005 (publicado en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal): sólo será sujeto activo, en principio, de dicho delito, quien realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo. De acuerdo con ello, la mera iniciación prematura en las relaciones sexuales no es, por sí misma, típica en el sentido de este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se formaliza el motivo de igual orden al amparo del artículo 849.1 LE-Crim. denunciando la aplicación indebida del artículo 189.3 CP (Texto LO 11/1999). Tras criticar la reintroducción del delito de corrupción de menores por el Legislador en el año 1999, que había desaparecido en el primitivo Texto del Código Penal de 1995, sostiene el recurrente que ni en los hechos probados ni en el fundamento jurídico sexto se consigna “elemento fáctico alguno que permita sostener que las relaciones habidas entre el recurrente y Amanda ... —con independencia del juicio moral y social que puedan merecer—, surgidas de una amistad, hayan podido afectar a la futura libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor”, añadiendo que es necesario que dicha relación “haya incidido, clara y gravemente, para la futura libertad de elección en el comportamiento sexual del menor. En otro caso, por reproble que pudiera ser el comportamiento, sería atípico”.

Pues bien, teniendo en cuenta la Jurisprudencia de esta Sala elaborada en relación con el artículo 452.bis.b).1, precedente del Código de 1973, se suscita el alcance que debe darse a este tipo penal reintroducido en el Código por la Ley Orgánica 11/1999 en el apartado 3.º del artículo 189 CP (hoy 4.º), reformado posteriormente por la LO 15/2003, aunque sin afectar a este subtipo en concreto. Por ello, se plantea su consideración por la Sala General no Jurisdiccional, la que tiene lugar en la fecha ya indicada en los antecedentes, cuyo acuerdo es del siguiente tenor: “en principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el artículo 189.4 CP el que realice una actividad de tercería respecto a la conducta típica prevista en el mismo”. Ello significa una regla general que puede admitir puntuales excepciones en casos de especial gravedad de la conducta o de su resultado.

(...)

Tercero.—La vuelta del delito de corrupción de menores, cuyo antecedente se encuentra en el artículo 452.bis.b).1 del Texto de 1973 (el que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de 18 años), ha suscitado críticas en la doctrina, llegando a afirmarse incluso que podría ser considerado como inconstitucional por infracción del principio de legalidad o que es disfuncional o inoperante.

Efectivamente, se trata de un tipo ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad, como se deduce de su descripción típica —“el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste...”—. Se suscitan varias cuestiones para concretar el tipo. En primer lugar, si se trata desde el punto de vista del sujeto activo de una actividad de tercería o celestinaje o puede ser autor del mismo el sujeto que directamente participa con el menor en el comportamiento sexual; en segundo lugar, el alcance de la expresión “haga participar”; en tercer lugar, qué debe entenderse por comportamiento de naturaleza sexual; y, por último, el sentido del resultado consistente en perjudicar “la evolución o desarrollo de la personalidad” del menor o incapaz.

Pues bien, en cuanto al sujeto activo, la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la reforma de 1963, incluye tanto al tercero como al sujeto que directamente participa con el menor en la actividad de naturaleza sexual (SS. dictadas en relación con el artículo precedente del Texto de 1973). Precisamente la Sala que debe tomar la decisión sobre este recurso tenía serias reservas respecto de esta interpretación y por ello decidió suscitarse la intervención del Pleno no Jurisdiccional.

Ante todo, la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 no impone esta interpretación del sujeto activo sino que más bien sugiere la idea de tercería cuando se refiere, invocando Convenios y Tratados Interna-

cionales, “a una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños”, como marco general de referencia para la legislación de los Estados. Igualmente el Legislador reintroduce el delito de corrupción de menores o incapaces “por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos”, bien ampliando las conductas de naturaleza pornográfica, o acomodando la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad o haciendo mención genérica “a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda”. Es cierto que introduce una reflexión atípica en una Exposición de Motivos, que no se traduce en la Ley, sobre “la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación”, cuando la aplicación del “non bis in idem” impediría la apreciación de dicho concurso; sistemáticamente, se trata en el capítulo de conductas que implican todas ellas una actividad de tercería e incluso los demás supuestos contemplados en el mismo precepto también; la redacción literal de este tipo de corrupción de menores es equívoca, puesto que el Legislador pudo emplear la expresión “el que participe con un menor o incapaz” además de la de hacer participar; el bien jurídico protegido, que no es otro que la indemnidad sexual de los menores, también está recogido en los delitos de agresión y abusos sexuales, pues cuando se trata de menores indudablemente no sólo se agrede su libertad sino igualmente su indemnidad sexual. De esta forma, cuando se trata de mayores de 13 años, en principio, si consiente las relaciones sexuales, la conducta del sujeto activo es atípica, y si son menores de esa edad siempre será delictiva por la vía de abuso sexual.

Cuarto.—Pues bien, si esta es la regla debemos considerar cuando es posible ad-

mitir las excepciones a las que nos referíamos más arriba. Ello será posible atendiendo al tipo de acción sexual de que se trate siempre que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo. Parece claro, por ello, que no toda conducta de naturaleza sexual conforma la conducta típica sino sólo aquella que sea apta para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor. En el presente caso no se trata de una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante. Sólo podríamos considerar una iniciación temprana en las relaciones sexuales que, por otra parte, tampoco puede calificarse de excepcional en los tiempos actuales (no podemos olvidar que el Código Civil permite el matrimonio a partir de los 14 años, aunque sea precisa la dispensa: artículos 46.1 y 48.2 CC). Lo llamativo es precisamente la diferencia de edad entre los sujetos, pues es evidente que la relación con un joven de 16 años no habría dado lugar a este caso. Ello quiere decir que en realidad la cuestión no está tanto en la diferencia de edad (la Audiencia ha excluido el abuso sexual por prevalimiento) sino en la esencia de los actos realizados que insistimos se adecúan a la normalidad. Por otra parte, es cierto que la joven precisó tratamiento psicológico y psiquiátrico, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que se reflejó en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas. Ahora bien, lo que se describe puede ser consustancial a otras muchas situaciones y por ello en el tipo penal de que se trata dicho perjuicio debe estar relacionado directamente con el bien jurídico protegido por el mismo que no es otro que la libertad e indemnidad sexuales (Título precisamente reformado por la LO 11/1999), luego tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor. Los efectos descritos sobre su personalidad pueden enmarcarse en el hecho mismo

de la ruptura sentimental y la situación social creada cuando la existencia de la relación trasciende a sus familias y entornos

respectivos. Luego la regla general acordada por esta Sala debe ser aplicada en este caso.

Sentencia 91/2005, Sala de lo Penal del TS, de 11 de abril de 2005

EXCUSA ABSOLUTORIA

Art. 268 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aplica el Acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 (recogido en el n.º 15 de la Revista de Derecho Penal), en cuya virtud se extiende a situaciones estables de pareja la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del CP para delitos patrimoniales no violentos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El primer motivo formalizado por Caja de Ahorros de Extremadura, al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268.1 del Código Penal, en relación con el art. 3 del Código Civil y 14 de la Constitución Española.

El tema que se plantea es la extensión de la interpretación de tal precepto a situaciones de hecho similares a la relación que instituye el matrimonio. En concreto, la cuestión es la siguiente: la excusa absolutoria prevista en el art. 268.1 del Código Penal, relativa a los delitos patrimoniales que se

causaren entre sí, entre otros, los cónyuges, ¿es extensiva también a la persona que esté ligada de forma estable por análoga relación de afectividad?

El artículo 268 del Código Penal dispone: 1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

Las diversas modificaciones del Código Penal han venido equiparando la situación legal matrimonial a la de aquellas personas ligadas por análoga relación de afectividad. Así, los artículos 23, 57, 173.2, 424, 443, 444 y 454. Concretamente, este último también establece una excusa absolutoria para los encubridores, y cita especialmente este tipo de relación análoga a la matrimonial. En estos términos: “están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del núm. 1.º art. 451”.

Para resolver esta cuestión es preciso partir de tres premisas. En primer lugar, que el Código Penal no contiene definiciones generales acerca de la familia y utiliza el término familia y los grados de parentesco de forma diversa a lo largo de su articulado. En segundo lugar, que la interpretación legal es distinta en cuanto beneficia al acusado que en aquello que lo perjudica, conforme al aforismo “odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda”, que tiene plasmación en nuestro ordenamiento punitivo tanto en la prohibición de analogía “in malam partem” (art. 4.1 CP y art. 4.2 CC), lo que conduce a la interpretación extensiva y favorable de aquellos elementos beneficiosos para el acusado. En tercer lugar, es preciso tener en cuenta la realidad social que ha producido una evolución en la familia, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos.

Precisamente, el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el art. 268 del Código Penal hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus contro-

versias, afectantes a elementos típicos que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el derecho penal sino por el derecho privado.

La jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal.

Ahora bien, esta cuestión ha sido objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, celebrado el pasado día 1 de marzo de 2005, en que se acordó lo siguiente: “a los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código Penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad, puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito.

Sentencia 443/2005, Sala de lo Penal del TS, de 11 de abril de 2005

INCENDIO. TENTATIVA

Arts. 16 y 351 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia de los supuestos en los que, de manera excepcional, cabe admitir tentativa en el delito de incendio, no siendo uno de ellos el sometido aquí a consideración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En el motivo quinto, con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la indebida aplicación de artículo 351 del Código Penal. Entiende el recurrente que no se aprecian en el relato fáctico los elementos del mencionado tipo penal. Menciona el artículo 62 del Código Penal y afirma que en ningún momento existió peligro para la vida e integridad de las personas, pues dada la hora en que se produjeron los hechos y su desarrollo, difícilmente los habitantes de la vivienda pudieron verse sorprendidos por el fuego, el cual no alcanzó relevancia alguna. Finalmente resalta que los habitantes de la vivienda no tuvieron que abandonarla en ningún momento, lo que revela la ausencia de peligro.

A pesar de lo que inicialmente señala el recurrente, de los preceptos alegados, del contenido de su recurso y de las citas jurisprudenciales que realiza, se desprende que lo que viene a plantear es que el delito debe apreciarse en grado de tentativa. La primera dificultad de su planteamiento reside en que su pretensión no aparece formulada en la instancia, lo que lo convierte en una cuestión nueva sobre la que se ha impedido el

pronunciamiento del Tribunal de instancia, y que, por ello, no resulta susceptible de examen directo en la casación.

Aun así, los hechos probados de la sentencia impugnada refieren que sobre las 1,30 horas del día 9 de febrero, el acusado arrojó desde la calle una botella llena de líquido inflamable y con un trapo ardiendo contra la ventana exterior del dormitorio del matrimonio, y que como consecuencia de ello se incendió la persiana de la ventana y el fuego prendió en el interior del dormitorio en la cortina que cubría la ventana, en un aparato de gimnasia y en unas prendas de vestir que había debajo de la ventana. A continuación se dice que los moradores de la vivienda apagaron el fuego en un breve espacio de tiempo.

El delito de incendio del artículo 351 del Código Penal ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto, (STS n.º 1342/2000, de 18 de julio; STS n.º 1585/2001, de 12 de septiembre; STS n.º 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS n.º 752/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS n.º 1263/2003, de 7 de octubre, “en estas moda-

lidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro”.

En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. Entre esas condiciones deberán examinarse las relativas a las posibilidades de propagación.

La tentativa sólo será posible cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio, o, como supuesto límite, cuando, aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma

inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción. En sentido similar la STS n.º 1263/2003, antes citada.

En el caso actual, el recurrente no se limitó a prender fuego en una vivienda, con el consiguiente peligro para sus moradores, sino que además lo hizo arrojando contra la ventana del dormitorio, a la 1,30 horas de la madrugada del mes de febrero, una botella llena de líquido inflamable y con un trapo ardiendo, por lo que, dadas las condiciones creadas con la acción, muy favorables a una propagación rápida, hasta el punto de que llegó a prender el fuego en enseres que se encontraban en el interior de la habitación, es evidente que el incendio se originó ya en condiciones de provocar el peligro para la vida y la integridad física de los moradores de la vivienda, aunque éstos consiguieran por su rápida intervención la extinción del fuego en un breve espacio de tiempo, evitando así su propagación efectiva y con ello el incremento del peligro.

Por lo tanto, el delito debe ser considerado consumado, lo que determina la desestimación del motivo.

Sentencia 468/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de abril de 2005

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO. CONEXIDAD. DECLINATORIA

Arts. 5.2.c) y 36 LOTJ; 666 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Tras advertir de las inconveniencias que derivan de la diversa regulación que las cuestiones de competencia reciben en el proceso ordinario y en el de la LOTJ, estima la Sala la declinatoria de jurisdicción por existir un supuesto de conexidad que implicaba el enjuiciamiento de la causa por el Tribunal del Jurado y no por la Audiencia Provincial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente interpone recurso de casación contra el auto de 1 de abril de 2004 dictado por la Audiencia Provincial de Valencia, en el que declara no haber lugar a la declinatoria. Hemos de recordar que por los hechos objeto de la causa, calificados como constitutivos de dos delitos de asesinato y uno de robo con violencia, se procedió a la incoación, en su momento, del procedimiento previsto en la LOTJ, planteándose por el Ministerio Fiscal, en momento procesal adecuado para ello, la incompetencia de dicho Tribunal, interesando la transformación del procedimiento en sumario ordinario, lo que fue acordado por el Magistrado Presidente, interponiéndose por el ahora recurrente recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia que confirmó la decisión de la instancia, remitiéndose finalmente las actuaciones a la Audiencia Provincial. Por la defensa del recurrente, acusado en la causa, se planteó al amparo del artículo 666 de la LECrim. la declinatoria de jurisdicción, sosteniendo que resulta competente el Tribunal del jurado. Contra la desestimación de la declinatoria interpone el presente recurso.

Hemos de señalar en primer lugar que la existencia de varios procedimientos distintos con regulaciones diferentes en el ámbito penal puede conducir en ocasiones a resultados no deseados, sin que la ley prevea expresamente soluciones adecuadas para evitarlo. En un caso como el presente, la cuestión ya ha sido planteada por el Ministerio Fiscal, con los mismos datos, ante el Magistrado Presidente y, tras el recurso de apelación de la defensa, ha sido resuelta por el Tribunal Superior de Justicia conforme a las reglas que regulan el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

Al estimar la pretensión del Ministerio Fiscal y continuarse la causa por los trámites del sumario ordinario, vuelve a ser plan-

teada en los mismos términos, ahora por la defensa, ante la Audiencia Provincial, al amparo de la regulación de los artículos de previo pronunciamiento, artículo 666 y siguientes de la LECrim., dando lugar ahora a un recurso de casación. Con ello se produce una repetición del mismo problema ante Tribunales diferentes y un casi inevitable retraso en la celebración del juicio oral, que es donde se habrá de adoptar la decisión más trascendente, determinando la existencia del hecho, la participación del acusado en el mismo y su responsabilidad.

Efectivamente, la LOTJ, en el artículo 36, permite a las partes plantear ante el Magistrado Presidente cualquiera de las cuestiones o excepciones previstas en el artículo 666 de la LECrim. o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento. Al amparo de este precepto es posible, pues, plantear la inadecuación del procedimiento ante el Tribunal del jurado, y sostener que el enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial. Conforme al artículo 846.bis.a) de la LECrim., contra el auto que en esta materia dicte el Magistrado Presidente es posible interponer recurso de apelación. Nada dice este precepto acerca de si contra la decisión del Tribunal Superior cabe recurso de casación, pero hemos de concluir que no es procedente, dados los términos del artículo 848 que exigen taxativamente una disposición expresa de la ley.

En caso de que la pretensión sea estimada, al ajustarse la nueva tramitación a las reglas generales de la LECrim., es posible plantear nuevamente la misma cuestión ante la Audiencia Provincial, aunque ahora, la decisión de ésta es recurrible en casación ante esta Sala.

La solución podría venir por la posibilidad de un recurso de casación contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia, pero ya hemos visto que la regulación actual no lo permite, por lo cual sería precisa una modificación legal.

Por lo tanto, el recurso es procesalmente admisible.

Segundo.—La cuestión de fondo se centra en determinar si es competente el Tribunal del jurado o la Audiencia Provincial para conocer de los hechos imputados. Para ello es preciso atender a los términos de la acusación del Ministerio Fiscal, única acusación en la causa, pues en estos momentos en ella se contiene la determinación del objeto del proceso. En su escrito se relatan hechos que luego son calificados como constitutivos de dos delitos de asesinato y de un delito de robo con violencia. No aprecia el Ministerio Fiscal más relación entre los tres hechos que la intención del acusado al ejecutarlos, que atribuye a deseos de venganza contra las víctimas y, al mismo tiempo, a la intención de aprovecharse ilícitamente de sus bienes. En concreto, no aprecia la existencia de concurso medial, pues no entiende que el delito de asesinato estuviera contemplado como un medio para el robo en la forma en que se regula en el artículo 77 del Código Penal.

La cuestión, por lo tanto, es determinar si, no siendo aconsejable el enjuiciamiento separado pues rompería la continencia de la causa, según la terminología legalmente utilizada, nos encontramos ante un supuesto de los previstos en el artículo 5.2 de la LOTJ, o simplemente ante un caso de conexidad subjetiva del artículo 17.5 de la LECrim., que exige una cierta analogía o relación entre los diferentes hechos, y si por lo tanto, la competencia corresponde al jurado aunque alguno de los hechos no sean de los contemplados en el artículo 1 de la LOTJ o, si por el contrario corresponde conocer del conjunto de los contenidos en la acusación a la Audiencia Provincial.

Esta Sala ya se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la competencia en los casos de conexidad subjetiva previstos en el artículo 17.5 de la LECrim. En este sentido, la STS n.º 269/2004, de 8 marzo, recuerda la doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo, según la cual “es claro que el Legislador

ha querido excluir los supuestos de conexidad subjetiva (artículo 17.5 LECrim.) de la competencia del Tribunal del Jurado, puesto que dicho supuesto de conexidad no está previsto en el artículo 5 LOTJ, que no contiene una regla paralela a la del precepto citado más arriba. Como señala la STS 857/2001 debe deducirse que en los supuestos de conexidad subjetiva en los que concurren delitos de competencia del Tribunal del Jurado con otros cuyo conocimiento no le venga legalmente atribuido (caso presente), y en los que no sea posible el enjuiciamiento separado para no romper la continencia de la causa (como también sucede aquí con el allanamiento de morada embebido materialmente en el delito de robo), la competencia no corresponderá, como norma general, al Jurado sino al Tribunal que resulte competente conforme a las reglas generales del artículo 14 LECrim., atribuyéndose a la Audiencia Provincial o al Juzgado de lo Penal según la pena legalmente señalada para el más grave de los delitos objeto de la acusación. Dicho criterio fue ya definido por el Pleno de la Sala Segunda reunido en Sala General de 5 de febrero de 1999, aunque la cuestión se centraba en relación a supuestos de conexidad entre homicidios intentados y consumados, lo que no debe excluir la aplicación generalizada de dicha doctrina, que tiene por base excluir la regla del artículo 17.5 del ámbito de los supuestos de conexidad a que se extiende la competencia del Tribunal del Jurado (SSTS 70/1999, 716/2000, 132/2001, 857/2001, 1093/2002 o 119 y 370/2003), donde se expusieron los argumentos para basar dicha decisión”.

(...)

Por otro lado, aunque esta previsión legal tiene algunas similitudes con el llamado concurso medial del artículo 77 del Código Penal, ambos preceptos no son enteramente coincidentes, pues en este último caso se exige que una de las infracciones sea medio necesario para cometer la otra, carácter de necesidad que no es exigido en esos términos en todos los supuestos previstos en el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo que es posi-

ble afirmar la competencia del jurado para conocer de los delitos conexos aún en los casos en que no se aprecie técnicamente el concurso medial.

Para ello, sin embargo, es necesario que exista una determinada finalidad en la comisión de los delitos conexos, pues la ley exige que hayan sido cometidos: para perpetrar otros; o para facilitar su ejecución; o para procurar su impunidad. Por lo tanto, entre los delitos imputados debe haber una relación que pueda encuadrarse en alguna de las anteriores proposiciones.

En el caso actual, el Ministerio Fiscal atribuye al acusado una finalidad doble, conjunta y simultánea, en su acción, consistente en satisfacer sus deseos de venganza, lo que conduce a los asesinatos, y de beneficiarse a costa de lo ajeno, lo que encamina su acción al robo posterior. Aunque, en los términos en que está concretada la acusación, no es posible afirmar la existencia de un concurso real medial, ni tampoco puede sostenerse que los dos asesinatos fueran cometidos exclusivamente con la finalidad de perpetrar el robo, sin embargo no puede negarse que la relación apreciable entre los hechos constitutivos de los asesinatos y los que se califican como robo con violencia puede ser incluida

sin dificultad en alguna de las contempladas por el artículo 5.2 de la LOTJ, pues la violencia que acompaña a los asesinatos no puede desvincularse del atentado posterior a la propiedad, en cuanto que claramente facilita su ejecución. Es decir, que partiendo de que el acusado, según la calificación de la acusación, pretendía matar para satisfacer sus deseos de venganza y pretendía apoderarse de objetos de valor para beneficiarse de lo ajeno, y que tal voluntad doble aparecía inicialmente en su plan, la ejecución anterior de los atentados contra la vida también se orientaba en alguna medida a facilitar el robo posterior. Así se desprende en realidad de la misma acusación del Ministerio Fiscal, de la que resulta que valora la violencia que da lugar a los asesinatos como elemento del robo con violencia posterior, lo que implica una relación, al menos de facilitación, de un delito respecto del otro.

Por lo tanto, puede aceptarse que entre los dos asesinatos y el delito de robo existe alguna de las relaciones previstas en el artículo 5.2.c) de la LOTJ, concretamente la referida a la comisión de un delito para facilitar la comisión de otro, lo que determina la competencia de este Tribunal.

El motivo se estima.

Sentencia 470/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de abril de 2005

LEGÍTIMA DEFENSA

Art. 20.4.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial en torno a los requisitos de la eximente de legítima defensa, apreciada en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En términos generales y con carácter previo, debemos precisar que esa exigente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación tal como señala la STS de 3 de junio de 2003, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un “animus defendendi” que, como ya dijo la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (“animus necandi o laedendi”), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en “estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la exigente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la exigente en cualquiera de sus grados.

Por ello, tal como destaca la S. 1760/2000, de 16 de noviembre, esta exigente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

En este sentido cabe señalar:

a) Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o

acometimiento material ofensivo, (Sentencias de 19 de abril de 1988 y 16 de febrero de 1991, y las en la primera citadas). Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto y según S. de 30 de marzo de 1993, “constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda citar un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes”.

b) La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima “constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamiento defensivo”, juicio de valor que se ha de emitir no tanto en orden a la identidad o semejanza de tales medios materiales como a las circunstancias del caso concreto, pues según la jurisprudencia “el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio”. Y es que se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios em-

pleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión, posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que “no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa”, no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser racional “ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa”.

Por tanto para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva “ex ante”.

En este sentido se pronuncia, entre otras la STS de 17 de noviembre de 1999, al destacar que el art. 20.4.º CP no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra “proporcionalidad” no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la “necesidad racional del medio empleado” para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurí-

dicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTS 29 de febrero y 16 de noviembre de 2000 y 6 de abril de 2001, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). STS 614/2004, de 12 de mayo, que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepassen la necesaria contraprestación.

En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación

ánimica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de

defensa más proporcionados, con exacto calculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (STS de 14 de marzo de 1997).

Sentencia 538/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de abril de 2005

PREVARICACIÓN

Art. 404 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una amplia caracterización de la doctrina jurisprudencial en torno al delito de prevaricación y los presupuestos para su concurrencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

La prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE). Es claro que la función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden Contencioso administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. El

control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso administrativo, sino aquéllas que vulneran patente-

mente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero (STS de 16 de octubre de 1993).

Numerosas Sentencias de esta Sala han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la STS de 28 de noviembre de 1994, se afirma “debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa, ... el derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar”. En otras Sentencias se refiere que la duda razonable sobre la legalidad del acto administrativo hace desvanecer la idea de hecho delictivo pues la ilegalidad debe ser clara y manifiesta (7 de febrero de 1997).

Más recientemente la jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos (“palmaria”, “patente”, “evidente”, “esperpéntica”, etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone “la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho” (STS 2/1999, de 15 de

octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando “queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata”, o “cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución”.

En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la Constitución, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la

misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que “tanto que estamos ante una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada”.

No es posible determinar los supuestos concretos a los que se ha aplicado el tipo penal. Un examen de la jurisprudencia nos permitirá señalar supuestos puntuales de aplicación. Los más repetidos en la jurisprudencia son los relativos a actuaciones de funcionarios con vulneración de derechos fundamentales y las actuaciones con ausencia de competencia o con inobservancia de los derechos de los ciudadanos o con incumplimiento de los requisitos para la adopción del acto.

Sentencia 579/2005, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2005

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 104 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se plantea el problema del momento de fijación de las medidas de seguridad, inclinándose la sentencia por diferirlo hasta la fase de ejecución de la sentencia, aunque siempre en incidente contradictorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Por lo tanto, aunque la sentencia no sea suficientemente explícita en este punto, de-

be entenderse que la atenuante analógica se relaciona con la 21.1.^a y a su vez con la 20.1.^a o 2.^a, y, en cualquiera de los casos, a causa del consumo de drogas. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, algunas

sentencias de esta Sala han entendido que cabe la posibilidad de imponer alguna medida de seguridad en casos de grave adicción (STS n.º 2037/2001, de 26 de octubre; STS n.º 1332/2002, de 15 de julio), lo cual ya había establecido la jurisprudencia anterior al Código de 1995 en relación con la atenuante analógica del antiguo artículo 9.10 en relación con los artículos 9.1 y 8.1 del Código de 1973, (STS de 13 de septiembre de 1990 y STS n.º 1755/1993, de 15 de septiembre).

Por lo tanto, no puede descartarse la posibilidad de establecer alguna medida de seguridad.

Pero los datos disponibles son absolutamente insuficientes para que esta Sala se pronuncie definitivamente acerca de la pertinencia o no de la medida interesada, por lo que no es posible acceder a la pretensión del recurrente en ese aspecto. Es claro que así como para la atenuación de la pena debe tenerse en cuenta el estado del sujeto al tiempo de delinquir, para la justificación de una medida de seguridad también ha de valorarse su situación al tiempo de su posible imposición. Estos datos no están suficientemente actualizados, pues la última información, según se reseña en el motivo, se refiere a que en febrero de 2004 el recurrente realizaba la segunda fase de un tratamiento.

La cuestión, por lo tanto, queda ahora reducida a establecer si esa petición debe resolverse ineludiblemente en la sentencia o si es posible retrasar la decisión hasta la fase de ejecución de la misma, pues si esto último fuera hacedero no habría existido incongruencia alguna, aun cuando el Tribunal estaría ante la necesidad de resolver expresamente sobre esta pretensión durante la ejecución de la sentencia, en incidente contradictorio.

Una primera aproximación al artículo 104 del Código Penal conduciría a afirmar que necesariamente debe establecerse en la sentencia, pues este precepto dispone que el Tribunal podrá imponer además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos anteriores. La imposición de la

pena se realiza en la sentencia, por lo que en principio, la medida debería figurar también en ella, en cuanto que es el momento de establecer las consecuencias penales del delito.

Sin embargo, la imposición de una medida de seguridad no es para todo caso una consecuencia necesaria del delito, pues en todos los preceptos que se refieren a ella, y concretamente en el citado artículo 104, el legislador ha empleado la expresión “podrá” referida a la decisión del Juez o Tribunal, lo que indica una decisión facultativa, aunque, por otra parte, deba estar fundamentada en los aspectos que el propio Código menciona, de manera que el ejercicio de la discrecionalidad, en uno u otro sentido, siempre debe estar suficientemente motivada.

Otros argumentos inclinan la solución hacia la posibilidad de precisar la medida en fase de ejecución de sentencia, siempre que en ésta se hayan establecido los requisitos básicos que permiten su imposición. Es decir, la condena por delito y la situación o estado del sujeto que permita la imposición de una medida de seguridad.

El artículo 6 del Código Penal dispone que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, y precisa que esa peligrosidad se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito. El artículo 95, por su parte, dispone que las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal “previos los informes que estime convenientes”, y en el apartado segundo establece como circunstancia que ha de concurrir, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Y el artículo 97 prevé la posibilidad de modificar las medidas durante la ejecución de la sentencia.

Es evidente que la petición relativa a la imposición de una medida de seguridad puede hacerse en las conclusiones definitivas de la parte, pues nada lo impide. De entender que la decisión sobre la pertinencia de la medida necesariamente debe adoptarse

en la sentencia, supondría que en algunas ocasiones el Juez o Tribunal debería retrasar su decisión sobre la culpabilidad, o bien verse obligado a resolver sobre aquel punto sin poder contar con los informes que pudiera considerar necesarios, lo cual carece de lógica, no sólo por razones obvias atinentes a la esencia de cualquier clase de resolución, sino además, concretamente porque en estos casos es fundamental considerar la necesidad, pertinencia y utilidad de la medida. La atribución a las medidas de seguridad de funciones de prevención especial, como entiende la mayoría de la doctrina, impone un conocimiento y valoración previos sobre las características del sujeto y las probabilidades de comisión de nuevos delitos, que solo son alcanzables tras el examen de los datos pertinentes, siendo precisa además la posibilidad de un debate sobre la cuestión, no siempre realizable en el juicio oral, o en cualquier caso, antes de dictar la sentencia en la que se establecen los hechos y la culpabilidad del acusado.

Este es el criterio seguido por la doctrina mayoritaria de esta Sala expuesta entre otras, en las STS n.º 1697/2000, de 9 de noviembre; STS n.º 1979/2001, de 25 de octubre; STS n.º 2037/2001, de 26 de octubre; STS n.º 380/2002, de 27 de febrero; STS n.º 1374/2002, de 28 de julio; y STS n.º 2066/2002, de 10 de diciembre, que se han inclinado por la posibilidad de imponer la medida de seguridad en ejecución de sentencia, aunque siempre en incidente contradictorio.

Por lo tanto, siendo posible resolver en ejecución de sentencia sobre la pretensión de la defensa, tras los informes que el Tribunal pueda considerar pertinentes, no se aprecia que la sentencia haya incurrido en el vicio de incongruencia que se denuncia. En cualquier caso, como hemos dicho más arriba, el Tribunal habrá de resolver expresamente sobre el particular en incidente contradictorio.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 19/2005, AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 10 de enero de 2005

EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES DEL ART. 227 NO ES UN DELITO PERMANENTE. LA COSA JUZGADA

Art. 227 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Dolores Balibrea Pérez**

SÍNTESIS

Aunque aún no existe una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto, va consolidándose en las Audiencias la idea de que el impago de pensiones que castiga el artículo 227 del Código Penal no constituye un delito permanente sino lo que se ha llamado un delito “de tracto sucesivo acumulativo”. Ello tiene como consecuencia, entre otras, que no quepa entender incluidas en el efecto permanente del anterior delito (por el que ya recayó condena) los nuevos incumplimientos que no fueran enjuiciados en el anterior proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

El delito de impago de pensiones que tipifica el art. 227 del CP no es un delito permanente, que se caracteriza por estar constituido por una acción u omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Por el

contrario, se trata de diferentes acciones que se van realizando nuevamente, cada vez que un nuevo plazo de la obligación se cumple y no se paga. Doctrinalmente, se acerca mucho al delito continuado, pues existe una repetición de acciones, diferentes en el tiempo, con un similar propósito delictivo, pero la doctrina más reciente ha rechazado tam-

bién la aplicación de esta figura, por estimar que el propio precepto legal, al describir el tipo, exige la repetición de estas acciones, con determinada secuencia temporal: dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos. Es lo que se ha dado en llamar un delito de tracto sucesivo acumulativo.

En esta línea doctrinal se han pronunciado ya otras Audiencias, y a falta de un criterio unificador del Tribunal Supremo, se invoca esta Jurisprudencia menor, como la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, de fecha 4 de abril de 2003, (...)

Pues bien, llegados a este punto, (...) consideramos que no es tanto en la naturaleza de los delitos en lo que ha de centrarse la atención, sino en la estructura típica de cada uno de ellos, ya que, en función de la modalidad descriptiva con que hayan sido concebidos por el legislador, nos ha de servir para conocer ante qué clase de delito nos encontramos, si instantáneo, permanente, de estado, o detracto sucesivo, pues no, necesariamente, porque dos delitos tengan la misma esencia, su estructura ha de ser igual, dado que, si la primera puede depender de la naturaleza de los bienes jurídicos que ambos defiendan, la segunda dependerá de la definición que ha elegido el legislador para configurarlos a fin de conseguir esa defensa. El delito contemplado en el art. 226 del CP, como decimos, y lo hacemos siguiendo una jurisprudencia estable en este sentido, es un delito permanente, para cuya perpetración basta con una simple inactividad del sujeto, que, a partir de un arranque inicial, prolonga en el tiempo el estado antijurídico creado. En cambio, el contemplado en el art. 227, como elementos del tipo objetivo requiere, además de la existencia del convenio o resolución judicial que imponga la prestación, el impago de ésta durante los meses que ha establecido, con lo cual ya no se exige esa simple inactividad del art. 226, sino que el art. 227 precisa algo más, como es una reiteración de omisiones en los momentos puntuales en que debe realizarse la prestación,

siendo por lo que estaríamos hablando de un delito de los que se han dado en llamar de tracto sucesivo, en tanto en cuanto para su comisión exige una pluralidad de omisiones, y que no es sino consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, cual es la de girar, con la periodicidad y en los tiempos marcados, los pagos correspondientes. Desde este punto de vista, el delito del art. 227, de ser considerado como permanente, supondría que los plazos de incumplimiento pasarían a ser un requisito mínimo para que opere la norma penal, a modo de una condición objetiva de punibilidad o requisito de procedibilidad, puesto que la esencia de la infracción, en la que quedaría residenciada la permanencia se encontraría en la situación de abandono para la familia, que en este caso sería por no recibir las prestaciones que debe abonarle el obligado al pago, con lo cual, y de entender las cosas de esta manera, estaríamos redefiniendo el propio art. 227, a base de prescindir de lo que consideramos que es esencial para el tipo, como es el incumplimiento puntual de pago, y entender que lo esencial es esa inactividad de abandono propia del art. 226.

Tras lo expuesto, y considerando que es requisito objetivo del tipo los incumplimientos en los períodos marcados por el legislador, hemos entendido que, precisamente, las omisiones periódicas dan lugar a un delito de tracto sucesivo acumulativo, en el que, una vez superado ese tiempo mínimo sin abonar la pensión, los sucesivos impagos se acumulan a él sin relevancia penal a efectos de continuidad delictiva, pues, en su definición, esos plazos de incumplimiento son los mínimos y nada impide que por encima de ellos pueda haber unos mayores, que quedarían acumulados a los anteriores. Ello por no referimos a los problemas que habría para hablar de delito continuado, en el caso del art. 227, desde el momento que al protegerse en él bienes jurídicos personales sería difícilmente compatible con lo establecido en el apdo. 3 del art. 74 del CP.

Siguiendo esta doctrina rechazamos la calificación de delito permanente del tipo que describe el art 227 del Código Penal, lo que ha de llevar a estimar el recurso, pues no puede entenderse que los nuevos incumplimientos realizados, que no fueron objeto de enjuiciamiento en el anterior proceso, deben considerarse incluidos en el efecto permanente del anterior delito por el que ya fue condenado.

Teniendo en cuenta la especial estructura del delito que ha querido tipificar el legislador, la denuncia o el escrito de acusación, si es que éste amplía los iniciales períodos in-

cumplidos a los que se hayan seguido produciendo durante la instrucción de la causa, hasta el momento mismo de la calificación, pondrán los límites a los hechos (y en consecuencia, períodos) objeto de enjuiciamiento. Todos los incumplimientos que se produzcan con posterioridad podrán conformar un nuevo delito, si cumplen los requisitos legales, sin que quepa, respecto de éstos, aplicar la excepción de cosa juzgada, pues se trata de hechos diferentes en el tiempo, aunque coincidan las personas, sin que quepa, como ya hemos razonado antes, aplicar la figura de los efectos permanentes propios de esta clase de delitos.

Sentencia 94/2005, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 10 de enero de 2005

SUSCEPTIBILIDAD DEL REPRESENTANTE DE LA COMISIÓN LIQUIDADORA DE UNA SOCIEDAD PARA SER SUJETO ACTIVO DEL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Arts. 28, 31 y 305 Código Penal; 228 Código de Comercio; 267 y 272 Ley de Sociedades Anónimas

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Carlos González Zorrilla**

SÍNTESIS

Al hilo del problema del actuar en nombre de otro —en este caso, de una sociedad mercantil en liquidación— establece la sentencia la doctrina de que el delito fiscal puede ser cometido —en contra de las alegaciones de la defensa— no solamente por el liquidador único sino también por quien actúa como representante orgánico de la comisión liquidadora.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal condenando a Víctor como responsable de un delito contra la Hacienda

Pública es recurrida por su representación procesal y asistencia técnica invocando en primer lugar error de la juzgadora de instancia en la valoración de la prueba por entender que el Sr. Víctor no era liquidador único,

como se afirma en la sentencia, sino representante de la Comisión Liquidadora (...)

El motivo no puede prosperar.

A falta de regulación expresa en la legislación vigente en la fecha de los hechos acerca de las funciones y competencias del liquidador en los procesos concursales, la fuente delimitadora de las mismas sólo puede hallarse en la resolución judicial que acordó su nombramiento y, subsidiariamente, las previsiones legales aplicables a los procesos de liquidación societaria existen en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades Anónimas.

Con respecto a la primera de ellas —el auto de fecha 25 de julio de 1995— se hace constar en dicha resolución que nos hallamos ante la aprobación por la Junta de Acreedores de “un Convenio de liquidación” lo que deja claro el ámbito y la finalidad de la tarea que se encomendaba al Sr. Víctor. (...) el punto cuarto de dicho Convenio establece:

“El Liquidador tendrá las más amplias facultades en orden al cumplimiento y ejecución de lo establecido en el Convenio y, en especial:

b) La plena y exclusiva administración y disposición del patrimonio de la Deudora, con las más amplias facultades de disposición de bienes muebles e inmuebles, y para el ejercicio de cualesquiera acciones y derechos que correspondan a la deudora.”

(...)

Esa interpretación resulta además la única coherente con lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Comercio (...)

Y, por otro lado, como ya señala la sentencia de instancia, es además coherente con lo establecido en el artículo 267 de la Ley de Sociedades Anónimas que prescribe que “Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer huevos contratos y contraer huevas obligacio-

nes asumiendo los liquidadores las funciones a que se refiere el artículo 272”.

(...)

Segundo.—(...) se expone en los apartados 2.º y 3.º del recurso, dos alegaciones que en nada afectan al fallo recurrido.

La primera de ellas se refiere a la expresión “dispuso” referida a dos extracciones de dinero efectuadas por el acusado de la cantidad entregada por la compradora de la finca con destino al pago del IVA de la operación. Ningún error existe en la utilización de tal expresión puesto que en realidad el acusado dispuso de esas cantidades, en concepto de pago del resto de la comisión devengada por (...) por la intermediación de dicha sociedad en la compraventa del inmueble y para el cobro de su propia remuneración de acuerdo con la cláusula remuneratoria del Convenio de Liquidación. (...)

La segunda se refiere al ingreso mediante cheque bancario de los 54.500.000 pesetas restantes del total destinado al pago del IVA en una cuenta personal, cosa que también es cierta y que el propio acusado admite, con independencia que ofrezca una alambicada explicación a ese comportamiento. (...)

Tercero.—Las alegaciones 4.ª y 7.ª hacen referencia al mismo problema, a saber, la capacidad del acusado para ser autor del delito contra la Hacienda Pública por el que ha sido condenado. Sostiene en esencia que, el Sr. Víctor, no tenía la condición de sujeto pasivo del IVA y por ello no venía obligado a efectuar declaraciones trimestrales ni resumen anual por tal impuesto, y tampoco venía obligado a hacerlo en nombre de PROMOCIONS 6/10 S.A., porque no era su Administrador, legal representante, apoderado, ni era el liquidador societario del artículo 267 y 268 de la Ley de Sociedades Anónimas. En consecuencia, no puede ser autor del delito porque ni era el “obligado tributario” ni actuaba como directivo u órgano de dicha entidad o en representación legal o voluntaria de la misma.

Tampoco ese motivo puede tener acogida.

Ya hemos indicado en el fundamento jurídico primero que el acusado tenía conferidas, por decisión judicial —y no por decisión de la Junta de Acreedores, que se limitó a hacer la propuesta— las funciones de administración de todos los bienes de la deudora, lo que obviamente comportaba la correlativa obligación de cumplir con las obligaciones fiscales derivadas de las operaciones efectuadas con dichos bienes a los efectos de la liquidación de la sociedad. Era a él y sólo a él —y no el Administrador formal de la empresa que, aunque no hubiera sido cesado en su cargo, ninguna capacidad de disposición tenía sobre el único bien que a la entidad le quedaba— a quien incumbía dicha obligación.

Pero es que, además, el acusado era consciente de dicha obligación como lo demuestran diversas actuaciones que él mismo admite. (...)

(...) El vigente art. 31 del CP, cuyo antecedente era el 15 bis introducido por la Ley de Reforma de 25 de junio de 1983, consti-

tuye una regla complementaria de la autoría fijada en el art. 28 del mismo Texto que tiene por objeto, en aras de preservar el principio de legalidad, delimitar la existencia de posibles autores en aquellos casos en que por tratarse de delitos especiales se exige la concurrencia de determinadas condiciones o cualidades para ser considerado autor de los mismos. El caso paradigmático era el de las personas jurídicas y quién debía responder penalmente de sus actos ilícitos, constituyendo recurso habitual la apelación a dicha personalidad con el objeto de eludir las personas físicas partícipes e integrantes de las mismas su propia responsabilidad penal, resultando por ello una regla extraordinariamente útil, aplicable especialmente a delitos de naturaleza patrimonial o económica en los que es preciso discernir quién es el “verdadero dueño de la voluntad social”, que salva en todo caso el principio de legalidad mencionado. Por ser meramente complementaria o aclaratoria del art. 28 del CP, ni implica una presunción de autoría, ni un caso de responsabilidad objetiva, pues el agente en todo caso debe ser autor conforme al artículo citado en último lugar.

Sentencia 143/2005, AP BARCELONA, Sec. 8ª, de 31 de enero de 2005

ADMINISTRACIÓN DESLEAL: USO DE VEHÍCULO DE LA EMPRESA CUANDO SE HA CESADO EN LA MISMA

Art. 295 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig**

SÍNTESIS

Deslinda esta sentencia los perfiles de la administración desleal en relación con la apropiación indebida. Una de las diferencias más salientes entre ambos tipos penales es que el tipo de delito societario requiere que el sujeto activo de la infracción sea un administrador de hecho o de derecho de la sociedad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El recurrente sostiene que el art. 295 quedaría restringido a cubrir aquellos supuestos no abarcados por el delito de apropiación indebida en los que no se puede acreditar la existencia de un genuino acto apropiatorio, sino simplemente de “unos usos temporales no apropiatorios capaces de causar un perjuicio patrimonial a la sociedad administrada”, de menor gravedad, valorativamente, lo que explicaría la diferencia de marcos penales entre uno y otro delito. Y así, sigue diciendo el recurrente: “De hecho, el delito de administración desleal posee un ámbito de aplicación propio que empieza, precisamente, allí donde termina la posibilidad de aplicar el delito de apropiación indebida. La diferencia esencial entre estos delitos residiría en que en el de apropiación indebida el autor realiza un acto de disposición del patrimonio administrado que sólo al propietario compete, comportándose como un pseudo-propietario, mientras que en el delito de administración desleal el autor no se sale del ámbito de sus competencias (obra dentro de la esfera de su poder jurídico), sino que simplemente abusa de ellas, infringiendo de ese modo el deber de lealtad respecto al titular del patrimonio. Se sigue de ello que las disposiciones abusivas de bienes sociales (en el caso, de un vehículo de la empresa) que no impliquen apropiación, tanto en beneficio propio como de tercero, constituyen actos de administración desleal”.

Dicha disertación puede explicar satisfactoriamente que no siempre se da un concurso de leyes o normas entre el art. 252 y el art. 295 CP como pretende la Juez “a quo”, pues de darse dicho concurso de normas el Tribunal Supremo estima que sería de preferente aplicación el art. 252 de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 del CP (...).

La doctrina más autorizada considera que la conducta de disponer a que se refiere el

tipo del art. 295 incluye los usos temporales ilícitos no dominicales —aunque un sector doctrinal reserva el término disponer para los actos de enajenación y gravamen exclusivamente— siendo abarcados por el art. 295 CP si causan perjuicio a la sociedad —no así los usos ilícitos no dominicales que no causen perjuicio al patrimonio social—, entendiendo por usos ilícitos no dominicales aquellos actos que se realizan por el sujeto activo —administrador o socio— sin que implique incumplimiento definitivo de entregar o devolver, o, en todo caso, con ánimo de entregar o devolver.

Y se afirma que el uso ilícito no dominical nunca constituye apropiación indebida porque la misma abarca los supuestos en los que los actos dominicales —por el que el sujeto se comporta como dueño— implican incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver con ánimo de no hacerlo, es decir, con ánimo de no entregar o devolver.

Pero es el uso ilícito no dominical, se afirma, sólo cuando produce perjuicio, una administración desleal del art. 295.

Entrando a examinar el caso de autos se constata que el vehículo de autos fue comprado el 28 de mayo de 1999 (...) para la sociedad (...) por un importe total de 7.638.209 pesetas, y el acusado el 31.7.99 efectuó una aportación a dicha sociedad de 2.500.000 pesetas (...) utilizando dicho vehículo hasta que en fecha 8 de junio de 2000 se firmó un contrato (...) entre el representante legal (...) de la sociedad (...) y el acusado D. Ángel Jesús —llamado “El Trabajador”— en que se contrató al acusado como [...] de la Compañía, estableciendo en la cláusula Tercera, intitulada: “REMUNERACIÓN” apartado 4 lo siguiente: “De igual forma, la compañía pondrá a disposición de “El Trabajador” un vehículo automóvil, el cual podrá utilizar tanto para el desarrollo de las funciones encomendadas como para su uso particular y privado. El

empleado devolverá el coche, las llaves y la documentación del mismo en el momento en que se produzca la rescisión del presente contrato de trabajo, cualquiera que sea la causa o motivo” (...).

Y el 28 de noviembre de 2002 el acusado fue despedido sin que el mismo procediera a devolver el vehículo de autos, alegando que

lo devolvería si se le reintegraban los 2.500.000 pesetas que el acusado había aportado a la empresa por el vehículo (...).

Los hechos no son subsumibles, en opinión de este Tribunal, en el art. 295 del Código penal porque dicho tipo exige que el sujeto activo del delito sea el administrador de derecho o de hecho o un socio.

Sentencia 135/2005, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2005

DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS ARTS. 381 Y 384 DEL CÓDIGO PENAL
Arts. 147.1, 150, 152, 381, 383 y 384 Código Penal; 655, 688, 689, 690, 691, 694, 695 y 733 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz**

SÍNTESIS

La sentencia estudia la conducción temeraria de una persona que conduce entre una multitud de personas en fiestas. El delito previsto en el artículo 381 del CP se aprecia en concurso de leyes con el resultado lesivo. La aplicación del artículo 384 cuando exista un resultado lesivo implicaría el concurso ideal de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Lógicamente, a diferencia de lo que sucede con el delito de conducción temeraria previsto en el artículo 381, ya no es suficiente en el tipo subjetivo un dolo de peligro referido a la acción peligrosa en sí, sino que es preciso un elemento subjetivo específico del injusto constituido por el consciente desprecio por la vida de los demás, lo que además impide que el resultado lesivo pueda imputarse a título de imprudencia, pues el

mismo también viene abarcado por el dolo eventual, de ahí que el consciente desprecio por la vida de los demás sea un elemento que, añadido a un alto grado de probabilidad o de conformidad con el resultado, decida por la calificación de dolo respecto del peligro y del resultado y no por la simple imprudencia, es decir comprendiendo el comportamiento doloso en este precepto, no sólo respecto de la conducción temeraria misma, sino también respecto del resultado lesivo que la acción pueda producir.

En cuanto a la relación del delito de peligro, con consciente desprecio, supuesto agravado, con aquellos casos de resultado lesivo para la vida e integridad de las personas o incluso de muerte, entendidos como formas especiales de aparición del delito, la ubicación del artículo 384 dentro del Capítulo IV detrás del artículo 383, impiden que sea de aplicación este último precepto, previsto para resolver los casos en que la actuación temeraria sin consciente desprecio por la vida de los demás llega a materializarse en un resultado concreto de muerte o lesiones, por lo que, de ocurrir estos, surge un concurso ideal de delitos entre el tipo previsto en el artículo 384 y el de homicidio o, en su caso, de lesiones, ya que, en definitiva, se trata de un delito que entraña dolo eventual respecto del posible resultado lesivo.

(...)

Octavo.—El delito previsto en el artículo 381 conducción temeraria se aprecia en concurso de leyes, dado el resultado lesivo causado por el procesado, en relación con

un delito de lesiones imprudente previsto y penado en el artículo 152.1.3.º y 2.º, en relación con el artículo 150 del Código Penal, y con dos delitos de lesiones imprudentes previstos en el artículo 152.1.1.º y 2.º en relación con el artículo 147.1 del Código Penal, y todos ellos en relación con el artículo 383 del repetido texto legal, en atención al resultado lesivo producido, derivado del inopinado proceder por parte del procesado respecto del mismo.

La cláusula concursal prevista en el artículo 383 supone una excepción a la regla general válida para los delitos de peligro, según la cual en caso de producción de resultado lesivo, el correspondiente tipo de resultado absorbe el desvalor de peligro, tan sólo en la medida en que el riesgo se haya agotado, realizándose plenamente en el resultado, pudiendo constituir el resultado lesivo a que alude la norma, un supuesto de homicidio, lesiones o de daños, dando así lugar al concurso de leyes impuesta en tal precepto, que no se vea alterada en caso de diversos resultados lesivos.

Sentencia 35/2005, AP LÉRIDA, Sec. 1.ª, de 8 de febrero de 2005

VALORACIÓN SEPARADA DE PERJUICIO FISIOLÓGICO Y PERJUICIO ESTÉTICO EN SECUELAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO

Reglas de utilización del capítulo especial: perjuicio estético de la tabla VI del anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Segura Sancho**

SÍNTESIS

La valoración de forma separada de los puntos por perjuicio fisiológico y por perjuicio estético se introduce por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, por tanto, la sentencia considera que sólo será de aplicación este novedoso tratamiento por separado de ambas secuelas para los supuestos acaecidos a partir de la entrada en vigor de esta norma.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) se impugna únicamente el “quántum” indemnizatorio (...) a) por aplicación de las reglas de cálculo de las indemnizaciones resultantes de las secuelas, y en este sentido los recurrentes sostienen que son aplicables las reglas específicas contenidas en la Ley 34/2003, lo que en su opinión implica que deban valorarse separadamente el perjuicio fisiológico del perjuicio estético y, con arreglo a ello, cuantificar cada uno de aquellos apartados por separado con arreglo a las tablas previstas en la ley (...).

Respecto del primer motivo de impugnación ha de señalarse que la modificación que la Ley 34/2003 introdujo en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor afectó, entre otros aspectos, a la valoración del perjuicio estético, introduciendo unas reglas que no aparecían en la regulación anterior al decir que “3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les

corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes” con lo que según el tenor de esta disposición habrá de valorarse por separado cada uno de aquellos apartados. Este sistema, además, se ha recogido íntegramente en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero al igual que ocurría en la regulación anterior no se han modificado las reglas generales contenidas en el apartado segundo (“explicación del sistema”) cuando dice que “Si además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumarán aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquéllos la indicada fórmula” lo que revela y pone de manifiesto la contradicción existente entre ambas disposiciones pese a que el legislador pretende modificar el sistema de cómputo y de cuantificación que venía rigiendo hasta entonces.

Sentencia 32/2005, AP LAS PALMAS, Sec. 2ª, de 16 de febrero de 2005

COLOCACIÓN DE CADENAS EN LAS PUERTAS DEL LOCAL DE NEGOCIO:
CALIFICACIÓN PENAL

Art. 172 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Juan Castro Feliciano**

SÍNTESIS

No existe una jurisprudencia uniforme acerca de la calificación penal de hechos tales como cambiar la cerradura de una puerta para impedir el paso, colocar candados o cadenas, etc. La presente sentencia tipifica los hechos como coacciones y, por lo que respecta a su gravedad cuantitativa, como delito y no como falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—Los acusados, Manuel y Julieta, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, concertaron contrato de arrendamiento del local comercial sito en la Carretera General del Norte, (...), de esta Capital, el día 30 de abril de 1998 (si bien el contrato figura como única arrendataria Julieta y como fiador solidario Juan José), dedicándolo a industria de bar, en el que se habían instalado varias máquinas “tragaperras”, trabajando en el mismo en condición de camarera Carla al menos con anterioridad al mes de diciembre de 2000.

Segundo.—En dicho mes, Julieta, en su calidad de arrendataria de local comercial, aun cuando ella no lo explotaba de forma directa, cedió el “derecho de administración” del bar por período de dos años a Carla, concertándose por tal cesión el precio de un millón quinientas mil pesetas, percibiendo Manuel (en representación de la cedente) un millón de pesetas, sin que conste la razón por la que no fue entregada la cantidad restante de 500.000 pesetas. En dicho contrato se hacía constar que sería la cesionaria la que explotaría el bar, siendo la recaudación de las máquinas recreativas compartida por cedente y cesionaria, que percibía un 10% de los beneficios de las mismas.

Tercero.—Como consecuencia de las desavenencias que surgieron entre Manuel y Carla, aquél colocó (con el pretexto de realizar unas obras en la fachada), en fecha no bien determinada, pero alrededor del 16 de febrero de 2001, en las dos puertas de acceso al local unas cadenas con candados, de modo que Carla no pudo acceder al mismo, por lo que el local permaneció cerrado hasta que por el Juzgado de Instrucción núm. Siete de esta Capital se le puso en posesión del mismo el día 2 de mayo de 2002, situación en que se encuentra en la actualidad.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal, del que es autor únicamente el acusado Manuel, al haber realizado los hechos descritos en el factum de esta declaración, es decir, impedir por la fuerza la utilización del local cuya administración había cedido a Carla, colocando cadenas con sus respectivos candados en las puertas de acceso al mismo.

El delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal de 1995, de análoga redacción al artículo 416.1 del Código Penal derogado, requiere como presupuestos legales: a) una conducta violenta de contenido material como “vis” física, o intimidación como “vis” compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta; d) intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos “impedir” o “compeler” y e) ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico (...) Pero lo cierto es que la gravedad de los actos coactivos debe entrar siempre en consideración a los efectos de dilucidar su carácter delictual o el de mera falta, susceptible de subsumirse en la previsión del artículo 620.2 del Código Penal; a esta finalidad resulta necesario valorar la mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida y el grado de malicia y culpabilidad del agente; estimando la Sala que los hechos que se declaran probados deben incardinarse en el delito, y no en la falta de coacciones, dadas las consecuencias que supusieron para la denunciante la acción del acusado.

Sentencia 18/2005, AP MÁLAGA, Sec. 7.ª, de 2 de marzo de 2005

PREVARICACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO: SUSPENSIÓN DE PLENO CONVOCADO PARA DEBATIR Y VOTAR UNA MOCIÓN DE CENSURA

Art. 404 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mariano Santos Peñalver**

SÍNTESIS

Junto al aspecto objetivo —el carácter arbitrario de la resolución— el tipo de la prevaricación del artículo 404 del CP exige la conciencia de la arbitrariedad. La sentencia que seleccionamos reitera que tal elemento, por su naturaleza psicológica, sólo es detectable de manera indirecta, a través de los comportamientos y actos anteriores, coetáneos y posteriores al hecho mismo, valorados conforme a la lógica y a las reglas de la experiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Octavo.—(...)

En el caso de autos el Decreto dictado acuerda la suspensión del pleno convocado por el Secretario General para la discusión y votación de la moción de censura suscrita por trece diputados de la Ciudad Autónoma. Como así se desprende de la prueba documental consistente en el referido Decreto obrante a los folios 14 a 22 de autos. Y, siendo esto así es evidente que la resolución administrativa es absolutamente injusta desde la perspectiva de su contenido intrínseco, pues el referido Decreto impide a los Concejales de la Asamblea de la Ciudad Autónoma ejercitar su derecho refrendado por el artículo 23 de la Constitución, pues mediante la resolución administrativa se pretende impedir que los Concejales ejerciten su derecho al voto en la Moción de Censura convocado, vulnerando los derechos fundamen-

tales consagrados en los n.º 1 y 2 del artículo 23 de la Constitución Española. No se trata en definitiva, de una resolución administrativa discutible, errónea o no ajustada a derecho, sino que patente y abiertamente contradice las normas legales al acordar privar a los Concejales de su derecho de voto de la Moción de Censura, intentando frustrar ésta en su mismo origen al suspender el Pleno en que debía de ser votada, con quebranto de los derechos de los peticionarios de la Moción, con desprecio de los intereses generales que exigen la deliberación y votación de la misma, y clara vulneración del mandato constitucional recogido en el artículo 9 n.º 3 de la Constitución, que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y del obligado sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho que consagra el artículo 103 n.º 1 de la Constitución Española de cuyo respeto y acatamiento era el acusado garante por disposición legal.

(...)

Subjetivamente el delito de prevaricación exige que la resolución se dicte por el funcionario a sabiendas de su injusticia, lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es, con intención deliberada y pleno conocimiento de la ilegalidad del acto realizado, identificándose con los elementos propios del dolo.

En primer lugar debe indicarse con relación al elemento subjetivo que como todo lo que afecta a la intimidad, en cuanto hecho de naturaleza psicológica, solo es detectable de manera indirecta a través de los comportamientos y actos anteriores, coetáneos y posteriores al hecho mismo, valorados conforme a la lógica y a las reglas de la experiencia.

En el caso de autos consta que el recurrente al tiempo de firmar el Decreto administrativo ostentaba el cargo de Vicepresidente de la Ciudad Autónoma, y que con anterioridad, desde 1991, había ocupado varios cargos públicos llegando a ser Presidente de la Ciudad Autónoma (según la declaración prestada por el propio recurrente en el acto del Juicio Oral a instancias del Ministerio Fiscal, y de la Acusación Particular), lo cual genera una presunción de conocimiento de la ilegalidad de la injusticia de la resolución, pues el propio ejercicio del cargo implica en quien lo desempeña unos conocimientos más amplios que el resto de los ciudadanos en las materias sometidas a su competencia decisoria. Presunción que en el presente caso viene reforzada por el hecho de haber sido el recurrente Presidente de la Ciudad Autónoma por una moción de censura y haber luego tenido otra moción de censura (según sus manifestaciones en el acto del Juicio Oral a instancias de la Acusación Particular). Lo que evidencia su conocimiento sobre la materia específica objeto de la resolución. Y, que queda por sus declaraciones en el Juicio Oral prestadas a instancia del Ministerio Fiscal al decir que “a raíz de varias mociones de censura se modifica la Ley Electoral y la convocatoria del Pleno la haría el Secretario General, siendo la pre-

sentación de la moción de censura válida pues llevaba las 13 firmas reglamentarias y que cree que el Pleno debía celebrarse al décimo día de la presentación (se entiende de la Moción de Censura)”.

De otro lado, consta que con carácter previo por los servicios técnicos de la Ciudad Autónoma en mayo del año 2000 se emitió un informe sobre el carácter automático de la convocatoria del Pleno de la Moción de Censura, y que antes de la firma del Decreto administrativo, por quien ejercía las funciones de Secretario General se extendió una diligencia haciendo constar la irregularidad del Decreto, de la que tuvo conocimiento el recurrente (folio 5 a 13 y 22 vuelto de autos).

Así mismo, el propio Decreto firmado por el recurrente reconoce expresamente la ilegalidad que supone el impedimento del derecho de voto de los Concejales consecuencia de la suspensión en Pleno de Moción de Censura. En concreto en los apartados 7 a 10 del Decreto objeto de análisis se relata como una resolución administrativa que evitaba su debate fue declarada ilegítima por el Tribunal Supremo en sede contenciosa-administrativa, y, posteriormente sancionada como ilícito penal, si bien pendiente al tiempo de dictarse el Decreto de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Igualmente los apartados 11 a 13 del Decreto reseñan que como consecuencia de haber sido impedido el derecho a voto del ahora recurrente, una Moción de Censura contra quien fuera Presidente de la Ciudad Autónoma, se iniciaron actuaciones penales por dichos hechos.

Finalmente, según declaró el imputado recurrente a preguntas de la Acusación Particular que ante la decisión del Secretario General, titular de convocar el Pleno pese al Decreto firmado por el recurrente, este firmó otro Decreto suspendiéndole en sus funciones, al tiempo que advirtió a los funcionarios que legalmente podrían sustituir al Secretario General que no acudieran al Pleno de Moción de Censura por haber sido suspendido.

De lo expuesto, la conclusión del Juzgador de instancia de considerar que el inculgado dictó la resolución administrativa ilegal a sabiendas de su injusticia, es conforme a la lógica. En efecto, consta que el recurrente desde el año 1991 había desempeñado cargos públicos, inclusive la Presidencia de la Ciudad Autónoma de Melilla; que era sabedor de la ilegalidad de impedir el derecho de voto de los firmantes de una moción de Censura mediante la suspensión del Pleno previsto al efecto; que fue expresamente advertido de dicha irregularidad, por los

funcionarios técnicos en la materia; que pese a ello, decidió suspender el Pleno de la Moción de Censura planteada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma en el que ostentaba el cargo de Vicepresidente, que finalmente, sabedor de la convocatoria automática por imperativo legal del Pleno de Moción de Censura por el Secretario General, dictó nueva resolución administrativa suspendiendo de funciones a quien por ley correspondía la convocatoria del Pleno, y comunicó a quienes pudieran sustituir al secretario General que no acudieron al Pleno.

Sentencia 5/2005, AP CÁCERES, Sec. 2.ª, de 4 de marzo de 2005

ESTAFA: AGRAVACIÓN POR EL ABUSO DE RELACIONES PERSONALES. VENDEDOR DE LA ONCE QUE ENGAÑA A CLIENTE

Art. 250.1.7.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Vicente Cano-Maillo Rey**

SÍNTESIS

Toda estafa lleva implícita un quebrantamiento de la confianza genérica que las personas tienen las unas en las otras y que se vulnera mediante la utilización del engaño. Por eso es preciso un “quid pluris”, concretado en la ruptura de unas específicas relaciones personales, para poder apreciar la agravación que nos ocupa. Así sucede en este castizo supuesto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

El día veintiuno de septiembre del año 2002, don Íñigo adquirió en el bar (...) de la localidad de Cáceres un cupón de la ONCE (...) correspondiente al sorteo del día siguiente, adquisición que se efectuó, como era habitual, junto a los integrantes de una

peña. En el sorteo del día siguiente ese cupón fue premiado con la cantidad de treinta mil euros.

El día veinticinco de septiembre Íñigo se encontraba en Navaconcejo y coincidió en el bar (...) con el vendedor de cupones Adolfo, que vendía por la zona del Valle del Jerte

y Plasencia. Íñigo, ignorante de que ese cupón hubiese sido premiado, le pregunta a Adolfo por ese cupón y por otros que tenía, dándose éste cuenta a través de la lista oficial que llevaba, que ese cupón había sido premiado; al apercebirse de que Íñigo no estaba al tanto de ello le dice que al cupón número (...) le ha tocado el reintegro, por lo que se queda con el mismo para su propio beneficio y entrega a Íñigo un cupón para otro sorteo.

En la localidad de Navaconcejo reside desde hace varios años el empresario Mariano, conocido de Adolfo ya que en el negocio de aquél había trabajado su mujer y él mismo iba casi diariamente a la oficina de Mariano a vender cupones, comprándole éste con frecuencia y a veces series enteras. Sin que consten fechas concretas, Adolfo habla en varias ocasiones con Mariano sobre si le hacía el favor de cobrar ese cupón (ya que él no podía por la relación que le unía con la ONCE), alegando como causa para ello que el cupón era de una tercera persona, un funcionario, a quien cobrar el cupón le iba a dar muchos problemas fiscales. Tras mucho insistir, Mariano accede a ello a cambio de mil doscientos euros, pensando únicamente en hacer un favor a alguien. Así acordado, el día treinta de septiembre del año 2002 se personan Adolfo y Mariano en una sucursal de la entidad Caja Duero en Plasencia e ingresaron el cupón para su conversión a metálico en la cuenta (...) de la que era titular Mariano. Cuando el día tres de octubre siguiente el pago se efectúa, Mariano traspasó la cantidad de 29.975 euros a otra cuenta, (...) abierta en Caja de Ahorros de Extremadura y que figura a nombre (...), sociedad de la que Mariano es partícipe. De ella sacó dinero al menos en dos ocasiones, y entregó a Adolfo en mano la totalidad de la cantidad transferida.

Pocos días después de su entrevista con Adolfo en el bar (...) de Navaconcejo, Íñigo viene a Cáceres y se entera en la cafetería (...) de que el cupón ha sido premiado, por lo que de nuevo en Navaconcejo requiere a aquél que le informe de lo ocurrido con el

mismo, diciéndole Adolfo que él gestionaría la cuestión, cosa que no hizo, llegando a manifestar al Director Provincial de la ONCE en Cáceres que no había cobrado el cupón.

Íñigo había visitado previamente al citado directivo, que le dice que ese cupón se ha cobrado en Plasencia y que no figuraba devuelto en ningún sobre, por lo que se entrevista otra vez con Adolfo, que le da evasivas y no atiende a sus demandas, por lo que Íñigo formula una denuncia judicial que motiva diligencias de investigación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

La estafa está consumada, lo que nos lleva a preguntarnos si concurre en la misma la circunstancia número siete del artículo 250.7 del Cód. Penal.

Quinto.—La esencia de la previsión legal es el abuso de confianza que el defraudador tiene sobre la víctima por razón de sus relaciones personales con ella, o de su credibilidad empresarial o profesional sobre la misma.

(...)

Aplicando lo dicho al caso concreto encontramos que las circunstancias concurrentes aconsejan tener en cuenta esta modalidad comisiva en base a lo que sigue: sentado hasta la saciedad que Adolfo conocía y sabía quién era Íñigo; acreditado que ambos coinciden en el bar (...) de Navaconcejo; constatado que en ese local se venden cupones y lotería; corroborado que el acusado era conocido en la localidad por su labor de vender cupones; probado que era de dominio público su hacer, lo lógico y normal es que cualquiera se dirija a él en su condición de profesional para saber qué ha ocurrido en los sorteos habidos. Íñigo no era una excepción, máxime cuando Adolfo era conocido como vendedor de la ONCE. En esa creencia y con esa confianza se dirige Íñigo a Adolfo, ya que confía en él por su apariencia de su buen hacer como profesional. Nada más normal para cualquier persona que

posee un cupón que preguntar a cualquier vendedor de la ONCE que se encuentra por el mismo; el vendedor consulta la lista que lleva y le contesta; esta sencilla aseveración se repite día tras día en cualquier lugar de nuestra geografía; el poseedor del cupón pregunta a cualquier vendedor de la Once y se fía de lo que le dice, no le pide ver la lista personalmente, confía en lo que el vendedor le asegura.

Si de modo genérico es así, en nuestro caso la situación se acentúa dado el marco de conocimiento existente entre Íñigo y el Sr. Adolfo (hablamos de una localidad pequeña) y de que este último era conocido

por vender cupones. En resumen: Íñigo confía en el acusado, que se aprovecha de su credibilidad profesional, lo que hace que Íñigo no sospeche y no le pida la lista oficial para verla él: confía en Adolfo porque es un profesional, de ahí que se conforme con lo que aquél le dice, no inquiera más sobre ese cupón y acepte los que el acusado le da como pago del (falso) reintegro que le ha tocado. Si a esto añadimos que Adolfo es consciente de que Íñigo confía en él (los testigos dicen que tenía mucho don de gentes) y de que va a aceptar lo que él le diga, tenemos configurando el panorama legal que permite aceptar y tener por existente la circunstancia alegada por la acusación particular.

Sentencia 118/2005, AP ZARAGOZA, Sec. 3.ª, de 14 de marzo de 2005

ABANDONO DE FAMILIA: PADRE QUE NO PAGA LA PENSIÓN ALIMENTICIA PARA SUS HIJOS CUANDO ÉSTOS ESTÁN CON LOS ABUELOS

Art. 227 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel López López del Hierro**

SÍNTESIS

No sostiene la resolución que seleccionamos que los padres obligados a ello puedan dejar de pagar la pensión alimenticia a sus hijos cuando éstos están con los abuelos, pero sí que esta coincidencia temporal pueda poner en cuestión el carácter doloso de la conducta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

(...) al presentar las modalidades delictivas de abandono de familia un carácter pro-

blemático, por su conexión por todo cuanto representa la vía civil en las separaciones y divorcios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que en dichas conductas debe darse con mayor intensidad el principio de intervención mínima del Dere-

cho Penal, porque los cauces adecuados que la legislación civil establece, sobre todo a partir de la nueva normativa matrimonial, que permite solucionar por la vía civil los casos más normales en la problemática más o menos próxima a estas infracciones criminales, imponen como lógica consecuencia una aplicación restrictiva de las normas penales, por lo que únicamente deben de reservarse a la jurisdicción penal los casos graves dignos de una severa repulsa social, entendiendo por consiguiente, que para la consumación de la infracción, no basta el simple incumplimiento de deberes, sino que es menester y preciso que dicho incumplimiento se lleve a cabo maliciosamente, es decir, sin justificación, sin base, sin motivación alguna, por puro capricho y arbitraria e irrazonable decisión del acusado.

En el presente supuesto esta voluntad caprichosa de incumplir con lo establecido en la resolución judicial en materia de pensio-

nes no se da de forma clara e indubitada sino que el acusado deja de pagar las mismas en base a que el hijo menor de edad para cuyo sustento estaba dirigida la obligatoriedad de las cantidades a entregar, permaneció bajo la custodia y los cuidados del padre o del abuelo paterno durante unos meses que coinciden con la dejación del cumplimiento de la prestación por parte del acusado por lo que el bien jurídicamente protegido no ha sido vulnerado como así lo pone de manifiesto con acierto la Juez “a quo” en su sentencia.

En definitiva, la Juez, acertadamente, sitúa el comportamiento del acusado dentro de unas circunstancias personales determinadas y en el marco de determinados datos, a partir de los cuales infiere de manera razonada y razonable que no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares por lo que el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 107/2005, AP LÉRIDA, Sec. 1.ª, de 15 de marzo de 2005

DELITOS CONTRA LA FAUNA: DISTINCIÓN ENTRE ESPECIE AMENAZADA Y ESPECIE CATALOGADA EN PELIGRO DE EXTINCIÓN

Art. 334 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Pocino Moga**

SÍNTESIS

La simple inclusión en los catálogos administrativos de una especie animal como “amenazada” no significa que se satisfaga inmediatamente el plano objetivo del delito previsto en el artículo 334 del CP, sino que los principios del Derecho penal exigen que se constate que la especie se encuentra material y objetivamente amenazada (como así declara la sentencia que sucede en el caso del aguilucho cenizo). Ahora bien, debe distinguirse entre la mera especie amenazada y la especie en peligro de extinción, pues esta última genera un subtipo agravado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El núcleo esencial de la prohibición y la concreción de la conducta calificada delictiva viene expresamente establecida por el tipo, las acciones cazar, pescar, impedir o dificultar la reproducción o migración, comerciar o traficar, y la definición del objeto de protección es la especie amenazada, exigiéndose el plus de la contravención de leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre.

Es necesario, por tanto acudir a la normativa administrativa, donde se desplaza en consecuencia todo el peso de la calificación como delictiva de la conducta, pero con la salvedad que el principio de intervención mínima del derecho penal, y con la intención de evitar la superposición del ilícito penal y administrativo, es de exigir un plus de gravedad en atención al bien jurídico protegido, la incidencia en la conservación de los hábitats naturales y la fauna del lugar garante de la biodiversidad, y concretamente señalado por la doctrina jurisprudencial como que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además se encuentren material y efectivamente amenazadas.

Volviendo al tipo, la normativa objeto de remisión viene constituida por las disposiciones estatales y autonómicas. De ámbito estatal la Ley 4/1989, de 27 de marzo y su desarrollo en disposición reglamentaria RD 439/1990 que establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, modificado por la orden de 10 de marzo de 2000. En estas dos últimas disposiciones aparece el aguilucho cenizo (*Circus Pygargus*), catalogada en el mismo como especie de interés especial en el anexo II por el decreto de 1990, se observa como en la orden del año 2000, aplicable al momento de los hechos, la citada especie subió un peldaño de pro-

tección y pasó a la categoría de especie vulnerable.

(...)

En definitiva, no se puede acoger el motivo absolutorio de la Sentencia “a quo”, (...)

Por tanto debe concluirse que estamos en presencia de una infracción de Ley por inaplicación de precepto legal, derivado de la peculiaridad del tipo penal de ley en blanco que obliga a la adopción de la norma administrativa como elemento normativo del tipo, y es por ello que en primer lugar cabe la revisión en alzada de la sentencia absolutoria de instancia, dado que no hay valoración probatoria, sino que nos movemos en el marco de aplicación del principio de legalidad.

Es cierto, y debe decirse, que la doctrina científica y sobretodo jurisprudencial ha venido exigiendo, atendiendo a los principios del derecho penal, además de la inclusión de la especie en el catálogo de amenazadas en las tres primeras categorías, que se encuentren material y efectivamente amenazadas.

Recordemos que el tipo del artículo 334 incluye dos tipos, uno agravado en función del objeto de protección, la especie catalogada en peligro de extinción, y el tipo básico que define la conducta y que se dirige a la protección de las especies señaladas como amenazadas por las leyes o disposiciones de carácter general. Por tanto debe concurrir como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, “la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal sino concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada”.

En el presente procedimiento, en sede de juicio oral, efectivamente, se practicó prueba dirigida a la efectiva constatación de la situación en que se halla la especie, así como lo demuestra la normativa estatal y autonómica que han propiciado su cambio de

catalogación, y el desarrollo, aplicación de medios personales y materiales destinados a los planes de recuperación de la especie a través de regulaciones especiales y dotación de indemnizaciones a propietarios de terrenos afectados por la afectación de protección, la propia dinámica de los hechos que se han declarado probados, y las declaraciones como testigos de los responsables de tales planes de protección y recuperación. Es más la misma Sentencia señala que el testigo Jefe de Sección de Fomento de Especies Protegidas del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya, que ratificó su informe, folios 66 y 67, expresó la situación crítica del Esparver Cendrós. Y debe señalarse que la Sentencia de instancia no valora tal prueba practicada, por que considera que la catalogación como especie de interés impide la aplicación del tipo, lo que es un error, y debe suponer la necesaria revisión por la Sala de la concurrencia del expresado requisito, tratarse de una especie efectiva y objetivamente amenazada.

(...)

Otra cosa distinta, resultaría y debe hacerse respecto al subtipo agravado del artículo 334.2 del Código Penal, cuando seña-

la imponer la pena en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción, pues en tal caso se exige la prueba de su catalogación en el nivel de peligro de extinción, es decir su presencia en la norma aplicable, y en segundo lugar su efectiva y objetivamente situación de amenaza de extinción. Faltando el primero de tales aspectos no cabe entrar en el segundo, y por tanto no puede acogerse la petición del recurrente de aplicación a los hechos del subtipo agravado.

Por tanto el recurso debe merecer favorable acogida en relación a la revocación de la absolución del acusado como autor de un delito previsto y penado en el artículo 334.1 del Código Penal, sin que proceda modificarse la declaración de hechos probados contenidos en la Sentencia de Instancia, debe condenarse al mismo como autor del citado delito, tipo básico, e imponerse la pena que venía establecida en el texto anterior, vigente en junio de 2002, que no incluía la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de 2 a 4 años, y señalaba las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Sentencia 143/2005, AP ZARAGOZA, Sec. 3.ª, de 28 de marzo de 2005

DELITO FISCAL: LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA HACIENDA PÚBLICA PUEDA CONOCER LA DEFRAUDACIÓN POR LOS DATOS QUE EL CONTRIBUYENTE LE SUMINISTRA PARA OTRO TRIBUTNO NO ELIMINA NECESARIAMENTE EL DOLO

Art. 305 Código Penal; 40 LGT; 4, 76, 84.1.1.º y 90 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Roberto García Martínez**

SÍNTESIS

Afirma la sentencia que las otras vías de conocimiento que pudiera tener a su alcance la Administración tributaria en razón de la gestión de otros impuestos, como el directo que grava la renta de las sociedades, no es argu-

mento que ponga en entredicho la presencia del dolo en la infracción criminal declarada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—A juicio de esta Sala los nuevos hechos declarados probados son constitutivos de dos delitos contra la Hacienda Pública, infracción penal prevista y penada en el artículo 305 del Código Penal, en relación con el artículo 40 de la Ley General Tributaria, y los artículos 4, 76, apartado primero del artículo 84 y 90 todos ellos de la Ley 37/1992 que regula el impuesto sobre el valor añadido. En efecto, la comisión de los dos delitos, uno en el ejercicio fiscal correspondiente al año 1998, y el otro en el ejercicio fiscal correspondiente a 1999, se realizó por el acusado, Roberto, en su condición de administrador único de la sociedad anónima (...); persona jurídica obligada al cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de su condición de sujeto pasivo del impuesto sobre el valor añadido. Así, esta relación jurídica tributaria entre la Administración tributaria y dicho sujeto pasivo de este impuesto indirecto dio origen a los procedimientos de gestión tributaria correspondientes a los ejercicios fiscales de 1998 y 1999. Pues bien, ha resultado probado que en los documentos identificados como modelo 300, que recogen las declaraciones liquidaciones trimestrales en concepto de impuesto sobre el valor añadido, se consignaban unos datos falsos que no se correspondían con los comprobados por la inspección tributaria en el curso de una comprobación abreviada de IVA. Así, las declaraciones presentadas, y firmadas por el acusado, al menos en los documentos resumen anual, recogían unas cuotas soportadas que coincidían con las fijadas por la inspección tributaria a partir de los registros examinados de IVA soportado y deducido correspondientes a los ejercicios 1998 y 1999. En cambio, no coincidían con los registros dichos, exigidos

por la normativa tributaria, las bases imponibles declaradas ni, por consiguiente, la cuota repercutida del IVA. De esta forma el acusado, en su condición de administrador de la sociedad obligado tributario, mediante la consignación de forma consciente y deliberada en la declaraciones unas bases no coincidentes con la realidad, esto es, de unos datos falsos que eran un medio idóneo para integrar el engaño, conseguía eludir el pago del tributo. De esta forma, ambas infracciones penales se cometieron mediante la modalidad delictiva que consiste en la defraudación mediante la consignación, en las distintas declaraciones liquidaciones trimestrales del impuesto sobre el valor añadido correspondientes a los ejercicios fiscales de 1998 y 1999, de una cifras falsas distintas a las reales de su tráfico empresarial consistente en la prestación de servicios de limpieza. Como decimos, el engaño producido mediante estas declaraciones liquidaciones correspondientes a la gestión del impuesto sobre el valor añadido se llevó a cabo reflejando unos datos no simplemente inexactos, sino claramente inveraces ocasionando, como resultado, un perjuicio patrimonial cierto para la Hacienda Pública al no declarar las bases imponibles que se correspondía a su real tráfico mercantil. En efecto, estas declaraciones trimestrales, cuyo contenido, como se pudo comprobar por la inspección realizada, no se ajustaba a la realidad por su falta de veracidad en punto a la cuantía de las bases imponibles y, en consecuencia, de las cuotas repercutidas, ocasionaron un ingreso en el Tesoro Público muy inferiores a los que debían haber sido ocasionando así un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública por deuda tributaria insatisfecha, con origen en las declaraciones tributarias presentadas consignando, conscientemente y con propósito defraudador, datos falsos. Este reflejo cons-

ciente de datos falsos fue el medio idóneo para, mediante este engaño, defraudar las cantidades referidas en los hechos probados, eludiendo de esta forma el pago del tributo. Conducta pues, ciertamente activa que ocasionó un grave quebranto económico para la Hacienda Pública.

Las otra vías de conocimiento que pudiera tener a su alcance la Administración tributaria en razón de la gestión de otros impuestos, como el directo que grava la renta de las sociedades, no es un argumento que ponga en entredicho la presencia del dolo en la infracción criminal declarada. En efecto, la mayor o menor dificultad que encuentre la Administración tributaria para determinar la realización de los hechos imposables y su correspondiente base, no es óbice para advertir en la conducta del acusado el ánimo de defraudar que se deduce sin dificultad por ser inherente al engaño que supone consignar datos falsos en las declaraciones a realizar por el obligado tributario.

El reflejo en la cuenta denominada Hacienda Pública acreedores por IVA de los datos reales correspondientes a los ejercicios de 1998 y 1999 que supone un reconocimiento de la deuda por impuestos tiene que ver con la simple mecánica del registro contable de facturas que recogen prestaciones de servicios gravadas por el impuesto sobre el valor añadido. Eso es lo que se puede deducir de las hojas del libro mayor aportadas como parte de la prueba documental. En el supuesto de que los documentos contables, que deben perseguir representar la denominada imagen fiel del patrimonio del sujeto contable, consignaran datos falsos estaríamos, tal vez, en presencia de otra figura delictiva. Por lo demás, si ese fuera el caso, es indudable que el sujeto contable llevaría una segunda contabilidad, esta representación fidedigna de la realidad, pues, como se sabe, la llevanza de los libros de contabilidad cumple una función técnica y organizativa al servicio del ordenado empresario, dado que nadie puede estar interesado en engañarse.

Sentencia 320/2005, AP BARCELONA, Sec. 2.^a, de 30 de marzo de 2005

PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN ALCOHOLEMIA. REDUCCIÓN EN LA PENA DE LO PAGADO EN VÍA ADMINISTRATIVA

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Carlos Iglesias Martín**

SÍNTESIS

La sentencia declara que procederá en fase de ejecución constatar si se satisfizo la multa y se cumplió la sanción de privación del carné de conducir para descontar respectivamente la cantidad y el tiempo a la pena impuesta, pero no procede la absolución por haber cumplido previamente dicha sanción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Previamente a entrar en el análisis de si en el caso debatido medió o no vulneración del principio jurídico “non bis in idem” no puede dejar de resaltarse la contradicción que supone denunciar una incongruencia omisiva en que incurrió la sentencia de instancia y al propio tiempo no postular la nulidad del citado pronunciamiento. Dicho ello, habrá de añadirse que en las conclusiones provisionales de la defensa, elevadas finalmente a definitivas sin alteración de tipo alguno, ninguna referencia se hizo al citado principio, como tampoco consta se hiciese de modo formal o expreso en el acto del juicio oral como cuestión previa. Sólo el hecho de que como nueva prueba se aportase documental tendente a justificar una multa abonada por el hecho que motivó la incoación del procedimiento penal permitirá entender que de facto se planteó la vulneración del reseñado principio por más que no se le mencionase expresamente.

Tercero.—(...)

(...) tal como ha afirmado el TEDH, para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en “bis in idem” no bastará con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que una de ellas represente tan sólo un aspecto parcial de la otra (STEDH 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio “non bis in idem” protegido en el art 4 del protocolo 7 CEDH, “atañe a las relaciones entre los dos ilícitos” aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la “extiende al derecho a no ser perseguido penalmente” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria). Afirma el TEDH que el art 4 del protocolo 7 no se refiere al “mismo ilícito”,

sino a ser “perseguido o sancionado penalmente” de nuevo por un ilícito por el cual ya se ha sido definitivamente absuelto o condenado” de modo que si bien entiende que el “mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo”, no por ello deja de reconocer que el precepto despliega sus efectos cuando “un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos sólo formalmente diferentes”.

Con base en la citada doctrina del TEDH, el TC concluyó que en un supuesto en que se sancionare administrativamente por mor de una conducción con tasa superior a la reglamentariamente fijada, y penalmente por darse el anterior elemento y, además, la ingestión alcohólica hubiese desplegado influencia en la capacidad psicofísica del conductor, habría de afirmarse la identidad requerida para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en “bis in idem”.

Cuarto.—(...)

(...) En la STC a la que se ha hecho referencia en último extremo se rechazó tal vulneración en un caso en que satisfecha la sanción administrativa, posteriormente el Tribunal penal en su sentencia condenatorio acordó que en la fase de ejecución de la misma se descontase de la pena tanto el tiempo de duración de la privación del carné de conducir como la cuantía de la multa.

En consonancia con ello y a fin de evitar en su caso el “bis in idem”, procederá acordar que en fase de ejecución de la sentencia se constate si se satisfizo por el acusado la sanción pecuniaria impuesta administrativamente y si por mor de una resolución de la administración ha sido privado del permiso de conducir por algún tiempo con base en los hechos ocurrido el día 6 de febrero de 2004, procediéndose en caso afirmativo a descontar de la pena impuesta el tiempo y montante de tales sanciones.

Sentencia 56/2005, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 1 de abril de 2005

ABSOLUCIÓN DE DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO Y CONDEN-
NA POR HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES

Arts. 21.4 y 5, 195 y 621.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

SÍNTESIS

Aunque el conductor no atendió a las víctimas, había otras personas en el lugar de los hechos que sí lo hicieron, por lo que no existió desamparo. No puede aplicarse la atenuante de reparación del daño causado porque fue la aseguradora en cumplimiento de un deber contractual quien indemnizó a los perjudiciados, no el causante del accidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) procede analizar si en efecto concurren los elementos definidores del delito de omisión de socorro. (...) tal delito reclama o requiere, para su existencia, una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida; así como un dolo que se ha de estimar como acreditado, en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, como certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

(...)

En nuestro caso, y después de un análisis detallado y detenido de la denuncia, la Sala no observa una situación de desamparo y de peligro manifiesto y grave de la fallecida en los términos expuestos. Si repasamos lo reflejado en el relato de hechos probados pue-

de comprobarse que la ambulancia que compareció en el lugar de los hechos fue avisada por uno de los acompañantes del acusado, y, en especial, que la víctima fue auxiliada por viandantes 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. Incluso el testigo José Augusto dice que “inmediatamente acudieron a socorrer a la víctima”

(...)

5.º Infracción del art 21.5 en relación con el art. 24 CE.

Ciertamente, la sentencia apelada no explicita con el debido detenimiento la desestimación de la apreciación de la circunstancia de atenuación de reparación del daño. Ahora bien esta circunstancia no provoca indefensión alguna a la parte recurrente por dos razones esenciales. Por un lado, por que la condena se produce por falta de imprudencia y, por lo tanto, en aplicación del

art. 638 CP no resulta de aplicación en el ámbito de las faltas el art. 61 a 72, y, en consecuencia, la presencia de genéricas circunstancias de atenuación no incide en las normas de individualización de la pena, pudiendo el juzgador moverse con prudente arbitrio judicial en el marco penológico de la falta aplicada, siendo en este caso la pena impuesta muy ponderada a los hechos enjuiciados. Por otro lado, la invocación de esta circunstancia de atenuación es inatendible ante su manifiesta improcedencia, pues el daño no ha sido reparado por el acu-

sado, sino por su compañía de seguros, y en el contexto del estricto cumplimiento de un deber contractual y de lo dispuesto en el art. 79 LCS, que lo único que determina es la renuncia de las acciones civiles, pero que en nada afecta a la acción penal y a las circunstancias de modificación de la responsabilidad. El culpable no realiza como acto personal y propio, al que pueda reconocerse un componente meritorio y de atenuación de su responsabilidad, o reparación alguna del daño sufrido por las perjudicadas.

Sentencia 99/2005, AP VALLADOLID, Sec. 2.ª, de 13 de abril de 2005

DESESTIMACIÓN DE RECURSO CONTRA SENTENCIA DE CONFORMIDAD
Art. 787 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel de la Torre Aparicio**

SÍNTESIS

El apelante alega que desconocía los efectos que la conformidad con la pena podía acarrearle en la ejecución de otra sentencia condenatoria. La Audiencia desestima el recurso porque la conformidad se refiere exclusivamente a los hechos objeto de enjuiciamiento, sin que tengan que entrar en consideración efectos derivados de otros juicios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) A través del recurso solicita la nulidad de actuaciones por la forma de celebración del juicio alegando que la conformidad otorgada no reúne los requisitos legalmente establecidos pues en el momento de prestarla el acusado desconocía los efectos que dicho reconocimiento tendría en relación a una condena anterior pri-

vativa de libertad por un periodo total de un año, cuya ejecución se encuentra en tramitación. En consecuencia sostiene que el consentimiento estuvo viciado pues de haber tenido información de sus efectos no se hubiera conformado.

(...)

Por otro lado, el vicio del consentimiento aducido (error) ha de vincularse a los pro-

pios hechos, pronunciamientos penales y, en su caso, civiles objeto del presente procedimiento y no tanto a las meramente eventuales repercusiones jurídicas que ello pueda entrañar en otros procedimientos penales. Y así, siendo los términos de la acusación propuesta tan claros ya en lo referente a los hechos como en cuanto a los extremos penales

subsiguientes y estando en condiciones de prestar un consentimiento libre con la correspondiente asistencia Letrada, en modo alguno se advierte que el acusado hubiere formado su conocimiento y manifestado su voluntad de aceptación respecto de unos hechos diferentes a los que fueron objeto de acusación o por una penalidad distinta.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 2/2005, DE 31 DE MARZO, SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

SUMARIO

- I. INNOVACIONES EN LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL.
 1. **Circunstancia primera: cualificación profesional del partícipe.**
 2. **Circunstancia segunda: pertenencia a organización.**
 3. **Circunstancia tercera: participación en otras actividades.**
 4. **Circunstancia cuarta: establecimientos abiertos al público.**
 5. **Circunstancia quinta: cualidad personal del destinatario.**
 6. **Circunstancia sexta: notoria importancia.**
 7. **Circunstancia séptima: adulteración de las sustancias.**
 8. **Circunstancia octava: lugar de comisión del delito.**
 9. **Circunstancia novena: uso de violencia o de armas.**
 10. **Circunstancia décima: contrabando de drogas.**
- II. LA RESPONSABILIDAD DE ORGANIZACIONES, ASOCIACIONES Y DE LAS PERSONAS TITULARES DEL ESTABLECIMIENTO EN QUE SE HAYA COMETIDO EL DELITO.
- III. MODIFICACIONES DE LOS SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL.
 1. **Utilización para la comisión del delito de menores de edad o disminuidos psíquicos.**
 2. **Especial agravación en relación con determinadas personas.**
 3. **Extrema gravedad.**

- IV. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL.
 - V. NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO PENAL.
 - 1. **Principios generales que lo informan.**
 - 2. **Ámbito objetivo de aplicación.**
 - 3. **Ámbito subjetivo de aplicación.**
 - 4. **El comiso de bienes de valor equivalente.**
 - 5. **Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.**
 - 6. **Criterios generales de actuación en los procesos penales.**
 - VI. CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL ATENUACIÓN: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN Y LA FIGURA DEL CONSUMIDOR-TRAFIGANTE.
-

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuyos aspectos relativos a la parte general del mismo han sido objeto de examen en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/2004 y 1/2005, afecta también a la parte especial de dicho texto legal en función de dos parámetros claramente diferenciados. Así, de un lado, ha sido preciso adaptar las sanciones previstas en muchos de los tipos penales a las modificaciones de carácter general que se han llevado a efecto en el sistema de penas, y de otro lado se han producido innovaciones en la descripción de algunos de los comportamientos típicos ya contemplados o se han incorporado otros nuevos al catálogo de delitos de dicha parte especial.

El examen de estas modificaciones en el Libro II debe realizarse con una sistemática diferente de la empleada para abordar el estudio de la parte general, ya que resulta aconsejable analizar separadamente las distintas materias en función de la trascendencia de las modificaciones operadas en cada caso, y aprovechando la experiencia obtenida por las diferentes Fiscalías en la aplicación práctica de los nuevos preceptos, todo ello con la finalidad de fijar una interpretación uniforme de los mismos que asegure la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

Es obvio que la Circular 1/1984, dictada con motivo de la reforma del anterior Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se ha visto claramente superada por las múltiples modificaciones que la materia referente a los delitos de tráfico ilícito de drogas ha experimentado en

las últimas décadas: las Leyes Orgánicas 1/1988, de 24 de marzo, 8/1992, de 23 de diciembre, 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal actualmente en vigor, y 15/2003, de 25 de noviembre han configurado un panorama normativo singularmente diferente en aspectos esenciales de la tipificación penal y de la respuesta sancionadora.

Las novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 inciden de forma notable en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, en el que se tipifican los delitos contra la salud pública, afectando concretamente a la regulación de los tipos penales relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como a las penas y consecuencias accesorias derivadas de dichos comportamientos ilícitos.

La propia Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica explica específicamente el alcance de las innovaciones que se introducen, en los siguientes términos: “Los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica, modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.

I. INNOVACIONES EN LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado de forma importante las circunstancias enumeradas en el apartado 1.º del artículo 369, que en relación con la sanción prevista para las conductas descritas en el artículo 368 determinan la imposición de la pena superior en grado y la de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito.

1. Circunstancia primera: cualificación profesional del partícipe

Concurre esta circunstancia cuando “El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo profesión u oficio”.

La descripción del subtipo se corresponde con la antigua circunstancia octava, manteniendo prácticamente el mismo contenido que aquella con la salvedad de que sustituye la referencia “con abuso de su profesión oficio o cargo” por la actual que exige obrar “en el ejercicio de su cargo profesión u oficio”. Por

otra parte esta nueva descripción de la conducta que integra el subtipo, recupera los términos utilizados por el Código Penal, Texto Refundido de 1973 en el artículo 344 bis c) en relación con el artículo 344 bis a) 7.º, que circunscribía también la aplicación del precepto a que el delito se cometiera en el ejercicio del cargo, profesión u oficio del imputado.

En cualquier caso la innovación no se hace acreedora de una nueva interpretación del precepto, en la medida en que cualquier actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, supone, de hecho, abuso del mismo y lo que en definitiva se sanciona es el aprovechamiento de esa circunstancia para la ejecución del delito.

(...)

2. Circunstancia segunda: pertenencia a organización

Concurre cuando “El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional”.

Esta circunstancia recoge en términos idénticos el subtipo descrito en el apartado sexto de la anterior regulación, sin que se haya producido ninguna innovación en la dicción del precepto, salvo dicha reubicación sistemática.

(...)

De acuerdo con dicha doctrina, la STS 1489/2003, de 6 de noviembre, al definir la agravante específica de pertenencia a organización, refiere que se caracteriza por las siguientes notas: “a) por la concurrencia de dos o más personas; b) por el acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas a gran escala; c) por la coordinación entre dichas personas y la programación entre ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos; d) por la fijación de una cierta estructura jerárquica que determine la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación vigente; e) por la concurrencia de una cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo”, requisito atenuado en la norma penal actual, que trata de ampliar el ámbito de esta agravante específica, al haber añadido las expresiones “Incluso de carácter transitorio” y “aun de modo ocasional”. Como también recuerda la STS 1504/2004 de 25 de febrero, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de organización, si bien desde una perspectiva criminológica cabe entender como tal “la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de

un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas”.

En cualquier caso debe destacarse que la propia dicción legal permite la apreciación de este subtipo agravado aun cuando la organización delictiva no se perpetúe en el tiempo ya que como “el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una ‘mínima permanencia’ que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal” (STS 1095/2001 de 16 de julio, con cita de las de 25 de mayo de 1997 y 10 de marzo de 2000 entre otras).

(...)

3. Circunstancia tercera: participación en otras actividades

Concurre esta circunstancia cuando “el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.

Equivale a la antigua circunstancia séptima, si bien la actual regulación adolece de mayor imprecisión que la precedente, ya que vincula la agravación a la participación del culpable en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito, sin exigir ningún otro requisito, en tanto que anteriormente el precepto derogado exigía para la aplicación del subtipo que estas actividades organizadas fueran de carácter delictivo. Esta omisión determina que la interpretación literal del subtipo resulte desproporcionada, y hasta absurda, en relación con la finalidad pretendida por el legislador ya que implicaría apreciar esta circunstancia de agravación específica en supuestos que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad, siendo suficiente para ello con que el imputado participe en actividades organizadas del tipo que sean, que bien pueden ser de carácter lícito.

La Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, celebrada en los días 18 y 19 de noviembre del pasado año, tras examinar este precepto, llegó a la conclusión de que la interpretación del mismo no puede hacerse desconociendo lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988, en la medida en

que la agravación trae causa precisamente de los preceptos incorporados al citado instrumento internacional.

(...)

En consecuencia, la interpretación correcta de este precepto obliga necesariamente a integrar la omisión legislativa, en el sentido que le fue dado por la referida Convención de Viena, por lo que los Sres. Fiscales aplicarán únicamente esta agravante cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

4. Circunstancia cuarta: establecimientos abiertos al público

Contempla este subtipo los supuestos en que “los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”.

También en este caso la circunstancia agravante transcribe exactamente el contenido de la contemplada en el ordinal segundo del precepto anterior a la reforma, por lo que sigue siendo aplicable la doctrina elaborada al respecto por nuestros Tribunales, (...)

(...)

5. Circunstancia quinta: cualidad personal del destinatario

Contempla el supuesto en el que: “las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”.

Estas circunstancias de agravación se incluían también en la regulación anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 15/2003, si bien en el actual subtipo se aglutinan la primera parte de la antigua circunstancia primera y la anterior circunstancia cuarta.

Al respecto se mantienen también en este caso todos los criterios jurisprudenciales sobre la interpretación de las indicadas agravaciones, (...)

(...)

6. Circunstancia sexta: notoria importancia

Se refiere al supuesto en el que “fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”.

También en este caso la única modificación destacable es la relativa a la ubicación sistemática del precepto que pasa al sexto lugar desde la anterior posición tercera en el artículo 369 del CP, al carecer absolutamente de trascendencia la sustitución de la definición descriptiva de las sustancias objeto del delito por la referencia genérica a las contempladas en el artículo 368.

(...)

7. Circunstancia séptima: adulteración de las sustancias

Esta circunstancia es de aplicación cuando “las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras incrementando el posible daño a la salud”.

Equivale a la antigua circunstancia quinta del mismo artículo 369, si bien en la regulación actual se suprime la referencia a “productos”, contenida en la dicción anterior, concretándose el comportamiento agravado únicamente en la adulteración, manipulación o mezcla de sustancias. En realidad la modificación, de carácter meramente terminológico, carece de incidencia ya que la agravación se remite, por expresa dicción del precepto, a todos los elementos cuyo tráfico se sanciona en el artículo 368, bien sean sustancias naturales o productos obtenidos artificialmente tras los correspondientes tratamientos o procesos químicos.

La apreciación de este subtipo exige que la mezcla aumente el riesgo de daño a la salud, por lo que no será de aplicación cuando, por el contrario, la adulteración disminuya o atenúe los potenciales efectos nocivos sobre el organismo de la sustancia resultante.

8. Circunstancia octava: lugar de comisión del delito

Se refiere al supuesto en el que “las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades”.

Este subtipo recoge parcialmente la antigua circunstancia primera si bien modifica su contenido en diversos sentidos:

— En primer término restringe los lugares a los que es de aplicación el precepto en la medida en que, al enumerar los establecimientos que son objeto de protección específica frente a la actividad ilícita de tráfico de drogas, se sustituye la referencia a los centros asistenciales en general, por la más limitada de centros de deshabitación o rehabilitación.

— Por el contrario y respecto de la totalidad de los centros o establecimientos que se relacionan, se amplía el marco espacial de protección al incluir en todos ellos la alocución “en sus proximidades”.

— Finalmente se modifica la definición del comportamiento típico concretada en la redacción original del Código Penal de 1995 en la realización de actos de introducción o difusión en dichos centros o establecimientos, por la más amplia de realización de “las conductas descritas en el artículo anterior”, es decir, todas las incluidas en el artículo 368, cuando se lleven a efecto en dichos lugares o en sus proximidades.

Todo ello supone una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación de esta agravación. En primer término porque obliga a considerar definitivamente superado el debate sobre la interpretación del subtipo, que la jurisprudencia reciente apreciaba si se constataba efectiva introducción o difusión o si la acción había generado un riesgo real de propagación entre los internos del centro o establecimiento (SSTS 68/2001 de 29 de enero y 1553/2003 de 21 de noviembre), ya que, en la actual regulación, la conducta típica se define con mucha más amplitud incluyendo cualquiera de los comportamientos previstos en el tipo básico y, en segundo lugar, porque se amplía el marco espacial de protección al referir la aplicación de la circunstancia agravatoria no al centro o establecimiento mismo sino también a sus proximidades.

El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación.

En cualquier caso llama la atención la imprecisión del concepto “proximidades”, que en sus contornos habrá de ser debidamente matizado a través de las resoluciones que se dicten por los órganos judiciales en los supuestos concretos que se sometan a su conocimiento. Precisamente la dificultad que plantea la interpretación de este término determinó que la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en su sesión plenaria celebrada los días 18 y 19 de noviembre del pasado año, se pronunciara en favor de conjugar la delimitación de la “proximidad” desde una perspectiva de carácter geográfico, con el elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos.

(...)

9. Circunstancia novena: uso de violencia o de armas

Esta circunstancia agravatoria, completamente novedosa, está prevista para los supuestos en los que: “el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”.

También en este supuesto la reforma ha seguido los criterios establecidos en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, que en su apartado 3.5 contempla la necesidad de que las Partes atribuyan particular gravedad, en sus respectivas legislaciones, a la comisión de los delitos de tráfico de drogas cuando concurra:

“d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.”

Sin perjuicio de dicho antecedente, la introducción de esta circunstancia ha sido criticada por el Consejo General del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de la Ley Orgánica para la reforma del Código Penal, al entender innecesaria una construcción compleja, en la que se incorpora al tipo agravado de delito de tráfico de drogas el empleo de la violencia o la exhibición o uso de armas para cometer el hecho, sin que ello suponga una lesión más grave del bien jurídico protegido que es la salud pública, sino más bien la afectación de otro bien jurídico diferente cual es la libertad o la integridad física o moral, que en su caso daría lugar al oportuno concurso de delitos.

Este subtipo agravado será previsiblemente de escasa aplicación, pues contempla una situación de hecho poco frecuente en la realidad práctica como es la utilización de violencia o armas para la comisión de estos ilícitos. En relación con ello, debe indicarse que del tenor gramatical del precepto se colige que el empleo de violencia o armas debe estar orientado directamente a la comisión del delito, es decir, al aseguramiento o protección de actos de cultivo, elaboración, tráfico o de cualesquiera otros destinados a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, no siendo aplicable por tanto esta circunstancia agravatoria si dichos medios se utilizan en un momento posterior, culminada que sea la acción delictiva, por ejemplo para dificultar el descubrimiento del delito o la detención de sus autores, sin perjuicio, en cualquier caso, de la calificación jurídico-penal que, en sí mismos, merecieran dichos hechos.

La utilización de armas se encuentra definida en sentido amplio, abarcando tanto el uso como la mera exhibición, si bien debe hacerse notar que el arma jurídicamente relevante a los efectos de la aplicación de este subtipo agravado, al no incorporarse en el mismo alternativamente otros instrumentos peligrosos, como ocurre en otros tipos delictivos como el robo, ha de operar necesariamente en un ámbito más reducido.

No existiendo un concepto legal de “arma” en el Código Penal, deben perfilarse sus contornos, en orden a la aplicación de este subtipo, conforme a las

pautas exegéticas propias del ordenamiento penal. A estos efectos resulta obligada la referencia al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que si bien no facilita un concepto de lo que debe entenderse por armas, si establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004 de 24 de febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida.

10. Circunstancia décima: contrabando de drogas

Se trata también en este caso de un novedoso subtipo que sanciona más gravemente los supuestos en que: “El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas”, siendo susceptible de aplicación tanto a los que materialmente realizan dichos actos como a los que los promueven o favorecen, es decir a aquellos que se conciertan para la introducción o salida ilegal de España de estas sustancias.

La decisión de incorporar este subtipo agravado en el artículo 369 del CP no es ajena a la consolidada doctrina jurisprudencial, iniciada con la STS de 1 de diciembre de 1997, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, que superando el anterior tratamiento del concurso ideal entre el delito contra la salud pública y el delito de contrabando, estimó la existencia de un concurso de normas que se ha de resolver conforme al artículo 8.3.º del CP, entendiéndose que el delito tipificado en los artículos 368 y 369 absorbía todo el desvalor de la conducta, es decir, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso se hubiera satisfecho pago alguno al Estado dada la naturaleza de la sustancia objeto de introducción y que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya había sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el artículo 368 del CP.

Esta doctrina, plenamente asumida por los Tribunales de Justicia, ha determinado que el legislador opte por contemplar en el artículo 369.1.10.^a el subtipo que examinamos merced al cual se sancionan más gravemente las conductas típicas cuando las sustancias objeto del delito se hayan introducido o sacado ilegalmente del territorio nacional.

(...)

A dichos efectos, el concepto de territorio fue objeto de diversas interpretaciones, si bien la publicación de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, dio lugar a la consolidación de un criterio uni-

forme en la doctrina jurisprudencial, que se recoge en la STS de 18 de julio de 1996 en los siguientes términos: “Conforme a dicha definición legal, procede reafirmar, de entre los varios criterios expuestos, el recogido por esta Sala en Sentencias como las de 27 de junio 1991 o 15 enero 1992, conforme a las cuales en la figura de importación de estupefacientes el delito queda consumado cuando se ha pasado el control aduanero o cuando, inexistente éste, se ha colocado la mercancía en territorio protegido por las barreras aduaneras españolas, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución cuando se han iniciado las actividades inmediatamente dirigidas al paso de la frontera en la forma antes expuesta, y, sin embargo no se ha producido la introducción en territorio español”, debiendo citarse en igual sentido otras muchas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre ellas las de 2 de marzo de 1997, 26 de junio de 1997 13 de octubre de 1997 y 20 de octubre de 1997.

Así lo entendió también la Junta General de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, celebrada los días 18 y 19 de noviembre del año 2004, que en sus conclusiones se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: “La aplicación del subtipo agravado del artículo 369.1.10.^a sólo podrá fundamentarse en la introducción o salida efectivas de tales sustancias del territorio nacional, al objeto de evitar respuestas punitivas manifiestamente desproporcionadas al grado real de antijuridicidad material de las mismas, de manera que cuando tales conductas tengan lugar en los recintos aduaneros únicamente la superación de tales controles permitirá considerar consumada tal agravación específica”.

(...)

II. LA RESPONSABILIDAD DE ORGANIZACIONES, ASOCIACIONES Y DE LAS PERSONAS TITULARES DEL ESTABLECIMIENTO EN QUE SE HAYA COMETIDO EL DELITO

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha incorporado un nuevo apartado en el artículo 369 en el que se sanciona específicamente a determinadas personas jurídicas, por su vinculación con la actividad delictiva, en los siguientes términos:

“En los supuestos previstos en las circunstancias 2.^a, 3.^a y 4.^a del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1.^a La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad

Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.

2.^a La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.”

La novedad de este precepto es contemplar nítidamente un supuesto de responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas que se concreta en las organizaciones o asociaciones que tuvieran como objeto de su actividad el tráfico de drogas en cualquiera de sus formas o aquellas de carácter delictivo en las que participare la persona física responsable del comportamiento típico o cuya actividad se vea favorecida por el delito o finalmente las personas jurídicas que ostenten la titularidad del establecimiento abierto al público en el que se lleve a efecto el hecho ilícito, cuando se constate, en unos y otros casos, su intervención en la acción criminal.

Pese a los términos genéricos con los que el artículo 369.2 se refiere a las organizaciones o asociaciones para las que se han previsto estas sanciones, su aplicación exige que las mismas tengan una existencia propia independiente de la simple suma de las personas físicas que la integran, es decir, que no se trate de meras organizaciones o asociaciones *de facto* sino que como tales tengan capacidad de actuación en el tráfico jurídico.

Para estas personas jurídicas el legislador ha previsto la imposición preceptiva de una pena de multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, es decir, una sanción penal específica y autónoma respecto de la que se imponga a la persona o personas físicas responsables de la actividad criminal, lo que supone una diferencia esencial con la responsabilidad que para los delitos especiales propios contempla el artículo 31.2 del CP, ya que en este último caso la sanción no se impone separadamente a la persona jurídica sino que ésta responde solidariamente junto con la persona física, administrador de hecho o de derecho de la sociedad, del pago de la multa a la que aquél es condenado.

Además el precepto que comentamos impone igualmente en relación con estas personas jurídicas y en los mismos casos, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios derivados de la acción ilícita, que pertenezcan a la organización y/o asociación, así como facultativamente la posibilidad de adoptar cualesquiera otras de las medidas que se contemplan.

(...)

III. MODIFICACIONES DE LOS SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

Después de la modificación operada en este artículo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, su redacción actual es del siguiente tenor:

“Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.

3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.”

Esta regulación presenta una primera novedad respecto de la redacción anterior en cuanto a la pena que corresponde imponer. En el texto reformado, la referencia penológica para fijar la pena superior en grado era la pena privativa de libertad establecida en el artículo 369, que a su vez imponía una pena de prisión superior en grado a la prevista en el artículo 368, por lo que cuando concurrían los supuestos contemplados en el artículo 370 resultaba imperativa la imposición de pena privativa de libertad superior en dos grados a la fijada para el tipo básico sancionado en el artículo 368.

No sucede lo mismo en la actual regulación, pues la referencia penológica se efectúa directamente al artículo 368 y, dado que el incremento punitivo puede ser en uno o dos grados, habrá que concluir que en los supuestos a que se refiere el artículo examinado sólo resulta imperativa la imposición de la pena superior en un grado, siendo de carácter facultativo la fijación de pena superior en dos grados a la del artículo 368. En consecuencia la modificación implica un aumento del arbitrio judicial en la determinación de la sanción imponible en cada caso.

Por otra parte, al establecer el legislador, en el párrafo primero de la actual regulación, la sanción correspondiente a estos supuestos, no hace referencia alguna a la pena de multa, rompiendo de esta forma la sistemática empleada en el artículo 369.1, en el que la fijación específica de una multa proporcional del

tanto al cuádruplo limita el incremento en grado de la sanción en relación con el artículo 368 a la pena privativa de libertad. También en la anterior dicción del artículo 370, el legislador empleaba idéntica sistemática y, al margen de la agravación de la pena de prisión, establecía independientemente los límites de la multa proporcional imponible en estos supuestos.

Sin embargo esta omisión no puede interpretarse de otra forma que entendiéndose que la referencia a la pena superior en uno o dos grados ha de considerarse aplicable tanto a la pena privativa de libertad como a la multa que prevé el artículo 368, ya que ambas constituyen la pena “señalada” en el citado precepto, debiendo utilizarse para la delimitación de la cuantía de la pena pecuniaria, al igual que para la prisión, los criterios generales de elevación de penas establecidos en el artículo 70 del CP.

1. Utilización para la comisión del delito de menores de edad o disminuidos psíquicos

Como novedad se incluye en este artículo, junto con las circunstancias contempladas en la anterior redacción del artículo 370, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito.

Esta circunstancia, en relación únicamente con los menores de 16 años estaba regulada antes de la reforma en el artículo 369.9.º Su reubicación sistemática refleja la voluntad del legislador de reforzar sus efectos agravatorios ya que el efecto punitivo de su apreciación es la posibilidad de imponer la pena superior, hasta en dos grados, respecto de la prevista en el tipo básico del artículo 368, en tanto que la normativa anterior únicamente permitía la elevación en un grado en atención al mismo referente.

La modificación en cuanto a la edad de los menores objeto de protección específica debemos relacionarla con la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2003 de responsabilidad penal de los menores. En la misma línea hemos de recordar que, en la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, las partes contratantes se comprometieron a sancionar más gravemente los comportamientos que se cometieran con utilización de menores de edad y a dichos efectos según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado anteriormente la mayoría de edad”.

(...)

2. Especial agravación en relación con determinadas personas

El segundo de los supuestos de especial agravación relativo a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones vinculadas al tráfico de drogas ya estaba contemplado en el antiguo artículo 370, pero la nueva regulación la ha extendido no solamente a los que lo sean de las organizaciones del n.º 2 del artículo 369.1 (antigua circunstancia sexta) sino también a los de las actividades organizadas del n.º 3 del citado precepto.

La peculiaridad de esta circunstancia es que su propia dicción exige la concurrencia de los subtipos agravados 2.º o 3.º del artículo 369.1, ya que difícilmente podría hablarse de jefes, administradores o encargados si previamente no existe la organización dedicada a la ilícita actividad. Ello supone que por disposición legal, la pena ha tenido que ser incrementada en un grado a consecuencia de dicha circunstancia, por lo que en estos supuestos, los Sres. Fiscales, al individualizar la sanción que se considera adecuada para cada uno de los partícipes, valorarán las circunstancias concurrentes y la capacidad de decisión y las funciones asumidas personalmente dentro del grupo por quienes ejercen puestos de responsabilidad para decidir, en función de ello, la procedencia de solicitar la pena superior en dos grados a la prevista por el tipo básico.

3. Extrema gravedad

En cuanto al tercer apartado del precepto que examinamos se refiere a los supuestos de extrema gravedad, incluidos también en la regulación precedente, si bien la reforma incorpora una definición auténtica del concepto jurídico “extrema gravedad” de acuerdo con cinco parámetros:

a) En atención a la sustancia intervenida, si ésta excede notablemente de la considerada como de notoria importancia.

Al respecto, la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas celebrada los días 18 y 19 de noviembre del año 2004, siguiendo los criterios interpretativos adoptados por el Pleno de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2001, se pronunció en el sentido de considerar aplicable esta circunstancia de extrema gravedad cuando la cantidad de sustancia estupefaciente o psicotrópica objeto del delito sea 500 veces superior al límite mínimo acordado en dicho Pleno para fijar la de notoria importancia.

Sin perjuicio de ello y como la aplicación del artículo 370 permite que la pena sea exacerbada en uno o dos grados sobre la prevista en el tipo básico, y la mera apreciación de la “notoria importancia” (artículo 369.1.6.º) obliga al incremento punitivo en un grado, deberá en cada caso valorarse la cantidad de droga objeto de la actividad ilícita para solicitar la imposición de la pena que se

considere conveniente en función de dicho extremo, debiendo solicitar los Sres. Fiscales la superior en dos grados cuando se rebase claramente el límite cuantitativo antes indicado.

b) Cuando se utilizan buques o aeronaves como medio de transporte específico.

Los términos en que se encuentra redactado este supuesto de aplicación de la circunstancia de “extrema gravedad” y la consecuencia penológica que de ello se deriva obligan a considerar que lo que el legislador quiere sancionar más gravemente es la utilización de dichos medios de transporte con la finalidad concreta de realizar con mayores facilidades el traslado de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, es decir, el empleo de buques o aeronaves para transportar cantidades importantes de droga con las ventajas que proporciona la utilización privada de estos medios de locomoción, quedando al margen de la agravación los casos en los que el imputado para realizar el viaje, llevando la sustancia consigo, se sirva de alguno de estos sistemas como forma, obligada en muchos supuestos, de transporte colectivo.

c) Cuando se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas.

La razón de ser de esta circunstancia, calificada como de extrema gravedad, está en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional cuya persecución y descubrimiento resulta más dificultosa al llevarse a efecto la actividad delictiva en el territorio de más de un Estado, amparada no obstante en la normativa supranacional reguladora de esta materia.

d) Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Este supuesto asigna la cualidad de extrema gravedad cuando en la comisión del delito intervienen grupos organizados, específicamente orientados a la comisión de estos ilícitos y dotados de proyección internacional, es decir, con una estructura ocasional o permanente enraizada en ámbitos geográficos supranacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado.

La forma en que se encuentra redactado el subtipo permite incluir no solamente los supuestos en que el imputado está integrado en la red delictiva internacional sino también aquellos otros en los que sin participar directamente en la organización criminal se aprovecha su entramado para facilitar la comisión del delito. Lo que en definitiva se trata de sancionar con mayor rigor es la actuación ilícita a través de grupos estructurados de carácter transnacional que por su naturaleza entrañan una mayor peligrosidad e incrementan las dificultades para su persecución.

Ciertamente esta circunstancia puede concurrir con los subtipos segundo o tercero del artículo 369.1, en todos aquellos casos en los que el delincuente participa en organizaciones o asociaciones delictivas de dicha naturaleza, que además tienen carácter internacional. En estos supuestos, la aplicación del artículo 369.1 determina necesariamente la imposición de la pena superior en un grado respecto de la establecida en el artículo 368, además de la multa correspondiente, debiéndose valorar la posibilidad de incrementar la pena en un grado más cuando la naturaleza del grupo criminal y su proyección y capacidad de actuación en más de un Estado determinen, por su mayor peligrosidad, dicho incremento punitivo.

e) Cuando concurren tres o más circunstancias de las previstas en el apartado primero del artículo 369.1 del CP.

En este caso el legislador ha querido sancionar más gravemente aquellos supuestos en los que se aprecian conjuntamente tres o más de los subtipos previstos en el artículo 369, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que valoraba esta circunstancia como uno de los presupuestos para delimitar el concepto de “extrema gravedad” (SSTS de 12 y 17 de marzo de 2004). Cada uno de los subtipos atrae por sí solo la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, por lo que, en principio, la conducta en la que concurren, al menos, tres de ellos, se haría acreedora de la máxima exacerba-ción punitiva, incrementándose la petición de pena hasta los dos grados respec-to de la del artículo 368. No obstante este criterio no debe seguirse rígidamente, sino que los Sres. Fiscales valorarán, en cada caso, las agravaciones que concu-ran y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

El concepto jurídico de “extrema gravedad”, hasta ahora, se encontraba definido jurisprudencialmente en sentido restrictivo para salvaguardar debida-mente las garantías del ciudadano ante el carácter indeterminado del concepto legal. Su apreciación, por tanto, se sustentaba no solamente en la cantidad de droga a que se refería la operación sino en la concurrencia de diversos factores que la STS 919/2004 de 12 de julio, recogiendo diversos precedentes, entre ellos la STS de 19 de junio de 1995 y la de 12 de marzo de 2004, concreta en siguientes términos: “a) el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; b) la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el artículo 369; c) el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; d) el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos”.

El legislador al establecer un concepto auténtico de la “extrema gravedad” ha recogido dichos precedentes, pero considerando que cada uno de los elemen-

tos o requisitos antes citados, tomado individualizadamente, es suficiente por sí mismo para estimar la agravación que examinamos, por lo que ha ampliado de forma importante su ámbito de aplicación. No obstante también debe indicarse que la mayor discrecionalidad en la imposición de la pena compensa dicha consecuencia, al permitir su adecuación a la reprochabilidad que merezca el supuesto examinado en cada caso.

(...)

IV. MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES DEL ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 371 sanciona el llamado por la doctrina “tráfico de precursores”, entendiendo como tales los equipos, materiales o sustancias citadas en los Cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988 y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios ratificados por España a sabiendas de que van a ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha dado nueva redacción al apartado 2.º de este artículo que queda redactado en la siguiente forma:

“2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos los jueces o tribunales impondrán, además, de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.º”

La modificación en el primer párrafo refiere la agravación de la sanción imponible en los supuestos de pertenencia a una organización a todas las penas previstas en el apartado primero, es decir, tanto a la prisión como a la multa, a diferencia de la regulación anterior que limitaba la imposición de la pena en su mitad superior a la privativa de libertad.

En cuanto al párrafo segundo la única innovación es de carácter técnico al sustituir, respecto a las medidas imponibles, la cita al artículo 370, por la correspondiente al artículo 369.2.º, en su actual contenido, como consecuencia de la

modificación operada en ambos preceptos y que ha sido comentada anteriormente.

V. NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 374 DEL CÓDIGO PENAL

La regulación del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales de aquella procedencia se encuentra, dentro de la parte especial del Código Penal, en el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, concretamente en el artículo 374 que también ha sido modificado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, siendo igualmente aplicable, con excepción de las singularidades que se contienen en aquel precepto específico, la norma general del artículo 127 cuyo actual contenido ha sido objeto de análisis en la Circular 1/2005.

(...)

1. Principios generales que lo informan

Las notas más destacables de esta nueva y específica regulación del comiso, en la que es necesario aunar las normas generales y especiales, son las siguientes:

1.^a El objeto del comiso alcanza a las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 y a tres categorías de bienes: el producto directo del delito, es decir, los efectos que de él provengan; las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar; y los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción (artículos 374.1 y 127.1).

2.^a Respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la Autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra (artículo 374.1.1.^ª), lo que deberán tener en cuenta los Sres. Fiscales, a los efectos de instar de la autoridad judicial su conservación en aquellos supuestos excepcionales en que las circunstancias de la investigación lo hagan necesario. La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas.

3.^a El comiso se impone como consecuencia de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes, sustentada en su utilización con fines delictivos o en su

procedencia delictiva, estableciéndose como límite de su aplicación la pertenencia a tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente (artículo 127.1 y 3).

4.^a Se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente cuando no fuera posible el decomiso de los bienes establecido por el artículo 127.1 (artículos 127.2 y 374.1.4.^a y 5.^a).

5.^a Se podrá acordar aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta o declararse extinguida la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita (artículo 127.3).

6.^a Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (artículo 374.1.3.^a); regla esta que, además de reproducir idéntica previsión del anterior precepto, también fue incorporada en su día a la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, sobre represión del contrabando, que en su artículo 6.3 establece que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

7.^a La posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes de la firmeza de la sentencia toma carta de naturaleza en los procedimientos por delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales de dicha procedencia (artículo 374.2).

8.^a Se reconoce expresamente a los órganos de la jurisdicción penal la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores del referido precepto (artículo 374.3).

9.^a Los bienes decomisados se adjudicarán íntegramente al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 127.4, y en consecuencia se excluye expresamente su afectación a las responsabilidades civiles y a las costas procesales (artículo 374.4). La adjudicación al Estado estaba prevista igualmente, y en idénticos términos, en la anterior redacción del artículo 374 y en el artículo 5.3 de la vigente Ley Orgánica 12/1995 de represión del contrabando.

10.^a La adjudicación al Estado en los procesos penales por delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquéllos conlleva por expresa disposición legal que los bienes cuyo decomiso haya sido acordado se destinen al Fondo de Bienes Decomisados, administrativamente situado en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y actualmente regulado por la Ley 17/2003, de 29 de mayo, que ha derogado la

primitiva Ley 36/1995, de 11 de diciembre. Así resulta del artículo 1.º de la citada disposición legal (...)

(...)

2. **Ámbito objetivo de aplicación**

Como decíamos anteriormente son objeto de comiso: las drogas, estupefacientes y psicotrópicos; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371; y los bienes, medios, instrumentos y ganancias en los términos previstos por el artículo 127. Ahora bien, las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como *efectos* todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito (SSTS de 21 de junio de 1994, 22 de marzo de 1995 y 18 de julio de 1996). El vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves, pero no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto *efectos* como *instrumentos* del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción

no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto (efecto en el sentido amplio más arriba indicado) del delito del artículo 371 del CP.

Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso *las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito. Los primeros precedentes normativos de esta fórmula los encontramos en el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, incorporado por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, redacción que se ha mantenido en el Código Penal vigente, primero en la norma especial del artículo 374 (texto aprobado por la Ley Orgánica 10/1995), y posteriormente en la norma general del artículo 127 actualmente en vigor.

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los tribunales y que merecen sentencia condenatoria han supuesto el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, el término ganancias se identificaría con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de condena; ahora bien, esta interpretación debe ser desechada al conducirnos directamente a la inaplicación de la norma en la generalidad de los casos.

Consciente del problema, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del narcotraficante ya no será inmune al comiso, cuando haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones:

1. Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas.
2. Que se respete el principio acusatorio.

(...)

3. Ámbito subjetivo de aplicación

El límite a su aplicación viene determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente.

La salvaguarda de los derechos de “terceros de buena fe” está expresamente contemplada en el artículo 5.8 de la Convención de Viena de 1988 y en todos los convenios internacionales posteriores. Esta expresión “terceros de buena fe” no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el artículo 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. A tales efectos debe entenderse por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la ética, y así en el ámbito del Derecho civil, la circunstancia de haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

En similares términos, el artículo 5 de la Ley de Contrabando 12/1995, de 12 de diciembre, establece que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

De la propia dicción del precepto se infiere que cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, e incluso que habiendo obrado de buena fe no los hayan adquirido legalmente —ésta es la principal novedad que incorpora la reforma—, el órgano jurisdiccional penal deberá acordar el comiso de los mismos, aunque para ello será preciso que el afectado por tal medida haya sido previamente oído en el proceso penal a modo de responsable civil, y se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses, pudiendo utilizarse a dichos efectos los trámites previstos en los artículos 615 y siguientes de la LECrim, salvaguardando, de esta forma, los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que consagra la norma constitucional.

En resumen, cabe decir que únicamente la concurrencia de dos parámetros podrá impedir que los bienes enumerados en el artículo 127 sean objeto de decomiso: a) que sean de lícito comercio y b) que hayan sido adquiridos legalmente por terceros de buena fe no responsables del delito.

A pesar de su naturaleza de consecuencia accesorias, la nueva regulación de los artículos 127 y 374 quiebra la vinculación de esta institución con los princi-

pios de personalidad y accesoriedad al no exigir la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, de modo y manera que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita la medida podrá ser adoptada aun cuando concorra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal. Parece obvio que la medida definitiva de comiso deberá ser acordada en la decisión que resuelva el fondo del proceso: la sentencia cuando haya habido enjuiciamiento de todos o algunos de los responsables criminales o mediante auto cuando se declare la extinción o exención de la responsabilidad criminal sin celebración de juicio oral.

(...)

4. El comiso de bienes de valor equivalente

Esta figura es una especie de comiso sustitutivo que recae sobre bienes diferentes —incluso de origen lícito, como expresamente afirma el artículo 374.1.5.^a— de aquellos que en principio deben ser decomisados al amparo del artículo 127.1, para los supuestos en los que no haya sido posible el comiso de éstos por cualquier circunstancia.

Su incorporación al ordenamiento penal español era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, en su artículo 5.1.a), como la Convención de Nueva York de 15 de noviembre de 2000, en su artículo 12.1.a), obligaban a adoptar las medidas necesarias para acordar el decomiso “del producto de los delitos... o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”. En el mismo sentido se pronunciaba la Decisión Marco de 26 de junio de 2001 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y así se ha recogido en el Código Penal alemán, en el artículo 74 c) y el Código de Aduanas francés en su artículo 415.

En consecuencia, la aplicación del comiso del valor equivalente, a tenor de la redacción contemplada en los artículos 127 y 374, se extenderá tanto a los supuestos en los que resulte imposible decomisar el producto del delito —término que en el lenguaje convencional abarca el producto directo e indirecto, es decir, efectos y ganancias—, como a los casos en los que no sea posible el decomiso de los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

5. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buses, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes inmuebles,

joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.), y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y/o acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el artículo 374 genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos estaba constituida por el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, el artículo 338 de la LECrim. y las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.

El artículo 374.2 del Código, reformado por la Ley Orgánica 15/2003, incorpora algunas disposiciones para resolver estas cuestiones:

a) Autoriza la enajenación anticipada, sin esperar a que se haya dictado sentencia firme, en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; cuando su conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, por deterioro material o por el transcurso del tiempo y cuando su conservación pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.

b) El importe de la enajenación se depositará a resultas del proceso una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

c) La enajenación podrá acordarse por la autoridad judicial de oficio o a instancia de parte: Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entes locales u otras entidades públicas, con audiencia del interesado.

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos por el artículo 374.2 del CP, precepto este que deberá ser complementado con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: el artículo 5 del Real Decreto 2783/1976 autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen

percederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y el artículo 338 de la LECrim también la autoriza cuando los objetos fueren perecederos; en el mismo sentido, el artículo 7.1.b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos “cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor”.

6. Criterios generales de actuación en los procesos penales

De conformidad con las conclusiones aprobadas por la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, en reunión mantenida los días 18 y 19 de noviembre del pasado año, el nuevo régimen del comiso previsto por los artículos 127 y 374 del Código Penal para los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales que tengan tal origen deberá ser aplicado conforme a las siguientes pautas de actuación:

1.^a La destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos por la Autoridad administrativa, una vez realizadas por ésta los informes periciales pertinentes y guardadas muestras bastantes, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, conforme a lo dispuesto por el artículo 374.1.1.^a, en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

2.^a El comiso de bienes de valor equivalente establecido por los artículos 127.2 y 374.1.4.^a y 5.^o podrá incluir aquellos que tengan un origen lícito, siendo necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, cuando no haya sido posible el comiso de aquéllos y éstos por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad.

3.^a En aquellos casos en los que el proceso penal termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al artículo 24 de la CE.

4.^a De conformidad con lo dispuesto en el artículo 374.2 del Código Penal, artículo 7 de la Ley Orgánica 12/1995 de Contrabando, artículo 338 de la LECrim y Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de las piezas de convicción, podrá procederse a la enajenación anticipa-

da de los bienes provisionalmente incautados y susceptibles de ser decomisados en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación afecte gravemente a su uso y funcionamiento habituales; cuando su conservación pueda dar lugar a una depreciación notable o a una disminución importante de su valor por deterioro material o por el transcurso del tiempo; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; y cuando exista riesgo de deterioro por tratarse de objetos perecederos.

5.^a La imposición del comiso de bienes en el proceso penal sólo es posible desde el respeto al principio acusatorio y previo sometimiento al principio de contradicción (STC 123/1995 y SSTs de 12 de noviembre de 1992, 18 de mayo de 1993, 15 de septiembre de 1993, 28 de octubre de 1993 y 29 de noviembre de 1995 entre otras), por lo que los Sres. Fiscales deberán tener en consideración las siguientes reglas:

— Únicamente puede ser acordado por el Juez o Tribunal si así lo pide el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, a excepción de los géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo decomiso se procederá en todo caso dada su naturaleza.

— Es imprescindible la individualización por la acusación de los concretos bienes cuyo comiso se solicita, no siendo suficiente a tales efectos la petición genérica de imposición sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide.

— Es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito, y que el Tribunal lo haga constar así en la resolución en la que así se acuerde, por lo que deberá instarse de la Autoridad judicial la práctica de las diligencias necesarias y proponer en los escritos de acusación las pruebas que permitan acreditar tales extremos.

— La solicitud de adjudicación íntegra al Estado en los escritos de acusación de los bienes cuyo decomiso se interesa deberá ser complementada con la expresa mención de su destino al Fondo de Bienes Decomisados al amparo de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, y una vez adquiera firmeza la resolución en la que se acuerde deberá instarse del Tribunal sentenciador la remisión de la resolución judicial al citado órgano administrativo.

6.^a La importancia de las investigaciones patrimoniales y de las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo exige del Ministerio Fiscal una actuación más firme y eficaz para el adecuado cumplimiento de una de las funciones esenciales de la investigación penal, cual es la incautación y el decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, debiendo instar a tales efectos de la autoridad judicial el ejercicio de las facultades previstas por el artículo 374.3 del CP y el artículo 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria.

VI. CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL ATENUACIÓN: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN Y LA FIGURA DEL CONSUMIDOR-TRAFICANTE

Se encuentran previstas en el artículo 376 en los siguientes términos:

(...)

El precepto en cuestión, limitado en su aplicación a las conductas descritas en los artículos 368 a 372, regula dos situaciones diferentes:

a) En cuanto al tipo privilegiado de colaboración se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.º Abandono voluntario de las actividades delictivas.

2.º Colaboración activa con las autoridades con la finalidad de impedir la producción del delito, de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

La Ley Orgánica 15/2003, buscando sin duda una aplicación más flexible de este tipo privilegiado, ha suprimido los requisitos de la presentación ante las Autoridades y de la confesión de los hechos en los que hubiere participado el colaborador, que inicialmente exigía el precepto en su originaria redacción conforme a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Se trata en definitiva de una medida de política criminal tendente a favorecer la investigación en estos delitos contra la salud pública, en muchas ocasiones vinculados a la delincuencia organizada.

Por otra parte, el tipo privilegiado del artículo 376 no está supeditado a ninguna condición temporal, de lo que se desprende que la colaboración con las Autoridades puede producirse también durante la tramitación de la causa criminal, comprendiendo igualmente aquellas situaciones que hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal eran incluidas, en la praxis judicial, con efectos cualificados, en la circunstancia de análoga significación al arrepentimiento.

Los beneficios punitivos que se anudan a estos supuestos de colaboración consisten en la reducción de la pena con carácter discrecional en uno o dos grados, lo que también es posible por aplicación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento prevista en el artículo 21.4.º, o incluso de la analógica del artículo 21.6.º en relación con aquélla, siempre que se consideren como muy cualificadas (artículo 66.2.ª del CP).

Al objeto de delimitar los ámbitos de aplicación y la posible compatibilidad de este tipo privilegiado de colaboración y de la atenuante genérica prevista en el artículo 21.4.º del CP, es imprescindible resaltar sus diferencias: mientras que

la atenuante de arrepentimiento del artículo 21.4.º requiere como presupuesto material la confesión del acusado y como elemento cronológico que se produzca antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, la atenuación específica de colaboración no está condicionada por ningún límite temporal y no precisa que la colaboración se materialice a modo de confesión pudiendo revestir otras modalidades diferentes.

En principio, pues, puede parecer que ambas figuras tienen campos de aplicación diferentes, y que en un plano puramente teórico podría sustentarse la compatibilidad de ambas en un proceso penal. No obstante, debemos convenir que la confesión de un acusado, en atención a su contenido y circunstancias, puede resultar un importante y decisivo instrumento de colaboración para el impulso y el éxito de una investigación penal, y que si la misma es relevante para la identificación de otros partícipes o para la obtención de otros medios de prueba, ningún obstáculo legal existirá para considerarla una forma de colaboración activa.

En consecuencia, las dos instituciones obedecen a un mismo fundamento y no pueden apreciarse simultáneamente ya que el tipo privilegiado del artículo 376, con un ámbito de aplicación más amplio abarca los supuestos hasta ahora incardinables en la circunstancia genérica de arrepentimiento del artículo 21.4.º

b) El párrafo segundo de este precepto permite la reducción en uno o dos grados de la pena imponible si acredita el carácter de drogodependiente del imputado en el momento de la comisión de los hechos y la deshabituación posterior, si bien no será aplicable esta atenuación en los supuestos en que la cantidad de droga objeto del delito fuera de notoria importancia o de extrema gravedad.

Las circunstancias en que se plantea en este párrafo la facultad de rebajar la sanción penal revela que la pretensión del legislador es otorgar un trato beneficioso a aquellos que se hayan visto determinados para la comisión del delito por la situación de drogodependencia previa, es decir, a quienes intervienen en el comercio de estas sustancias como medio de subvencionarse su propio consumo, lo que explica que no sea aplicable la atenuación cuando el objeto del delito merece en atención a la cantidad de sustancia intervenida una especial consideración, al concurrir en el delincuente otras motivaciones diferentes que influyen en la ejecución del hecho criminal.

Debe resaltarse que el legislador utiliza el termino “podrá”, por lo que la reducción de la pena en uno dos grados es en cualquier caso de carácter facultativo y obviamente deberá ser motivada. Por ello, aun cuando el precepto no exige la vinculación antes mencionada entre la drogodependencia y la actividad delictiva, los Sres. Fiscales valorarán especialmente la concurrencia de dicha

circunstancia a los efectos de solicitar la aplicación de este precepto en aquellos casos en los que la adicción a las drogas tóxicas sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la necesidad de obtener recursos económicos para afrontarla hayan influido en la decisión criminal del autor del hecho, sin perjuicio de su apreciación en cualquier otro supuesto en que se considere oportuno.

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- ❑ El 29 de junio de 2005 entraron en vigor los Títulos IV y V de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE del 29; corrección de errores BOE de 12 de abril de 2005), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
 - ✓ Título IV: incluye un tipo agravado de lesiones cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, y califica de delito las coacciones y amenazas leves.
 - ✓ Título V: Crea, dentro del orden penal, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer; incluye expresamente las medidas de protección que podrá adoptar el juez, y se crea un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.

JULIO

- ❑ Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio (BOE del 9), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.
 - ✓ Añade un epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 para posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero.
 - ✓ Se añade también un epígrafe e) al apartado 1 del artículo 87 ter relativo a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.
- ❑ Decisión 2005/511/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005 (DOUE-L n.º 185, del 16), relativa a la protección del euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del euro.
 - ✓ Designa a la Oficina Europea de Policía (Europol) como oficina central para la lucha contra la falsificación del euro.

- ❑ Real Decreto 868/2005, de 15 de julio (BOE del 25), por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.
 - ✓ Organismo autónomo cuyo objeto es la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos en centros penitenciarios.
 - ✓ Entre sus funciones destacan la de organizar el trabajo productivo, su retribución y la formación para el empleo en el ámbito de los centros penitenciarios.
 - ✓ Concreta la titularidad y funciones de sus órganos de dirección: Presidente, Consejo de Administración y Gerente.

- ❑ Ley 17/2005, de 19 de julio (BOE del 20), por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
 - ✓ Establece el “permiso y licencia de conducción por puntos” con un carácter reeducador y punitivo:
 - La vigencia de las autorizaciones administrativas para conducir queda condicionada al mantenimiento del número de puntos asignados a los titulares de las mismas.
 - Relaciona las infracciones y el número de puntos que se perderán por la comisión de las mismas (Anexo II).
 - Incluye un Anexo III con el objeto, contenido y las clases de cursos de sensibilización y reeducación vial.
 - Entrada en vigor de los preceptos que regulan el sistema del permiso y la licencia de conducción: el día que lo haga su normativa de desarrollo y, en todo caso, al año de su publicación (20 de julio de 2006).
 - ✓ Modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo).
 - Se modifica el cuadro general de infracciones del artículo 65 para sistematizarlo, actualizarlo y adaptarlo al resto de los cambios le-

gislativos, introduciendo nuevas infracciones graves, reubicando otras incluidas anteriormente en el artículo referido a las sanciones; y, por último, se realizan cambios en el artículo 67 (sanciones) para su adaptación técnica al nuevo sistema.

- También se prevé el pago anticipado y voluntario de la multa, con una reducción del 30%, lo que conlleva la terminación del proceso sin alegaciones, sin perjuicio de la posible interposición de los correspondientes recursos.
 - Destacan también las modificaciones del artículo 69 (graduación de sanciones) y 72 (personas responsables).
 - Entrada en vigor de estas medidas: 9 de agosto de 2005.
- Reglamento (CE) n.º 1236/2005 el Consejo, de 27 de junio de 2005 (DOUE-L n.º 200, de 30 de julio), sobre comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- ✓ Establece las normas comunitarias que rigen el comercio con terceros países de productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir torturas o penas crueles, inhumanos o degradantes.
 - ✓ Distingue entre productos cuyo único uso es aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Anexo II), prohibiendo la exportación e importación de los mismos y productos que pueden utilizarse para estos fines (Anexo III) para cuya exportación será necesaria una licencia de exportación.
 - ✓ Se excluye de la prohibición del comercio de los productos del Anexo II si se demuestra que éstos serán utilizados para su exposición pública en un museo.
 - ✓ Establece los criterios y el procedimiento para la concesión de la licencia de exportación de los productos del Anexo III (artículos 6 a 11).

OCTUBRE

- Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre (BOE del 11), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos.

- ✓ Pretende reforzar la intervención sancionadora en el ámbito de la utilización de sustancias explosivas que puedan causar estragos, en lo relativo del tráfico indebido y el incumplimiento de los deberes de seguridad colectiva en la tenencia de estas sustancias.

- ✓ Introduce tres nuevos apartados en el artículo 348 del Código Penal:
 - Incrimina expresamente a los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que faciliten su efectiva pérdida o sustracción, equiparando las penas impuestas a las del apartado 1, que eleva las penas para las conductas previstas.

 - Impone las penas en su mitad superior a los directores o encargados de las organizaciones o empresas relacionadas con estas actividades.

 - Castiga determinadas infracciones que obstaculicen o impidan el control efectivo por parte de la Administración en materia de seguridad de explosivos.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.

II. LIBROS COLECTIVOS, MANUALES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (Coords.), *Homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUISASOLA LERMA, C., *La imprudencia profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Comares, Granada.

HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2005.

MIRÓ LINARES, F., *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, Madrid, 2005.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ROMERO FLORES, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2005.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

II. MONOGRAFÍAS

ALAMBRA PÉREZ, P., *El juicio de faltas práctico. Doctrina, jurisprudencia y formularios del juicio de faltas actualizada con las últimas reformas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.

BACIGALUPO, E., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., TORRES DULCE, E., *La posición del fiscal en la investigación penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

CALAZA LÓPEZ, S., *El procedimiento europeo de detención y entrega*, Iustel, Madrid, 2005.

CANO-MAÍLLO REY, P.V., *Los Juicios rápidos. Orden de protección. Análisis y balance*, Consejo General del Poder Judicial, (colección Manuales de formación continuada, núm.25), Madrid, 2005.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento español de emisión y entrega de una orden europea de detención y entrega*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

DÍEZ RIAZA, S., *La orden europea de detención y entrega*, Civitas, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español internacional y comunitario*, Comares, Granada, 2005.

GARCÍA TORRES, M.L., *Los artículos de previo pronunciamiento en el proceso penal*, Comares, Granada, 2005.

LLORCA ORTEGA, J., *El abogado ante el informe oral en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Bosch, Barcelona, 2005.

SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a A., MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.^a (coords.), *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005.

SCHÜNEMAN, B., *La reforma del proceso penal*, Dykinson (colección Cuadernos Jiménez de Asúa), Madrid, 2005.

URBANO CASTRILLO, E. DE, *Ética del Juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, (colección Manuales de formación continuada, núm. 24), Madrid, 2005.

III. OTROS

GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005.

SOSPEDRA NAVAS (coord.), *Práctica del proceso penal*, vol. 2.º. Ejecución de sentencias penales. Proceso del Tribunal del Jurado. Juicio de faltas. Proceso de menores (Incluye CD-Rom), Civitas-Thomson Company, Madrid, 2005.

TEROL BECERRA, M.J., *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2005.

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

La obra que se reseña responde, entendemos que con notable éxito, al propósito explícitamente señalado en el *Prefacio* por sus coordinadores: ofrecer “una primera aproximación global y sistemática” (p. 15) a los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, colmando así una importante laguna de nuestra literatura jurídica.

Destacan en ella diversos aspectos, a alguno de los cuales se refiere el mencionado *Prefacio* que sirve de presentación a la obra. Ante todo, su carácter interdisciplinario, perspectiva “provechosa y enriquecedora” que, en opinión de los coordinadores del estudio, vendría a confirmar “la moderna concepción del Derecho Constitucional como un nuevo *ius commune* para toda clase de juristas y la *vis expansiva* de los derechos fundamentales que tendencialmente se proyecta sobre toda clase de normas” (p. 15), afirmación esta última más fácilmente asumible que la precedente. Como confirmación de esta interdisciplinariedad, debemos destacar que aunque la mayor parte de las contribuciones corre a cargo de Profesores de Derecho Constitucional, intervienen también especialistas en Derecho Internacional Público, Derecho Penal, Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado, así como una Magistrado de la Audiencia Nacional, aproximadamente un tercio de los cuales imparten docencia en distintos centros de la Universidad de Valladolid.

Naturalmente, el número de colaboradores (veintiuno en total) y la diversidad de campos jurídicos de los que proceden, comporta el riesgo, asumido por los coordinadores en el mencionado *Prefacio*, de que “cada uno de los autores tenga estilos, formas y niveles de exigencia distintos como ocurre en cualquier obra colectiva” (p. 16). Pese a lo cual, la obra muestra una notable unidad. Ello se debe, sin duda, a la labor de los coordinadores. Pero también a la perspectiva metódica adoptada que, sin desdeñar la “reflexión jurídica”, pretende ante todo “informar”, con la concisión exigida a una obra de estas características, “de las líneas de jurisprudencia consolidada” (p. 16), lo que resulta de enorme utilidad para el lector, dado que, como indican también los coordinadores de la obra, “la Corte de Estrasburgo dicta actualmente entre dos y tres centenares de sentencias cada trimestre” (p. 14). Por otra parte, se aborda sólo el estudio “de los derechos

y sus límites”, dejando de momento a un lado “otros aspectos como los procedimientos o la organización interna del Tribunal” (p. 16).

Además de esta decisión de partida referida al objeto de estudio (los derechos consagrados en el Convenio Europeo) y a la perspectiva desde la que se analiza (las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), es expresiva la obra que comentamos de otras decisiones metódicas no menos acertadas. Destaquemos alguna de ellas. En primer lugar, las soluciones adoptadas y los argumentos utilizados por el Tribunal de Estrasburgo son permanentemente confrontados con los correspondientes de nuestro Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto las diferencias de criterio, allí donde existan y tratando de mostrar si éstas se deben o no a la respectiva formulación de los distintos derechos fundamentales en el Convenio y en la Constitución Española. Por otra parte, creemos también acertado el traslado del estudio de los derechos recogidos en los sucesivos Protocolos “al derecho íntimamente conexo y reconocido en el Convenio”; lo cual, sin embargo —como así lo reconocen GARCÍA ROCA y SANTOLAYA—, no siempre ha sido posible, por lo que algunos de dichos Protocolos “han tenido que ser estudiados de forma independiente por su entidad”, ubicándolos “bien el final de la obra, bien junto al derecho con el que albergan una conexión material de mayor o menor grado” (p. 16). Nos parece asimismo correcta la inclusión de un comentario autónomo destinado al *Preámbulo* del Convenio. Y, aunque se trata de un aspecto meramente formal, resulta útil al lector la inclusión, cerrando cada una de las contribuciones, de unas breves conclusiones y un Anexo con la jurisprudencia seleccionada. Muy útiles resultan también, finalmente, los anexos finales de la obra, referidos básicamente a la posición de España ante el Convenio Europeo (Protocolos no ratificados y Declaraciones formuladas al Convenio y a sus Protocolos Adicionales). Quizás, y dado el generoso volumen de la obra (casi mil páginas) habría sido conveniente incorporar también como anexo el texto completo del Convenio.

No vamos a entrar en el análisis (ni siquiera la enumeración) de las contribuciones recogidas en esta obra colectiva, cuya breve presentación constituye nuestro único (y bien limitado) objetivo. Desentrañar el rico contenido del volumen requeriría, por otra parte, de alguien más cualificado que quien suscribe estas líneas. Cabe afirmar, en cualquier caso, que nos encontramos, no sólo ante una obra pionera que, en cuanto tal, “necesitará de ulteriores profundizaciones, así como de resolver numerosos cabos sueltos” (p. 15), como modestamente indican sus coordinadores, sino ante un trabajo realmente importante, de indudable interés para cualquier jurista y que está llamado a convertirse en obra de referencia en la materia, por lo que no cabe sino felicitar a cuantos han intervenido en su elaboración.

Ángel José Sanz Morán
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valladolid