

# ÍNDICE

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

- El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales. *Eduardo Javier Riggi* . . . . 11
- El principio *non bis in idem*: colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. *Luis Miguel Lozano Suárez* . . . . . 55

## DERECHO COMPARADO

- Inmunidades en Derecho (Penal) Nacional e Internacional. *Kai Ambos* . 87

## JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA . . . . . 121
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . . . . . 129
- **Sentencia 243/2004 (Pleno), de 16 de diciembre:** Derecho Penal de Menores . . . . . 129
- **Sentencia 248/2004 (Sala 1.ª), de 20 de diciembre:** Suspensión de la ejecución de la pena . . . . . 136
- **Sentencia 12/2005 (Sala 1.ª), de 31 de enero:** Acceso a la justicia (prescripción de la acción civil) . . . . . 139
- **Sentencia 21/2005 (Sala 1.ª), de 1 de febrero:** Acceso a la justicia (desestimación de querrela) . . . . . 143

	Página
— <b>Sentencia 22/2005 (Sala 2.ª), de 1 de febrero:</b> Libertad de expresión y defensa letrada .....	146
 TRIBUNAL SUPREMO .....	 151
— <b>Acuerdos de 3 de febrero de 2005</b> .....	151
— <b>Acuerdos de 9 de febrero de 2005</b> .....	152
— <b>Acuerdos de 1 de marzo de 2005</b> .....	152
— <b>Acuerdos de 5 de abril de 2005</b> .....	153
— <b>Sentencia 1151/2004, de 21 de octubre:</b> Complicidad. Tráfico de drogas .....	154
— <b>Sentencia 1247/2004, de 29 de octubre:</b> Denegación de prueba (pericial) pertinente .....	157
— <b>Sentencia 1217/2004, de 2 de noviembre:</b> Estafa. Apropiación indebida. Falsedad documental societaria .....	160
— <b>Sentencia 1218/2004, de 2 de noviembre:</b> Supuestas torturas. Ejercicio legítimo del cargo .....	166
— <b>Sentencia 1226/2004, de 2 de noviembre:</b> Pena de multa: Falta de motivación .....	168
— <b>Sentencia 1265/2004, de 2 de noviembre:</b> Citación del condenado a la vista de la apelación .....	170
— <b>Sentencia 1303/2004, de 3 de noviembre:</b> Derecho a la asistencia letrada .....	172
— <b>Sentencia 1280/2004, de 8 de noviembre:</b> Cuestiones previas (prescripción) .....	175
— <b>Sentencia 1312/2004, de 10 de noviembre:</b> Declaraciones testificales ante la Policía .....	176
— <b>Sentencia 1332/2004, de 11 de noviembre:</b> Robo con violencia .....	178
— <b>Sentencia 1308/2004, de 15 de noviembre:</b> Principio acusatorio. Apropiación indebida y falsedad .....	179
— <b>Sentencia 1340/2004, de 17 de noviembre:</b> Fabricación de tarjetas de crédito falsas. Cuestión de competencia .....	181

	Página
— <b>Sentencia 1355/2004, de 18 de noviembre:</b> Asistencia letrada de oficio .....	183
— <b>Sentencia 1352/2004, de 22 de noviembre:</b> Detención ilegal por funcionario público o autoridad .....	185
— <b>Sentencia 1339/2004, de 24 de noviembre:</b> Coautoría. Detención ilegal .....	186
— <b>Sentencia 1378/2004, de 29 de noviembre:</b> Pena de inhabilitación especial .....	192
— <b>Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre:</b> Apropiación indebida .....	194
— <b>Sentencia 1465/2004, de 9 de diciembre:</b> Extensión y límites de la jurisdicción penal española .....	196
— <b>Sentencia 1219/2004, de 10 de diciembre:</b> Error de prohibición, descubrimiento y revelación de secretos .....	198
— <b>Sentencia 1459/2004, de 14 de diciembre:</b> Alzamiento de bienes .....	201
— <b>Sentencia 1476/2004, de 21 de diciembre:</b> Estafa (informática) .....	204
— <b>Sentencia 1533/2004, de 21 de diciembre:</b> Inviolabilidad parlamentaria .....	205
— <b>Sentencia 1546/2004, de 21 de diciembre:</b> Expulsión de extranjeros .....	207
— <b>Sentencia 1550/2004, de 23 de diciembre:</b> Simulación de delito .....	209
— <b>Sentencia 1387/2004, de 27 de diciembre:</b> Dilaciones indebidas .....	210
— <b>Sentencia 28/2005, de 14 de enero:</b> Aclaración de sentencia ...	213
— <b>Sentencia 60/2005, de 17 de enero:</b> Falta de jurisdicción .....	215
— <b>Sentencia 35/2005, de 20 de enero:</b> Responsabilidad civil derivada del delito .....	217
— <b>Sentencia 20/2005, de 21 de enero:</b> Veredicto del Jurado .....	220
— <b>Sentencia 1516/2005, de 21 de enero:</b> Error de tipo. Error de prohibición .....	223
— <b>Sentencia 64/2005, de 26 de enero:</b> Imparcialidad del Juzgador .....	225
— <b>Sentencia 50/2005, de 28 de enero:</b> Dilaciones indebidas .....	226
— <b>Sentencia 104/2005, de 31 de enero:</b> Falsedad documental. Apropiación indebida. Concurso de delitos .....	229

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES .....	233
— <b>Sentencia 270/2004, de 1 de septiembre (AP Valladolid):</b> Violencia doméstica: no aplicable cuando la víctima es la madre de quien fue novia y no hay convivencia .....	233
— <b>Sentencia 545/2004, de 8 de septiembre (AP Valencia):</b> La delimitación típica del sujeto activo en los delitos contra la ordenación del territorio: promotor, constructor, técnico director .....	235
— <b>Sentencia 629/2004, de 9 de septiembre (AP Vizcaya):</b> El quebrantamiento de medida cautelar no se identifica con el quebrantamiento de condena .....	237
— <b>Sentencia 90/2004, de 22 de septiembre (AP Vizcaya):</b> El arrepentimiento espontáneo en los delitos flagrantes .....	239
— <b>Auto 465/2004, de 4 de octubre (AP Barcelona):</b> La renuncia a las acciones civiles por el representante del menor requiere autorización judicial .....	240
— <b>Sentencia 814/2004, de 4 de octubre (AP Gerona):</b> Agravante de motivos racistas: elemento motivacional, no puramente objetivo .	241
— <b>Sentencia 336/2004, de 4 de octubre (AP Valladolid):</b> Delito societario: impedimento del derecho a la información .....	242
— <b>Sentencia 356/2004, de 4 de octubre (AP Zaragoza):</b> Reconocimiento de invalidez permanente parcial a ama de casa .....	243
— <b>Sentencia 823/2004, de 6 de octubre (AP Gerona):</b> Condena por delito del art. 379 y absolución por el del 380, ambos del Código Penal .....	244
— <b>Sentencia 247/2004, de 7 de octubre (AP Asturias):</b> Denuncia falsa: retroactividad de la ley penal más benigna .....	246
— <b>Sentencia 901/2004, de 7 de octubre (AP Barcelona):</b> Descuento bancario y estafa. Necesidad de idoneidad en el medio .....	247
— <b>Sentencia 467/2004, de 8 de octubre (AP Lérida):</b> Ofrecimiento de CDs falsificados sin que conste haberse vendido. El perjuicio de tercero .....	250
— <b>Sentencia 925/2004, de 13 de octubre (AP Barcelona):</b> ¿Puede una segunda residencia integrar el subtipo agravado de apropiación indebida de cantidades destinadas a la adquisición de viviendas? .....	251

	Página
— <b>Auto 497/2004, de 18 de octubre (AP Barcelona):</b> La consignación de indemnización para apelar no altera los intereses de demora del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro .....	252
— <b>Sentencia 1013/2004, de 18 de octubre (AP Barcelona):</b> La falta de apropiación indebida comprende únicamente los hechos descritos como delito en el tipo básico del art. 252, no los tipos asimilados .....	253
— <b>Auto 603/2004, de 18 de octubre (AP Gerona):</b> No cabe suspender la expulsión de extranjero en tanto se resuelve el indulto solicitado .....	255
— <b>Auto 519/2004, de 27 de octubre (AP Barcelona):</b> Derecho penitenciario: la clasificación inicial en el tercer grado cuando se trata de delitos graves .....	256
— <b>Sentencia 287/2004, de 9 de noviembre (AP Barcelona):</b> Delito societario: concepto de “acuerdo abusivo” a efectos penales . . . .	258
— <b>Auto 180/2004, de 15 de noviembre (AP Cáceres):</b> La consignación sin ofrecimiento de pago no libera de los intereses de demora . .	261
— <b>Sentencia 686/2004, de 16 de noviembre (AP Vizcaya):</b> El tabaco sigue considerándose género estancado, aunque ya no exista monopolio .....	262
— <b>Sentencia 209/2004, de 13 de diciembre (AP Las Palmas):</b> ¿Puede el Magistrado-Presidente someter a la consideración del jurado una versión de los hechos distinta de las defendidas por las partes? .	264
— <b>Sentencia 270/2004, de 13 de diciembre (AP Ciudad Real):</b> Incumplimiento por el progenitor titular de la custodia del hijo del régimen de visitas atribuido al otro progenitor .....	266
— <b>Sentencia 250/2004, de 17 de diciembre (AP Guipúzcoa):</b> Lesiones por imprudencia y dejar sueltos animales feroces o dañinos. Principio acusatorio .....	269
— <b>Sentencia 427/2004, de 28 de diciembre (AP Zaragoza):</b> Menor de edad a quien se impone una medida de internamiento que quebranta cuando ya ha alcanzado la mayoría de edad .....	270
— <b>Auto 390/2004, de 28 de diciembre (AP Castellón):</b> Consecuencias accesorias: paralización de la construcción del aeropuerto de Castellón para proteger al “aguilucho cenizo” .....	272

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 1/2005, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte) ..... 279

## CRÓNICA LEGISLATIVA

- Crónica Legislativa ..... 313

## BIBLIOGRAFÍA

- Derecho Penal ..... 321
- Derecho Procesal Penal ..... 325

---

# ARTÍCULOS DOCTRINALES

---

# **EL NUEVO ARTÍCULO 65.3 DEL CÓDIGO PENAL: ENTRE EL DEBATE DOGMÁTICO Y LAS CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES**

EDUARDO JAVIER RIGGI

*Becario FPI del Ministerio de Ciencia y Tecnología  
en el Proyecto BJU2002-00386  
otorgado al área de Derecho Penal  
de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)*

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN TORNO AL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.
- III. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL ACERCA DEL NUEVO APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL.
  1. **La postura de MIR PUIG.**
    - 1.1 Críticas a la postura de MIR PUIG.
  2. **La postura de MUÑOZ CONDE y de GARCÍA ARÁN.**
    - 2.1 Crítica a la postura de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN.
  3. **La postura de QUINTERO OLIVARES.**
    - 3.1 Críticas a la postura de QUINTERO OLIVARES.
- IV. EL NUEVO ARTÍCULO 65.3 DEL CÓDIGO PENAL Y EL PROBLEMA DE LA COMPLICIDAD. TOMA DE POSICIÓN.
- V. EL ARTÍCULO 65.3 Y LOS INDUCTORES Y COOPERADORES NECESARIOS.

1. **Introducción: ¿El artículo 65.3 se aplica a los delitos especiales propios e impropios?**
2. **La teoría del delito de infracción de deber.**
3. **Exposición de la regla f).**
4. **Dos casos a título de ejemplo.**

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

---

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de noviembre de 2003 se publicó en el BOE la Ley Orgánica n.º 15/2003 de 25 de noviembre de 2003<sup>(1)</sup>, que modifica la Ley Orgánica n.º 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha reforma, entre otras cosas, modifica el artículo 65 del Código Penal, cuestión que se convertirá en centro de análisis en este trabajo.

En lo que sigue se expondrá, en primer lugar, una breve reseña acerca de la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia venían efectuando en torno al artículo 65 del Código Penal<sup>(2)</sup>. A continuación, se analizará el debate doctrinal actual acerca del problema derivado del nuevo texto del apartado tercero del artículo 65 que entró en vigor el pasado 1 de octubre de 2004. En tercer lugar, se tomará posición respecto de la interpretación que se entiende acertada respecto de dicho apartado. En cuarto lugar, se hará una breve alusión a la teoría del delito de infracción de deber, para luego analizar, mediante la exposición de

---

(1) La presente Ley Orgánica entró en vigor el pasado 1 de octubre de 2004, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entraron en vigor el día siguiente a la publicación de la referida Ley Orgánica en el BOE, y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo, noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del CP, que entraron en vigor el mismo día en que lo hizo la Ley 22/2003 de 9 de julio.

(2) Texto del artículo 65 del Código Penal vigente: “65.1. *Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.* 2. *Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito*”.

casos, el nuevo artículo 65.3 del Código Penal a la luz de aquella teoría<sup>(3)</sup>. Finalmente, se apuntarán algunas conclusiones.

## II. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN TORNO AL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

La doctrina tradicional viene clasificando los tipos penales según los sujetos que en ellos pueden intervenir como autores, en delitos comunes y delitos especiales. En los primeros, cualquiera puede ser sujeto activo, puesto que el texto legal no circunscribe el círculo de posibles sujetos, sino que se refiere a todo “el que” ejecute la acción. En cambio, en los delitos especiales sólo pueden ser sujetos activos quienes ostenten ciertas condiciones específicas que exige la ley (ej.: ser funcionario público)<sup>(4)</sup>.

A su vez, la doctrina distingue dentro de los delitos especiales entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Estos últimos pueden ser, en realidad, cometidos por cualquiera ya que poseen correspondencia con un delito común. Ahora bien, si son ejecutados por un sujeto cualificado ello conlleva una agravación de la pena para el poseedor de la cualidad especial<sup>(5)</sup>. Los primeros, en cambio, no tienen correspondencia con el delito común, por lo que sólo pueden ser ejecutados por sujetos especialmente caracterizados. En ellos, la cualidad personal no modifica la pena de un delito común (que no existe),

---

(3) Texto por el que se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 antes citado, que quedan redactados como sigue: “1. *Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran*”. “3. *Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*”.

(4) Cfr. por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 231-232 (citado en adelante PG, 7.<sup>a</sup>); también JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., volumen primero, trad. por Mir Puig/Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 361; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, pp. 304 y ss.

(5) Cfr. por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., volumen primero, trad. por Mir Puig/Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 361.

sino que la fundamenta<sup>(6)</sup>. Lo que aquí interesa de modo especial es el problema que se plantea en la intervención delictiva en estos delitos como consecuencia de la vigencia del principio de accesoriedad de la participación<sup>(7)</sup>. Se discute, en concreto, si se deben comunicar al partícipe las condiciones personales del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren<sup>(8)</sup>.

El antiguo art. 60.1 del Código Penal de 1973 —actual 65 del Código Penal de 1995— era interpretado por un sector de la doctrina en el sentido de que las circunstancias agravantes o atenuantes personales que *modifican* la punibilidad, en sentido estricto<sup>(9)</sup>, no se comunican al partícipe en quien no concurren<sup>(10)</sup>. Ello tenía lugar en los casos de participación en un delito especial impropio, resultando el partícipe responsable por el delito común subyacente en atención a la ruptura del título de imputación. Sin embargo, cuando los elementos personales especiales estaban orientados a *fundamentar* la punibilidad, como es el caso de los delitos especiales propios, el precepto resultaba inaplicable por lo que el *extraneus* recibía la misma pena que el *intraneus*. Y ello en atención a la

---

(6) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 252 y 253; RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, en *RDPC*, n.º 8, 2.ª época, (2001), p. 131.

(7) Sobre esta cuestión véase, *passim*, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.

(8) Cfr. MIR PUIG, *PG*, 7.ª, p. 400.

(9) Como afirma MIR PUIG, *PG* 7.ª, P. 400, por éstas se entendían tanto a “las previstas en los artículos 21, 22, y 23 del CP, como a las previstas en la Parte Especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado, aunque el mismo implique un delito distinto, con un nuevo nomen iuris (p. ej.: el delito, hoy desaparecido, de parricidio en lugar del homicidio)”. Sin perjuicio de lo afirmado, cabe señalar que el autor citado entiende que esa interpretación no era correcta y admite que asiste razón a un importante sector doctrinal que consideraba inaplicable el anterior 60.1 —actual 65.1— a los elementos personales previstos en la parte especial, y que solamente se refería este precepto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad en sentido estricto, es decir, las de los arts. 21, 22 y 23 del CP —p. 400—. Además cabe señalar que el referido autor admite que los elementos típicos accidentales previstos en la Parte Especial, que modifican la pena y no dan lugar al nacimiento de un nuevo delito, sólo afectarán al sujeto que tenga dicha condición, con independencia de si su intervención es a título de autor en sentido estricto o de partícipe —p. 402—.

(10) Otro sector doctrinal, en cambio, sostenía lo contrario, que el artículo 60.1 del CP sólo se aplicaba a las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, pp. 279 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Los Delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, pp. 63 y ss.; MIR PUIG, *Adiciones*, p. 918.

equiparación punitiva que, en el derecho español, existe entre la autoría *stricto sensu* y la inducción y la cooperación necesaria. Ese tratamiento desigual del partícipe no cualificado, según se estuviera ante un delito especial impropio o propio, fue lo que cuestionó la doctrina y también trató de resolver el Tribunal Supremo<sup>(11)</sup>.

Entre dejar impune la intervención del partícipe en el delito especial propio —como proponía algún sector minoritario de la doctrina<sup>(12)</sup>— y su castigo, se optó por lo segundo<sup>(13)</sup>, lo que acarrea la referida desigualdad de tratamiento. En Alemania, a diferencia de España, este problema encontraba expresa solución en el § 28.I del StGB<sup>(14)</sup>, que incorpora una atenuación penal obligatoria para los casos en que en el partícipe no concurren las características personales que fundamenten la punibilidad del autor<sup>(15)</sup>. Como afirman JESCHECK y

(11) Sobre la discusión a nivel jurisprudencial, véase CHOCLÁN MONTALVO, “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, en *Actualidad Penal* n.º 8/20, 26 de febrero de 1995, p. 96.

(12) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 252, nota n.º 81.

(13) Hoy en día como afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES en *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 236 “la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...) en la actualidad (...) acepta sin mayores problemas (...) la punibilidad del partícipe según el delito principal; aquí, lógicamente, sin la ruptura del título de imputación, que no es posible. Para los mencionados delitos especiales propios, pues al carecer éstos de un delito común subyacente a favor del cual romper el título de imputación”. Cfr. SSTS de 18 de enero (RJ 1994, 6482) y 24 de junio de 1994 (RJ 1994, 5031), 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3838), 25 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1951), de 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8712), de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9436) y más recientemente en la sentencia de 30 de abril de 2003 (RJ 2003, 3085).

(14) El referido artículo reza: “**Elementos personales especiales.** (1) Si no concurren en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales (§ 14, párrafo 1.º) que fundamentan la punibilidad del autor, su pena ha de atenuarse conforme al § 49, párrafo 1.º (2) Si la ley determina que ciertos elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, ello tan sólo rige respecto de aquel interviniente (autor o partícipe) en quien concurren”. Conf. la traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá —supervisada por Enrique Bagigalupo— en ESER y BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 1.ª edición, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 406.

(15) Ver por todos CHOCLÁN MONTALVO, “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, en *Actualidad Penal*, p. 98; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, p. 254; MIR PUIG, *PG*, 7.ª, p. 400; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., trad. Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 286 y 710.

WEIGEND, “los elementos personales que fundamentan la pena están excluidos de la regulación del § 28 II porque deben concurrir en la persona del autor para que exista el tipo de la acción punible. De ahí que sólo puedan faltar en el partícipe; en este caso atenúan su pena (§ 28 I, § 49 I), pues el injusto y la culpabilidad en el partícipe no cualificado poseen una menor gravedad que en el autor” (16).

En España, a partir de la sentencia de 12 de febrero de 1992 —ponente Bacigalupo Zapater— la jurisprudencia “se hace eco, pues, de la evolución de la materia en Derecho penal alemán y trata de importar la solución que expresamente contempla el parágrafo 28.I StGB a nuestro Derecho, y a falta de precepto expreso, se acude al instituto de la analogía *in bonam partem*” (17).

Dicha sentencia señala: “...*En efecto, en la medida en la que M. A. no fue parte del contrato de venta con reserva de dominio, no es posible considerarlo coautor del delito de apropiación indebida, toda vez que carece de la característica típica de autor correspondiente a este delito especial propio... Por lo tanto, este recurrente debió ser condenado como cooperador necesario en el delito realizado por el autor, es decir, la apropiación indebida, según lo previsto en el art. 14.3.º y no en calidad de coautor, como lo ha hecho la Audiencia sobre la base del art. 14.1.º CP*”.

Continúa la referida sentencia: “*Asimismo se debió tomar en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad. Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60 CP). La Ley no contiene, por el contrario una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios como la apropiación indebida. Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito de la culpabilidad y, esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menos es la entidad de lo ilícito. A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60.1.º (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica in bonam partem, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos simi-*

---

(16) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., p. 710.

(17) CHOCLÁN MONTALVO, “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, en *Actualidad Penal*, p. 102.

lares a los de una circunstancia atenuante. Esta solución ha sido propugnada ya en la teoría por varios autores. En el presente caso el procesado M. A. ha sido condenado a la pena de arresto mayor en su grado medio. Aplicándole la pena prevista en el art. 535 CP se debe tener en cuenta por analogía lo dispuesto en los arts. 60.1.º y 61.1.º CP, graduándose la pena en el grado mínimo del arresto mayor”.

Esta orientación jurisprudencial fue continuada por el Tribunal Supremo<sup>(18)</sup> y, aunque el número de decisiones, en este sentido, no es muy abundante<sup>(19)</sup>, parece estar bastante arraigado y definido el criterio que se estableció en dicha sentencia. Baste con citar la sentencia del referido órgano de 21 de diciembre de 1999 que reza: “La Jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico”.

### III. BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN DOCTRINAL ACERCA DEL NUEVO APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO PENAL

#### 1. La postura de MIR PUIG

Como explica MIR PUIG el problema que ofrece la accesoriadad de la participación consiste en determinar si corresponde comunicar al partícipe las condiciones personales del autor o, por contra, cada interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que únicamente en él concurren. En Alemania el § 28 II del StGB resolvía la cuestión inclinándose por el segundo de los criterios. En España la doctrina y la jurisprudencia interpretaron el artículo 60.I del Código Penal (actual 65.1) de modo similar. Se pensaba que dicha norma abarcaba tanto a las agravantes o atenuantes *stricto sensu* —es decir, las previstas en los artículos 21, 22 y 23 del Código Penal— como las estipuladas en la Parte Especial que configuran un tipo cualificado o privilegiado, y servía para agravar o atenuar únicamente la responsabilidad de aquellos sujetos en quienes concurrían. Así, el *extraneus* que participaba en un parricidio —hoy

(18) SSTs 21/03/1992, 24/06/1994, 12/02/1997, 12/07/1999.

(19) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 237-238.

derogado— era castigado como partícipe de un homicidio; y, el *intraeus* que indujera a un *extraneus* a la muerte de su padre, era castigado como inductor a un parricidio <sup>(20)</sup>.

MIR entiende que no era correcto incorporar dentro del ámbito del artículo 60.I del Código Penal de 1973 (actual 65.1 del Código Penal) a los elementos personales previstos en la Parte Especial, pues, a su juicio, las circunstancias agravantes o atenuantes aludidas en el artículo referido, en sentido estricto, sólo son aplicables a las circunstancias modificativas de la responsabilidad que en la terminología del Código Penal están solamente previstas en los artículos 21, 22 y 24 <sup>(21)</sup>. Sin embargo, reconoce que “la LO 15/2003 ha introducido un nuevo número 3 en el art. 65 CP que sí es aplicable a los elementos personales en la Parte Especial” <sup>(22)</sup>.

A juicio de MIR la operatividad facultativa del párrafo 3.º del nuevo artículo 65 del Código Penal sólo tendrá lugar *en los delitos especiales*. Es decir, cuando el elemento personal previsto en la Parte Especial da lugar a un tipo específico de delito y no cuando éste se revele como un elemento típico accidental. Concretamente entiende que “(l)os sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 CP), o como cómplices (art. 29 CP). Aunque el art. 28 considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios —por lo que en principio les correspondería la misma pena que al autor y coautor en sentido estricto—, el nuevo n.º 3 del art. 65 CP permite imponerles en este caso, como a los cómplices, la pena inferior en grado —lo que en parte ha venido a responder una corriente de la jurisprudencia del TS— (cfr., p. ej., SSTs de 12 de febrero de 1997, 12 de julio de 1999)” <sup>(23)</sup>.

En conclusión, para MIR debe castigarse en los delitos especiales incluso al cómplice *extraneus* aunque el legislador, sobre el particular, haya guardado el más absoluto de los silencios. Si bien es cierto que en la nota n.º 36 reconoce que “es discutible que se pueda atenuar la pena del inductor y del cooperador necesario y no la del cómplice, que por esta vía puede tener la misma pena que aquellos otros partícipes más importantes” <sup>(24)</sup>, no menos cierto resulta que tampoco ofrece criterio alguno de cómo debería procederse a esa reducción.

---

(20) Cfr., *PG*, 7.ª, p. 400.

(21) Cfr., *PG*, 7.ª, p. 400.

(22) Cfr., *PG*, 7.ª, p. 401.

(23) Cfr., *PG*, 7.ª, p. 401.

(24) Cfr., *PG*, 7.ª, p. 401.

Otro aspecto que valora MIR es que en el caso de los delitos especiales impropios se produciría un concurso de leyes entre el delito especial y el común subyacente que, en la práctica, aplicando la lógica material del concurso, lo llevarán a decantarse siempre en favor del delito especial, donde deberá funcionar lo normado por el apartado 3 del artículo 65 del Código Penal.

### 1.1. Críticas a la postura de MIR PUIG

1. A mi juicio lo que resulta discutible no es, como afirma MIR, que no se le pueda atenuar la pena al cómplice sino que, en todo caso, se lo castigue. En efecto, la nueva redacción del apartado 3.º del artículo 65 del Código Penal ha venido a confirmar la impunidad del cómplice que interviene en un delito especial propio —*en un delito especial de deber*—<sup>(25)</sup>.

Es más, el propio MIR advierte que aplicando la sistemática del Código se permitiría castigar al cómplice, al inductor y al cooperador con la misma pena, lo que a todas luces, desde mi punto de vista, vulneraría el principio de proporcionalidad. Ello lo fuerza al citado autor a cuestionar esa insatisfactoria consecuencia político-criminal, calificándola de “discutible”. Sin embargo, esa “calificación” parecería dejar flotando en el aire que la solución correcta, *de lege ferenda*, sería apreciar una eventual rebaja de pena al cómplice *extraneus* —que obviamente no se encuentra prevista *de lege lata*—. En definitiva, entiendo que dicha hipotética propuesta no podría ser válidamente aceptada, pues se presentaría como vulneradora del principio de legalidad y, por tanto, intolerable en un Estado de Derecho.

En síntesis, se debería reconocer la impunidad del cómplice que interviene en los *delitos especiales de deber* ya que para el ordenamiento penal su conducta se revela como indiferente. En efecto, la norma de la parte especial no se dirige a él, con lo que en consecuencia no puede infringirla. Como si fuera poco, tampoco el legislador ha querido ampliar dichos efectos —cuando expresamente podía haberlo hecho para zanjar el debate doctrinal— creando una cláusula general que así lo dispusiera, a diferencia de lo ocurrido con el inductor y el cooperador necesario.

2. Siguiendo el razonamiento de MIR, el art. 65.1 del Código Penal sólo se refiere a las agravantes genéricas contenidas en los artículos 21, 22 y 23 del mismo cuerpo legal. Pongamos un ejemplo para observar cómo debería funcionar esto. Supongamos que un tercero colabora a título de cómplice con un

---

(25) Aquí se prefiere seguir la terminología propuesta por ROBLES PLANAS. Cfr. *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 241-246.

padre para que éste mate a su hijo. Desde la óptica de MIR la agravante de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal, en atención al principio de legalidad, únicamente debería aplicársele al padre; consecuentemente, se le elevaría a éste la pena prevista para el homicidio en su mitad superior. Al interviniente, en principio, le correspondería la pena inferior en grado a la señalada para el autor del delito conforme lo establece el Código en su artículo 63 —ésta debería ser al menos desde el punto de vista literal la pena inferior respecto de la pena agravada antes señalada—. Sin embargo, MIR tendría que decir coherentemente que dicha agravación no podría aplicársele al tercero en atención a lo reglado en el art. 65.1 del Código Penal. Con lo cual al cómplice le correspondería la pena inferior en grado a la señalada para el delito de homicidio.

Ello nos conduciría a la insatisfactoria consecuencia político-criminal de tener que valorar con la misma gravedad hechos que no son igualmente graves —ser cómplice en el homicidio de un tercero y serlo en un “parricidio”—. En efecto, tanto al cómplice que interviene en el homicidio de un tercero como al que interviene en el homicidio de un padre que mata a su hijo les correspondería la misma escala penal (la pena inferior en grado señalada para el delito de homicidio), lo que infringiría de entrada el principio de proporcionalidad.

Seguramente, contra esta observación se pueda argumentar aduciendo que ello obedece a un problema de técnica legislativa. Sin embargo, entiendo que debería buscarse una solución dentro del marco de la legalidad que permita resolver este resultado indeseable.

Entiendo que lo coherente, en este caso —en el supuesto “parricidio”—, consistiría en realizarle la rebaja de pena al cómplice respecto de la pena agravada al autor. Es más, podría entenderse que el propio legislador así lo ha dispuesto *literalmente* excepcionando lo reglado en el artículo 65.1 del Código Penal.

En efecto, el mismo artículo 63 del Código Penal reza: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá *la pena inferior en grado a la fijada por ley para los autores del mismo delito*”. La pena que fija la ley para el autor, —aquí, desde el punto de vista dogmático, puede ser autor cualquiera, pues la norma de la parte especial se dirige a todos, así que el círculo de autores no se encuentra delimitado— es, en principio, la del delito de homicidio. Sin embargo, al intervenir el padre como autor en el hecho, este último se convierte en un homicidio agravado. De ese modo, debería efectuarse la atenuación al cómplice respecto de la pena del homicidio agravados. También cabría pensar que dicha agravación, en realidad, no es de carácter personal sino que agrava el injusto, con lo cual entraría directamente a regir el artículo 65.2 del Código Penal, lo que permitiría agravar la pena al cómplice que conoce dicha circunstancia. Esto podría efectuarse, en primer lugar, porque no nos encontramos ante

un delito especial propio (o *especial de deber en el cual solamente un pequeño círculo de sujetos pueden lesionar la norma*). En segundo lugar, porque tampoco estamos frente a un agravante personal de la parte especial dirigido a determinados sujetos (ante un delito especial impropio en el que cabría la ruptura del título de imputación para el *extraneus*). En efecto, estamos ante un *delito común* en el cual la prohibición de matar está formulada a cualquier sujeto; por lo tanto, el que participa en ese hecho, en caso de conocer esa circunstancia, lo hace en un hecho genéricamente agravado.

Esta propuesta, como puede observarse, sería acorde con el principio de legalidad y respetuosa del principio de proporcionalidad, permitiéndonos ser más distintivos en lo que se refiere a la valoración de la gravedad de los hechos —diferenciando los más graves de lo que no lo son—. Dicha cuestión quedaría reflejada, además, en la propia escala penal. Así, el que intervenga a título de cómplice en el homicidio de un tercero tendrá una escala menor a la que le corresponderá al cómplice que colabore en un “parricidio”.

## 2. La postura de MUÑOZ CONDE y de GARCÍA ARÁN

Dichos autores entienden, por un lado, que los dos primeros párrafos del artículo 65 del Código Penal pueden ser interpretados como una confirmación del principio de culpabilidad en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad. En ese sentido, las circunstancias “personales” afectarán solamente a los sujetos en quienes concurran, en tanto que las referentes al hecho deben ser abarcadas por el dolo del autor<sup>(26)</sup>.

Sostienen además que “la LO 15/2003, ha introducido un número tercero, literalmente incomprensible si no se explica el problema subyacente que el texto legal no explicita. Consideran que el vigente número 3 del artículo 65 viene a responder al problema de la participación en delitos especiales, es decir, el problema que representa el hecho de que esto intervinientes no reúnan las características personales exigidas para el autor de la correspondiente figura legal<sup>(27)</sup>. Expresan que *conforme el texto* del artículo 65.3, *sólo determinados intervinientes* (el inductor y el cooperador necesario, *pero no el cómplice*), son también responsables por estos ilícitos, a pesar de no concurrir en estos las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor, permitiéndoles la atenuación de la pena que, si esta no existiera, sería igual a la del autor (cfr. el

---

(26) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 479.

(27) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed. p. 480.

art. 28 del Código Penal). Concluyen que de esta manera se acoge la solución consistente en el mantenimiento del título de imputación en los delitos especiales, pudiendo el autor y aquellos partícipes responder por el mismo delito, aunque la pena para estos últimos pueda ser aminorada <sup>(28)</sup>.

Destacan estos autores que dicha solución se mostraría como contraria a lo dispuesto por el artículo 65.1, pues este apartado consagra la incomunicabilidad de las circunstancias personales a los sujetos que no las posean. Lo que resaltan, en particular, es que la tesis del artículo 65.1, llevada a la aplicación de los delitos especiales, supondría la ruptura del título de imputación entre autores y partícipes, con lo cual unos y otros no podrían responder por el mismo delito <sup>(29)</sup>.

Expresan que el artículo 65.3 viene a recoger la solución adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con relación al castigo de la participación del *extraneus* en el delito del *intraneus*. Dicho Tribunal, en el caso de delitos especiales propios, castigaba igualmente a los *extranei* manteniendo el mismo título de imputación. Sin perjuicio de ello, les aplicaba a los *extranei* una rebaja para que las circunstancias personales afectaran menos al partícipe.

Lo que critican estos autores es que se legisle el apartado n.º 3, que es aplicable solamente para los elementos constitutivos de los delitos especiales, justo a continuación de los dos párrafos que versan sobre las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. La crítica apunta a que en los dos primeros párrafos expresamente se declara “que no afectan a todos los intervinientes, sino sólo a aquellos en quienes no concurran, y ello dificulta entender el número tres, basado en que los elementos típicos personales sí les afectan” <sup>(30)</sup>.

La propuesta interpretativa de estos autores para salvar esta supuesta contradicción consiste, partiendo de las tesis jurisprudenciales, en establecer una separación entre los dos primeros párrafos del artículo 65 y el tercero. Este último estaría destinado a la participación en delitos especiales, “supuesto en el que se aplica el delito especial a todos los intervinientes, aunque permitiéndose rebajar la pena de inductores y cooperadores necesarios *extraneus*, esto es, aquellos en quienes no concurran las circunstancias personales de la figura que se les aplica” <sup>(31)</sup>.

---

(28) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 480.

(29) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 480.

(30) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 480.

(31) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 481.

## 2.1. Crítica a la postura de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN

1. De entrada, podría sostenerse que no queda claro cuál es la postura de estos autores respecto al castigo del cómplice que interviene en un delito especial propio (o mejor dicho *en un delito especial de deber*).

Por un lado, pareciera que estos autores reconocen que, según la literalidad del artículo 65.3 del Código Penal, solamente puede *extenderse la responsabilidad* en los delitos especiales propios a *determinados partícipes*, a pesar de que en éstos no concurren las circunstancias personales exigidas por el tipo penal de la parte especial.

Así, textualmente expresan: “(s)egún el texto del art. 65.3, determinados partícipes (el inductor y el cooperador necesario, **pero no el cómplice**), son también responsables por dichos delitos, aunque no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor, pero puede atenuárseles la pena que, sin atenuación, sería igual a la del autor (vid. art. 28)”<sup>(32)</sup>.

En síntesis, estarían afirmando que desde un punto de vista literal el artículo 65.3 del Código Penal deja impune la conducta del cómplice que interviene *en un delito especial de deber*. Ello podría verse reforzado por el hecho de que estos autores critican concretamente la ubicación sistemática de este apartado tercero, pero en modo alguno se pronuncian valorando el contenido de su formulación. En efecto, en ningún momento manifiestan frases como “*parece curioso*”, “*resulta injusto*”, o “*no puede comprenderse que no se incluya al cómplice en la redacción del artículo 65.3*”. Tampoco resaltan los autores referidos que en caso de que el cómplice resulte igualmente castigado, a pesar de su no-inclusión en el texto legal, recibiría por ley la misma rebaja de pena que el inductor y que el cooperador necesario, cuestión descalificada *ut supra* como válida por infringir los principios de proporcionalidad y de legalidad. Es más, cuando se pronuncian acerca del contenido del mencionado apartado, tratan de objetivar su interpretación recurriendo al canon literal, afirmando que debe entenderse “*pero no el cómplice*” cuando ni siquiera la ley así lo indica, pues ésta simplemente se limita a dejarlo de lado. Todo ello ligado a la propuesta de que dicho artículo sea aplicado únicamente a los delitos especiales propios, e incluso reconociendo que se permite rebajar la pena de inductores y cooperadores necesarios *extraneus* (aclarando que ello ocurre porque en ellos no concu-

---

(32) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 480 —la negrita me pertenece—.

ren las circunstancias personales de la figura legal que se les aplica) <sup>(33)</sup>, lleva a la conclusión de que partiendo de sus planteamientos debería afirmarse, sin más, la impunidad del cómplice interviniente en este tipo de delitos. En efecto, al no existir un delito común subyacente al *delito especial de deber* por lógica la conducta del cómplice debería quedar impune.

2. ¿Qué obstáculos se erigirían en apariencia como antitéticos a esta interpretación?

En primer lugar, que la propuesta interpretativa del artículo 65.3 del Código Penal la efectúan partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que castigaba la participación de *extranei* —sin diferenciarlos por sus aportes cuantitativos— en delitos de *intranei* aunque admitiéndoles una rebaja de pena.

En segundo lugar, los referidos autores expresan que el art. 65.3 debería funcionar en el ámbito de la participación en los delitos especiales, para luego afirmar que en estos supuestos el *delito especial se aplica a todos los intervinientes* <sup>(34)</sup>. De lo expuesto, podría pensarse que cuando dichos autores dicen “todos los intervinientes” estarían incluyendo también al cómplice.

Ahora bien, al lado de esa premisa agregan “aunque permitiéndose rebajar la pena de inductores y cooperadores necesarios *extraneus*, esto es, aquellos en quienes no concurren las circunstancias personales de la figura legal que se les aplica” <sup>(35)</sup>. Entonces cabe formular lo siguiente: ¿acaso en el cómplice concurren las circunstancias personales del *intraneus*? La respuesta negativa cae por su propio peso, a lo que se adiciona el siguiente interrogante: ¿si a pesar de ello igualmente se sostuviera el castigo del cómplice, no sería lógico también sostener que para éste debería existir una rebaja de pena en atención a su menor aporte cuantitativo en relación con el inductor y el cooperador necesario? <sup>(36)</sup>. La respuesta afirmativa debería ser inferida por lógica. En consecuencia, como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN no ofrecen esta última solución, podría entenderse que en realidad estarían proponiendo *la impunidad del cómplice que interviene en los delitos especiales de deber*. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que MUÑOZ CONDE, respecto del delito fiscal —al que califica de delito

---

(33) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 481.

(34) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., p. 481.

(35) Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., p. 481.

(36) A la respuesta afirmativa del siguiente interrogante le cabrían las objeciones oportunamente efectuadas a la postura de MIR PUIG, véase punto III.1.1.

especial— expresa que “el carácter especial de este delito no excluye las reglas generales de la participación y la posible responsabilidad de los extraños a la obligación tributaria a título de inductores, cooperadores necesarios o **cómplices** (asesores fiscales, los que elabora facturas falsas, etc.), siempre que se den, claro está, los presupuestos objetivos y subjetivos, de estas formas de participación (cfr. sin embargo art. 65.3)” <sup>(37)</sup>. Si bien aquí se reconocería expresamente el castigo del cómplice, la aclaración entre paréntesis de “cfr. sin embargo el 65.3”, dejaría abierta la posibilidad de pensar, de modo razonable, acerca de su impunidad por todos los motivos expuestos con anterioridad.

### 3. La postura de QUINTERO OLIVARES

Este autor analiza el texto del anteproyecto que sí contemplaba el castigo de las aportaciones de complicidad en los *delitos especiales de deber*. Por esa razón, margina la cuestión relativa al castigo del cómplice. Sin embargo de su trabajo se desprende con meridiana claridad su posicionamiento, la incriminación de cualquier *extraneus* no teniendo basamento legal alguno la aplicación de atenuantes a favor de estos sujetos. A su juicio, cualquier interviniente *extraneus* debería ser castigado con independencia de no concurrir los requisitos que exige el tipo de la parte especial para poder lesionar dicha norma. No lo fundamenta este autor en la lesión que sufre el bien jurídico por la intervención del *extraneus*.

Dicho autor califica la introducción de este nuevo apartado de “*aberración jurídica*”. Agrega que es una modificación innecesaria, regresiva y sectaria, en la medida en que solo pretende satisfacer a un significativo sector doctrinal. Explica que esta nueva regla contempla “el problema de la participación en delitos especiales, respecto de la cual tanto la jurisprudencia como doctrina estiman que se rige por las reglas comunes, con la excepción para la autoría principal de los delitos especiales propios. Solamente un conocido penalista ha sostenido que los “extraños” que participan en un delito especial han de tener una especie de atenuación análoga (sin base legal, por su puesto) fundada en el hecho de “no tener la condición especial”, como si no fuera cierto que han contribuido igualmente a la lesión del bien jurídico. Esa opinión parte de considerar que los delitos especiales son una especie de “subsistema” que no se rige

---

<sup>(37)</sup> Cfr. *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1042 (la negrita y cursiva me pertenecen).

por el principio de protección de bienes jurídicos, sino por el de infracciones de deber, en clara regresión respecto del pensamiento penal moderno” (38).

### 3.1. Críticas a la postura de QUINTERO OLIVARES

1. En primer lugar, cabe aclarar que no todo resultado lesivo puede ser considerado, sin más, como delictivo. Si bien normalmente se parte de un resultado, habrá antes que analizar varios extremos para poder afirmar que *ese hecho* tiene relevancia para el derecho penal (no todo resultado naturalístico, por más catastrófico que sea, interesa al ordenamiento jurídico penal) (39). El análisis de la conducta de intervención típica nos permitirá arribar a esa conclusión (40). En ese sentido, si los tipos de la parte especial prohíben riesgos que quieren ser evitados, en el primer nivel de imputación, deberá analizarse a quién están dirigidas esas prohibiciones, con el objeto de determinar quiénes podrían ser son los eventuales candidatos a la imputación por crear un riesgo típicamente relevante. Aquí podrá con facilidad advertirse que los delitos especiales propios (*en los delitos especiales de deber*) la prohibición únicamente está dirigida a determinados sujetos, siendo éstos los únicos capaces de infringir la expectativa formulada, pues el tipo requiere para su constitución la necesaria concurrencia del deber especial. Estos delitos buscan castigar la infracción de normas específicas. Ello nos conduce a sostener la impunidad de la intervención de todo *extraneus*, pues su intervención en modo alguno podría ser típica. Como al *extraneus* no se dirige la norma de conducta presupuesta en el tipo, no puede admitirse el castigo de su intervención pues esta resulta indiferente para el

---

(38) Cfr. QUINTERO OLIVARES, “Art. 65”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª ed., Dir. Quintero Olivares, Coord. Morales Prats, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 424.

(39) En ese sentido JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Cancio Meliá/Feijoó Sánchez, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 51 expresa que: “La tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al derecho penal, o constituidos por éste —la vida, el cuerpo, la propiedad, pero también el funcionamiento de los órganos estatales y otros— de cuya integridad el derecho penal debería ocuparse. Sin embargo, ya una observación superficial de los bienes de estas características enseña que, **en la mayoría de los casos, éstos son lesionados por procesos que carecen de relevancia jurídico-penal**, incluso de toda relevancia jurídica —y hay que añadir: ¡por suerte!—, que son sencillamente el decurso de la naturaleza: los seres humanos mueren al alcanzar determinadas edades avanzadas o enferman por una infección; el óxido corroe instalaciones ferroviarias, barcos, coches; catástrofes naturales destruyen las cosechas. ¿Son todos estos procesos lesiones de bienes jurídicos? ¡Por supuesto que no!”. (la negrita me pertenece).

(40) Sobre el particular véase ampliamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

ordenamiento penal. Si se le castigará, en realidad, se le estaría haciendo responsable por la infracción de una norma de conducta ajena, lo que abiertamente vulneraría el principio de responsabilidad por el propio injusto. “Si, como aquí, tales delitos son entendidos como auténticamente especiales, esto es, el tipo de la parte especial tan sólo codifica (reconoce) la vulneración de determinadas normas de conducta, quien vulnera la prohibición general de favorecer delitos obra aún de manera indiferente” (41).

Por lo expuesto, para poder hacer responsable a los *extranei* es necesaria la existencia de una norma de la parte especial que castigue aquellos comportamientos que considere lesivos, o por el contrario una norma de la parte general que así lo reglamente (42). Lo dicho nos sitúa en las antípodas del pensamiento de QUINTEROS, pues para él esta cláusula general sería innecesaria, regresiva, en definitiva: una verdadera *aberración jurídica*.

#### IV. EL NUEVO ARTÍCULO 65.3 DEL CÓDIGO PENAL Y EL PROBLEMA DE LA COMPLICIDAD. TOMA DE POSICIÓN

El nuevo apartado tercero del artículo 65 constituye una innovación sin precedente alguno en la legislación española. En él se hace alusión expresa a los factores que *fundamenten* la culpabilidad del autor. Es decir, a los factores que *fundamenten* su punibilidad.

De entrada podría parecer que el legislador (43), con la incorporación del nuevo apartado tercero, ha resuelto la discusión doctrinal en torno a la punibilidad o no del *extraneus* en los delitos especiales inclinándose por su castigo. Sin embargo, contra esa afirmación cabe efectuar algunas observaciones.

En primer lugar, el legislador, en el nuevo apartado 3, sólo se pronuncia respecto de la intervención del inductor y del cooperador necesario, pero nada

(41) Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 242.

(42) En este sentido ROBLES PLANAS, T. *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 243 expresa: “en el Código Penal español no existe una previsión semejante (sino todo lo contrario, si se quiere respetar el tenor literal del art. 65 y no interpretarlo como si fuera el § 28), de modo que si se estima conveniente castigar al partícipe *extraneus*, ello debería articularse necesariamente a través de una previsión general a modo del § 28, o bien, como aquí se estima correcto, a través de la creación de tipos específicos de la parte especial”.

(43) Recogiendo en cierto modo la doctrina sostenida por la Sala II del Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de enero (RJ 1994, 6482) y 24 de junio de 1994 (RJ 1994, 5031), 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3838), 25 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1951) de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9436) y más recientemente en la sentencia de 30 de abril de 2003 (RJ 2003, 3085).

dice respecto del castigo del cómplice. Por ello, respecto de la punibilidad del cómplice por su intervención en los delitos especiales, continúa aún viva la polémica, ya que es posible sustentar varias hipótesis.

Así, por ejemplo, para los delitos especiales propios cabe sostener:

a) Que el cómplice que interviene en un delito especial propio realiza una conducta atípica, por lo que no puede ser castigado. En efecto, en este tipo de delitos las normas de la parte especial se dirigen a un círculo determinado de autores y sólo éstos pueden infringir el deber —que es personalísimo—. Así que, como la norma de la parte especial no se les dirige a los partícipes, sino sólo a los obligados positivos<sup>(44)</sup> y, además, el artículo 65.3 del Código Penal nada dice respecto del cómplice, a éste no se le puede hacer responsable.

b) Que el cómplice que interviene en un delito especial propio debe responder, recibiendo una doble rebaja<sup>(45)</sup> de pena o, al menos, una rebaja simple. En este último sentido se había pronunciado la jurisprudencia<sup>(46)</sup>.

---

(44) En este sentido es contundente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 242, cuando señala que: “La imputación en los delitos especiales de deber es más restrictiva que en los delitos comunes. A diferencia de estos últimos, sólo el obligado por tal deber va a ser el que se halle en una posición típicamente idónea para lesionar el bien. En efecto, en la medida en que se trate de auténticos delitos especiales de deber, la responsabilidad de quien, interviniendo en ellos, no ostenta la cualificación específica no puede construirse en virtud de su contribución al hecho típico, pues ésta presupone la concurrencia de la situación de obligación especial en cada uno de los intervinientes. Lo anterior supone afirmar la impunidad de todo *extraneus* en un delito especial de deber (...) En la medida en que al *extraneus* no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo, no puede admitirse el castigo de su intervención. Lo contrario sería imputarle la infracción de una conducta ajena. En los delitos especiales de deber la imputación presupone la concurrencia del deber. Si, como aquí, tales delitos son entendidos como auténticamente especiales, esto es, el tipo especial tan sólo codifica (reconoce) la vulneración de determinadas normas de conducta, quien vulnera la prohibición general de favorecer delitos obra aún de una manera indiferente para el delito especial”.

(45) Como propone SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 272 y 273, cuando dice que “una, como en cualquier caso de participación en un delito de infracción de deber, porque el partícipe no estaba sujeto por el deber especial (si lo estuviese, sería autor), en virtud de la circunstancia analógica 6.ª del art. 21 CP; y la otra, porque su aporte era de complicidad y, según el art. 63 CP, a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”.

(46) Así la jurisprudencia decía que “el texto del art. 14 CP/1973 (hoy art. 28 del CP/1995) no requería que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio —es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal

En síntesis, la idea del Tribunal Supremo es que el cómplice no infringe el deber porque éste es personalísimo y la norma de la parte especial sólo se dirige al obligado positivo. En cambio, sí infringe la norma de la parte general que castiga las conductas de favorecimiento. Por ello, debe recibir la rebaja de pena toda vez que el ilícito que realiza es de menor contenido de injusto que el del autor, ya que el *extraneus* no infringe directamente el deber, sino que lo hace indirectamente.

En el caso de los delitos especiales impropios también existen tres hipótesis sostenibles:

c) Que en éstos el cómplice debe ser castigado por el mismo título de imputación que el autor —y no por el delito común subyacente, lo que llevaría a la ruptura del título de imputación— sin recibir una rebaja de pena, ni simple, ni doble.

d) Lo mismo que en c) pero recibiendo una rebaja simple o bien una doble de pena —con idénticos fundamentos que en b)—.

e) Que en los delitos especiales impropios el cómplice será castigado por el delito común subyacente produciéndose, por lo tanto, la ruptura del título de imputación.

En los delitos especiales propios un argumento que se erige en favor de la hipótesis a) —impunidad del cómplice— y, en consecuencia, en contra de la

---

*prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación— tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología tradicional: la ley no impide la punibilidad del ‘extraneus’ como partícipe en el delito propio del ‘intraeus’. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa” [STS de 21/12/1999 (RJ 1999/9436), Sala II, sentencia núm. 1493/1999]. Asimismo, refería que “El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal [arts. 14.2 y 3 y 16 CP/1973, hoy 28.2 a) y 28.2 b) y 29 del CP/1995]. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud el autor, es evidente que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no es impune. La Jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que éste no infringe el deber específico del autor y que, por tal razón, el partícipe puede ser condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico”. STS de 21/12/1999 (RJ 1999/9436), Sala II, sentencia núm. 1493/1999.*

hipótesis b) —castigo del cómplice más rebaja de pena— es que el legislador, al no incluir al cómplice en el apartado 3 del nuevo artículo 65 del Código Penal, en realidad está criminalizando únicamente la intervención del inductor y del cooperador necesario en los delitos especiales propios. En consecuencia, resultaría atípica la intervención del cómplice en un delito especial propio, ya que habría quedado fuera de los planes del legislador criminalizar dicha intervención. A ello se añade el hecho de que, de aceptarse otra posibilidad, esto es, su castigo, nos encontraríamos con que el cómplice tendría sólo la misma rebaja de pena propia del inductor o del cooperador necesario. Lo que vulnera la lógica general de la ley y el principio de proporcionalidad. En efecto, el artículo 65 del Código Penal prevé la misma pena que el artículo 63 Código Penal (pena inferior en grado).

Abona la tesis a) un *argumento genético* que surge de comparar el texto del anteproyecto de reforma del Código Penal de 1995 con el del texto que quedó como definitivo. El anteproyecto referido, en su apartado 3, expresaba que: “*Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada*”. Como se puede observar, el anteproyecto daba expresamente un tratamiento a la intervención de los *extranei* en delitos especiales —y entre ellos incluía también al cómplice—. En ese sentido, admitía que éstos fueran responsables *obligando*, además, a los jueces a rebajarles la pena a la inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada. Por lo tanto, si en el nuevo texto el legislador ha dejado de lado la conducta del cómplice parece que éste ya no podrá participar en el hecho del *intraeus* —respecto del cual no posee las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exige para ser responsable—. Es por esa razón por lo que su conducta, al ser atípica, debe quedar impune<sup>(47)</sup>. Obviamente-

---

(47) Esta “laguna de punibilidad” podría ser resuelta con la propuesta *de lege ferenda* que da ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, pp. 243-244, quien expresa: “No puede negarse que existen casos de intervención de *extraneus* en un delito de funcionarios que presentan merecimiento de pena. Pero, en lo que alcanzo a ver, la lesividad de estas conductas no se refiere al deber de lealtad propio de los delitos especiales de deber, sino que afecta a otros aspectos de la Administración Pública como bien jurídico tutelado, inconcreto, a su buen funcionamiento. Por eso creo que tal lesividad debería quedar recogida en tipos penales específicos que castiguen la intervención de particulares en los delitos especiales de deber”. O, en su defecto, creando una cláusula específica similar a la del artículo 65.3 del Código Penal en la que regule, concretamente, la actividad del cómplice estableciendo claramente cómo debería operar su diferenciada atenuación punitiva.

te, esto tendrá lugar en los delitos especiales propios, toda vez que en los impropios el cómplice podrá responder por el delito común subyacente.

En contra del *argumento genético* antes desarrollado algún sector de la doctrina podría esgrimir otro “supuesto”<sup>(48)</sup> *argumento genético*<sup>(49)</sup>. En efecto, podría pensarse que el legislador acogió la postura que emitió el Pleno del Consejo General de Poder Judicial en la aprobación del informe<sup>(50)</sup> sobre el anteproyecto del Código Penal. En tal sentido se argumentaría que el legislador en el texto definitivo del artículo 65.3 del Código Penal acogió, finalmente, las observaciones que formulara el CGPJ. A continuación, expondremos cuál sería este “supuesto” *argumento genético*, para luego explayarnos sobre las razones que nos llevan a descalificarlo como válido.

### La opinión del CGPJ

Para el Consejo sería incorrecto que, en el nuevo apartado 3 del artículo 65 del Código Penal —que, según su juicio, se refiere a la atenuación de la pena para el partícipe en el delito especial propio—, se mencione al cómplice junto con el inductor y el cooperador necesario. La respuesta a ello la encuentra en que el cómplice, por ley, ya recibe una responsabilidad atenuada (artículo 63 del Código Penal). A su juicio, únicamente cabe hacer referencia a determinados partícipes cuando, para éstos, la pena prevista es la misma que para el autor (es decir, a los partícipes considerados autores en sentido legal: el inductor y el cooperador necesario conf. artículo 28 del CP). Entonces, sigue considerando el Consejo que, de esa manera, no se equipara penológicamente al cooperador necesario y al inductor con el cómplice, al permitirse en este último caso una doble atenuación —una por cómplice y otra por *extraneus*—, lo que permitirá adecuar la pena a la gravedad de la aportación de cada partícipe. En síntesis, lo que deja entrever el Consejo es que deben entrar en juego los artículos 63 y 65.3 del Código Penal. De esa manera, la atenuación de pena al cómplice se hace

---

(48) Se habla de “supuesto” porque no resulta en modo alguno evidente que haya sido ésa la intención del legislador.

(49) Debo dar las gracias al profesor ROBLES PLANAS quien, advirtió de la existencia del informe del CGPJ, lo que me permitió ver y reflexionar sobre una posible línea argumental para afrontar dicha cuestión.

(50) Disponible en <http://www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca/>, visitado el 18 de marzo de 2004.

respecto de la pena que le correspondería a los autores en sentido legal —también atenuada—<sup>(51)</sup>.

Contra este planteamiento cabe efectuar alguna crítica. En efecto, desde el punto de vista sistemático, resulta muy discutible que el artículo 63 del Código Penal pueda operar con el artículo 65.3 del mismo cuerpo legal. Para sustentar esta afirmación debemos analizar qué nos dice el primero de ellos y, luego, razonar su desarrollo. Dicho precepto expresa que: “...**A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito...**”<sup>(52)</sup>. La pregunta que deviene, ahora, obligada es: ¿qué debe entenderse por “autores del mismo delito”, a los *extranei* o a los *intranei*? Al encontrarnos frente a un delito especial propio, en el que *sólo pueden ser autores* un círculo determinado de personas, la respuesta es obvia: dicho término está haciendo alusión a los *intranei*. Parece evidente que los autores “en sentido legal” (el inductor y el cooperador necesario, cfr. art. 28 del CP) no son ni pueden ser considerados *intranei* en los delitos especiales propios, ya que están fuera del círculo que determina la norma de la parte especial. También, surge con claridad que dicha denominación —autores en sentido legal— es sólo a los efectos de equiparar punitivamente al inductor y al cooperador necesario con el autor pero respecto de los delitos comunes. Además ello en modo alguno significa que autor en sentido legal constituya lo mismo que autor (esto es *intraneus*), a punto tal que el legislador, para poder castigarlos por su intervención en los delitos especiales propios, tuvo que recurrir a la creación de una nueva cláusula específica en la parte general del Código Penal. Si todo ello es así, cabe preguntarse por qué la cláusula del artículo 65.3

---

(51) En este sentido el CGPJ, en sus consideraciones finales, reza: “... 11) Solo se considera necesaria una atenuación de la pena para el *extraneus* participe en un delito especial propio cuando la pena prevista para determinados partícipes es la misma que para el autor. Por ello, es incorrecto mencionar al cómplice, junto al inductor y al cooperador necesario, en el nuevo apartado 3 del art. 65. 12) El término responsabilidad empleado en el art. 65.3 es ambiguo, no expresa claramente que las cualidades establecidas lo son para ostentar la categoría de autor. El precepto debería hacer referencia sólo a los partícipes (inductor y cooperador necesario) que carezcan de las características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor. 13) Tampoco debería a juicio del Consejo hacer referencia el Anteproyecto en el apartado 3 del art. 65 a la pena inferior en grado a la señalada por la Ley “para la infracción consumada o intentada”, sino sólo a la señalada por la Ley, con la finalidad de que en el caso de la complicidad pueda entenderse que proceda la pena inferior en grado a la señalada para el cómplice en el artículo 63 del CP. 14) Considera este Consejo más adecuado un sistema de atenuación facultativa de la pena, que permita imponer la pena del marco penal establecido para el autor, en aquellos casos en los que, a pesar de tratarse de un *extraneus*, su contribución al hecho está más próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial”.

(52) La cursiva, negrita y subrayado no pertenecen al texto original.

del Código Penal debería entrar en juego con la del artículo 63 del mismo cuerpo legal, cuando aquella no regula la determinación de pena de los *intraanei*. En efecto, el 65.3 del Código Penal reglamenta la determinación de la pena de *determinados extranei* —el inductor y el cooperador necesario, *excluido el cómplice*—. Expresándolo con otras palabras, lo que no se llega a comprender es por qué deberíamos efectuar la rebaja de pena del cómplice respecto de la pena que les correspondería a los *extranei* —inductor o cooperador necesario— de acuerdo con el art. 65.3 del Código Penal, cuando el tenor literal del artículo 63 se refiere, con meridiana claridad, a los *intraanei* y no a los *extranei*. Aceptar esta última posición importaría vulnerar el principio de legalidad al interpretar el término autor en un sentido extensivo y analógico, cuestión que se encuentra prohibida en derecho penal. Algo distinto debería acontecer si el legislador así, expresamente, lo hubiera concebido.

Está claro que el artículo 63 del Código Penal en modo alguno nos remite al artículo 65.3 del mismo cuerpo penal, sino que, en todo caso, nos reenviaría al precepto respectivo de la parte especial. Dicha cuestión se encuentra, también, bastante controvertida. En primer lugar, porque la norma de la parte especial no se le dirige al *extraneus* y, en segundo lugar, porque no existe ninguna cláusula que permita el castigo del cómplice en el hecho del *intraeus*. Ahora bien, y más allá de la observación, de aceptarse esta última posibilidad se estaría equiparando penológicamente al cómplice con el inductor y con el cooperador necesario. Por lo tanto, esa interpretación debe ser rechazada por vulnerar, también, el principio de proporcionalidad. Ello nos permitiría afirmar que si el legislador quisiera castigar la conducta del cómplice que interviene en delitos especiales propios debería, al igual que hizo con el inductor y el cooperador necesario, consagrarlo expresamente. Asimismo, debería consignar una atenuación de pena doble para evitar la insatisfactoria solución político-criminal que conlleva el equipararlo, desde el punto de vista penológico, con el inductor y con el cooperador necesario.

El problema de la intervención de *extranei* en delitos cometidos por *intraanei*, muy debatido en la doctrina y en la jurisprudencia, vino a ser resuelto por el legislador con esta reforma. Por ello, sería impensable sostener que el legislador habiendo tomado una postura expresa respecto del inductor y del cooperador necesario, no lo haya hecho, también, con relación al cómplice. En ese orden de ideas, sería ilógico pensar que el legislador dejó una postura tibia, oscura y de imposible realización práctica. A la sazón, puede entenderse que sí tomó una postura para con el cómplice: su impunidad, a punto tal que, para poder sostener lo contrario, nos resulta imposible no caer en interpretaciones prohibidas en derecho penal, incoherentes desde el punto de vista sistemático y, además, desproporcionadas. En consecuencia, frente al débil “supuesto” *argumento genético* (por ser incoherente e irrespetuoso de garantías fundamentales)

debe prevalecer el fuerte *argumento genético* (por representar justamente lo contrario).

Antes hemos apuntado que, en caso de aceptarse la posibilidad de que el cómplice sea castigado por su intervención en un delito especial propio, ello nos situaría en una situación de desproporción. En efecto, el inductor o cooperador necesario recibirían la misma rebaja de pena que el cómplice —produciéndose una equiparación penológica—, ya que el artículo 65 del Código Penal prevé la misma pena que el artículo 63 del Código Penal (pena inferior en grado). Ahora bien, es cierto que dicha desproporción podría llegar a resolverse a través de la propuesta que efectúa, entre otros, SÁNCHEZ-VERA<sup>(53)</sup>. Ésta consiste en otorgar al cómplice una doble atenuación: una, por no infringir deber alguno, y otra que le correspondería por el hecho de ser cómplice. Ahora bien, contra esta propuesta cabe efectuar algún reparo. En lo que alcanzo a ver, la mencionada solución no podría ser válidamente aceptada por infringir el principio de legalidad. En primer lugar, como ha quedado demostrado, el nuevo artículo 65 del Código Penal no regula la intervención de los cómplices en los delitos especiales propios (*delitos especiales de deber*). En segundo lugar, en atención a la interpretación genética antes reseñada, no está en los planes del legislador castigar la intervención del cómplice en los delitos especiales propios. Afirmar lo contrario implicaría efectuar una interpretación que vulnera el principio de legalidad.

Lo que se quiere resaltar es que si bien es cierto que con el recurso a la atenuante analógica se salvaría —o se superaría— el *argumento de desproporción*, no menos cierto resulta que ello en modo alguno resolvería los problemas de legalidad. En efecto, el nuevo artículo 65.3 del Código Penal posee efectos “constitutivos” de la responsabilidad penal de ciertos *extranei* que intervienen en delitos especiales: del inductor y del cooperador necesario, por lo que no tiene efectos meramente “declarativos” de la responsabilidad de todos los *extranei*. Entonces, si el precepto referido no hace extensiva esa responsabilidad al cómplice (es decir, que dicho precepto no la *constituye*), a éste, no se lo podrá hacer responder penalmente, toda vez que no le alcanza el deber recogido en el tipo de la Parte Especial (el cómplice no puede co-configurar el hecho con el *intraneus*). Sostener lo contrario implicaría hacerlo responder por un injusto ajeno, cuestión que vulneraría el principio de autorresponsabilidad<sup>(54)</sup>. Por todo

---

(53) *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 200-201 y 266-273.

(54) Sobre esta concepción en la intervención delictiva y, más precisamente, sobre el principio de autorresponsabilidad, véase en extenso ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

ello queda claro que sería ilegítimo recurrir a la aplicación del artículo 21.6 del Código Penal para atenuar la pena del cómplice.

Resta decir, por un lado, que la hipótesis c) <sup>(55)</sup> se ve debilitada por el argumento genético antes desarrollado, ya que el legislador no ha regulado la intervención del cómplice en los delitos especiales, dejando su conducta, en lo que a estos delitos se refiere, atípica. Entonces, el cómplice sólo puede ser partícipe del hecho común subyacente, lo que consagra la ruptura del título de imputación —conforme a la hipótesis e) <sup>(56)</sup>—. Por otro lado, cabe agregar que, en caso de aceptarse el castigo del cómplice, imputándosele el mismo delito que al autor, también le alcanzaría el argumento de “desproporción” antes esbozado —en cuanto a que el cómplice recibiría la misma pena que el inductor y que el cooperador necesario—. Tampoco se podría aceptar la hipótesis d) <sup>(57)</sup>, con la propuesta de doble rebaja esbozada por alguna doctrina minoritaria —que permitiría salvar la equiparación penológica denunciada entre cómplice, cooperador e inductor—. En efecto, esta propuesta debería ser rechazada por constituir una interpretación ilícita dentro del ámbito del derecho penal —como *supra* se expusiera—. Por lo tanto, nos encontramos en condiciones de afirmar que la única hipótesis que triunfaría sería la e) —el castigo del cómplice en los delitos especiales impropios por el delito común subyacente, con la consecuente ruptura del título de imputación—.

Seguramente, los partidarios de la punición del cómplice *extraneus* que participa en delitos especiales propios seguirán sosteniendo esa postura (su castigo). A lo que habría que sumar que la jurisprudencia venía aceptando su participación al considerar que infringían las normas de participación contenidas en la parte general del Código Penal. Contra esta posición cabe aún añadir más argumentos a los antes referidos.

En primer lugar, el nuevo artículo 65.3 es *lex posterior* con respecto al Código Penal de 1995. Y, en segundo lugar, es *lex specialis* con respecto a las normas generales para la aplicación de las penas. El artículo 65.3 regula la aplicación de la pena de los *extranei* que intervienen en delitos especiales propios <sup>(58)</sup>, aunque no de todos los *extranei* sino solamente del inductor y del cooperador necesario. Por lo tanto, esta norma que regula específicamente esta

---

(55) Castigo del cómplice por el mismo título de imputación que el *intraneus* sin recibir rebaja de pena.

(56) Castigo del cómplice por el delito común subyacente operando la ruptura del título de imputación.

(57) Castigo del cómplice por el mismo título de imputación que el *intraneus* debiendo recibir rebaja de pena (simple o doble).

(58) En este sentido se manifiesta el CGPJ.

situación, y no otro supuesto más general, debe prevalecer a la hora de precisarse la pena que eventualmente recaerá sobre este tipo de intervinientes —excluido el cómplice que quedará impune—. En efecto, intentar castigar al cómplice utilizando la cláusula genérica del artículo 63, además de violar el principio de legalidad, nos lleva a vulnerar el principio de proporcionalidad por su equiparación penológica con el inductor y cooperador necesario. Asimismo, intentar hacer jugar las cláusulas de los artículos 63 y 65 del Código Penal, con idéntico fin, nos conduce a vulnerar también el principio de legalidad, amén de la incoherencia sistemática *supra* denunciada. Por lo expuesto, sobradas son las razones que permiten entender que la intención del legislador fue dejar impune la conducta del cómplice en los delitos especiales propios.

En lo anterior se trató de dar razones en torno a la *no punibilidad* del cómplice en los delitos especiales propios —inclinándonos por la hipótesis a)—. Asimismo, que éste debe ser castigado por el delito común subyacente, cuando interviene en delitos especiales impropios —operando, entonces, la ruptura del título de imputación conforme la hipótesis e)—. Pasaremos ahora a analizar otro problema que se suscita en la interpretación del nuevo apartado 3 del artículo 65 de Código Penal, aunque, ahora, respecto de la intervención del inductor y del cooperador necesario en los delitos especiales, a la luz de la teoría de los delitos de infracción de un deber.

## V. EL ARTÍCULO 65.3 Y LOS INDUCTORES Y COOPERADORES NECESARIOS

### 1. **Introducción: ¿El artículo 65.3 se aplica a los delitos especiales propios e impropios?**

De entrada podría parecer que el nuevo artículo 65.3 pone fin a la discusión suscitada en torno a la intervención del inductor y del cooperador necesario en los delitos especiales. Sin embargo, dicho precepto no define con claridad cuál debe ser su ámbito de aplicación, cuestión que suscita varios interrogantes, a saber: ¿Podría sostenerse que debe ser aplicado al inductor o cooperador necesario únicamente en el caso de que nos encontremos ante un delito especial propio? O ¿debe ser aplicado a éstos, también, cuando nos encontremos ante un delito especial impropio? Finalmente: ¿Ambas hipótesis son excluyentes?; caso contrario: ¿cuál de ellas debería prevalecer? Otra cuestión que se suscita es: ¿el nuevo artículo 65.3 del Código Penal ha acogido (o no) la denominada “teoría del delito de infracción de deber”? Nuevamente, aquí le corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia asumir un papel muy importante a la hora de responder los interrogantes planteados.

Antes de contestar las preguntas formuladas, se efectuará una breve exposición de la teoría del delito de infracción de deber<sup>(59)</sup>. Luego de ello, y mediante la exposición de casos, intentaremos dar respuesta a cada una de las cuestiones. Finalmente, intentaremos apuntar las respuestas en las conclusiones.

## 2. La teoría del delito de infracción de deber

Como ROBLES PLANAS afirma, “desde que ROXIN formulara la distinción entre los delitos de dominio y delitos de infracción de un deber en su monografía *“Täterschaft und Tatherrschaft”* con el fin de resolver, entre otros, fundamentalmente el problema de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales, la categoría de los delitos de infracción de deber ha experimentado un cambio espectacular de la mano de Günter JAKOBS y sus discípulos”<sup>(60)</sup>.

Para ROXIN, en los delitos de infracción de deber el elemento que “decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación”<sup>(61)</sup>. En cambio, ROXIN sostiene que “los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deberes especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como ‘delitos de dominio’”<sup>(62)</sup>.

---

(59) Excede al marco del presente trabajo la reproducción de todas las críticas que por parte de la doctrina recibió la teoría del delito de infracción de deber; para ello véase ampliamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, pp. 225-246; véase también LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, pp. 305-306.

(60) *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 226.

(61) *Autoría y Dominio del hecho en derecho penal*, trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 385-386.

(62) *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, p. 386.

JAKOBS también efectúa una clasificación bipartita de los delitos. En concreto, distingue entre delitos de organización y de infracción de deber. Respecto a los primeros entiende que “el fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a terceras personas y a costa de éstas” (63). La responsabilidad jurídico penal en este caso tiene como fundamento el quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, lo que se traduciría en respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los propios. Lo que interesa aquí es el deber de no lesionar a los demás (el *neminem laedere*), un deber que se encuentra dirigido a mantener la separación de las esferas de organización de los individuos, por lo que el quebranto del rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus semejantes (64). Es decir que, en estos delitos, el fundamento de la responsabilidad es la competencia por organización.

En cuanto a los delitos de infracción de deber JAKOBS sostiene que el fundamento de la responsabilidad o imputación deriva de una relación de carácter institucional. En estos casos, ciertas personas poseen roles especiales que las determinan a configurar un mundo parcialmente en común con otros (ej. el rol de padre). El quebranto del rol especial convierte en autor a su infractor, ya que se encuentra obligado de manera directa frente al otro a mantener un ámbito en común. En ese sentido refiere: “En los delitos de infracción de deber, con independencia del hecho, existe una relación entre autor y el bien. La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien. Este estatus está estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) —es decir, a instituciones— preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización. El estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar a sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión), un deber especial en sentido estricto” (65).

---

(63) *Derecho Penal. Parte General*, “Fundamentos y teoría de la imputación”, 2.ª ed. corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 258.

(64) Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1.ª ed., trad. Cancio Meliá, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 145-148.

(65) Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., pp. 266-267.

A continuación JAKOBS señala: “En los delitos de infracción de deber no suele distinguirse entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional (...) son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional (...)” (66).

Como expone ROBLES PLANAS, “recientemente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES ha profundizado en los planteamientos de JAKOBS, proponiendo una fundamentación filosófica de los delitos de infracción de deber y desarrollando una serie de importantes consecuencias para la dogmática de la autoría y la participación. A grandes rasgos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES sostiene, como su maestro alemán, que debe distinguirse entre la institución negativa del *neminem laedere* de otras instituciones positivas vigentes en nuestra sociedad. Según esta distinción, de la institución negativa se derivan deberes negativos, mientras que de las instituciones positivas se derivan deberes positivos. Tales deberes positivos son los que se infringen y dan lugar a los delitos de infracción de deber. Se trata, resumidamente, de la cuestión de si una persona se encuentra unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (sólo como persona)” (67).

De esa teoría se extraen varias consecuencias en materia de intervención delictiva: a) El obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre, salvo excepciones (68), como autor; b) Dicha regla también rige para aquellos otros delitos que no han sido expresamente positivizados como delitos de infracción de deber, pero que, cuando deben ser interpretados a la luz de la institución positiva, son delitos de infracción de deber (69). En este punto pone como ejemplo SÁNCHEZ-VERA el delito de homicidio del art. 138 del Código Penal. Esto significaría que si bien el Código Penal no tipifica el parricidio, igualmente el homicidio cometido por un obligado positivo debería regirse por

(66) Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., p. 267.

(67) *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 228.

(68) Esas excepciones, a juicio de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 200-201, 213 y 285, se darían en los casos en los que el especialmente obligado debe impedir un resultado que se corresponde con una acción u omisión participativa. Y, además, afirma que la misma regla rige, lógicamente, cuando no se impide un aporte de inducción.

(69) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 186-187 y 285.

las reglas de imputación desarrolladas por la teoría del delito de infracción de deber. c) Otra consecuencia surge cuando los obligados positivamente coinciden en la infracción de sus respectivos deberes. En efecto, no pueden ser coautores, ni autores mediatos, ni cooperadores necesarios o no necesarios, ni inductores, sino que serán autores accesorios (o autores paralelos, en el lenguaje del referido autor) ya que el deber impuesto por la institución positiva es personalísimo, y su lesión sólo puede tener lugar de manera individual<sup>(70)</sup>. d) El *intra-neus* que utiliza a un *extraneus* para cometer la infracción del deber responde como autor inmediato y no como autor mediato (admite la denominación “autor mediato” pero sólo terminológicamente, ya que fenoménicamente concurren sus presupuestos)<sup>(71)</sup>. e) Llega a la misma conclusión que en d) cuando el *intra-neus* se vale de un instrumento doloso no cualificado, considerando autor inmediato al *intra-neus* sin perjuicio de la responsabilidad del hombre de delante. f) Cuando el obligado especial no impide los hechos delictivos de un tercero —por ejemplo de un enfermo mental— al que él, en virtud de una institución positiva se encontraba ligado, responde por un delito de infracción de deber como autor<sup>(72)</sup>. También admite la punibilidad del *extraneus* en el delito del obligado especial<sup>(73)</sup>.

### 3. Exposición de la regla f)

En la monografía de SÁNCHEZ-VERA se expone un caso como excepción a la imputación de autoría al infractor del deber positivo vinculante. En ese sentido afirma que “el *intra-neus* puede ser inductor prácticamente sólo en el caso, ciertamente infrecuente, de que él no impida un injusto de inducción que, en virtud de su deber positivo, estaba obligado a impedir. Ejemplo: un padre

---

(70) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 181 y ss., 201 y ss. y 285-287.

(71) En contra de este planteamiento BOLEA BARDON, “La autoría mediata en algunos supuestos de error”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 12 (2003), nota n.º 1, pp. 1-2, ha expresado que SÁNCHEZ-VERA “a partir de la equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, relativiza la importancia de la distinción entre ambas formas de autoría, tachándola de una cuestión puramente fenomenológica. A mi juicio, la equivalencia material en el plano valorativo no debe confundirse con la equivalencia estructural que, sin duda, no concurre entre autoría mediata e inmediata, y todo ello, sin abandonar la perspectiva normativa”.

(72) Otras consecuencias se irán exponiendo durante el desarrollo del trabajo.

(73) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 215 y ss., 231 y ss. y 288-293.

observa cómo su hijo induce a un tercero a cometer un delito y él no impide la inducción del hijo ni impide el hecho del tercero” (74).

Puede entenderse que en tal supuesto no nos encontramos en realidad ante un suceso de responsabilidad institucional del padre sino que, en todo caso, será responsable por su organización defectuosa al incumplir su deber de aseguramiento de los comportamientos peligrosos de sus hijos, en particular delictivos, en atención al poder que tiene sobre éstos (75). En ese sentido, JAKOBS afirma que “los deberes de aseguramiento por el poder sobre otras personas —al igual que el dominio sobre cosas— constituyen el contrapunto del poder de organización que excluye a otras personas. Por eso, están sujetos al derecho de configurar el contenido del comportamiento de otras personas. Así, p. ej., los padres (o las demás personas legitimadas para educar) están obligados a impedir los hechos punibles u otros comportamientos peligrosos de los niños sometidos a su cuidado” (76).

En primer lugar, el padre no se encuentra obligado positivamente respecto del tercero. Sí es cierto que su hijo está bajo su cuidado y custodia, por lo que debe controlar su comportamiento para que, de éste, no se deriven riesgos dañosos para terceros —más allá que entre padre e hijo exista una relación institucional que los liga (77)—. Es decir que, al no evitar la conducta de su hijo o no neutralizarla, está favoreciendo que éste, a su vez, favorezca a un tercero para que dañe a otros. En efecto, el padre no tiene que fomentar nada en común con el tercero, solamente tiene que tratarlo como persona y evitar que, de su propia organización, se deriven daños para otros sujetos. Por las razones explicitadas, no se logra comprender el por qué de la excepción que propone SÁNCHEZ-VERA (78), ya más que ello, desde nuestro punto de vista, si se pudiera

---

(74) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 213.

(75) Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., pp. 976-977; véase también MIR PUIG, *Parte General* 7.ª, pp. 327-328.

(76) *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., p. 977.

(77) Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. pp. 995-996.

(78) Parece oportuno efectuar otra observación. Si se lleva a sus últimas consecuencias la excepción propuesta por SÁNCHEZ-VERA, parece ser que dicho autor también tendría que afirmar que el *intra-neus* puede ser cooperador necesario en caso de que no impida un injusto de cooperación necesaria que, en virtud de su deber positivo, estaba obligado a impedir. Ej.: un padre que observa cómo su hijo coopera de modo necesario con un tercero en la comisión de un delito y no impide ni la cooperación del hijo ni el hecho del tercero. En consecuencia, el referido monografista también debería afirmar que el *intra-neus* puede ser cómplice en caso de que no impida un injusto de complicidad. Si esto fuera

atribuir responsabilidad al padre, la misma obedecería a otro título de imputación: responsabilidad por organización.

#### 4. Dos casos a título de ejemplo

Para ver si el nuevo artículo 65 del Código Penal puede ser interpretado a la luz de la teoría del delito de infracción de deber, examinaremos algunos casos siguiendo el planteamiento de SÁNCHEZ-VERA.

##### 1.9 *Una madre junto con un tercero mata a su hijo (el de la madre)*

De entrada, se puede afirmar que, desde la perspectiva de SÁNCHEZ-VERA, nos encontraríamos frente a un caso de “autoría paralela”<sup>(79)</sup> —o autorías accesorias—. Según el referido autor, se daría la conjunción de los autores de un delito de dominio y de un delito de infracción de deber<sup>(80)</sup>. La madre, al infringir sus deberes inherentes a la patria potestad, sería autora de un delito de

---

así, SÁNCHEZ-VERA estaría aceptando que la responsabilidad institucional admite grados. Ello significaría que el garante —u obligado positivo— puede infringir su deber en calidad de autor o en calidad de partícipe. También se podría afirmar que, en algunos casos, la infracción del deber puede ser indiferente para la imputación por intervención (sobre la existencia de esa graduación véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 293-294). Así “la presencia del deber especial no decide *per se* ni la constitución del tipo ni la autoría del cualificado. En efecto, por un lado, no siempre que concurre un *intra-neus* que obra de manera contraria a su deber se afirma automáticamente la presencia de un tipo especial propio. Aquí también rigen las reglas de la teoría de la conducta típica. Al *intra-neus* puede alcanzarle la prohibición de retroceso” (ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 244). Entonces, si esto fuera así, no se logra comprender por qué SÁNCHEZ-VERA no admite también esa graduación en aquellos casos en los que varios *intra-nei* intervienen en un hecho ilícito, como por ejemplo cuando un funcionario que deja un documento secreto en el lugar de siempre (el correcto) sabiendo que otro funcionario tiene la intención de destruirlo, ya que para SÁNCHEZ-VERA tanto uno como el otro deberían responder como autores accesorios —a pesar que el *quantum* de intervención del primer funcionario fuera de participación—. Lo expuesto permite concluir que SÁNCHEZ-VERA tendría que afirmar, al igual que hace ROBLES PLANAS, que “el funcionario que deja un documento secreto en el lugar de siempre (el correcto) sabiendo que otro funcionario tiene la intención de destruirlo, no es autor, sino en su caso, partícipe”. (*La participación en el delito*, p. 244).

(79) Así lo llama el autor.

(80) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 223 y 285.

infracción de deber (autora de un delito de “parricidio”) <sup>(81)</sup>, y el tercero sería autor de un delito común —homicidio—.

Luego, SÁNCHEZ-VERA matizaría esta postura y diría que, en realidad, además del correspondiente delito de infracción de deber, el especialmente obligado comete también, a la vez, otro delito, el común o de organización. Y diría que, en este caso, lo hace con dominio del hecho, delito que se corresponde y habrá de ser valorado según lo que haya organizado. Seguiría afirmando, entonces, que un *extraneus* puede, por tanto, haber trabado una organización con un especialmente obligado, formando un colectivo en el que ambos se han repartido el “trabajo”, e incluso de tal forma que el *extraneus* —atendiendo al *quantum* de su organización— aparentemente se haya convertido en coautor del obligado especial; en verdad, diría, es coautor del delito común de dominio del hecho u organización y no del delito de infracción de deber <sup>(82)</sup>.

En efecto, el referido autor dice lo siguiente: “si una madre junto con un tercero mata a su hijo (de la madre) estamos, por lo que respecta a la madre, ante un claro delito de infracción de deber —la madre ha quebrantado, sin duda, los deberes inherentes a la patria potestad—, pero además, la madre ha organizado algo con el tercero: si el *quantum* de la contribución del tercero al delito de la madre, como es el caso, es tan importante como para afirmar coautoría, no habrá inconveniente en que así se haga, si bien ha de quedar claro que el tercero no será coautor de un delito de infracción de deber, sino coautor de un delito de dominio del hecho u organización” <sup>(83)</sup>.

Luego SÁNCHEZ-VERA concluiría para el *intraeus* —madre— lo siguiente: Es cierto que la madre ha organizado algo con el *extraneus* y que, en su persona —como obligada positivamente—, concurren, al menos desde el punto de vista fenomenológico, aparentemente dos delitos. Ahora bien, a su juicio, nos encontramos frente a un concurso de leyes que debe resolverse en favor del delito de infracción de deber (la lesión de la institución negativa, como *lex*

---

(81) En España no se encuentra actualmente tipificado este delito, no obstante lo cual SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES entiende que nos encontramos ante un parricidio; seguramente la denominación que utiliza este autor sea solamente en un sentido descriptivo didáctico y no técnico.

(82) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 223; También cita ahí en la nota 35 a LESCH, *ZStW*, 105, 1993, p. 289.

(83) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 224.

*generalis* que es, retrocede ante la lesión de la institución positiva, como ley especial) <sup>(84)</sup>.

Aquí, cabe efectuar una crítica desde el punto de vista del derecho positivo. Para ello analizaremos cuándo estamos en condiciones de afirmar la existencia de un concurso de leyes. En ese sentido, se habla de concurso de leyes “cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que *sólo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concorre entonces un solo delito” <sup>(85)</sup>. Pues bien, siguiendo esta definición no se llega a comprender cómo se puede sostener la existencia de un concurso leyes, cuando solamente existe un precepto penal aplicable al hecho —la ley que tipificó el legislador como delito de homicidio—. Por lo tanto, no puede existir ningún concurso ya que existe una sola ley. SÁNCHEZ-VERA está manejando un hipotético concurso supralegal de leyes cuando, en realidad, éste no opera ya que la supuesta ley que prevé el delito de parricidio, actualmente, no forma parte del mundo jurídico. Es decir que, hoy en día, no está tipificado el parricidio sino que solamente lo está el delito de homicidio. Así pues, no hay precepto especial que se pueda aplicar con preferencia al general, pues hay un solo precepto.

En consecuencia, a la madre le correspondería ser autora del delito previsto en el artículo 138 del Código Penal debiéndosele aplicar, además, la agravante de parentesco que recoge el artículo 23 del Código Penal, por lo que su marco penal se situaría entre los doce años y seis meses y los quince años de prisión.

¿Y qué sucede con el *extraneus*? SÁNCHEZ-VERA apunta *expresamente* en una nota a pie de página que “...desde la perspectiva del *extraneus* esto significa: él participa en un delito de infracción de deber [él no puede ser (co-) autor] con un *quantum* de contribución parecido a la coautoría, y comete, a la vez, un delito común o de dominio del hecho, lo que probablemente, implique un concurso ideal de delitos (si no, el mayor injusto que significa haber participado en un delito de infracción de deber no se tendría en cuenta). **La posición del *extraneus*, sin embargo, no puede ser profundizada en esta investigación**” <sup>(86)</sup>.

---

(84) Cf. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 261 y ss.

(85) MIR PUIG, *PG*, 7.<sup>a</sup>, p. 646.

(86) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 224, nota n.º 36 —la cursiva y el resaltado no pertenecen al original—.

Respecto del tercero, como partícipe del delito de infracción de deber, siguiendo el razonamiento de SÁNCHEZ-VERA —quien sostiene que se le debe aplicar al *extraneus* que realiza una aportación de coautoría, inducción o participación necesaria una atenuación obligatoria— se infiere que le aplicaría el apartado 3 del ahora reformado artículo 65 (ya que antes recurría a la aplicación de la atenuante analógica, artículo 21.6.<sup>a</sup> del Código Penal). Entonces, al tercero le quedaría una escala penal entre los seis años y tres meses de prisión y los doce años y cinco meses y veintinueve días de prisión. Sin embargo, se debería aplicar el artículo 77 del Código Penal a los efectos de resolver el “*probable concurso ideal*” —según el referido autor— *existente* entre la conducta de participación en el delito de infracción de deber y la de coautoría en el delito de dominio del hecho. Luego de ello, la escala penal para el *extraneus* se situaría entre los 12 años y 6 meses de prisión y los 15 años de prisión. En consecuencia, el *extraneus* tiene la misma escala penal que el *intraneus*.

Aquí se puede observar el esfuerzo realizado por SÁNCHEZ-VERA, al tener que admitir la ruptura del título de imputación del *extraneus* que participa en un delito de infracción de deber, cuestión que contradice fuertemente su tesis<sup>(87)</sup>. Aunque ello le permite hacer jugar la cláusula del artículo 77 del Código Penal, a los fines de evitar consecuencias político-criminales insatisfactorias, como sería privilegiar a quien co-ejecuta un “parricidio” con el *intraneus* frente a quien co-ejecuta un homicidio con un tercero.

En efecto, si no admitiera la ruptura del título de imputación y la existencia de un delito de organización subyacente —cuestión que rotundamente niega en los delitos expresamente positivizados por el legislador—, lo llevaría al absurdo de tener que castigar de un modo muy privilegiado al *extraneus*. Piénsese que la escala penal para el *extraneus*, en ese caso, oscilaría entre los seis años y tres meses de prisión y los doce años, cinco meses y veintinueve días de prisión, cuando a un sujeto por ser coautor de un delito de homicidio le correspondería una pena entre los diez y quince años de prisión.

---

(87) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 260 cuando dice: “En definitiva, los denominados delitos de infracción de deber impropios no son casos del art. 65.1 del Código Penal —ruptura del título de imputación—, sino que para ellos, en su conjunto, rige siempre el mismo título de imputación que para el autor positivamente obligado, debiendo gozar el partícipe de una aminoración de la pena en virtud del art. 21.6.<sup>a</sup> del Código Penal, como ya ha propuesto para los llamados delitos de infracción de deber propios el sector más moderno de nuestra jurisprudencia. La ficción —delitos de infracción de deber propios e impropios— es superada. Con ello, a nuestro entender, se alcanza una solución que resuelve, de forma sistemática, las fricciones que fueron puestas de manifiesto respecto de otras opiniones. Se alcanza, en suma, una solución armoniosa a la luz de la teoría del delito de infracción de deber, sin entrar en contradicción con la finalidad de la ley”.

Como se puede observar parece que SÁNCHEZ-VERA, al admitir este concurso ideal, hace resurgir —al menos en los delitos de infracción de deber no positivizados— la distinción entre delito especial propio y delito especial impropio<sup>(88)</sup>. Lo que implica que, frente al delito de infracción de deber, subyace el delito de organización al que accede como coautor el *extraneus*.

No se puede dejar de lado esta incoherencia intrasistemática en el pensamiento de SÁNCHEZ-VERA, ya que, si realmente el Código Penal tipificara la figura del parricidio —esto es—, si estuviera expresamente positivizado— tendría que llegar forzosamente a otra conclusión (inexistencia del delito común subyacente), con lo que, entonces, el *extraneus* solamente sería partícipe del delito de infracción de deber<sup>(89)</sup>. En efecto, una de sus tesis, como antes se expresara —la que por cierto resultara aplaudida por JAKOBS al prologar su monografía— es la superación de la ficción de la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Esto significa que si se infringe un deber estamos ante un delito de infracción de deber y, si no, ante un delito común.

Si bien es cierto que con esa solución se resuelve la insatisfactoria consecuencia político-criminal de favorecer a unos partícipes y a otros no (con una rebaja de la pena), no menos cierto resulta que se llega a una incoherencia intrasistemática en la teoría del delito de infracción de deber. Pues, como se evidenció, se termina castigando con la misma pena a quien no infringe el deber, por no hallarse obligado positivamente, frente a quien sí lo hace, por encontrarse ligado de ese manera<sup>(90)</sup>.

A mi juicio, tampoco queda claro en su planteamiento cómo para el obligado positivamente se da un concurso de leyes entre el delito de infracción de deber y el delito de organización que se resuelve por especialidad en favor del delito de infracción de deber. Es decir, que el obligado positivamente comete un solo injusto, aunque desde el punto de vista fenomenológico concurren dos. Y, en cambio, el *extraneus*, realiza un doble injusto que se resuelve en un *probable concurso ideal*. Lo que significaría que esa apariencia dejaría de ser aparente y se convertiría en real. En síntesis, que el mismo y único hecho realizado constituiría un solo injusto y a la vez uno doble o, mejor dicho, que el hecho cometido constituye un único injusto pero a la vez no.

---

(88) Al menos se daría una similitud estructural a la del delito especial impropio, ya que efectivamente el Código no castiga el parricidio.

(89) Aunque en realidad, como afirma ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, pp. 242-243, si se siguiera de modo coherente la teoría del delito de infracción de deber éstos deberían afirmar sin reparos la no punibilidad del *extraneus* en el delito especial.

(90) Esta consecuencia chocaría con la idea de equidad.

En cambio, más razonable y sencillo resulta a mi juicio el apreciar la concurrencia de un único delito común —el homicidio— y la concurrencia de una agravante de carácter personal <sup>(91)</sup>. La madre coautora del homicidio lesiona la vida de forma agravada —situándose entonces su escala penal entre los doce años y seis meses de prisión y los quince años de prisión— y el *extraneus* coautor del homicidio lesiona la vida sin esa agravación —quedando su escala penal entre los diez y quince años de prisión— <sup>(92)</sup>.

En definitiva, como se puede observar, SÁNCHEZ-VERA —al contradecir sus premisas para salvar la insatisfactoria consecuencia político-criminal arriba expuesta— llega al mismo resultado que ROBLES PLANAS, lo que parece hacer preferible esta última interpretación por su claridad, sencillez y coherencia interna.

**2.9) Un particular convence —induce— a un policía para que detenga y encierre a otro particular por el término de trece días —sabiendo tanto el policía como su inductor que la detención es ilegal—. Al cabo del decimotercer día el policía libera al sujeto referido.**

Primeramente, según SÁNCHEZ-VERA nos encontraríamos frente a un delito de infracción de deber, y no ante un delito especial impropio <sup>(93)</sup> —como lo denominaría la doctrina dominante—. Y es que, a su juicio, la distinción

---

(91) En lo que alcanzo a ver, al darse la estructura del delito especial impropio ROBLES PLANAS, lógicamente, sostendría lo mismo que sostiene para ellos, a saber, que “En contra de la opinión más extendida, estimo que los delitos especiales impropios no constituyen delitos distintos a los delitos comunes, sino que tan sólo contienen agravaciones de carácter personal (...) En consecuencia, los denominados delitos especiales impropios no son, en realidad, delitos especiales”, y más abajo afirma: “Ello supone que la conducta típica de intervención, con independencia de su calificación como de autoría o participación, podrá constituirse al margen de si el deber concurre en un sujeto o en otro, pues lo único relevante en estos delitos, como delitos comunes que son, es la puesta en peligro o la lesión del bien. Sólo después de constituido el tipo (común) y decidido el título de intervención, deberá tenerse en cuenta la agravación por la cualidad personal”. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 238-240.

(92) También podría pensarse que la pena adecuada sería para el *extraneus* la del delito agravado, toda vez que accedería a un injusto agravado conociendo dicha situación (cfr. 65.2 del CP). Véase más arriba la posible fundamentación a este planteamiento en el punto 3.1.1, crítica n.º 2 a la postura de MIR PUIG, pp. 9-10.

(93) En contra MIR PUIG, *Parte General* 7.<sup>a</sup>, p. 402, quien entiende que “agravaciones como éstas (...) no afectan a la esencia del delito transformándolo en otro distinto, sino que tienen un carácter estrictamente personal: configuran elementos típicos accidentales que no determinan un cambio de delito, sino sólo que se castigue más al sujeto autoridad o funcionario que comete el mismo delito”.

entre delitos especiales propios e impropios resulta superflua, puesto que en ambos casos se trata de igual manera del incumplimiento de los deberes que impone la institución positiva. O bien esa lesión se ha producido —y entonces la denominación del delito de infracción de deber como “impropio” es absolutamente superflua—, o bien esa lesión no se ha producido, pero, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber: *tertium non datur*<sup>(94)</sup>.

En ese sentido afirma que, en realidad, “cuando se aplica la teoría del delito de infracción de deber de una forma consecuente, hay que concluir rotundamente que dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios, o, dicho de una forma más exacta, para una diferenciación entre los delitos de infracción de deber propios e impropios. O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva, y entonces no estamos ante un delito de infracción de deber —tampoco “impropio”—, o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente. Pretendidas “agravaciones del contenido de injusto” de un delito de infracción de deber, respecto de delitos comunes o de dominio del hecho, es algo absolutamente desconocido dentro de la teoría de la infracción del deber...”<sup>(95)</sup>.

También agregaría SÁNCHEZ-VERA que “la punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, ni tan siquiera la afirmación de que hay un delito común “subyacente” en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevado a cabo por acción...”<sup>(96)</sup>.

Resolviendo el caso desde su perspectiva, nos encontraríamos frente al delito del artículo 167 del Código Penal en relación con el artículo 163 del mismo cuerpo legal. El policía sería autor del delito de infracción de deber: el único delito existente.

Aunque, aparentemente, existirían dos delitos en la misma persona del obligado positivo: uno común, o de dominio del hecho u organización (el del art. 163 del CP), y otro de infracción de deber (el del art. 167 del CP en función del art. 163 del mismo ordenamiento), SÁNCHEZ-VERA resuelve esa apariencia recurriendo de nuevo a las reglas del concurso de leyes. Con lo que, a su

---

(94) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 249 y ss. y 290-292.

(95) *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 253.

(96) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 253-254.

juicio, demuestra que, en realidad y por sorprendente que pueda parecer, en estos casos no nos hallamos ante varios delitos ni, por consiguiente, ante un injusto “doble”. Sino que, antes bien, la conjunción en la persona del obligado especial de un delito común o de dominio del hecho con uno de infracción de deber fundamenta un concurso aparente entre ambos delitos o, mejor dicho, un concurso aparente de leyes<sup>(97)</sup>.

Finalmente, no existiendo, a su juicio, un delito común subyacente al inductor, éste será partícipe del delito de infracción de deber. Es decir, que le atribuiría el mismo título de imputación pero, a su vez, le aplicaría una rebaja (ya que como el *extraneus* no infringe, al menos inmediatamente, el deber al que se encuentra ligado el obligado positivamente, eso tiene que repercutir en la pena).

Si bien antes SÁNCHEZ-VERA recurría a la atenuación analógica prevista en el art. 21.6 del CP, hoy con la reforma en la mano queda claro que directamente aplicará el apartado 3 del nuevo art. 65 del CP. Dicho artículo le faculta a castigar a los inductores o partícipes necesarios y, también, a reducirles la pena del delito especial a la pena inferior en grado<sup>(98)</sup>.

En consecuencia, el marco penal que le corresponderá al autor (obligado positivamente) será de cinco a seis años de prisión (la mitad superior de la escala prevista por el artículo 163 del CP). Y, al inductor, un marco penal de dos años y seis meses de prisión a cuatro años, once meses y veintinueve días de prisión (la pena inferior en grado al marco previsto para el obligado positivamente).

Ahora bien, si en el caso analizado, en vez de convencer o inducir el partícipe a un policía —al obligado positivamente— hubiera inducido a otro parti-

---

(97) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 264 y ss. y 292-293.

(98) Es preciso aclarar que con la nueva redacción del art. 65.1 queda estéril la fundamentación —a la que recurría SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES— acerca de que estos casos quedaban fuera del alcance del actual pero reformado art. 65.1 del CP —es decir, que operaba la ruptura del título de imputación—. En ese sentido decía que “Los denominados delitos de infracción de deber impropios no son casos del art. 65.1 del Código Penal —ruptura del título de imputación—, sino que para ellos, en su conjunto, rige siempre el mismo título de imputación que para el autor positivamente obligado, debiendo gozar el partícipe de una aminoración de la pena en virtud del art. 21.6.º del Código Penal, como ya ha propuesto para los llamados delitos de infracción de deber propios el sector más moderno de nuestra jurisprudencia. La ficción —delitos e infracción de deber propios e impropios— es superada. Con ello, a nuestro entender, se alcanza una solución que resuelve, de una forma sistemática, las fricciones que fueron puestas de manifiesto respecto de otras opiniones. Se alcanza, en suma, una solución armoniosa a la luz de la teoría del delito de infracción de deber, sin entrar en contradicción alguna con la finalidad de la ley”. En efecto, ahora el apartado tercero del nuevo art. 65 permitiría la imputación del mismo título.

cular, como inductor, tendría una escala penal superior respecto de quien induce a un obligado positivamente. Puesto que, en este caso, no operaría la atenuación de pena, porque no estaríamos frente a un delito de infracción de deber. De este modo, se llegaría a otra solución insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal: privilegiar al que interviene en un delito de infracción de deber “impropio” frente a quien lo hace en el delito común subyacente —de organización—.

Entonces, se puede concluir que, desde el punto de vista práctico y siguiendo el aparato teórico de SÁNCHEZ-VERA, participar en un delito de infracción de deber impropio resultaría menos grave que participar en un delito de organización —en el delito común subyacente—, ya que en este caso la escala penal para el inductor será de cuatro a seis años de prisión.

Tampoco se puede dejar de resaltar que esta solución, a su vez, contradice la conclusión teórica que sostiene SÁNCHEZ-VERA cuando afirma que “En primer lugar, llegamos a una serie de conclusiones, que nos sirvieron de premisas: a) Dificilmente se puede negar el mayor reproche que suponen los supuestos de participación en un delito de infracción de deber, comparados con los de participación en un delito de dominio del hecho (...) En suma la participación en un delito impropio de infracción de deber supone un mayor injusto que la participación en el ‘correspondiente’ delito común ‘subyacente’”<sup>(99)</sup>.

Nuevamente, nos parece más acertada la solución que propone ROBLES PLANAS, al decir que “si un particular participa en unas detenciones ilegales cometidas por funcionario público, el delito que comete es (...) el de detenciones ilegales (artículo 163), sin que, obviamente le alcance la agravación prevista tan sólo para el funcionario público”<sup>(100)</sup>. Esa solución, coherente con su planteamiento, al igual que en el primer caso evita la insatisfactoria solución político-criminal de tener que privilegiar al que interviene en un delito de infracción de deber impropio frente a quien lo hace en el delito común subyacente.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Hay razones de peso para entender que la redacción del nuevo artículo 65.3 del Código Penal ha dejado impune la conducta del cómplice que interviene en

---

(99) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 240 y ss. y 288.

(100) ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 240.

delitos especiales propios. *En primer lugar*, entendemos que esa conclusión es fruto de una interpretación respetuosa del principio de legalidad, como así también del principio de proporcionalidad. *En segundo lugar*, consideramos que la misma se adecua, también, a la coherencia interna del sistema del Código Penal español. A lo que debe añadirse el recurso a la interpretación histórica del tratamiento legislativo (argumentación genética). Por todo ello, se podría afirmar que el legislador dejó fuera de sus planes el castigo de la conducta del cómplice que interviene en delitos especiales propios. Esta “laguna de punibilidad” se podría resolver, como propone *de lege ferenda* ROBLES PLANAS, creando tipos penales específicos que castiguen la intervención del cómplice. O, en su defecto, creando una cláusula genérica<sup>(101)</sup> —similar a la del artículo 65.3 del Código Penal— en la que se debería reconocer expresamente la punibilidad del cómplice<sup>(102)</sup>, como, así también, especificar el modo en el que se determinaría su pena. Pena que debería ser, necesariamente, inferior a la del inductor y del cooperador si lo que se quiere es evitar equiparaciones penológicas insatisfactorias desde el punto de vista político-criminal.

Por otro lado, en lo que concierne al ámbito de aplicación del artículo 65.3 del Código Penal respecto del inductor y del cooperador necesario, se trató de mostrar mediante el análisis de casos que dicha norma interpretada a la luz de la moderna teoría del delito de infracción de deber conduce a soluciones insatisfactorias desde el punto de vista político-criminal. Como se explicó, una de las tesis de la moderna teoría del delito de infracción de deber consiste en entender que resulta superflua la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios. Esto significa que, si se infringe un deber, estamos ante un delito de infracción de deber y, si no, ante un delito común. Además, para los partidarios de esta teoría siempre se debe rebajar la pena a los *extranei* porque éstos no

---

(101) En un sentido similar LUZÓN PEÑA, aludiendo al problema de la impunidad de los *extranei* por la intervención en delitos especiales, en que estos delitos no pueden ser cometidos en autoría mediata del *extraneus*, etc., refiere que “Estos problemas sólo se podrían solucionar con una regla general para los delitos especiales similar a la del art. 15 bis CP 1994 o 31 CP 1995”. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, p. 305.

(102) En este sentido ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, p. 243, expresa: “en el Código Penal español no existe una previsión semejante (sino todo lo contrario, si se quiere respetar el tenor literal del art. 65 y no interpretarlo como si fuera el § 28), de modo que si se estima conveniente castigar al partícipe *extraneus*, ello debería articularse necesariamente a través de una previsión general a modo del § 28, o bien, como aquí se estima correcto, a través de la creación de tipos específicos de la parte especial”.

infringen deber alguno <sup>(103)</sup>. Acoger este planteamiento en los delitos especiales impropios acarrea la inaceptable consecuencia de terminar castigando al tercero *extraneus* —inductor o cooperador necesario— de un modo muy privilegiado por intervenir en el delito del *intraneus*, frente al tercero —inductor o cooperador— que interviene en el hecho común subyacente de otro tercero <sup>(104)</sup>. Este trato desigualitario no puede ser aceptado válidamente por infringir, con claridad, el principio de proporcionalidad. En consecuencia, y con el fin de sortear este tipo de resultados, el artículo 65.3 del Código Penal debería quedar “fuera de juego” del terreno de los delitos especiales impropios <sup>(105)</sup>. Un tratamiento más justo y sencillo vendría representado por el castigo de los *extranei* por el delito común subyacente, mediante la ruptura del título de imputación, y por el castigo de los *intranei* por la respectiva figura agravada.

Lo argumentado para la exclusión del artículo 65.3 del Código Penal del ámbito de los delitos especiales impropios sirve, también, para descartarlo del ámbito de los delitos de infracción de deber no positivizados <sup>(106)</sup>, al poseer éstos similar estructura a la de aquellos. Cuando desarrollamos el caso n.º 1 demostramos que si la teoría del delito de infracción de deber fuera coherente con sus premisas tendría que terminar privilegiando al tercero *extraneus* que interviene en el delito del *intraneus*, frente al tercero que interviene en el delito común subyacente de otro. También se puso en evidencia cómo SÁNCHEZ-VERA terminaría deshaciendo lo hecho —esto es: resucitando el delito especial impropio, recuperando el delito común subyacente— para dar cabida a un concurso ideal en un intento de salvar el tratamiento desigualitario. Con esa solución, correcta desde el punto de vista político-criminal, incurre en una contradicción interna: dar el mismo tratamiento a los *intranei* que a los *extranei*. Por ello propusimos otra solución, a nuestro juicio más coherente y sencilla, desarrollando lo que lógicamente se derivaría del planteamiento de ROBLES PLANAS (idéntica a la apuntada para los delitos especiales impropios).

---

(103) Como afirma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 266 y 293, quien considera que **se debe minorar** la pena al partícipe en un delito de infracción de deber, ya que él no infringe el deber positivo especial y además propone, por entender más correcta, la doble rebaja para el cómplice a evitar la inequidad resultante de castigar igualmente al cooperador de un delito de infracción de deber que al cómplice en tal delito (la negrita me pertenece).

(104) Conclusiones relativas al caso 2.º

(105) Este planteamiento es el que parece adoptar el CGPJ, ya que al referirse al 65.3 alude a la participación de *extranei* en delitos especiales propios. Cfr. Informe del CGPJ antes citado.

(106) Un ejemplo de ello es lo tratado como caso n.º 1.

Resta decir, y por lógica consecuencia, que el artículo 65.3 del Código Penal sólo debería ser de aplicación en el ámbito de los delitos especiales propios. De esa manera, en principio, podrían evitarse soluciones indeseadas en Derecho penal.

Por lo expuesto, se ve con buenos ojos que la atenuación de pena resulte “facultativa” para los jueces<sup>(107)</sup>. Quizá la razón que motivó al legislador a concebirla de ese modo se apoye en las notorias incoherencias —*supra* explicadas— a las que se podría llegar si ésta fuera obligatoria. De esa manera, se deja abierta una salida para que los jueces al evaluar caso por caso puedan resolverlos con equidad evitando que, ante idénticas circunstancias, se otorgue a los ciudadanos un tratamiento diferente.

Finalmente, se quiere acentuar la importancia de que la dogmática tenga abierta su mirada a las consecuencias prácticas que de sus postulados teóricos se derivan, para evitar, de esa manera, el otorgamiento de soluciones político-criminalmente insatisfactorias. Y es que, como dice SILVA SÁNCHEZ, “...la teoría del delito no deja de ser un eslabón más de toda la Política Criminal. Lo que pone de relieve hasta qué punto es cierta la afirmación de que también la ciencia del Derecho penal, también la propia dogmática de la teoría jurídica del delito, realiza política criminal”<sup>(108)</sup>.

---

(107) En contra de la atenuación obligatoria que preveía el Proyecto de ley se pronunció GÓMEZ MARTÍN prefiriendo su carácter potestativo. Cfr. *Los delitos especiales*, TESIC, p. 207 —cit. por MIR PUIG, *Parte General*, 7.<sup>a</sup>, nota n.º 36, p. 401—.

(108) “Reflexiones sobre las bases de la política criminal”, en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editores CEREZO MIR/SUÁREZ MONTÉS/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA, p. 214.

# **EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*: COLISIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

LUIS MIGUEL LOZANO SUÁREZ

*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. VERTIENTES Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO.
  - III. RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
  - IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 177/1999.
  - V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2003.
    - 1. Pronunciamientos generales.**
    - 2. Momento para la invocación de la lesión del derecho fundamental.**
    - 3. Presupuesto de la interdicción: identidad de sujetos, hechos y fundamentos.**
    - 4. Vertiente material: la reiteración sancionadora prohibida por la Constitución.**
    - 5. Vertiente procesal: la reiteración de procedimientos sancionadores.**
    - 6. La tesis de la inaplicabilidad de la infracción administrativa.**
    - 7. El proceso penal, a diferencia del administrativo, es un proceso con todas las garantías.**
    - 8. El voto particular.**
  - VI. CONSIDERACIONES FINALES.
  - VII. BIBLIOGRAFÍA.
-

## I. INTRODUCCIÓN

Nada hay como un paso atrás para tomar impulso. Esto es lo que podemos hoy predicar de los intensos debates doctrinales que, en torno al alcance y contenido del principio *non bis in idem*, se originaron a raíz de la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, que plasmó un controvertido modo de entender el citado principio en su aplicación a las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Esta sentencia ha servido, sin embargo, para que tanto doctrina como jurisprudencia estén efectuando en los últimos años una profunda reflexión sobre la materia, en un intento de aportar claridad y precisión a las diversas implicaciones que se derivan del principio.

El derecho *non bis in idem* se conoce comúnmente como el derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho. La idea aparece ya en el Antiguo Testamento, donde el profeta Nahum refiere como *non iudicabit Deus in id ipsum*, y es recogida en el Derecho Romano y en la tradición jurídica medieval<sup>(1)</sup>.

Se enuncia indistintamente este principio con las expresiones *non bis in idem* o *ne bis in idem*. Sin embargo, como pone de manifiesto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, si se alude al principio de forma aislada debe emplearse la simple negación *non*, ya que la conjunción *ne* (que significa “para que no” o “que no”) aparece utilizada en los textos antiguos cuando se enuncia el principio como una oración subordinada dentro de una frase más amplia<sup>(2)</sup>.

El principio *non bis in idem* no aparece de manera expresa en nuestra Constitución, si bien el Tribunal Constitucional lo ha reconocido desde sus primeras resoluciones. La Sentencia 2/1981, de 30 de enero, dedujo el principio del artículo 25.1 de la Constitución, al afirmar (Fundamento Jurídico 4.º) que “el principio general del derecho conocido por *non bis in idem*, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (arts. 53.2 de la Constitución y 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al

---

(1) DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. En especial, el principio *non bis in idem*”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 11, 2003, pp. 89 y ss.

(2) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, Madrid, 2004, p. 17.

prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”. Esta doctrina ha sido con posterioridad confirmada en numerosas sentencias del mismo Tribunal.

Se acepta que el *non bis in idem* integra un principio general del Derecho, si bien, dado su engarce con el principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución, puede ser considerado igualmente un derecho fundamental susceptible de ser protegido a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La misma Sentencia 2/1981 establece, en una formulación ya clásica, los presupuestos que deben concurrir para que la prohibición de doble sanción despliegue sus efectos: la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (*v. gr.*, relación funcionarial, de concesionario, etc.) que pudiera justificar el ejercicio simultáneo del *ius puniendi* por los Tribunales y de la potestad sancionadora por la Administración. Debemos señalar, sin embargo, que la pluralidad de sanciones se admite en estos casos no propiamente por la existencia de una relación especial de sujeción, sino porque no concurra una identidad de fundamento entre la sanción administrativa o disciplinaria y la sanción penal. La referencia a las relaciones especiales de sujeción como una excepción a la aplicabilidad de interdicción de *bis in idem* introduce por tanto un factor de confusión, ya que lo determinante a tal efecto será la existencia o no de idéntico fundamento sancionatorio. Así por ejemplo, una condena por delito de cohecho de los artículos 419 y ss. del Código Penal impediría por reiterativa una posterior sanción disciplinaria al mismo funcionario público por idéntico hecho, pues el fundamento de esta última (el daño al servicio público) se encuentra ya contemplado en el tipo penal citado, que incluye entre sus consecuencias jurídicas la correspondiente pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público. En cambio, ninguna reiteración punitiva se producirá cuando la norma penal no abarque la trascendencia que la conducta pueda tener en el ámbito de esa relación especial de sujeción, siendo entonces posible una adicional sanción disciplinaria por basarse ésta en distinto fundamento que la anterior (piénsese en un delito de hurto del art. 234 CP cometido por un funcionario público con ocasión del ejercicio de sus funciones). Especialmente dudosa resulta la sanción disciplinaria prevista en numerosos estatutos funcionariales para los casos de comisión de una conducta constitutiva de delito doloso; puesto que el principio de presunción de inocencia va a exigir siempre en estos supuestos la previa existencia de una condena penal, si no se aprecia en la conducta del sujeto un plus de afección o daño al servicio público implicado difícilmente va a poder afirmarse que la posterior sanción administrativa cuente con un fundamento distinto a la penal, por lo

que cobraría plena virtualidad la prohibición de *bis in idem* impidiendo aquella sanción<sup>(3)</sup>.

El derecho a no sufrir un *bis in idem* sí aparece, en cambio, reconocido de forma expresa en diversos textos internacionales. Así en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que afirma que nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Igualmente en el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no ha sido ratificado por España —pero sí firmado—, se reconoce este derecho cuando establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas

---

(3) En esta línea, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997, pp. 72-75. En sentido contrario, la STC 234/1991 considera compatible la sanción administrativa impuesta a un policía sobre la única base de que había sido condenado penalmente por un delito doloso. Tras afirmar, de acuerdo con lo que hemos sostenido, que “la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones” y que “para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”, procede a continuación a entender existente el perjuicio para el servicio público dado que “la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *non bis in idem*”. A nuestro juicio, sin embargo, entender perjudicado el servicio público por cualquier delito doloso que el funcionario pueda cometer fuera del ejercicio de sus funciones resulta a todas luces desmesurado, sobre todo a la vista de los cada vez más numerosos delitos de riesgo recogidos en nuestro Código Penal, que tienen la consideración de dolosos (v. gr. arts. 316, 325, 379, etc.).

o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada” (4).

## II. VERTIENTES Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO

La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental, con una doble vertiente material y procesal:

- a) La vertiente material supone la imposibilidad de sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita que podría producirse bien a través de una dualidad de procedimientos sancionadores —con independencia de su naturaleza penal o administrativa—, bien en el seno de un único procedimiento.
- b) La vertiente procesal supone la prohibición de ser sometido a un doble procedimiento punitivo —abstracción hecha de cual fuera su resultado final, sancionador o absolutorio—.

Tradicionalmente se han venido considerando ambas facetas, material y procesal, de manera unificada, integradas dentro de un único derecho fundamental, lo que como bien señala PÉREZ MANZANO “ha favorecido una mezcla de instituciones —cosa juzgada, prohibición de doble proceso y de doble sanción— que puede conducir a desdibujarlas, a producir efectos distorsionadores en la propia configuración del derecho”. Señala esta autora la necesidad de deslindar ambas facetas y delimitarlas como derechos autónomos, lo que se sustentaría en que cada uno de tales derechos responde a fundamentos diferentes, siendo también distinto el presupuesto o identidad requerido en cada uno de ellos (5).

---

(4) Es opinión mayoritaria que estas normas internacionales, de acuerdo con su tenor literal, extienden su eficacia tan sólo al supuesto de pluralidad de procesos o sanciones internas, adoptadas dentro de un mismo Estado. La virtualidad del principio *non bis in idem* en los casos de doble sanción o doble enjuiciamiento en diversos Estados se halla aún lejos de ser reconocida con carácter general, pudiendo apreciarse únicamente en determinados ámbitos regionales, como ocurre en la Unión Europea con los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen, de 19 de junio de 1990. Nuestra legislación contiene una previsión al respecto entre las normas reguladoras de la competencia internacional en el artículo 23.2.c) de la LOPJ. La ausencia de un reconocimiento genérico del principio en las relaciones internacionales tiene su origen, como señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio...*, pp. 81 y ss., en la desconfianza hacia los sistemas judiciales de otros Estados. Sobre esta materia, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, pp. 45-46 y 53.

(5) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 57 y ss.

De este modo, si atendemos a la vertiente material del principio hallaremos su fundamento en el principio de proporcionalidad, por cuanto la imposición de una doble sanción quiebra el juicio de proporcionalidad, plasmado por el legislador en la norma, entre la gravedad del hecho y su consecuencia jurídica. La duplicidad sancionatoria vendría así a suponer un exceso punitivo. La STC 154/1990 recoge ya esta tesis cuando señala (FJ 3.º) que sancionar doblemente un mismo delito “también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de (ambas)”, y que “aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”. Por tanto, la jurisprudencia constitucional comienza ya a situar correctamente el fundamento del *non bis in idem* material en el principio de proporcionalidad, aunque, como veremos más adelante, no abandona por completo la referencia al principio de legalidad.

En cambio, la prohibición de doble enjuiciamiento encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el cual, afirma PÉREZ MANZANO, “implica tanto la necesidad de que el Derecho se exprese o se pronuncie de forma única, como la de garantizar la estabilidad y permanencia de la solución jurídica del caso”<sup>(6)</sup>. Ahora bien, los problemas comienzan a la hora de determinar cuál haya de ser el alcance de esta prohibición de doble enjuiciamiento, pues si bien no ofrece dudas su aplicación a los supuestos de doble proceso penal, cuando nos hallamos ante la confluencia de un procedimiento administrativo y otro penal la vigencia de la citada interdicción resulta ya bastante más discutible. Siendo ésta una de las cuestiones centrales del presente trabajo, su desarrollo se realizará en las páginas que siguen.

### III. RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La coexistencia de distintos ordenamientos sancionadores, penal y administrativo, origina no pocos problemas de articulación. Son numerosos los sectores de actividad sobre los que concurren tanto infracciones administrativas como ilícitos penales (obligaciones tributarias, seguridad laboral, urbanismo,

---

(6) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 70 y ss.

medio ambiente, salud pública, tráfico rodado, tenencia y uso de armas, etc.), en los que la tendencia expansiva del Derecho sancionador —considerado en un sentido amplio— y la preocupación del legislador por no dejar lagunas de punición, provoca un constante solapamiento de normas que da lugar a que en numerosas ocasiones una misma conducta pueda ser sancionada tanto por la Administración como por la jurisdicción penal.

Muchos de estos problemas podrían resolverse con una adecuada técnica legislativa que respetara los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, y que efectuara una más estricta delimitación de las respectivas infracciones. Sería también deseable la introducción por el legislador de normas de conflicto en las que se regulara, con mayor amplitud y precisión que en la actualidad, el modo de proceder en estos casos de concurrencia normativa.

La articulación de ambos ordenamientos sancionadores, penal y administrativo, se ha venido rigiendo tradicionalmente, y así lo consagró la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, por la regla de preferencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en aquellos casos en que los hechos a sancionar puedan ser a un mismo tiempo constitutivos de ilícito penal y administrativo. Así, la potestad sancionadora de la Administración se encuentra con diversas limitaciones, que aparecen recogidas en el artículo 25 de la Constitución, y entre estos límites interesa ahora destacar la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad Judicial. Esta subordinación conlleva diversos aspectos que pueden resumirse en una idea esencial, y que consiste en la exigencia de que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera.

En la práctica esto supone que la Administración debe paralizar o suspender la tramitación de un procedimiento sancionador si entiende que los hechos de que está conociendo tienen caracteres de delito o falta, o tan pronto como tenga noticia de que los mismos hechos han sido penados o están siendo objeto de un proceso penal ante los Tribunales. Este deber lo establece de manera genérica el artículo 133 de la Ley 30/1992 que regula el procedimiento administrativo común<sup>(7)</sup>, además de aparecer previsto en múltiples leyes administrativas sectoriales. Por otro lado, esta subordinación de la Administración implica que cuando su actuación se produzca *a posteriori* de la efectuada por los Tribunales, la primera deba respetar la determinación fáctica realizada por estos últimos, es decir, que la Administración se halla vinculada por los hechos que hayan sido declarados probados por la jurisdicción penal, pues “unos mismos

---

(7) Norma que se desarrolla en los artículos 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (STC 77/1983, FJ 4.º).

Las razones que fundamentan la primacía del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador, y que conducen a esta forma de articular las relaciones entre ambos tipos de potestad sancionadora, se encuentran fundamentalmente en la diferente intensidad de los ilícitos y sanciones de uno y otro sector del ordenamiento jurídico. Así, el Derecho Penal tiene carácter de *ultima ratio* y se rige por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, que determinan la mayor gravedad de los ilícitos penales frente a los administrativos. Esta mayor gravedad de las infracciones penales procede de que normalmente contienen ya los elementos de las infracciones administrativas, a los que añaden algún elemento de desvalor específico. Ambos ordenamientos inciden muchas veces sobre un mismo sector de la realidad, reservándose para el Derecho Penal la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más intolerables a los mismos. Además, de forma expresa el art. 25.3 CE impide a la Administración imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, y por otro lado, la condena penal es objeto de anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes y conlleva, durante su vigencia, importantes limitaciones a la actuación del sujeto en muy diversos ámbitos, lo que no sucede con las sanciones administrativas <sup>(8)</sup>.

#### IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 177/1999

¿Qué ocurre sin embargo si la Administración, incumpliendo este deber de paralizar el procedimiento administrativo, se adelanta a los Tribunales y dicta una sanción firme y definitiva antes de que concluya el proceso penal? ¿Pueden en estos casos los Jueces y Tribunales dictar una sentencia condenatoria penando esos mismos hechos? ¿Vulnerarían el principio del *non bis in idem* si así lo hicieran?

En el supuesto que se planteó la STC 177/1999, de 11 de octubre, los órganos judiciales penales condenaron a pesar de que los hechos ya habían sido sancionados por la Administración. Se trataba de un caso de vertidos contaminantes realizados a un río por parte de una industria de recubrimiento de metales, hechos por los que en un primer momento la Generalidad de Cataluña sancionó como infracción administrativa a la persona jurídica titular de la explotación, imponiéndole una multa de un millón de pesetas. Una vez firme esta sanción, y después de pagada la multa, se abrió un procedimiento penal por los

---

(8) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 60-64; TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional”, *Diario La Ley*, n.º 5824, 2003, pp. 6 y ss.

mismos hechos que culminó con una sentencia condenatoria firme en la que se condenaba al administrador de la citada sociedad como autor de un delito contra el medio ambiente, imponiéndole las penas de arresto mayor y multa, precisamente, de un millón de pesetas, condena penal que fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional. Debe destacarse que los Tribunales penales, para evitar el exceso punitivo que materialmente podía suponer la imposición de las dos sanciones, establecieron en sentencia que de la pena de multa habría de descontarse la cantidad que fue pagada por el sujeto como multa administrativa, de manera que *de facto* se vino a absorber la sanción administrativa por la pena, haciendo desaparecer los efectos de la primera.

A pesar de ello, en esta Sentencia 177/1999 el Tribunal Constitucional, de manera bastante sorprendente, anuló la condena penal declarando que había sido vulnerada la interdicción constitucional de *bis in idem*, y ello sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) El *non bis in idem* supone una garantía para el ciudadano frente a la posibilidad de que los poderes públicos, genéricamente considerados, le castiguen dos veces por unos mismos hechos, y para tal ciudadano es indiferente el orden de preferencia que pueda establecerse entre tales poderes del Estado, Poder Judicial y Administración, a la hora de ejercer sus facultades de imponer penas o sanciones. Es decir, viene a considerar la potestad punitiva del Estado de un modo genérico o conjunto, como un todo, abarcando sanciones administrativas y penas judiciales, y establece que una vez utilizada en cualquiera de sus formas no cabe ya reiterarla.
- b) La preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho de *non bis in idem*, y nunca como una circunstancia limitativa de este derecho fundamental. Esto supone dar prevalencia a la vertiente material del principio frente a la vertiente procesal, convirtiendo esta última, en su aspecto de subordinación de la Administración al Poder Judicial, en algo meramente accesorio o complementario de la primera.

Sin embargo, esta sentencia tuvo un voto particular formulado conjuntamente por los Magistrados Cruz Villalón y Casas Baamonde, en el que discrepaban del criterio adoptado por la mayoría. Sus argumentos se basan en la ya referida “subordinación de la Administración a la Autoridad Judicial”, que supone que la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución implica que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa ha de resolverse a favor de la primera, de la autoridad judicial, y no puede simplemente darse preferencia a la primera sanción que cronológicamente devenga firme, aunque ésta sea la administrativa, frente a

una condena penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías. Señalan ambos Magistrados que el voto de la mayoría invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administraciones Sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional, y además, que en nuestro Derecho existen medidas que permiten corregir la incorrecta actuación administrativa que prescinde, como ocurre en el caso planteado, de la preferencia de la jurisdicción penal, y tales medidas no requieren en modo alguno frustrar la acción de la justicia penal en defensa de los importantes bienes jurídicos que en general son protegidos por las leyes penales.

Como ya hemos apuntado, esta sentencia dio origen a una amplia polémica doctrinal, siendo numerosas las críticas que comenzaron a llover sobre ella. Así, TORRES FERNÁNDEZ señala cómo esta sentencia “sienta la prevalencia de la resolución sancionatoria dictada en primer lugar, en un desacertado entendimiento del carácter complementario de *non bis in idem* procesal respecto del material, que desconoce su importante función en la ordenación de las relaciones entre los poderes del Estado de acuerdo con el texto constitucional, lo que en palabras de Quintero Olivares equivaldría a ceder de facto a la Administración una capacidad de disposición acerca de cuándo puede y no puede actuar el sistema punitivo” (9). Señala también que este criterio conduce a una intolerable inseguridad jurídica, de manera que hechos idénticos pueden ser castigados, de manera aleatoria, en unos casos como delitos y en otros como infracciones administrativas; con el inconveniente añadido de que castigado un hecho como infracción administrativa, quedaría excluida la posibilidad de verificar si el hecho realiza los elementos de un delito, y con ello podría utilizarse la sanción administrativa como defensa frente a una posible más grave sanción de carácter penal (10).

Debemos indicar que esta sentencia afirmó la identidad de sujeto, a pesar de que la sanción administrativa se impuso a la sociedad o persona jurídica, y en el proceso penal se condenó a la persona física que actuó como administrador o en representación de aquella, aunque esta posición se vio avalada en el caso concreto por el carácter familiar de la empresa. Sin embargo, puesto que en nuestro Derecho vigente las personas jurídicas no pueden ser sujetos de sanciones penales, y que su actuación se produce siempre desde la conducta de una persona física, en la medida en que el hecho imputado a esta última sea el mismo por el que se sanciona a la persona jurídica, al actuar en nombre o representación de ésta, debe apreciarse la existencia de identidad de sujeto al

---

(9) TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999 de 11 octubre”. *La Ley*, 2000-4.

(10) TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “De nuevo sobre...”, p. 7.

objeto de determinar el presupuesto del derecho de *non bis in idem*<sup>(11)</sup>. La posición contraria, es decir, entender compatibles la sanción administrativa dirigida a la persona jurídica y la penal a la persona física, provocaría importantes disfunciones en nuestro ordenamiento, que si bien no admite la responsabilidad penal de las entidades jurídicas si prevé, sin embargo, la aplicación a ellas de consecuencias jurídicas de índole sancionatoria anudadas a la comisión de determinados ilícitos penales por parte del representante (v. gr., las llamadas “consecuencias accesorias” del artículo 129 CP).

El criterio establecido por la STC 177/1999 fue mantenido en la posterior sentencia del mismo Tribunal 152/2001, si bien esta última inadmitió a trámite la demanda de amparo sobre la base de lo previsto en el artículo 44.1.c) de la LOTC, que requiere que el derecho constitucional vulnerado se alegue en el proceso previo tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiese lugar a ello. Es ésta por tanto una sentencia que, si bien asume los postulados de la anterior, trata ya de recortar su alcance exigiendo al ciudadano prontitud a la hora de poner de manifiesto, sea en el procedimiento penal o administrativo, la duplicidad procedimental, pues en muchos casos ello permitirá paralizar a tiempo el curso de las actuaciones administrativas y evitar que se produzcan supuestos patológicos como el señalado.

## V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2003

La STC 2/2003, de 16 de enero, dictada por el Pleno del Tribunal, modifica sustancialmente el criterio mantenido en las dos últimas sentencias citadas.

El supuesto de hecho al que se refiere es, en lo que ahora interesa, bastante similar al de las precedentes, si bien en este caso nos encontramos ante una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que es en un primer momento sancionada por la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente, y más tarde castigada en vía penal, estableciendo la sentencia el descuento de la cantidad pagada como multa administrativa y el tiempo cumplido de privación del carné de conducir de las penas impuestas, y dejando expresamente sin efecto cualquier otra consecuencia que pudiera derivarse de esa previa sanción administrativa.

Avanzamos ya que en esta sentencia afirma el Tribunal Constitucional que no existe vulneración del *bis in idem*, siendo por tanto válida la condena impuesta por el órgano penal. Los argumentos vienen a retomar los ya expuestos en el voto particular de la sentencia 177/1999 (de hecho la Magistrada Ponente

---

(11) Para un desarrollo más amplio de esta cuestión, PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 126-131.

es la misma que formuló aquél), si bien añade nuevas consideraciones, y, sobre todo, efectúa un análisis bastante más completo y profundo de esta materia.

### 1. Pronunciamientos generales

Se recogen en la sentencia, en primer lugar, una serie de pronunciamientos generales sobre la vertiente material del *non bis in idem*, señalando que ésta 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” (FJ 3.º). Como ya indicábamos más arriba, la jurisprudencia constitucional recoge el principio de proporcionalidad como fundamento de la prohibición de doble sanción, si bien no deja de conectar ésta con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones, considerando que la reiteración sancionadora quiebra la garantía de previsibilidad de las sanciones. Entiendo, sin embargo, que no es la tipicidad lo que está en juego en estos casos, pues lo cierto es que las distintas infracciones y sanciones concurrentes tienen su correspondiente previsión legal. Es el juicio de proporcionalidad el que se resentiría si, aplicada una norma sancionadora que contempla ya todo el desvalor de la conducta, se impusiera simultáneamente otra sanción en virtud de una disposición que no abarcara más desvalor que el recogido en la primera.

Deben destacarse también las consideraciones contenidas en la sentencia sobre la interdicción de un doble proceso penal, situando esta garantía en el ámbito de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, cuando en ocasiones anteriores el propio Tribunal Constitucional la había conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE. Resumiendo la jurisprudencia anterior, señala esta sentencia que “este Tribunal sólo ha reconocido de manera expresa *autonomía* al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal, de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho”.

Respecto del presupuesto de aplicabilidad de la interdicción de doble proceso penal debe señalarse la peculiaridad de que, en este caso, no es necesaria la triple identidad antes referida, bastando para que opere la prohibición con que concurre identidad de sujeto y de hecho, no siendo necesaria la identidad de fundamento, por cuanto el Derecho Procesal Penal no admite la existencia de un segundo proceso penal contra el mismo sujeto y por los mismos hechos aunque se cambie la calificación jurídica y se pretenda la condena por una diferente infracción penal.

## 2. Momento para la invocación de la lesión del derecho fundamental

Otra de las cuestiones sobre las que la sentencia revoca la jurisprudencia anterior es la relativa al momento de invocación en el proceso penal de la vulneración del derecho fundamental alegado, entendiéndose que en el procedimiento abreviado este es el comienzo del juicio oral en el trámite previsto en el art. 793.2 LECrim. (en la actualidad, tras la reforma operada por Ley 38/2002, se trata del artículo 786.2) dado que “es el primer momento previsto legalmente de forma expresa al efecto” (FJ 4.º).

De tratarse del proceso ordinario por delitos graves, el momento procesal oportuno para la alegación será el previsto en el art. 666 LECrim., a través de los denominados “artículos de previo pronunciamiento”.

## 3. Presupuesto de la interdicción: identidad de sujetos, hechos y fundamentos

A continuación analiza la sentencia, en su fundamento jurídico 5.º, si concurre en el caso la triple identidad requerida para que opere la prohibición constitucional de *bis in idem*, y comienza señalando que no puede compartirse la afirmación contenida en la STC 177/1999 de que “la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad de hechos, sujetos y fundamentos, no puede ser cuestionada por este Tribunal”.

Se sostiene ahora, por el contrario, que puede el Tribunal Constitucional entrar a revisar o analizar si concurre o no tal identidad, en cuanto la misma constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, si bien añade que tal revisión ha de ser realizada respetando los límites de la jurisdicción constitucional de amparo, lo que implica que habrán de compararse los ilícitos sancionados partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en la sentencia, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, pues según el art. 44.1.b) de la LOTC, este Tribunal no puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso.

Se trata, a mi juicio, de una doctrina acertada, pues es obvio que no podría protegerse adecuadamente un derecho fundamental por el Tribunal Constitucional si éste no pudiera revisar el presupuesto que determina su aplicación. Lo contrario supondría que la mera negación del presupuesto (en este caso la triple identidad) por parte de los órganos judiciales impediría al Tribunal Constitucional reparar una supuesta vulneración del derecho, por mucho que ésta realmente se hubiera producido.

La identidad de hecho ha de analizarse no desde una perspectiva naturalista, sino que ha de contemplarse la conducta desde un punto de vista jurídico,

atendiendo al conjunto de circunstancias y elementos fácticos que el legislador ha elegido para configurar el supuesto de hecho de una disposición sancionadora<sup>(12)</sup>.

Así, se efectúa por la sentencia un detenido análisis de las dos normas aplicadas en este caso, que son las siguientes:

— De un lado, la infracción administrativa aparece recogida en el artículo 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 25 de julio, que aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, vehículos a motor y seguridad vial (en adelante, LSV), y castiga, en esencia, al conductor de vehículos que circulara con tasas de alcohol o estupefacientes superiores a las que reglamentariamente se establezcan.

— Por otra parte, el delito se contiene en el artículo 379 del Código Penal, que castiga a quien condujese un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes.

La diferencia entre ambas infracciones reside en que mientras en la infracción administrativa basta el conducir con un determinada tasa de alcohol, con independencia de que ésta pueda afectar o no a las facultades del conductor, en cambio en la infracción penal se requiere además que la previa ingesta alcohólica afecte a la capacidad psicofísica del conductor. Esta diferencia, sin embargo, dice acertadamente la sentencia, “no puede conducir a sostener la ausencia de identidad que determinaría la inaplicación de la interdicción constitucional. En efecto, ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa dicho elemento resulta doblemente sancionado”.

Estamos por tanto ante una relación de absorción o consunción, dado que el delito absorbe o abarca el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, al añadir un elemento adicional a los ya previstos en ésta.

---

(12) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 100 y ss.; NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 450; DE LA OLIVA y otros, *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Ceura, Madrid, 1999, p. 207, donde se afirma que “los hechos sólo interesan al proceso penal en cuanto revistan apariencia delictiva (...) el modo de contemplación de la realidad a efectos procesal-penales tiene que ser de alguna forma jurídico (...) Mirar con *mirada jurídica* es consecuencia de la naturaleza de las cosas que ahora nos ocupan. Nadie observa comportamientos humanos, a los fines de un proceso penal, desde una perspectiva puramente natural, puesto que esa observación o búsqueda está inmediatamente motivada y persigue directamente identificar *hechos con caracteres de delito*, esto es, caracteres de los que no se dispone sin conocimiento de muy distintos elementos presentes en las normas penales”.

Acto seguido afirma el Tribunal Constitucional la identidad de fundamento entre ambas infracciones, puesto que “dicha reiteración sancionadora no puede justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo —la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos—. De este modo se mantiene la doctrina tradicional en cuanto se considera que el fundamento de una sanción es el interés o bien jurídico protegido por la norma.

Definir cuándo concurre identidad de fundamento entre dos infracciones quizás sea la cuestión más espinosa y trascendente a la hora de delimitar el alcance de la interdicción de *bis in idem*. Así como el hecho puede extraerse con cierta facilidad de los distintos elementos que la norma sancionadora utiliza para describir el supuesto típico, determinar el fundamento requiere en cambio una labor de abstracción sobre cuáles sean los fines y razones que sirven de base a la existencia misma de la norma. Tarea que se complica si tenemos en cuenta que no son raras las ocasiones en que la sanción de una conducta obedece a múltiples finalidades, y que éstas pueden contemplarse muchas veces no como objetivos últimos sino como medios para la consecución de ulteriores fines (piénsese en la anterior alusión a la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial). Así, junto a la concepción utilizada por el Tribunal Constitucional que considera como fundamento el bien jurídico protegido por la norma, señala PÉREZ MANZANO que existe una concepción alternativa que entiende como tal “el desvalor jurídico concreto que la conducta representa, de modo que este desvalor no viene determinado sólo por el bien jurídico protegido, sino también por la forma de afección del mismo a través de la conducta”, y que “la proyección de este concepto de fundamento sobre el caso objeto de examen por la STC 2/2003 conduciría a la conclusión de que el concreto fundamento de imposición de las dos sanciones es diferente; el carácter formal de la disposición administrativa, señalado por el Tribunal Constitucional, frente a la exigencia de peligro efectivo en el delito”<sup>(13)</sup>.

Sin embargo, y sin perjuicio de que la identidad de fundamento deberá analizarse caso por caso atendiendo a la concreta configuración de cada una de las normas sancionadoras que entren en juego, no me parece que en el supuesto planteado en la STC 2/2003 pueda negarse la existencia de tal identidad entre las dos infracciones concurrentes: en uno y otro caso se ponen en peligro los mismos bienes, variando únicamente la intensidad del peligro creado, mayor en el delito. Se trataría de sucesivos estadios en una misma línea de ataque a

---

(13) PÉREZ MANZANO, M., “Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Diario La Ley*, n.º 5802, 2003, p. 4.

idénticos objetos de protección, en los que el mayor peligro existente en el estadio superior (delito) contiene o incluye el peligro menor contemplado en el estadio anterior (infracción administrativa). Ningún desvalor adicional o extraño al delito se aprecia en el ilícito administrativo, por lo que todo el contenido de ilicitud de este último queda abarcado en aquél. Del mismo modo que las heridas causadas por el acto de matar no añaden un delito de lesiones al castigo por homicidio consumado<sup>(14)</sup>, resultaría absurdo añadir la sanción por infracción del art. 12.1 LSV a todo supuesto de conducción alcohólica del art. 379 CP<sup>(15)</sup>.

---

(14) En caso de tentativa de homicidio la relación normativa no sería ya tan clara, pues no siendo precisa para la existencia de un homicidio intentado la efectiva causación de un daño corporal, y resultando superiores las penas previstas para ciertos tipos de lesiones (art. 149 CP), puede discutirse si nos encontramos ante un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos.

(15) En el caso planteado en la STC 177/1999 el voto de la mayoría afirmó la “identidad de fundamentación, no negada por la Jurisdicción Penal, dado que el potencial peligro para la salud pública ya concurría en la infracción administrativa, al haber evidenciado el análisis de las aguas un alto índice de cianuros y de níquel”, mientras que el ya citado voto particular negó tal identidad señalando que “la Junta de Aguas de Cataluña sancionó unos vertidos no autorizados, que superaban los límites máximos previstos por la legislación sobre las aguas continentales y, en especial, sobre la calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable; los Tribunales penales sancionaron unos vertidos que, por su alto contenido en cianuros, níquel y otros elementos contaminantes, suponían un grave peligro para la salud pública (...). No puede (...) sostenerse que existiera una absoluta identidad de fundamento entre la sanción administrativa y la penal (...). El interés que salvaguarda la infracción administrativa no es el mismo, operando sobre los vertidos de aguas en orden a la defensa de su calidad o de las condiciones de desagüe del cauce receptor a cuyo control destina la exigencia de la autorización correspondiente. La norma penal contiene un elemento que añade desvalor a la infracción administrativa. Esta castiga la realización de vertidos de aguas residuales no inocuas en ausencia de autorización administrativa, que, en cambio, no es decisiva para la aplicación del delito”. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 121 y ss., crítica la motivación de la sentencia por cuanto analiza la cuestión desde una perspectiva fáctica o prejurídica, y de acuerdo con el citado voto particular, niega la identidad de fundamento sobre la base de que el elemento del grave peligro para la salud de las personas o las condiciones de vida animal o vegetal, exigido únicamente en el delito, “hace que el interés jurídicamente protegido por ambas infracciones sea distinto y que, en consecuencia, distinto sea *el fundamento concreto* que dio lugar a su imposición (...). Realizar vertidos que pueden deteriorar la calidad del agua no implica siempre la creación o aumento del peligro existente para la salud de las personas”. Entiendo, sin embargo, que esa salvaguarda que las infracciones recogidas en la Ley de Aguas hacen de la calidad del agua frente a vertidos contaminantes que no llegan a poner en peligro la salud pública ni el medio ambiente, constituye esencialmente un forma previa de proteger en última instancia estos mismos bienes jurídicos, si bien frente a ataques de menor entidad o cuantía, y sin que la protección de las cualidades

Siendo clara la identidad de sujeto, y afirmadas tal como hemos visto la identidad de hechos y fundamento, concluye la sentencia señalando que se da la triple identidad requerida para la aplicación de la prohibición de *bis in idem*.

#### **4. Vertiente material: la reiteración sancionadora prohibida por la Constitución**

Comprobada la concurrencia de la triple identidad —*idem*—, debe analizarse a continuación si se ha producido en el caso una reiteración constitucionalmente prohibida —*bis*—. Y el fundamento jurídico 6.º de la sentencia lo hace comenzando por el aspecto material, es decir, estudia si se ha producido una reiteración punitiva.

Observa en primer lugar que el órgano judicial estableció que de la pena impuesta debía descontarse la sanción administrativa (tanto en lo referente a la multa como a la privación del carné de conducir), e incluso intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa sancionadora a través de la correspondiente comunicación a la Administración. Por ello, señala la sentencia, “no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, (...) pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción”, y que no existe una sanción desproporcionada en concreto al haberse producido el abono de la sanción administrativa. Continúa señalando que “no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental”, y que “el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”.

Respecto de la operación de absorción de la sanción administrativa llevada a cabo por los Tribunales penales, el Tribunal Constitucional indica que no le corresponde a él enjuiciar su legalidad, si bien añade que “no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), tampoco podían dejar de ser conscientes de que

---

excepcionales de ciertos tipos de agua o de las condiciones de desagüe del cauce receptor tenga más que un carácter meramente marginal, que no alcanza a justificar la entidad de la sanción administrativa, y que por supuesto no es predicable en el caso planteado. La infracción administrativa no se entiende sin el daño o peligro que la conducta, en último término, puede implicar para la salud pública o el medio natural. Existe a mi juicio, por tanto, identidad de fundamento, pues la *ratio* de una y otra disposición sancionadora es en esencia la misma.

la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE”.

Efectúa asimismo una llamada de atención al legislador, cuando recuerda que “corresponde a éste establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento”. Resulta necesario, por tanto, que estas situaciones patológicas o anómalas sean previstas y solucionadas por la ley. A este respecto, PÉREZ MANZANO propone que las soluciones legales deben pasar por anular la sanción administrativa, con base bien en la infracción de una regla de procedimiento —la no paralización del expediente—, bien en la vulneración de una norma sustantiva —la subsidiariedad de la sanción administrativa—, bien en la lesión de un derecho fundamental —tipicidad de las infracciones y sanciones—, pudiendo residenciarse la competencia para ello ya en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya en la jurisdicción penal<sup>(16)</sup>. Esta última opción, viable dado el principio de unidad jurisdiccional que recoge el art. 117.5 CE, resulta a mi juicio la más adecuada, fundamentalmente por razones de economía procesal, dado que la anulación de la sanción administrativa va a depender en estos casos de que se afirme la existencia de un delito o falta, por lo que la actuación del orden jurisdiccional penal va a ser siempre necesaria y previa.

El voto particular emitido a esta STC 2/2003 por el Magistrado García Manzano critica la operación de compensación efectuada en la sentencia penal, ya que puede conducir a predeterminar la pena a imponer por el órgano judicial, que se vería coartado en su margen de apreciación por cuanto tratará de fijar penas susceptibles de ser compensadas con las impuestas por la Administración, tanto en su naturaleza como en su extensión. Entiendo, sin embargo, que dada la naturaleza de las sanciones administrativas, que en ningún caso implicarán privación de libertad, y que por regla general resultan de menor entidad que las penales, no existirá ningún inconveniente en su caso para reintegrar al afectado el exceso pecuniario pagado o compensarle por el exceso que pudiera sufrir en la privación de otro tipo de derechos.

En la misma línea discrepante, GIMENO SENDRA cuestiona el mantenimiento por la STC 2/2003 de la compensación de sanciones efectuada por los órganos penales, que a su juicio sólo resultaría justificada en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción (de ahí que esté expresamente prevista dentro de la jurisdicción militar, art. 27 del Código Penal Militar aprobado por Ley Orgánica 13/1985, y artículo 85.5.<sup>a</sup> de la Ley Procesal Militar, Ley 2/1989). Indica asimismo que la sentencia no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal

---

(16) PÉREZ MANZANO, M., “Reflexiones sobre el derecho...”, p. 5.

Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia que rechaza la tesis de la absorción o compensación, así como la imposibilidad de anular la sentencia penal dictada con posterioridad a la sanción administrativa<sup>(17)</sup>.

Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia del TEDH no sigue una línea única al respecto, y en alguna ocasión ha admitido la compensación de sanciones (STEDH de 30 de julio de 1998, caso *Oliveira contra Suiza*). Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH sufre frecuentes oscilaciones y es difícil de extrapolar a casos distintos de los contemplados en la concreta resolución, al depender muchas veces la posición adoptada de las particularidades del sistema jurídico nacional analizado.

A mi juicio, la principal tacha que puede atribuirse a la compensación realizada es su falta de apoyo legal, ya que resulta bastante dudoso que, sin hallarse habilitados por ley para ello, puedan los Tribunales penales anular y dejar sin efecto una previa resolución administrativa. Sin embargo, es esta una cuestión de legalidad ordinaria que no corresponde al Tribunal Constitucional corregir, por lo que encontrándose éste frente al hecho consumado de la compensación, no puede sino afirmar que no ha sido vulnerada la vertiente material del *non bis in idem*, por cuanto finalmente el sujeto ha recibido una única sanción<sup>(18)</sup>.

## 5. Vertiente procesal: la reiteración de procedimientos sancionadores

A continuación aborda la sentencia el aspecto procesal del derecho, es decir, la cuestión de si la mera reiteración de procedimientos sancionadores, administrativo y penal, tiene relevancia constitucional en el marco de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

Descartada la vulneración del efecto de cosa juzgada, por cuanto éste sólo es predicable de resoluciones judiciales firmes y no puede afirmarse de la resolución administrativa sancionadora (FJ 7.º), y tras recordar que el Tribunal sólo

---

(17) GIMENO SENDRA, Vicente, “Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n.º 5817, 2003, pp. 6-7.

(18) Cabe preguntarse qué ocurriría si el órgano penal, considerando que no tiene potestad alguna para incidir en la sanción administrativa previa, dictara condena sin establecer la tan mencionada compensación. Es de prever que el afectado atacaría en este caso sólo la sanción penal, a pesar de lo cual entiendo que el Tribunal Constitucional, ante la alegación de doble sanción, estaría facultado para anular cualquiera de ellas, y por tanto también la impuesta en vía administrativa.

ha reconocido autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal, entra a analizar la sentencia las razones que pueden fundamentar un derecho del ciudadano a no sufrir una doble persecución punitiva, sea ésta de carácter penal o administrativo, cuando ya en un primer procedimiento sancionador por los mismos hechos ha recaído una resolución firme, y ello con independencia de su resultado —absolución o sanción—.

Afirma el Tribunal Constitucional (FJ 8.º) que “la limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores (art. 1.1 CE) y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) uno de los principios configuradores del mismo. Así, de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos hechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores —administrativo o penal— por los mismos hechos, (pues es contraria) a la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador (que) crea una situación (indefinida) de pendencia jurídica”.

Sin embargo, tras estas declaraciones de las que parece desprenderse la extensión de la prohibición de doble procedimiento punitivo más allá de los casos de doble proceso penal, efectúa a continuación la sentencia una importante restricción de las consecuencias que de ello podrían derivarse, añadiendo que *en ciertos casos* la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal puede vulnerar el derecho a no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, pero con la *regulación actual* del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá equiparar éste a un proceso penal a los efectos de ser alcanzado por dicha prohibición constitucional. Esta prohibición no alcanza, por tanto, a todo procedimiento sancionador, sino sólo a aquellos que, bien por su grado de complejidad, bien en atención a la naturaleza y magnitud de la sanción que pueda imponerse, puedan ser equiparados a un proceso penal, en cuanto que el sometido a éste se encuentre en una situación de sujeción tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal.

En base a estas consideraciones afirma la sentencia que en este caso no regía la interdicción de doble procedimiento sancionador, dada la sencillez del procedimiento administrativo y de la propia infracción administrativa, así como la escasa gravedad —en naturaleza y extensión— de las sanciones impuestas.

En definitiva, esto supone que en la actualidad la prohibición de doble procedimiento sancionador no es aplicable a los casos de concurrencia de procedimientos administrativos y penales, pues para que lo fuera sería necesaria la

existencia de un modelo de procedimiento administrativo sancionador diferente del configurado hoy en la legislación vigente. PÉREZ MANZANO explica esta “peculiar” construcción del Tribunal Constitucional en la necesidad de razonar la matización que éste efectúa respecto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sigue un concepto material de infracción y sanción penal para aplicar el derecho a no padecer *bis in idem* previsto en el art. 4 del Protocolo 7 del CEDH, considerando que para determinar cuándo estamos ante “materia penal” no es decisiva la clasificación que efectúe la respectiva legislación nacional, sino que deberá atenderse a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la sanción. Es decir, que para el Tribunal Europeo una infracción administrativa establecida por una legislación nacional puede ser constitutiva de materia penal y, por tanto, en tales casos sería de aplicación la previsión contenida en el citado art. 4 del Protocolo 7 del CEDH que incluye el derecho a no ser sometido a un doble procedimiento punitivo.

TORRES FERNÁNDEZ considera insatisfactorio que la sentencia concluya negando la vulneración de la vertiente procesal del *non bis in idem*, “pues lo cierto es que el recurrente se ha visto sometido a dos procesos (...) y que dos veces ha sido declarado responsable y sancionado correspondientemente” (19). Añade esta autora que la imputación a la pena de la previa sanción administrativa no elimina la subsistencia de la previa resolución sancionadora, con toda la carga de reproche que ello supone para el sujeto, que habría sido responsabilizado doblemente por unos mismos hechos, por lo que la única forma adecuada de corregir la infracción del derecho fundamental consistiría en instar la nulidad de la actuación administrativa (20).

Seguidamente, en el fundamento jurídico noveno, excluye la sentencia que la solución a la concurrencia de procedimientos administrativo y penal deba resolverse sobre la base de la prioridad del procedimiento concluido en primer lugar, anulando la última sanción. Si la sanción administrativa es la primera que se impone es porque la Administración actuó con infracción de su deber de paralizar el procedimiento debido a que los hechos revisten caracteres de delito, y esta infracción, a diferencia de lo que afirmaba la STC 177/1999, tiene relevancia constitucional, por cuanto esas reglas establecen la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de esos hechos, conforme a lo dispuesto en los artículos 25.1 y 117.3 CE.

---

(19) TORRES FERNÁNDEZ, M., “De nuevo sobre...”, p. 8.

(20) TORRES FERNÁNDEZ, M., “De nuevo sobre...”, p. 9.

## 6. La tesis de la inaplicabilidad de la infracción administrativa

Procede a continuación el Tribunal Constitucional a recoger una tesis, sostenida ya con anterioridad por diversos autores <sup>(21)</sup>, que viene a afirmar que la Administración actuó aplicando una norma, la que regula la infracción administrativa, que no era realmente aplicable al supuesto enjuiciado. El argumento consiste en que en estos casos de concurrencia normativa entre disposiciones sancionadoras administrativas y penales estamos ante un concurso aparente de normas, el cual se resuelve a favor de la aplicación de la norma penal, que desplaza y excluye la aplicabilidad de la norma administrativa. En el caso resuelto en esta STC 2/2003 ello se prevé expresamente en el art. 65.1 LSV, que dispone que los hechos *sólo* tienen el carácter de infracción administrativa si no son constitutivos de delito o falta. Según esto, la Administración subsumió indebidamente la conducta dentro del supuesto de hecho de una norma sancionadora que no era aplicable, lo que supuso una vulneración por aquélla del principio de legalidad sancionadora previsto en el art. 25.1 CE. Esta tesis se sitúa en la línea de aquellas consideraciones de la propia Sentencia 2/2003 que, como veíamos más arriba, vinculan el fundamento del principio *non bis idem* con el principio de legalidad.

No comparto este razonamiento. Ciertamente, la relación normativa entre disposiciones sancionadoras administrativas y penales en estos casos es la de un concurso de normas, que como tal debe resolverse afirmando la aplicación de una sola de ellas. Pero esto es así precisamente por la propia vigencia del principio *non bis in idem*, ya que la aplicación conjunta de ambas supondría una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita. No porque los hechos no sean subsumibles en los supuestos de hecho descritos por ambas. La subsunción del hecho en la norma administrativa efectuada por la Administración es una operación de subsunción correcta, en cuanto que el hecho es un hecho previsto por aquélla. El defecto consiste en no haber paralizado el procedimiento administrativo y no haberse abstenido, en definitiva, de actuar, dado que concurrían otros datos o elementos que revestían a la conducta de los caracteres de un ilícito penal.

La tesis de la sentencia supondría tanto como afirmar, en un supuesto de concurso aparente de dos normas penales, que un error de calificación jurídica consistente en aplicar la norma desplazada por la relación concursal es una aplicación y subsunción contraria al principio de legalidad y tipicidad de las infracciones. Debemos tener en cuenta que, en la mayor parte los casos, los concursos normativos pueden describirse como supuestos de absorción o con-

---

(21) Así, PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...*, pp. 72-74.

sunción, en los que una norma contiene ya en sí todo el desvalor recogido en la otra.

Pongamos un ejemplo. Esta relación normativa es la que existe entre el hurto (arts. 234 y 623.1 CP) y el robo con fuerza en las cosas (arts. 237 y ss. CP). Ambos tienen un elemento nuclear común, consistente en apoderarse de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, actuando con ánimo de lucro. Pero en el robo con fuerza en las cosas se añade un elemento adicional que consiste, precisamente, en la concurrencia de “fuerza en las cosas” en el sentido descrito por el art. 238 del Código Penal. Es decir, el robo consume todo el desvalor del hurto, en cuanto que lo incluye o absorbe. En este caso, si una sentencia firme efectuara un relato de hechos del que se desprendera con toda claridad la existencia de un robo con fuerza en las cosas, pero por error calificara el hecho como una infracción penal de hurto, ¿podría decirse que estamos ante una condena nula que vulnera el principio de legalidad del art. 25.1 CE? La respuesta afirmativa conllevaría la anulación de la condena por hurto y, dada la imposibilidad de abrir un nuevo proceso penal al sujeto por los mismos hechos (dada la prohibición de doble proceso penal ya expuesta), éste no recibiría finalmente pena alguna, a pesar de que el error cometido en la resolución del concurso de normas ya le había beneficiado imponiéndole una pena menor a la que debió corresponderle.

Sin ánimo exhaustivo, cabe también plantear un ejemplo concurriendo normas administrativas y penales. Imaginemos un hecho cometido conjuntamente por dos sujetos, que es inicialmente sancionado por la Administración. Después de ejecutada esta sanción, se abre un proceso penal por esos mismos hechos. Ocurre, sin embargo, que durante la tramitación de este último uno de los dos sujetos fallece, por lo que respecto de éste el proceso penal se archiva (art. 130.1.º CP) y la condena penal recae finalmente sólo sobre uno de ellos, ya que elementales exigencias derivadas del derecho de defensa impedirían siquiera afirmar la participación en los hechos del sujeto fallecido. Lógicamente, en este caso habrá que dejar sin efecto la sanción administrativa previamente impuesta al sujeto penalmente condenado para evitar la reiteración punitiva, pero, ¿debería anularse también la sanción administrativa que se impuso al sujeto fallecido?

No se trata de supuestos meramente anecdóticos o excepcionales, ya que son muchos los motivos que pueden determinar que una conducta constitutiva de delito no sea finalmente declarada como tal. El fallecimiento del reo, la prescripción del delito, el perdón del ofendido en los casos en que la ley le atribuye efectos extintivos de la responsabilidad criminal, la ausencia de un requisito de perseguibilidad (como puede ser la previa denuncia en los casos en que así se exige), la concurrencia de una excusa absolutoria, ciertos márgenes de oportunidad que se conceden al Ministerio Fiscal en la persecución de determinadas infracciones penales (*v. gr.*, arts. 171.3 y 191.1 CP), etc., pueden frus-

trar la marcha del proceso penal e impedir el dictado de una sentencia condenatoria respecto de unos hechos que a todas luces integraban un tipo delictivo. La condena penal posee, en fin, un carácter contingente, ya que no deviene de forma automática a raíz de la sola existencia de un delito o falta, y es precisamente en estos casos en que se frustra la condena penal en los que más claramente resulta irrazonable afirmar contraria al principio de legalidad una eventual sanción administrativa previa de los mismos hechos.

Puede objetarse que en supuestos como éstos no podrá tenerse por existente la infracción penal por cuanto, no habiéndose declarado por los Tribunales el carácter delictivo de la conducta, ésta debe reputarse a todos los efectos como carente de relevancia jurídico-penal. Sin embargo, esto supondría afirmar que del supuesto de hecho de la disposición sancionadora administrativa deben entenderse excluidas, no ya las conductas constitutivas de delito o falta, sino las efectivamente declaradas como tales por los Tribunales, lo que quebraría el carácter abstracto y genérico de la norma, condicionando su aplicabilidad no ya a supuestos previos, sino a contingencias futuras totalmente imprevisibles.

Entiendo que por mucho que se quiera tildar de aparente todo concurso de normas, lo cierto es que en estos casos ambas confluyen sobre una misma zona de realidad y, por tanto, unos mismos hechos son subsumibles en ambas. Otra cuestión es que, por imperativos derivados del principio *non bis in idem* y a fin de evitar valorar doblemente un mismo contenido de injusto, no puedan aplicarse ambas simultáneamente. La subsunción de hechos efectuada por la Administración en la disposición administrativa era correcta, lo incorrecto fue que continuara tramitando el procedimiento dada su obligación de no actuar ante la apariencia delictiva de la conducta.

La tesis que sostengo coincide con la mantenida por PEÑARANDA RAMOS, quien afirma, respecto del concurso de leyes entre determinados tipos penales (homicidio-asesinato, hurto-robo), que no existe una relación de exclusión, sino de especialidad o inclusión, de modo que quien comete el tipo especial (o más amplio: asesinato o robo) comete *a un tiempo* el tipo general (o absorbido: homicidio o hurto) <sup>(22)</sup>. Así, según este autor, todo asesinato es también un homicidio, pero no todo homicidio es un asesinato, y sólo de este modo, apreciando que el concurso de leyes es real y no aparente, y que existe un verdadero solapamiento normativo, puede darse una adecuada respuesta a mu-

---

(22) Si bien PEÑARANDA RAMOS habla en estos casos de relaciones de especialidad entre normas penales, entiendo que puede igualmente afirmarse que se trata de una relación de absorción o consunción; especialidad y consunción no serían sino dos perspectivas distintas de un mismo fenómeno, puesto que el tipo especial contiene elementos adicionales que lo hacen más amplio o complejo (art. 8.4.º CP) que el tipo general.

chas de las cuestiones que se plantean sobre el error y la participación en el delito <sup>(23)</sup>.

### **7. El proceso penal, a diferencia del administrativo, es un proceso con todas las garantías**

Por último, refuerza la sentencia su argumentación señalando (FJ 10.º) que mientras en el proceso penal rige sin ambages el derecho a un proceso con todas las garantías que prevé el art. 24.2 CE, no ocurre así en cambio en el procedimiento administrativo sancionador, ya que aquí tal derecho se aplica de manera modalizada. Esto afecta, concretamente, a la garantía de imparcialidad, que no puede predicarse de la Administración en el mismo sentido que respecto de los Tribunales, así como al derecho a la presunción de inocencia, que se ve afectado por la falta de publicidad, oralidad e intermediación que existe en el expediente administrativo. De ello deriva que el ejercicio de la jurisdicción penal no pueda ceder ante una sanción impuesta con menos garantías por la Administración.

Señala PÉREZ MANZANO que esta prevalencia de la sanción impuesta con mayores garantías puede conducir a entenderse, desde el punto de vista del sujeto afectado, como un “regalo funesto”, por cuanto ese mayor contenido garantista del proceso penal lleva aparejada la imposición de una sanción más grave, “pero la razonabilidad del criterio —concluye— no depende del resultado al que conduce su aplicación en un caso concreto” <sup>(24)</sup>.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional podría haber prescindido de este último argumento, pues no es el mayor o menor grado de garantías procedimentales el que fundamenta la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa. Aun en la hipótesis de que el procedimiento administrativo gozara de

---

<sup>(23)</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991. La posición contraria, además de por la autora más arriba citada, fue expuesta en un artículo del mismo título por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Concurso de leyes, error y participación en el delito”, ADPCP, 1992, pp. 833-854. Por otra parte, GARCÍA ALBERO, Ramón, en “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Cedecs, 1995, pp. 227-228, rechaza la explicación de la concurrencia normativa en términos de exclusividad entre los distintos tipos, y afirma la existencia de un verdadero solapamiento de los ámbitos de previsión de las respectivas normas.

<sup>(24)</sup> PÉREZ MANZANO, M., “Reflexiones sobre el derecho...”, p. 8.

las mismas garantías que el penal, debería ser idéntica la solución a las cuestiones aquí planteadas <sup>(25)</sup>.

Concluye la sentencia denegando el amparo solicitado por cuanto entiende que no se ha producido vulneración ni del derecho a no ser sancionado en más de una ocasión, ni del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por unos mismos hechos.

## 8. El voto particular

Como ya adelantábamos más arriba, esta sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado García Manzano, precisamente el ponente de la anterior sentencia 177/1999. Señala este Magistrado que debería haberse otorgado el amparo solicitado, pues se ha producido una lesión del derecho fundamental. Insiste en que a pesar de la absorción de la sanción administrativa por la pena, se ha producido una superposición o adición de sanciones, ya que “con independencia de que es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas firmes (...), lo cierto es que el señor Y. recibió dos resultados punitivos”.

Se señala por otra parte que el principio de prevalencia de la jurisdicción penal late detrás de toda la construcción jurídica efectuada por la sentencia, y este principio tiene a su juicio tan sólo una doble proyección, una primera instrumental, que impone a la Administración el deber de paralizar el expediente sancionador cuando se advierta la posible tipificación de los hechos como delito o falta, y una segunda sustantiva, que implica la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados en sentencia firme, pero no puede expandirse más allá este principio de prevalencia trasladando al administrado las consecuencias dañosas del incumplimiento por la Administración del deber de paralizar el expediente sancionador, y no puede esto ser argumento para decir que la precedencia del orden penal impida la aplicación del *ne bis in idem*.

---

(25) En esta misma línea, TORRES FERNÁNDEZ, M., “De nuevo sobre...”, pp. 6 y ss., señala que la primacía del Derecho Penal es una primacía sustancial, basada no en razones formales “sino en una diferente intensidad de los ilícitos y las sanciones en uno y otro sector del ordenamiento jurídico”, criticando más adelante (p. 8) “una mal entendida primacía del proceso penal por su mayor nivel de garantías”.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Haciendo ya balance de lo comentado hasta ahora, hemos de señalar que, a pesar de lo complejo de la materia y de lo discutible de algunas de sus argumentaciones, esta STC 2/2003 ha supuesto un importante progreso, y así lo reconoce la mayor parte de la doctrina, siendo a nuestro juicio acertada la solución finalmente acogida.

Quiero recalcar la importancia que tiene el principio de “preferencia” de la jurisdicción penal sobre la competencia subsidiaria de la Administración en materia punitiva. Como ya indicábamos anteriormente, este principio viene siendo afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la sentencia 77/1983, y se encuentra recogido en numerosas disposiciones legales como principio fundamental en la articulación de las relaciones entre las distintas potestades sancionadoras reconocidas en nuestro Derecho. Las dudas han surgido a la hora de precisar si este principio de prevalencia de la jurisdicción penal debía extenderse al extremo de anular la sanción administrativa firme impuesta con anterioridad a la penal por unos mismos hechos. La respuesta, eliminada la vulneración de la vertiente material del *bis in idem* por compensación de la sanción administrativa, debe ser afirmativa. La reiteración de procedimientos punitivos no supone desconocimiento de la vertiente procesal del derecho, dada la escasa gravedad que desde el punto de vista afflictivo tiene para el ciudadano su sometimiento a un expediente administrativo, en nada comparable a la carga que implica un proceso penal.

Pero, sobre todo, deben quedar claras las limitaciones a que se halla sujeta la potestad sancionadora de la Administración, que se mueve en un plano muy distinto al de la potestad punitiva de la jurisdicción penal. Dada la siempre inevitable confluencia de normas sancionadoras de índole administrativa y penal, la respuesta que en un momento dado ofrezca la Administración frente a unos determinados hechos no puede suponer una solución definitiva, y, mucho menos, una solución que se imponga a los Tribunales penales limitando el ejercicio de su jurisdicción. La Administración conoce de determinada conducta a efectos administrativos, afirmando la existencia o inexistencia de unos hechos con caracteres de infracción administrativa, declarando la vulneración o no del ordenamiento jurídico administrativo, e imponiendo o no la correspondiente sanción. No analiza nunca la cuestión desde una perspectiva jurídico penal, reservada a los Tribunales de Justicia, y si se plantea la concurrencia de hechos o elementos que atribuyen a la conducta caracteres de ilícito penal lo hace a los solos efectos de decidir la paralización o no del procedimiento. Es decir, el conocimiento de la cuestión por la Administración es limitado, se ciñe a aquellos elementos con relevancia en el ámbito administrativo. Cuando estos mismos elementos formen parte de una conducta más amplia o compleja tipificada como delito, la decisión que sobre la concurrencia de aquéllos pudiera

haber adoptado la Administración con una perspectiva parcial, declarando la existencia o inexistencia de una infracción administrativa, no puede condicionar el ulterior pronunciamiento de los Tribunales sobre la concurrencia de un ilícito penal. En consecuencia, no podrá tampoco afirmarse por el sujeto sancionado que la cuestión quedó ya resuelta al dictarse la resolución administrativa, pues sólo han de ser protegidas por el principio de seguridad jurídica aquellas expectativas que merezcan la calificación de legítimas conforme al ordenamiento jurídico. Además, desde el punto de vista de la seguridad jurídica lo relevante será en todo caso que el procedimiento administrativo haya concluido con una resolución de fondo que le ponga fin, con independencia de su sentido sancionador o no, y si lo que recayó fue una primera resolución administrativa absolutoria difícilmente cabe hablar ya de vulneración del *non bis in idem* frente a una posterior condena penal.

No es tampoco concluyente la valoración que haga la Administración respecto de la posible relevancia penal de los hechos que esté enjuiciando. La Administración debe tratar de emitir un juicio razonable sobre el posible carácter delictivo de los hechos, a fin de determinar si debe paralizar o no su expediente, pero la solución que adopte en este punto no puede ser decisiva, pues únicamente a la jurisdicción penal corresponde en última instancia decidir si una conducta constituye o no un ilícito penal.

Y tal decisión de la Administración no puede ser definitiva ni vincular a los órganos judiciales penales cualquiera que sea su sentido:

- 1) Si la Administración paraliza el procedimiento porque ve un posible delito en los hechos, y finalmente los Tribunales no declaran la existencia de una infracción penal, ningún inconveniente habrá en que se reabra el expediente administrativo para, si procede, sancionar los hechos. Es esta una solución que expresamente admiten nuestras leyes (así, el art. 74 de la Ley de Seguridad Vial, art. 40 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, art. 77.6 de la Ley General Tributaria, etc.), sin que nadie haya planteado en este supuesto inverso la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador.
- 2) Si por el contrario la Administración continúa con el expediente por no apreciar en los hechos su posible relevancia delictiva, imponiendo finalmente una sanción, ello no puede coartar la actuación de los órganos penales. Salvos casos flagrantes, no se puede ser ni siquiera exigente con la Administración a la hora de realizar este juicio, pues no entra dentro de sus competencias sancionar ilícitos penales y, por tanto, su conocimiento sobre la concurrencia de los elementos que definen como delictiva la conducta será siempre limitado. Se le puede exigir prudencia, entendiéndose que estará obligada a paralizar y comu-

nicar a los Tribunales todos los casos en que tenga sospechas al respecto, pero, si por una errónea valoración continúa tramitando y sanciona, ¿va a ser la suya la última palabra? Ni siquiera el control de sus actos por la jurisdicción contencioso-administrativa solucionaría esta situación, pues es claro que no es a este orden jurisdiccional al que compete definir las infracciones penales.

Esta es, a mi juicio, la forma en que deben solucionarse los conflictos que derivan de la coexistencia de dos órdenes sancionadores distintos, penal y administrativo. Resultará con frecuencia inevitable la concurrencia de uno y otro sobre conductas cuyos perfiles muchas veces, sobre todo al comienzo de la investigación, no están bien definidos, y sería una solución insatisfactoria y carente de fundamento material el limitarse a atribuir sin más preferencia a la sanción que se imponga cronológicamente en primer lugar. Máxime dada la sustancial diferencia que desde el punto de vista axiológico media entre uno y otro orden sancionador. Debe afirmarse, por el contrario, la prevalencia de la sanción penal, resolviendo los problemas de *bis in idem* que puedan plantearse dejando sin efecto la sanción administrativa.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

— DE LA OLIVA y otros, *Derecho Procesal Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., Ceura, Madrid, 1999.

— DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. En especial, el principio *non bis in idem*”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 11, 2003.

— GARCÍA ALBERO, Ramón, en “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*, Cedecs, 1995.

— GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Concurso de leyes, error y participación en el delito”, ADPCP, 1992.

— GIMENO SENDRA, Vicente, “Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n.º 5817, 2003.

— JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997.

— LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, Madrid, 2004.

— NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1994.

— PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991.

— PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002.

— Id., “Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Diario La Ley*, n.º 5802, 2003.

— TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional”, *Diario La Ley*, n.º 5824, 2003.

---

# DERECHO COMPARADO

---

# INMUNIDADES EN DERECHO (PENAL) NACIONAL E INTERNACIONAL

KAI AMBOS (\*)

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTOS.
  - II. EFECTOS O CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INMUNIDAD.
  - III. LÍMITES DE LA INMUNIDAD.
    - 1. **General.**
    - 2. **Límites en caso de violaciones de Derechos Humanos con base en el Derecho Penal Internacional.**
      - A) Hacia una restricción de la inmunidad.
      - B) El *status* especial de miembros de las fuerzas armadas.
      - C) Ponderación de intereses: ejercicio soberano de la función pública versus protección penal de los derechos humanos.
  - IV. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.
  - V. RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.
- 

(\*) Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, Georg-August Göttingen, Alemania. El autor agradece al doctorando D. Virgilio Rodríguez Vázquez, investigador del área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, la traducción realizada. La traducción ha sido revisada y actualizada por el autor.

## RESUMEN

El artículo explica los fundamentos del derecho de inmunidades (I) y analiza los efectos de la inmunidad (II), preparando así el terreno para el tratamiento de la cuestión principal: los límites de la inmunidad, en particular en casos de violaciones de derechos humanos con base en el derecho penal internacional (III.2). Al respecto se defiende la siguiente conclusión: Si bien la ratio de la inmunidad estatal y diplomática —la preservación del funcionamiento normal de las relaciones interestatales— no debe ser sacrificada sin más en favor de la jurisdicción universal para cada caso de injusticia en nuestro planeta, por otro lado no se debe pasar por alto que la criminalización internacional de violaciones graves de derechos humanos encuentra su más importante campo de aplicación en el caso de violadores que pertenecen al ámbito estatal o gubernamental. En consecuencia, desde el punto de vista del Derecho penal internacional la inmunidad no puede impedir la persecución si el sospechoso no ejerce ya funciones oficiales y por lo tanto no representa más al Estado afectado. Un concepto menos guiado por los intereses estatales pero más por los de los derechos humanos aún limitaría más la inmunidad de jefes de Estado y miembros del gobierno todavía activos si los crímenes bajo examen son tan graves que el interés de persecución y castigo debe prevalecer sobre el funcionamiento normal de las relaciones internacionales. Evidentemente, esto no puede ser decidido en abstracto sino solamente en cada caso particular.

## I. INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTOS

Inmunidad o exención de jurisdicción se refiere a un relevante status de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto de alguna manera —así la más temprana *teoría de la extraterritorialidad*— son consideradas <sup>(1)</sup> como extraterritoriales para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden como representantes del Estado de envío en el territorio del Estado extranjero <sup>(2)</sup>.

---

(1) Cfr. SCHÖNKE, *Festschrift* (en adelante *FS*) Metzger, 1954, pp. 108 y ss. RÜPING, *FS* Kleinknecht, 1985, p. 401; FISCHER, en: IPSEN, *Völkerrecht*, 2004, § 35 núm. 34; DOEHRING, *Völkerrecht*, 2004, núm. 676; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 2003, p. 343; recurren al derecho OEHLER *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en adelante *ZStW*) 91 (1979), pp. 395, 413 y ss., y VOGLER *ZStW* 92 (1980), pp. 1021, 1027, 1040 y ss., para un concepto contrario a la localización.

(2) Así la dominante *Teoría de la representación y necesidad funcional*, cfr. FISCHER [*supra* nota (1)], § 35, núm. 34; BROWNLIE [*supra* nota (1)], p. 343.

Según el Derecho Internacional, bajo el principio de igualdad entre Estados, como sujetos clásicos del Derecho Internacional, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*)<sup>(3)</sup>. De esto se infiere el principio básico de la **inmunidad estatal** (state immunity) según el cual un Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial<sup>(4)</sup>. Pero no solamente el Estado mismo sino también sus órganos (p. ej. el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque éstos son imputables al Estado mismo<sup>(5)</sup>; de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y así mismo a los actos puramente *privados*, pero de determinadas personas. Por lo tanto se limita en concreto a los actos del Presidente del Gobierno/del Jefe del Estado (antiguo), de los Ministros de Asuntos Exteriores<sup>(6)</sup> y de los Diplomáticos (sobre ello más adelante)<sup>(7)</sup>. Para determinar el radio de alcance de la inmunidad estatal se debe distinguir por un lado la posición del órgano y por otro la delimitación de significados entre actos oficiales de servicio, actos no oficiales de servicio y actos privados (sobre ello más abajo). Una consecuencia de la inmunidad estatal es también la inmunidad de guerra y la inmunidad de los buques de guerra y otros, pues son entendidos

(3) La máxima procede de BATOLUS (*Tractus represaliarum*, 1354), cfr. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1984, § 1168.

(4) Cfr. BOTHE en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRV*), 31, (1971), pp. 247 y ss.; BRÖHMER, *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997, pp. 9 y ss.; VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (1)], §§ 1168 y ss.; JENNINGS/WATTS, *Oppenheim's International Law*, 1992, pp. 460 y ss.; HERDEGEN *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221, 223 y ss. Cfr. también art. 6 proyecto de la CDI [ILM 30 (1991) p. 1554] así como art. 3 proyecto de la OEA [ILM 22 (1983), p. 292], sobre esto también BRÖHMER, en otra parte, pp. 125 y ss. y 136 y ss.

(5) *Bundesgerichtshof* (en adelante *BGH*) *Neue Juristische Schulung* (en adelante *NJW*) 1979, p. 1101; *Bundesverwaltungsgericht* (en adelante *BVERWG*), *NJW*, 1989, p. 678; FOLZ/SOPPE, *NSZ*, 1996, pp. 576 y 578 con comprobación.

(6) Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), «Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)», *Judgement*, 14-2-2002, pp. 51 y ss.; conforme a este criterio así mismo HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, *Joint Separate Opinion*, pp. 81 y ss.

(7) Sobre esto DAHM, *FS Nikisch*, 1958, pp. 167 y ss.; LÜKE, *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000, pp. 91 y ss.; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, *Völkerrecht*, núm. I/1, 2.<sup>a</sup> ed., 1989, pp. 252 y ss. (para el Jefe de Estado), 277 y ss. (para Diplomáticos); DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 670 y ss.; FOLZ/SOPPE, *NSZ*, 1996, pp. 576 y 577; HERDEGEN, *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y ss.; ZAPPALÀ, *European Journal of International Law* (en adelante *EJIL*) 12 (2001), pp. 595 y ss. Sobre la inmunidad de los miembros del gobierno BOTHE, *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y ss.

como órganos del Estado (arts. 32, 95, 96 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar)<sup>(8)</sup>. No obstante hay que tener en cuenta que la inmunidad de los órganos estatales —como inmunidad derivada originariamente de la inmunidad estatal— corresponde sólo al Estado. De esto se deduce que solamente el Estado puede y debe renunciar a ella y que no puede sobrevivir sin la existencia misma del Estado<sup>(9)</sup>.

La inmunidad estatal es diferente a la **inmunidad diplomática**<sup>(10)</sup> porque ésta depende de la aceptación del Estado de recepción en forma del *placet* (art. 4 Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18-4-1961 —en adelante CVDI<sup>(11)</sup>) y no solamente de un acta de creación por parte del Estado de envío, como en la inmunidad estatal<sup>(12)</sup>—, y se le concede únicamente en principio a los diplomáticos acreditados en el Estado de recepción *ad personam* (arts. 29 y 31 del CVDI). Se refiere por tanto al status del diplomático y a su función representativa (*ne impediatur legatio*), de lo cual se infiere que esta inmunidad abarca también los actos privados<sup>(13)</sup>, por lo que la diferencia entre actos de servicio y privados no desempeña ningún papel; por otra parte esta inmunidad depende de una relación de Derecho Internacional entre el Estado de envío y el Estado de recepción y esta relación *inter partes* excluye un efecto *erga omnes* de la inmunidad diplomática, incluso frente a terceros Estados<sup>(14)</sup>.

---

(8) Cfr. GRIBBOHM, en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (Dir.), *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 11.<sup>a</sup> ed., 1992-2002, antes § 3, núm. 258 y ss.; VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (3)], § 1129. Diferentes a ellos son los buques privados, incluyendo los buques mercantes del Estado, que exclusivamente o en su mayoría realizan una actividad lucrativa. Para un caso especial de ilegalidad en aguas jurisdiccionales extranjeras se citan los buques de guerra, cfr. MÖSSNER, *NJW* 1982, pp. 1196 y 1197.

(9) *Bundesverfassungsgericht* (en adelante *BVerfG*) *Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift* (en adelante *DtZ*) 1992, p. 216; *Entscheidungen des BVerfG* (en adelante *BVerfGE*) pp. 95, 96, 129 y ss.

(10) Para una estricta diferenciación *BVerfGE* 96, 68 (*NJW* 1998, 51), pp. 85 y ss.; Crit. FAßBENDER, *NStZ* 1998, pp. 144 y ss.; cfr. también VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (1)], § 910 núm. 68: “Dos círculos.., que se intersecan”.

(11) UN Treaty Series (en adelante UNTS) 500, p. 95.

(12) DINSTEIN, *The International and Comparative Law Quarterly* (en adelante *ICLQ*) 15 (1966), pp. 76 y 88.

(13) Cfr. RÜPING, *supra* nota (1), p. 401 y s.; ZAPPALÀ, *EJIL* 12 (2001), pp. 595 y 599; DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 679; BROWNLIE [*supra* nota (1)], pp. 352 y ss.

(14) Así *BVerfGE* 96, pp. 68, 87 y ss.; con referencias posteriores en el mismo sentido DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 680; FISCHER [*supra* nota (1)], § 35 núm. 34.

Por tanto, un diplomático acreditado en un determinado Estado está expuesto a persecución<sup>(15)</sup> penal en cualquier otro Estado, aunque pueda alegar para las acciones oficiales de servicio la inmunidad estatal. Finalmente, el régimen diplomático despliega así mismo un tercer efecto, en cuanto un Estado de tránsito debe reconocer inmunidad a un diplomático (art. 40 CVDI)<sup>(16)</sup>.

También la continuidad de la inmunidad funcional para actos cometidos bajo el status de diplomático, una vez finalizada esta condición, la así llamada “**inmunidad continuada**” (art. 39, apartado 2, p. 2 CVDI), sólo es aplicable frente al Estado de recepción, pues se vincula al anterior status a través del pláacet de este Estado<sup>(17)</sup>; la inmunidad continuada también es aplicable a quienes gozan de *inmunidad estatal*<sup>(18)</sup>. En cuanto a la relación entre inmunidad estatal y diplomática, ésta —llamada *self contained regime*<sup>(19)</sup> para las relaciones diplomáticas— goza de prioridad en el sentido de una *lex specialis*<sup>(20)</sup>. No debe pasarse por alto, sin embargo, que ambos regímenes de inmunidad se refieren a actos oficiales estatales realizados con medios diplomáticos<sup>(21)</sup>; un diplomático, por tanto, también —como órgano del Estado— puede disfrutar de inmunidad estatal *ratione materiae*<sup>(22)</sup>.

De lo explicado anteriormente es necesario distinguir el concepto de inmunidad desarrollado por la jurisprudencia anglosajona a través del **Act-of-state Doktrin**. En este caso la inmunidad se refiere al acto oficial como tal, pues con

(15) Crítico en esta punto FAßBENDER, *NSiZ* 1998, pp. 144 y 145.

(16) De donde se infiere la concreta inmunidad respecto a la jurisdicción penal [FISCHER *supra*, nota (1), § 35, núm. 79].

(17) BVerfGE 96, pp. 68, 86, 89 y ss. —a este respecto antes República Democrática Alemana—. Los diplomáticos no ignoraban dicha continuidad de la inmunidad en la República Federal en el proceso de la sucesión estatal (BVerfGE 96, pp. 68, 91 y ss.); crit. FAßBENDER, *NSiZ*, 1998, pp. 144 y 146).

(18) BOTHE, *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246, 263 y ss.; DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 672; GLORIA, en: IPSEN, *Völkerrecht*, 1999, § 26, núm. 29; también AMBOS, *Juristenzeitung* (en adelante *JZ*), 1999, pp. 16, 19 y ss., con referencia al derecho británico.

(19) Informes del CIJ, 1980, 1 (Departamento diplomático y consular), 40; cfr. también FISCHER [*supra* nota (1)], § 35, núm. 39; DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 675.

(20) BVerfGE 96, pp. 68 y 91. Crit. FAßBENDER, *NSiZ* 1998, pp. 144 y 146.

(21) Correctamente BROWNLIE [*supra* nota (1)], p. 343: “double aspect of diplomatic representation”.

(22) En este sentido FAßBENDER, *NSiZ* 1998, pp. 144 y 145 en contra de BVerfGE 96, 68 (91).

esta doctrina se prohíbe de manera general para un determinado órgano el examen de sus actos por tribunales extranjeros (“acts of state”) <sup>(23)</sup>. En este sentido se trata de una expresión de la inmunidad estatal, porque supone la no revisión judicial de los actos oficiales en el sentido de una “judicial restraint” <sup>(24)</sup>. Así también puede sostenerse una inmunidad (jurisdiccional) en un caso determinado con la Act-of-state Doktrin; ésta puede servir de base *material* para construir la inmunidad *procesal*. Sin embargo esta doctrina no es reconocida en el ámbito del Derecho Europeo Continental <sup>(25)</sup>.

## II. EFECTOS O CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INMUNIDAD

En la discusión (jurídico-penal) alemana se debate si la inmunidad despliega un efecto **jurídico-material** o sólo **procesal**. Mientras que la opinión dominante, incluyendo la jurisprudencia, sostiene el último punto de vista considerando la inmunidad como un *obstáculo procesal* <sup>(26)</sup>, una considerable minoría

---

<sup>(23)</sup> Cfr. DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, 1956, pp. 39 y ss.; BRÖHMER [*supra* nota (4)], pp. 41 y ss.; SCHEFFLER, *Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte*, 1997, pp. 254 y ss.; LÜKE [*supra* nota (7)], pp. 64 y ss.; VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (1)], §§ 1178 y ss.; DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 658.

<sup>(24)</sup> Correctamente BRÖHMER [*supra* nota (1)], p. 45: “same basic considerations”; de opinión semejante SCHEFFLER [*supra* nota (23)], p. 255; WIRTH *Jura* 2000, pp. 70, 72 y ss., que diferencia de la doctrina la expresiones Derecho Internacional y Derecho nacional.

<sup>(25)</sup> BVerfGE 92, pp. 277, 321 y ss.; BVerfGE 96, pp. 68 y 90; aprob. GRIBBOHM [*supra* nota (8)], § 5, núm. 23.

<sup>(26)</sup> *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (en adelante *RGSt*) 52, 167 y ss.; *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* (en adelante *BGHSt*) 14, pp. 137 y 139; 21, 29 y 32; *BGHSt* 32, pp. 275 y 276; *OLG NJW* 1974, 431; *OLG NJW* 1992, 641; *Oberlandgericht* (en adelante *OLG*) Düsseldorf *NStZ* 1987, pp. 87 y ss.; *OLG* Colonia *NStZ* 2000, 667; RÜPING [*supra* nota (1)], p. 406; JAKOBS *NStZ*, 1987, p. 88; FOLZ/SOPPE *NStZ* 1996, pp. 576 y 577; GRIBBOHM [*supra* nota (8)], núm. 337 y ss.; HOYER, en: RUDOLPHI/HORN y otros (Dir.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.<sup>a</sup> ed., 2001, observaciones preliminares a §§ 3 ss., núm. 7; FISCHER, en: TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.<sup>a</sup> ed. 2004, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., núm. 21; LACKNER en: LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 24.<sup>a</sup> ed., 2001, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., núm. 10; PFEIFFER, en: PFEIFFER (Dir.) *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetzen*, 5.<sup>a</sup> ed. 2003, § 18 *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante *GVG*) núm. 7; PFEIFFER, *Strafprozessordnung*

quiere aceptar en todos los casos llamados de “auténtica” extraterritorialidad, lo que significa todos los casos, excepto los regulados por el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante CEF) de 19 de junio de 1951<sup>(27)</sup>, un *principio material de exención penal*<sup>(28)</sup>.

Sin embargo la distinción entre extraterritorialidad “auténtica” y otra (“no auténtica”) no es convincente porque toda forma de inmunidad prevista en los §§ 18-20 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante *GVG* Ley de Organización Judicial) depende del Derecho Internacional y justamente la inmunidad de las tropas aliadas extranjeras es expresión de la inmunidad estatal para actos oficiales, que nuevamente, como regla general del Derecho Internacional, son parte del Derecho del Estado alemán [art. 20 II *GVG* en relación con art. 25 *Grundgesetz* (—en adelante *GG*— Constitución Alemana)]. En verdad, el concepto material de inmunidad alcanza, a la vista de los dos escalones del *régimen jurisdiccional* del CEF, su límite, y debe por lo tanto establecerse una diferencia entre “auténtica” y “no auténtica” extraterritorialidad, para poder sostener la tesis del efecto material de la inmunidad para aquellos casos que no caben dentro del CEF.

La verdadera **naturaleza jurídica** de la inmunidad y de su efecto respecto a la jurisdicción interna sobre un extranjero realmente “inmune” sólo se puede deducir si procede de la **base del Derecho Internacional**. El art. 31 CVDI habla al respecto de “inmunidad de la *jurisdicción penal*” (“criminal *jurisdiction*”), el art. 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24-4-1963 —en adelante CVRC—<sup>(29)</sup> aplica la inmunidad igualmente a la “jurisdicción”. Sería, sin embargo, prematuro deducir de esto el carácter procesal de la inmunidad, ya que el concepto de “jurisdiction” es *ambiguo*<sup>(30)</sup>. Siguiendo

---

*und Gerichtsverfassungsgesetz*, 4.<sup>a</sup> ed., 2002, § 18 *GVG*, núm. 2; KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung*, 47.<sup>a</sup> ed., 2004, § 18 *GVG* núm. 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, § 19 III. 2; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1998, p. 162; crit. VOLK, *Prozeßvoraussetzungen*, 1978, pp. 221 y 232. Cfr. también la más reciente *jurisprudencia del CIJ* [*supra* nota (6)].

(27) *Bundesgesetzblatt* (en adelante *BGBI*) 1961 II, p. 1190.

(28) SCHÖNKE [*supra* nota (1)], p. 109; ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26.<sup>a</sup> ed., 2001, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., núm. 44 y ss.; LEMKE, en: NEUMANN/PUPPE/SCHILD (obra colectiva), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Stand, 2002, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., núm. 56 y ss. Para una “Doble Función” OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983, núm. 528.

(29) Obtenido de [www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkonen/html/doku/consul.htm#1.0](http://www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkonen/html/doku/consul.htm#1.0)

(30) Fundamental, MANN, “The doctrine of jurisdiction in International Law”, *RdC* 111 (1964 i), 1 y ss.

la perspectiva fundamentadora de la US-Restatement<sup>(31)</sup>, se la puede entender —*materialmente*— como “jurisdiction to prescribe” en el sentido de una competencia oficial de regulación, o —*procesal*— como “jurisdiction to adjudicate/enforce” en el sentido de ejercicio y ejecución de la *competencia jurisdiccional*. En este doble sentido se usa también la jurisdicción en la base jurídica de los Tribunales Penales Internacionales. Ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (—en adelante TMI—)<sup>(32)</sup> se estableció en relación con la “jurisdiction and general principles”, transcribiendo la Parte II no sólo la competencia jurisdiccional sobre la persona natural, es decir la competencia formal del TMI, sino también la competencia “jurídico-material” (*subject matter jurisdiction*) en la forma de los concretos tipos penales. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI)<sup>(33)</sup> se encuentran normas relacionadas con la “jurisdiction” etc. en la Parte II, titulada “jurisdiction”, tanto para la “subject matter jurisdiction” como para la competencia formal del Tribunal [art. 11.s)]. En consecuencia, según la comprensión general del concepto de “jurisdicción” éste puede ser entendido desde un punto de vista<sup>(34)</sup> más estricto (procesal)<sup>(35)</sup> y desde un punto de vista más extenso (material)<sup>(36)</sup>.

El concepto de “jurisdicción” en sí mismo no proporciona por tanto ninguna aclaración, por lo que se debe preguntar al Derecho Internacional por **el sentido y el objetivo** de las normas de inmunidad (art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23-5-1969 —en adelante CVDT—)<sup>(37)</sup>. Éste se sintetiza en que —prescindiendo de la amplia inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado y de los diplomáticos— los portadores de la soberanía de los Estados extranjeros deben poder dedicarse tranquilamente a sus tareas oficiales y deben poder representar al Estado de envío en todas aquellas

---

(31) Cfr. AMBOS, en: *Münchener Kommentar*, tomo 1, 2003, para §§ 3-7, nota marginal (núm.) 6.

(32) Statut des Internationalen Militärgerichtshofe (en adelante IMG Statut) de 8-8-1945, en: UNTS 82 (1951), 280 = AJIL 1945, p. 258; deutsch y otros en: *IMG, Prozess* (1947), Tomo I, p. 10; HEINZE/SCHILLING, *Rechtsprechung*, 1952, p. 317.

(33) Cfr. AMBOS [*supra* nota (31)], núm. 34.

(34) Deja abierto por ejemplo H. SCHULTZ, *Goltdammer's Archiv* (en adelante GA) 1966, p. 193.

(35) Así por ejemplo JENNINGS/WATTS [*supra* nota (4)], p. 461: “prevent the enforcement of the law” (destacado por el autor).

(36) Así por ejemplo OEHLER [*supra* nota (28)], núm. 527 (exención del “Derecho penal del Estado de envío”), que no obstante no diferencia conceptos.

(37) UNTS 1155, p. 331.

materias que supongan el ejercicio soberano de actos oficiales<sup>(38)</sup>. Estrictamente entendida la inmunidad se introduce en el Derecho Penal como un cuerpo extraño procedente del Derecho Internacional, como ya una vez explicó JAKOBS, “un obstáculo al Derecho Penal impuesto por necesidades diplomáticas”<sup>(39)</sup>.

Así pues la inmunidad representa un obstáculo al **proceso judicial**, o sea **un obstáculo procesal**. Salvaguarda a los *diplomáticos* de acciones de investigación *procesales* y de medidas coercitivas en general<sup>(40)</sup>. Al respecto el funcionario consular goza también de la citada protección cuando actúa en ejercicio de los deberes consulares (art. 43 I CVRC). Por lo tanto, las escuchas telefónicas del consulado son ilegales cuando se basan en la sospecha de la realización de un tipo que está en conexión con la observación de los deberes consulares<sup>(41)</sup>. Un arresto o una prisión preventiva son ilícitos si el funcionario consular no es acusado de un delito peligroso (41 I CVRC). La medida coercitiva adoptada en contra de esta regla *no podrá ser utilizada* en un proceso<sup>(42)</sup>; sin embargo esto se aplica sólo al personal diplomático o consular y no a las personas no integrantes de este grupo<sup>(43)</sup>.

Si a la inmunidad se le atribuyese por otro lado un *efecto material*, ésta excedería del límite —sin necesidad— de la capacidad interna y eliminaría el *ius puniendi* mismo del Estado. De aquí se deducirá que la persona o el status determinado de la acción en un Estado democrático no cambian para nada la punibilidad y el merecimiento de pena de un determinado comportamiento. A modo de ejemplo: si un diplomático borracho causa un accidente de tránsito con resultado de muerte, provoca una “perturbación social”<sup>(44)</sup>, igual que si el homicidio imprudente hubiese sido causado por un ciudadano normal. También los diplomáticos están obligados a la observación de la Ley del Estado de

(38) Cfr. también OLG, Düsseldorf, *NStZ* 1987, p. 87 y s. Así también la teoría de la representación y de la necesidad funcional, cfr. ya arriba *supra* nota (2). Cfr. también RÜPING [*supra* nota (1)], pp. 402 y ss.; BROWNLIE [*supra* nota (1)], p. 343.

(39) JAKOBS, *NStZ* 1987, p. 88.

(40) KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER [*supra* nota (26)], § 18 GVG núm. 2; PFEIFFER, en: *Karlsruher Kommentar* [núm. (26)], § 18 GVG núm. 5; *el mismo*, *Strafprozessordnung* (en adelante *StPO*) [núm. (26)], § 18 GVG núm. 1. Cfr. también FISCHER [*supra* nota (1)], § 35 núm. 35, 43, 60.

(41) *BGHSt* 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

(42) *BGHSt* 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

(43) *BGHSt* 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30, 32 y ss.

(44) JAKOBS, *NStZ* 1987, p. 88.

recepción (art. 41 CVDI), la cuestión es si pueden ser *procesados*. El *ius puniendi* del país receptor permanece intacto. De hecho puede en cualquier momento *resurgir* si el Estado de envío renuncia a la inmunidad (arts. 32 CVDI y 45 CVRC) o se elimina el *status* que determina tal privilegio<sup>(45)</sup>. En caso de una solución jurídico-material, la punibilidad debería ser establecida de nuevo en primer lugar y *ex post* en estos casos, lo que entraría en colisión con la prohibición de retroactividad (art. 103, apartado 2 GG). *Last but not least*, la Corte Internacional de Justicia (—en adelante CIJ—) ha confirmado recientemente el concepto procesal<sup>(46)</sup>.

El ya mencionado efecto continuo de la inmunidad diplomática conforme al art. 39 II 2 CVDI tampoco habla —contrario a LEMKE<sup>(47)</sup>— a favor de la concepción material, pues es válida sólo para acciones de servicios efectuadas mientras se ejerce un cargo. Continúa por tanto obrando únicamente la inmunidad *ratione materiae*, mientras que la inmunidad *ratione personae* no procede<sup>(48)</sup>; por lo demás el Estado de envío puede renunciar a la inmunidad continuada *ratione materiae* en cualquier momento. Finalmente la protección contra la persecución penal más allá del ejercicio del cargo diplomático se puede entender también como un *obstáculo procesal continuo*.

Si además los seguidores de la concepción material quieren entender la inmunidad como **causa de exención personal de la pena**<sup>(49)</sup>, es decir, reconociendo la posibilidad de una conducta antijurídica y culpable de un autor privilegiado, queda en la *sustancia* de la diferencia con la concepción procesal sólo el componente temporal: exención material *permanente* o procesal temporalmente *limitada* a la relación de servicio o al acto de servicio<sup>(50)</sup>. Entonces parece tratarse sólo de una controversia terminológica, lo que explicaría por qué al Derecho Internacional no le interesa tanto la naturaleza jurídica sino las consecuencias jurídicas de la inmunidad. Por lo demás existe consenso en cuanto a que la participación en el hecho del *privilegiado* por la inmunidad y la

(45) JESCHECK/WEIGEND [*supra* nota (26)], § 19 III. 2; GRIBBOHM [*supra* nota (8)], núm. 339.

(46) CIJ [*supra* nota (6)], para 60: “immunity from jurisdiction... does not mean... impunity... Immunity... and individual criminal responsibility are quite separate concepts...”; así mismo aprob. HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, *Joint Separate Opinion*, pp. 74.

(47) LEMKE [*supra* nota (28)], núm. 56.

(48) DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 679.

(49) ESER [*supra* nota (28)], núm. 44; LEMKE [*supra* nota (28)], núm. 57; OEHLER *ZStW* 91 (1979), pp. 395 y 411.

(50) Cfr. también JAKOBS *NStZ* 1987, pp. 88 y ss. Con referencias posteriores.

*legítima defensa* contra él es posible<sup>(51)</sup>. Finalmente un efecto material de la inmunidad iría también en contra de la limitación creciente de la inmunidad con base en el Derecho Penal Internacional (sobre ello más abajo en III.2).

### III. LÍMITES DE LA INMUNIDAD

#### 1. General

El alcance y los límites de la inmunidad son examinados *de oficio y de forma autónoma* por los jueces<sup>(52)</sup>. Los tribunales no están sujetos a las opiniones del ejecutivo, en particular a las que provienen del Ministerio de Asuntos Exteriores<sup>(53)</sup>. La incorrecta apreciación de la inmunidad no conlleva la nulidad sino solamente la *anulabilidad* de la sentencia<sup>(54)</sup>. Por lo demás es válida la diferencia expuesta antes entre inmunidad estatal e inmunidad diplomática.

En el ámbito de la **inmunidad estatal** el principio de inmunidad absoluta ha sido desplazado progresivamente por un concepto *restrictivo* de inmunidad<sup>(55)</sup>. Así, la inmunidad (funcional) de los órganos del Estado por la ejecución de un determinado acto depende de si el hecho es calificado como de oficial de servicio (*actum iure imperii*), no oficial de servicio (*actum iure gestionis*) o únicamente *privado*. Ya que el Derecho Internacional no proporciona ninguna regla al respecto, esta delimitación debe hacerse interpretando la “*naturaleza del acto*” desde el punto de vista del derecho *nacional* (sobre esto a continuación)<sup>(56)</sup>. Al menos el *Bundesverfassungsgericht* (—en adelante *BVerfG*— Tribunal Constitucional Alemán) ha identificado un “*núcleo cen-*

(51) ESER [*supra* nota (28)], núm. 44 por un lado; GRIBBOHM [*supra* nota (8)], núm. 338 por otro lado; igualmente OEHLER [*supra* nota (28)], núm. 528.

(52) *BGH NJW* 1979, p. 1101; RÜPING [*supra* nota (1)], pp. 406 y ss.

(53) *BGHSt* 32, pp. 275 y 276 (Caso *Tabatabai*). En sentido contrario en EE.UU. y Gran Bretaña cfr. FISCHER [*supra* nota (1)], § 35, núm. 58.

(54) RÜPING [*supra* nota (1)], pp. 408 y ss.

(55) *BVerfGE*, pp. 16, 27, 28, 36 y ss., 60 y ss.: en el proceso de regulación por convenios y normativización la inmunidad estatal ilimitada ya no es considerada como un principio general del Derecho Internacional. Cfr. también VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (1)], §§ 1168 y ss.; GLORIA [*supra* nota (18)], § 26, núm. 20 y ss.; DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 660 y ss.; también ya en *AMBOS JZ* 1999, pp. 16, 20 y ss.

(56) *BVerfGE* 16, pp. 27, 61 y ss.; cfr. también VERDROSS/SIMMA [*supra* nota (1)], § 1173; GLORIA [*supra* nota (18)], § 26, núm. 18; BROWNLIE [*supra* nota (1)], p. 354.

tral” del poder estatal, en el que siempre se puede hablar de actuación oficial, tal es el caso del ejercicio del poder exterior y militar, el poder legislativo, el poder de la policía y la Administración de Justicia<sup>(57)</sup>. Sin embargo, un estándar *internacional* que va más allá de las típicas tareas del Estado no encuentra ningún reconocimiento en el Derecho Internacional<sup>(58)</sup>. El derecho alemán por lo menos ha reconocido que el alcance de la inmunidad está limitado a los familiares del Jefe del Estado en el marco de una invitación oficial (§ 20, apartado 1 GVG), pero éstos no gozan más allá de ninguna inmunidad, por ejemplo si estudian en una Universidad del Estado de recepción<sup>(59)</sup>.

En el campo de la **inmunidad diplomática** no puede establecerse en *principio* ningún límite a la protección de la inmunidad porque desempeña una importante *función de ordenación* internacional y presenta, como ya se dijo antes, un “*self contained regime*”, que regula concluyentemente la respuesta frente a posibles abusos, como por ejemplo la declaración de un diplomático como “persona non grata” (art. 9 CVDI)<sup>(60)</sup>. No obstante la diferencia entre acto de servicio y privado puede ser relevante, por un lado, en el marco de la “continuidad” de la inmunidad conforme al art. 39 II 2 CVDI, y por el otro para los nacionales del Estado de recepción, que se encuentran en el servicio diplomático del estado de envío, o para otros miembros de la misión (art. 38 CVDI). Además la inmunidad comprende para el **personal consular** los actos que son ejecutados “en observación de las tareas consulares” (art. 43 I CVRC). Pero tampoco aquí el Derecho Internacional ofrece criterios para la delimitación entre acto de servicio y privado<sup>(61)</sup>, así que de nuevo se tiene que acudir al Derecho nacional. Así pues para ambas formas de inmunidad pueden ser invocados los criterios de delimitación desarrollados.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia un **acto de servicio** existe siempre que un “*diplomático* obra como órgano ejecutivo de su Estado de envío

---

(57) BVerfGE 16, pp. 27 y 63; fundamental. DAHM [supra nota (7)], pp. 166 y s.; también VERDROSS/SIMMA [supra nota (1)], § 1173.

(58) Cfr. en este punto la moción desarrollada del DGV (BDGV 8, 1968, p. 284; crit. GLORIA [supra nota (18)], § 26 núm. 19].

(59) Cfr. parte II.A.1.a) Rundschreiben des Bundesministerium des Inneren v. 17-8-1993 “Diplomaten und andere bevorrechtigte Personen”, Gemeinsames Ministerialblatt 93, pp. 591 y ss., KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung*, § 18 GVG núm. 11; PFEIFFER, *Karlsruher Kommentar* [supra nota (28)], § 20 GVG núm. 2.

(60) BVerfGE 96, pp. 68, 82 y ss. En el resultado también RÜPING [supra nota (1)], pp. 403 y ss.

(61) Crit. FISCHER [supra nota (1)], § 35 núm. 42.

y su actuación es así imputable al Estado”<sup>(62)</sup>, incluso si el acto infringe el Derecho nacional del Estado receptor<sup>(63)</sup>; esto es válido también si realiza tareas *consulares*<sup>(64)</sup>. Se debe partir de la inmunidad “*en casos dudosos*” si la actuación (consular) está relacionada de alguna manera con el acto de servicio<sup>(65)</sup>. La jurisprudencia se basa en un *concepto amplio*, y entiende que cada actuación para conseguir un determinado objetivo político forma parte de un acto de servicio<sup>(66)</sup>, siempre que esto resulte fácil de constatar externamente<sup>(67)</sup>. La prueba en contrario sería que la acción con igual finalidad pudiera haberse realizado por un particular<sup>(68)</sup>. En caso de la **utilización de un vehículo** solamente existe inmunidad ante comportamientos estrecha y objetivamente relacionados con las tareas propias del consulado<sup>(69)</sup>, o si se trata del “ejercicio de un acto de servicio”<sup>(70)</sup>; en particular la visita a un bar y a continuación el regreso en coche son vistos como actuaciones privadas<sup>(71)</sup>. **Medidas coercitivas**, por ejemplo un arresto corto, también pueden ser empleadas contra un *diplomático* si se quiere prevenir un crimen inmediato<sup>(72)</sup>, esto es consecuencia del ya mencionado derecho a la *legítima defensa* contra delitos de diplomáticos<sup>(73)</sup>. La protección de *funcionarios consulares* es en todo caso más débil.

(62) *BVerfGE* 96, pp. 68 y 80; SALMON, *Manuel de Droit Diplomatique*, 1994, pp. 458 y ss.

(63) *BVerfGE* 96, pp. 68 y 80; BGHSt 36, pp. 396 y 401; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM [*supra* nota (7)], pp. 311 y s.; SALMON [*supra* nota (62)], p. 466.

(64) BGHSt 36, pp. 396, 400 y s.

(65) BGHSt 36, pp. 396 y 401 (destacado por el autor).

(66) *OLG Colonia NStZ* 2000, p. 667; FOLZ/SOPPE, *NStZ*, 1996, pp. 576 y 578.

(67) *Folz/Soppe NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

(68) Cfr. también DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 662.

(69) *BayObLG NJW* 1974, 431 (destacado por el autor). Así mismo *OLG Hamburgo NJW* 1988, 2191. Cfr. también *Rdschr. BMI* [*supra* nota (59)] IV B núm. 4.

(70) *BayObLG NJW* 1992, p. 641.

(71) *OLG, Hamburgo, NJW* 1988, p. 2191 (Abendessen mit Besuch auf Reeperbahn). Cfr. también RÜPING [*supra* nota (1)], p. 399.

(72) CIJ, informes 1980, 40; sobre esto también FISCHER [*supra* nota (1)], § 35 núm. 39.

(73) Cfr. también DOEHRING [*supra* nota (1)], núm. 677.

## 2. Límites en caso de violaciones de Derechos Humanos con base en el Derecho Penal Internacional

### a) Hacia una restricción de la inmunidad

En el más reciente desarrollo del *Derecho Penal Internacional* los límites de la inmunidad reconocidos **por causa de la protección de los Derechos Humanos** se fundan en la idea de que existen violaciones *graves de derechos humanos* o *crímenes internacionales* que no pueden ser exceptuados de persecución penal por ninguna razón —tampoco por consideraciones diplomáticas—<sup>(74)</sup>. *In concreto* esto se refiere sin duda a los **crímenes nucleares** (“core crimes”), reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI, es decir a *genocidio, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra* (art. 5.8)<sup>(75)</sup>. Según el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY —en adelante TPIY—) los responsables de tales delitos no pueden alegar la inmunidad ni ante los tribunales nacionales ni ante los tribunales internacionales, “even if they perpetrated those crimes while acting in their official capacity”<sup>(76)</sup>. Qué otros delitos, llamados *delicta iuris gentium*<sup>(77)</sup>, reconocidos en otros tratados de Derecho Internacional, pueden levantar la protección de la inmunidad es una pregunta que depende de la interpretación de estos tratados y de la praxis de los Estados. Con el caso *Pinochet* debería haber quedado claro que por lo menos la *tortura* —también como cri-

(74) Cfr. en general FOLZ/SOPPE *NStZ* 1996, pp. 576, 578 y ss. con referencias sobre doctrina en pp. 581 y ss.; Princeton University (ed.), «The Princeton Principles on Universal Jurisdiction» (“Princeton Principles”), 2001, [www.princeton.edu/~lapa/univ-jur.pdf](http://www.princeton.edu/~lapa/univ-jur.pdf), Principle 5 (p. 31), pp. 48 y ss. (diferenciando entre “substantive” y “procedural immunity”); Amnesty International, *Universal Jurisdiction*, chapter XIV, pp. 36 y ss.; *BIANCHI EJIL*, 10 (1999), pp. 237, 259 y ss.; FLAUSS, *RSDIE/SZIER* 2000, pp. 311 y ss.; *ZAPPALÁ EJIL*, 12 (2001), pp. 595, 601 y ss.; HERDEGEN *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y 224; *DANILENKO Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 472 y ss.; *BUNGENBERG AVR* 2001, pp. 170, 196 y s.; *Doehring* [supra nota 1], núm. 684 (ejecución de la inmunidad); *HORMAZÁBAL MALARÉE*, La inmunidad del Jefe del Estado, en: *GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO* (Dir.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, pp. 163, 165 y ss., 182 y ss.; también *AMBOS JZ* 1999, pp. 16, 20 y ss.

(75) *AMBOS* [supra nota (31)], núm. 35 y 366 y ss.

(76) Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante TPIY), *Prosecutor v. Blaskic*, Sentencia de 29-10-1997 (IT-95-14-AR108bis), párr. 41. *ÄHNLICH WATTS*, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, *RDC* 247 (1994/ III) 9, 84; aprob. en el resultado también *Kreß IYHR*, 2000, pp. 157 y ss. y 161.

(77) Cfr. Sobre esta idea *VERDROSS/SIMMA* [supra nota (1)], §§ 430 y ss.

men individual— no puede ser enumerado entre los actos abarcados por la inmunidad del Jefe de Estado, porque el Derecho Internacional no puede proteger algo que al mismo tiempo —en concreto a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes— prohíbe<sup>(78)</sup>.

Sin embargo, en este contexto, no se trata tanto de si también los actos delictivos pueden ser calificados como actos oficiales, sino más bien de **una limitación jurídico-material de la inmunidad**. Porque difícilmente se puede dudar que los delitos internacionales —cometidos en nombre y en el interés de un determinado Estado y de su orden político y gobierno— son realizados inicialmente<sup>(79)</sup> para conseguir objetivos oficiales o al menos de servicio<sup>(80)</sup>. Iría demasiado lejos no ver la comisión de los hechos delictivos en general como una acción oficial o de servicio, pues entonces la protección de la inmunidad restante quedaría “sin contenido”<sup>(81)</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la **extensión de la inmunidad** a los delitos nucleares ya citados, el art. 7 del Estatuto del TMI y el art. 6 del Estatuto del TMI de Tokio (International Military Tribunal for the Far East) excluyeron el *cargo oficial* de los reos como una causa de exención penal. De forma análoga el art. 7, apartado 2 del Estatuto del TPIY, art. 6, apartado 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR —en adelante TPIR—) y art. 27, apartado 2 del Estatuto de Roma declaran insignificante cualquier “cargo oficial” con respecto a la responsabilidad penal de la persona referida. Según el art. 27, apartado 2 del Estatuto de Roma la jurisdicción del CPI no debe ser estorbada por la inmunidad que con tales

---

(78) *House of Lords*, sentencia de 24-3-1999, en: *AHLBRECHT/AMBOS* (coord.), *Der Fall Pinochet(s)*, 1999, p. 148 (Lord Browne-Wilkinson), pp. 155 y ss. (p. 164: “contundentes razones... que el empleo de tortura..., ninguna función estatal puede amparar”; p. 167: “Por esta razón respondió el senador Pinochet... ya no con función alguna..., la inmunidad *ratione materiae* deja de aplicarse, si él... organizó y autorizó la tortura...”); aprob. *HIGGINS/KOOLJMANŠ/BUERGENTHAL*, *Joint Separate Opinion*, supra nota (6), párr. 85. Sobre esto también, *Ambos*, JZ 1999, pp. 16, 22 y s., 565 y s.; *Bank*, ZaöRV, 59 (1999), pp. 677, 691 y s.; *KREB IYHR*, 2000, pp. 103 y 157 con referencias posteriores.; *Wirth*, Jura, 2000, pp. 70 y 74.

(79) Sobre la tríada oficiales-de servicio-privados cfr. ya *AMBOS* [supra nota (31)], núm. 102.

(80) Cfr. ya *AMBOS*, JZ 1999, pp. 16 y 23 con referencias posteriores; en sentido parecido Lord HOPE, *Weekly Law Reports* (1999), pp. 827, 880-01.

(81) Correctamente *BVerfGE* 96, pp. 68 y 82; también *FOLZ/SOPPE*, *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

condiciones oficiales es sostenida <sup>(82)</sup>. Mientras no se discute que la inmunidad no supone <sup>(83)</sup> ningún obstáculo para un procedimiento jurídico-penal *internacional* y su limitación es reconocida incluso como una norma consuetudinaria internacional <sup>(84)</sup>, esto no es válido sin más respecto a las **relaciones interestatales** en las que estados iguales entre sí se encuentran frente a frente y la regla del *par in parem* resulta de aplicación. Por lo tanto, la CIJ, en el procedimiento *Congo v. Belgium*, levantó la *orden de detención* belga contra el (entonces) Ministro de Asuntos Exteriores del Congo porque consideró que éste tenía inmunidad (personal) <sup>(85)</sup> y excluyó explícitamente una limitación de esta inmunidad para los delitos mencionados <sup>(86)</sup>. Aun si esta sentencia va demasiado lejos (sobre esto más abajo), la restricción de la inmunidad a nivel interestatal requiere una transposición interna por parte del Derecho nacional (cfr. arts. 46 y 60 IV GG). En un orden jurídico *dualista* estricto como el Derecho inglés es necesaria <sup>(87)</sup> una norma nacional que transponga el Derecho Internacional al Derecho interno. En un (moderado) orden jurídico *monista*, como el Derecho alemán, se da una recepción automática, en cierto modo, de todas las reglas de Derecho Internacional (cfr. § 20 II GVG), sin ningún paso intermedio <sup>(88)</sup>.

---

(82) Sobre la dificultad de este precepto ver art. 98, apartado 1 del Estatuto de Roma cfr. KREß, *IYHR* 2000, pp. 103, 159 y ss. Escéptico sobre la eficacia frente a terceros (frente a Estados no firmantes) del art. 27 de Estatuto de Roma, DANILENKO, *Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 471 y ss.; contra la eficacia frente a terceros SCHABAS, *Tribunal Penal Internacional* (en adelante *TPI*), p. 92.

(83) Cfr. *House of Lords*, Regina v. Bartle/Evans, ex parte Pinochet, sentencia de. 25-11-1998, en: *WLR* 1998, tomo 3, 1465 = *ILM* 37 (1998), p. 1302; en alemán (resumido) en: AHLBRECHT/AMBOS [supra nota (78)] p. 103, aquí p. 104 (Lord SLYNN): “No existe ninguna duda sobre que los Estados que han reconocido ciertos crímenes, no están amparados por el derecho a la inmunidad, si las acusaciones fueron realizadas por Tribunales *Internacionales*” (destacado por el autor). Sin embargo, aunque esta sentencia fue revocada por otra posterior de 24-3-1999, la declaración de Lord Slynns no ha perdido nada de su validez. (otro punto de vista KREß, *IYHR* 2000, pp. 103 y 159).

(84) Cfr. ya *Prosecutor v. Blaskic* [supra nota NO TAG) así como ZAPPALÁ, *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 602 y ss. En el resultado también KREß, *IYHR* 2000, pp. 159 y ss, 161 así como WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 173: “El interés se pone frente a la salvaguarda de la soberanía estatal... detrás la... sanción del crimen de Derecho internacional”.

(85) *CIJ* [supra nota (6)], párr. 70.

(86) *Ibidem*, párr. 58 y ss.

(87) Cfr. ya AMBOS, *JZ* 1999, pp. 16 y 23 y 565; posiblemente omitido por ZAPPALÁ, *EJIL* 12 (2001), pp. 595 y 604 en su crítica al fallo emitido por la *House of Lords* en el caso *Pinochet*.

(88) Cfr. ya AMBOS, *JZ* 1999, pp. 16, 23 y ss.

Independientemente del método o la forma elegidos se establece claramente que el Derecho nacional se debe ajustar al **desarrollo del Derecho Internacional** para la persecución penal de los delitos internacionales. Así, en el marco de un proceso de consultas iniciado en el Consejo de Europa sobre el CPI quedó comprobado que “solutions must be found in order to secure full compliance with the ICC Statute”<sup>(89)</sup>. En otras palabras, las inmunidades nacionales, que impiden la persecución de los delitos incluidos en el Estatuto de Roma, deben ser eliminadas. El Código Alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) no prevé sin embargo ninguna regla sobre esto, “puesto que el Derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del gobierno o los parlamentarios”<sup>(90)</sup>. En cuanto a la inmunidad parlamentaria del art. 46, apartado 2 GG, fue considerada suficiente suponiendo que el parlamento levantase la inmunidad en caso de un crimen internacional perpetrado por un diputado, p. ej. instigación al genocidio<sup>(91)</sup>.

La **jurisprudencia alemana** también reconoce en principio una limitación de la inmunidad con base en los Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional Alemán remite a la correspondiente discusión en la literatura científica<sup>(92)</sup> y a los discutidos límites jurídico-penales de la inmunidad estatal<sup>(93)</sup>. La recusación de la queja constitucional del antiguo embajador de Siria en la República Democrática Alemana, a quien fue reprochada la asistencia en actos terroristas, ha sido considerada como un intento del Tribunal Constitucional Alemán de fundamentar, basándose en el Derecho consuetudinario interno, una restricción de la inmunidad en supuestos de *terrorismo*<sup>(94)</sup>. Esto es convincente en relación a actos terroristas con carácter masivo, similares a los atentados del 11 de

---

(89) *Council of Europe*, Second European Consultation on the ICC (Tribunal Penal Internacional), 13/14-9-2001, Estrasburgo, conclusión 12 ([www.legal.coe.int/criminal/icc](http://www.legal.coe.int/criminal/icc)). En sentido parecido Amnesty International [supra nota (74)], chapter XIV, pp. 39 y ss.

(90) Ver fundamentación del *Völkerstrafgesetzbuches* (BGBl 2002 I S. 2254), *Bundesrat Drucks* [en adelante *BR-Drucks*, *Boletín de las Cortes*, 29/2002 v. 18-1-2002, § 2.j)], 36, traduc. al castellano de Alicia Gil Gil.

(91) *Ibidem*. Para la inmunidad de los diputados recientemente BROCKER, *Golt-dammer's Archiv* (en adelante *GA*) 2002, p. 44.

(92) *BVerfGE* 96, pp. 68 y 72.

(93) *BVerfGE* 96, pp. 68, 84 y ss.

(94) FAßBENDER, *NStZ* 1998, pp. 144 y 146.

septiembre de 2001 <sup>(95)</sup> y 11 de marzo de 2004 (en Madrid), siempre teniendo en cuenta, sin embargo, que los actos estatales u oficiales clandestinos perpetrados en territorio extranjero (caso *Mykonos!*) no gozan en ningún supuesto de protección a través de la inmunidad <sup>(96)</sup>. El *Bundesgerichtshof* (—en adelante *BGH*— Tribunal Supremo Alemán) rechazó pronunciarse en el caso *Honecker* sobre el Tribunal competente conforme al § 13.<sup>a</sup> de la *Strafprozeßordnung* (—en adelante *StPO*— Ordenanza Procesal Penal Alemana) por causa de la inmunidad del Derecho Internacional <sup>(97)</sup>. sin embargo el Tribunal Supremo determinó el Tribunal competente en los procesos contra los militares argentinos y *Pinochet* planteando la pregunta de “si su inmunidad de Derecho internacional [de Pinochet, K.A.] comprendía los hechos señalados” <sup>(98)</sup>. El *Oberlandesgericht* (—en adelante *OLG*— Tribunal Superior de Justicia) de Colonia al menos reconoció —en cuanto al entonces presidente iraquí Saddam Hussein— que una recusación de la inmunidad (estatal) puede, en principio, ser posible si los delitos internacionales en cuestión se encuentran codificados, *in concreto* sin embargo negó la existencia de tales crímenes <sup>(99)</sup>.

En otros países europeos merece atención la sentencia de la *Corte de Justicia de Amsterdam* en el proceso contra el antiguo Jefe de Estado de Surinam, *Bouterse*. El tribunal de justicia afirmó que un antiguo Jefe de Estado no podía hacer valer ninguna inmunidad estatal por la tortura (como crimen contra la humanidad) porque la perpetración de estos delitos no podía ser considerada como “one of the official duties of a head of state” <sup>(100)</sup>. Sin embargo el juicio fue anulado por el *Tribunal Supremo Holandés* debido a un vicio de competen-

---

(95) Cfr. también ZAPPALÀ, *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 607 y ss. y 609 y ss.

(96) Cfr. BOTHE, *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y 252; FOLZ/SOPPE, *NSiZ* 1996, pp. 576 y 578.

(97) *BGHSt* 33, p. 97.

(98) *BGH*, Resolución de 17-6-1998, 2 Ar 80/98 (argentinische Militärs); resolución de 18-11-1998, 2 Ars 471/1998 y 474/1998 (Pinochet), respecto a ello *Pressemitteilung* núm. 83a v. 19-11-1998, reproducido en AHLBRECHT/AMBOS [*supra* nota 78], p. 100. Cfr. también ya AMBOS, *JZ* 1999, pp. 16 y 23.

(99) *OLG* Colonia, *NSiZ* 2000, 667 con nota de WIRTH, *NSiZ* 2001, p. 665.

(100) *Gerechtshof Amsterdam* (Corte de Justicia), 20 de noviembre de 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* (2001), 302 (núm. 51), 303; Traducción: International Commission of Jurists, [www.icj.org/objectives/decision.htm](http://www.icj.org/objectives/decision.htm).

cia <sup>(101)</sup>. En el proceso *francés* contra el Jefe del Estado del Líbano, *Ghadafi*, la Corte de Apelación de París en primer lugar confirmó un límite de la inmunidad, sin embargo la Corte de Casación anuló este juicio porque en su opinión la restricción a la inmunidad supone una regla del Derecho Internacional <sup>(102)</sup>. Un juez instructor belga decretó una orden de detención contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; esta orden de detención fue, sin embargo, declarada ilegal por el ya mencionado juicio del CIJ <sup>(103)</sup>. Por último un Tribunal Civil norteamericano declaró improcedente una reclamación por daños y perjuicios contra *Robert Mugabe* y su Ministro de Exteriores por la existencia de “inmunidad diplomática”: a pesar de una “tendencia dominante” (“prevailing trend”) hacia la limitación de la inmunidad por graves lesiones de los Derechos Humanos, prevalece *todavía* el interés de “friendly relations among sovereign states” <sup>(104)</sup>.

b) El *status* especial de miembros de las fuerzas armadas

En relación a la inmunidad es de especial interés la posición de los miembros de las fuerzas armadas. A modo de ejemplo nos referimos al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (CEF) <sup>(105)</sup> y a su Protocolo adicional de 3-8-1959 aplicable a las

---

<sup>(101)</sup> Sentencia de 18-9-2001, número de referencia 00749/01 CW 2323, núm. 6: El reconocimiento de la potestad penal holandesa fue una violación del principio de irretroactividad, porque Holanda todavía no había ratificado en el momento del hecho la Convención contra la tortura de la ONU. Además el Hoge Raad solicitó pruebas posteriores, en concreto la comparecencia de los sospechosos antes el alto tribunal holandés. Cfr. también *IELR*, 2001, pp. 514 y ss.

<sup>(102)</sup> *Arrêt* de 20-10-2000, así como *Arrêt* de 13-3-2001, cfr. *Revue générale de droit international public* (en adelante *RGDIP*) 105 (2001), pp. 473 y ss.

<sup>(103)</sup> Cfr. ya *CIJ* [supra nota (6)].

<sup>(104)</sup> U.S. District Court for the Southern District of N.Y., *Tachiona et al. against Mugabe et al.*, 30-10-2001, 169 F. Supp. 2d 259; ratificada en 14-2-2002.

<sup>(105)</sup> Sobre ello *RUMPF, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969, pp. 14, 16 y ss. El Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante NTS) es válido para todos los estados integrados en la OTAN excepto Islandia, así pues es válido para Bélgica, Francia, Noruega, EE.UU. (desde 23-8-1953), Dinamarca (27-6-1955), Italia (21-1-1956), Canadá (27-9-1953), Luxemburgo (18-4-1954), Holanda (18-12-1953), Gran Bretaña (12-6-1954), Turquía (17-6-1954), Portugal continental (22-12-1955), España (9-9-1987),

tropas extranjeras establecidas en Alemania (en adelante PA CEF)<sup>(106)</sup>. En cuanto a la **jurisdicción** sobre los delitos e infracciones<sup>(107)</sup> de los miembros de las fuerzas armadas establecidas en territorio alemán, existe un conflicto entre los principios internacionales de la *soberanía territorial* del Estado de recepción, por un lado, y de la *soberanía personal* (sobre sus nacionales) del Estado de envío por otro; en particular existe una fuerte controversia en cuanto al status especial procedente de la soberanía personal<sup>(108)</sup>. El CEF prevé un régimen de dos escalones, que diferencia entre jurisdicción exclusiva y concurrente (art. VII CEF)<sup>(109)</sup>.

Un caso de **jurisdicción exclusiva** se presenta cuando un determinado acto está penado sólo por el derecho del Estado de envío o sólo por el derecho del Estado de recepción (art. VII, apartado 2 CEF)<sup>(110)</sup>. El Estado de recepción tiene que verificar en este caso —al igual que sucede cuando se trata de constatar la existencia de una norma idéntica en el lugar del hecho en relación a la personalidad pasiva o activa (§ 7 *Strafgesetzbuch* —en adelante *StGB*, Código Penal Alemán)— que la conducta es igualmente punible en el respectivo Estado de envío. Este examen corresponde a las autoridades alemanas competentes, es decir a la Fiscalía del Estado<sup>(111)</sup>, o al tribunal, en cooperación con la autoridad competente del Estado de envío en el marco de un llamado trámite de certificación (“*Bescheinigungsverfahren*”, art. 17 *PA CEF*): la autoridad extranjera puede presentar a instancia de la autoridad alemana o *proprio motu* una certifica-

---

*BGBI* 1988 II, p. 105, cfr. *BGBI* II, Agencia de empleo B, 2001, p. 327. Se amplió por “el acuerdo de 19-6-1995 entre los Estados firmantes del Tratado del Atlántico Norte y los otros en la colaboración para la paz de los Estados integrantes en el pacto sobre la posición jurídica de sus tropas” (*BGBI*, 1998 II p. 1340) el acuerdo de pacificación de los Estados miembros.

(106) *BGBI* 1961 II, pp. 1183, 1218, revocado por la sentencia de 21-10-1971, *BGBI* 1973 II, p. 1022; Sart. II 66 c).

(107) El concepto de culpabilidad utilizado en el art. VII NTS incluye la ilegalidad (SCHWENK, *JZ* 1976, 581).

(108) Cfr. WITSCH, *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen*, 1970, pp. 7 y ss.; RUMPF [supra nota (105)], p. 14; cfr. también OEHLER [supra nota (28)], núm. 617 y ss.; DOEHRING [supra nota (1)], núm. 692 y ss.

(109) Cfr. más próximo WITSCH [supra nota (108)], pp. 17 y ss.; RUMPF [supra nota (105)], pp. 24 y ss.

(110) Más próximo WITSCH [supra nota (108)], pp. 60 y ss.

(111) Sobre esto así mismo existe un “compromiso” entre las Administraciones alemana y americana. Cfr. GRIBBOHM [supra nota (8)], núm. 361.

ción sobre la punibilidad en el Estado de envío. La autoridad alemana decide en consonancia con esta certificación, si n embargo, aquélla puede ser revisada a nivel del Gobierno Federal. En el caso contrario —el Estado de envío se vale de la jurisdicción exclusiva— el proceso es aplicable análogamente. *In concreto* los delitos puramente militares pertenecerían a la jurisdicción exclusiva del Estado de envío, mientras que los delitos de circulación y del deber de pagar alimentos conforme al § 170 del *StGB* quedarían bajo la jurisdicción exclusiva del Estado de recepción (en este caso: alemán)<sup>(112)</sup>. Además de lo referido, sobre “los actos contra la seguridad del Estado” en el art. VII, apartado 2.b) CEF rige la competencia jurisdiccional del Estado de recepción por los delitos contra la seguridad del Estado, en concreto los crímenes de traición, sabotaje, espionaje y traición de secreto [cfr. art. VII, apartado 2.c) CEF].

De mayor relevancia son los casos de la **jurisdicción concurrente**<sup>(113)</sup>, ya que se establece entre Estados integrantes de la OTAN, que sostienen, en lo esencial, los mismos valores y una misma idea sobre la conducta merecedora de pena, especialmente a nivel europeo, implicando tal grado de armonización que la mayoría de los actos sea punible en todos los ordenamientos legales de la OTAN<sup>(114)</sup>. Así pues corresponde al Estado de envío una prerrogativa si se trata de hechos que son dirigidos sólo contra sus bienes jurídicos, en particular su patrimonio o su seguridad (se trata de “actos inter se”) o se encuentran en conexión con actuaciones de servicio (llamado “delitos on duty”) [art. VII, apartado 3.a) CEF]<sup>(115)</sup>. Aquí se manifiestan, por un lado, los principios de personalidad pasiva y de protección; por otro lado el enjuiciamiento privilegiado de los “delitos on duty” también puede ser un resultado directo de la inmunidad estatal si se trata de actos oficiales de servicio —*acta iure imperii* no sólo *gestionis*—<sup>(116)</sup>. En todos los otros casos el Estado de recepción posee el privilegio para ejercer la jurisdicción [art. VII, apartado 3.b) NTS]. Ambos Estados podrían renunciar a la preferencia [art. VII, apartado 3.c) NTS].

(112) *OLG Stuttgart NJW* 1967, p. 508. Cfr. también SCHWENK, *NJW* 1963, p. 1425, el mismo *JZ* 1976, p. 581; MARENBACH, *NJW*, 1974, p. 1598.

(113) Más próximo WITSCH [*supra* nota (108)], pp. 73 y ss.

(114) Cfr. sobre el asesinato y el homicidio por ejemplo la investigación de HEINE/VEST en: MCDONALD/SWAAK GOLDMANN (Dir.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law I*, 2000, pp. 175 y ss.

(115) Sobre esta terminología también WITSCH [*supra* nota (108)], p. 73.

(116) Cfr. LAGODNY, *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen?* (Informe del Bundesministerium für Justiz (en adelante BMJ), 2001, [www.sbg.ac.at/ssk/lago.pdf](http://www.sbg.ac.at/ssk/lago.pdf), § 7 A.I.

Esta distribución de **competencia** es modificada por Alemania —a través del art. 19 PA-CEF en relación con el protocolo de firma (*Unterzeichnungsprotokoll* —UP—) al PA <sup>(117)</sup>— en favor del **respectivo** Estado de envío <sup>(118)</sup>. Según esto Alemania se comprometió a renunciar de manera general a la correspondiente prerrogativa en cualquiera de los casos del art. VII, apartado 3.b) CEF, si un Estado de envío lo solicita. Esta —a primera vista considerable— *pérdida de soberanía* se atenúa ya que después de veintiún días Alemania puede retirar la renuncia temporal e invocar su competencia si “importantes intereses de la justicia alemana” así lo exigen (art. 19, apartado 3 PA CEF). Según el art. 2.a) UP-PA-CEF se aplica esta regla a los actos juzgados en primera instancia por los Tribunales Superiores (§ 120 GVG) en caso de delitos referentes a la defensa del Estado, así como asesinatos y graves delitos de violencia. Por lo demás la renuncia se refiere sólo al *ejercicio* de la prerrogativa en el sentido del art. VII, apartado 3.b) CEF, mientras que la *jurisdicción* alemana permanece intacta para delitos cometidos en territorio nacional alemán <sup>(119)</sup>. En particular la jurisdicción exclusiva territorial puede recaer en el Estado de recepción (Alemania), en el caso de que la impunidad fuese la consecuencia, por ejemplo, si el Estado de envío ya no se encuentra realmente en la posición de hacer uso de su prerrogativa, porque el sospechoso deja de formar parte del ejército <sup>(120)</sup>. Los miembros de las fuerzas armadas extranjeras con una *presencia eventual* en territorio alemán también están sujetos, en principio, a la jurisdicción alemana, por lo que deben ser puestos a disposición judicial siempre que se afecten los intereses esenciales de la Administración de Justicia <sup>(121)</sup>. Éste debería ser entonces el caso si se trata de los delitos citados en el art. 2.a) UP-PA-CEF.

Mientras en los casos anteriores se trata de la jurisdicción exclusiva del Estado de envío a nivel *interestatal*, el gobierno actual de EE.UU. pretende asegurar la inmunidad de sus soldados (y de todos sus ciudadanos) **frente a la CPI** con dos mecanismos. El primero consiste en excluir de la jurisdicción de la CPI a los nacionales de Estados no parte que participen en misiones de paz autorizadas por la ONU. La Resolución inicial 1422 del 12 junio de 2002,

(117) Ley de 18-8-1961, BGBl II, pp. 1183 y 1313; promulgación de 16-6-1963, BGBl II, p. 745.

(118) OLG Nuremberg NJW 1975, pp. 2151 y 2153; *Zuständigkeitsverschiebung*. Más próximo WITSCH [*supra* nota (108)], pp. 93 y ss.

(119) Zutr. OLG Stuttgart NJW 1977, pp. 1019 y 1020; sobre esto también GRIB-BOHM [*supra* nota (8)], núm. 364.

(120) BGHSt 28, pp. 96 y 99.

(121) Cfr. art. 2 § 7 *StreikräfteaufenthaltsG* v. 20-7-1995 (BGBl II S. 554); sobre esto también BORCHMANN, NJW 1997, pp. 101 y ss.

prorrogada el 12 de junio de 2003 por Resolución 1487 un año más, señala al respecto en su inciso primero:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no* sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario” (énfasis K.A.).

Del análisis del mismo texto se desprenden varias conclusiones. La primera, que esta Resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido “autorizada” por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta Resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aunque Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (art. 12, inc. 3). La segunda conclusión se refiere a los “funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier estado no parte”; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados por lo que EE.UU. pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Como ya se apuntó críticamente, estas Resoluciones crearon dos clases de Estados<sup>(122)</sup>. Finalmente, el segundo intento de prórroga a petición de los EE.UU. no prosperó y el proyecto correspondiente tuvo que ser *retirado* el 23 de junio de 2004 en el Consejo de Seguridad<sup>(123)</sup>.

Las normas mencionadas han sido complementadas con las Resoluciones 1497 de 1 de agosto de 2003 y 1502 de 26 de agosto de 2003. La primera —autorizando una misión de paz en Liberia facilitando la salida del señor Charles Taylor a Nigeria— establece la *jurisdicción exclusiva* del Estado de

(122) Cfr. AMBOS, *Süddeutsche Zeitung* de 16-7-2002, 13 (en castellano en *Desarrollo y Cooperación* 5/2002, 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile (Chile), 7/2002, 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16-8-2002, 11; crit. también KREß, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2002, núm. 9, 1087; STAHN, *EJIL* 14 (2003), p. 85.

(123) Ver la declaración del embajador de los EE.UU. ante la ONU enfatizando el rechazo de la CPI por los EE.UU. [UN Press Release 112 (04) de 23 de junio de 2004].

envío que no sea Estado parte del Estatuto de la CPI, es decir de EE.UU., China, Rusia, India etc. <sup>(124)</sup>. La segunda calificó, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas, los ataques contra personal humanitario como crimen de guerra pero los EE.UU. vetaron una referencia explícita al Estatuto de Roma [que tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el art. 8 (2) (b) (iii) y (e) (iii)]. El art. 5 la sustituyó por una referencia a “la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley” (para. 5).

A nivel bilateral los EE.UU. logran la inmunidad a través de convenios de no-entrega de sus nacionales, que ya cerraron con más de 80 Estados <sup>(125)</sup>. La parte decisiva de estos convenios —en esencia idéntica en todos ellos— dice <sup>(126)</sup>:

1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión “persona de los Estados Unidos de América” significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (los Estados Unidos de América).
2. Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América:
  - a) entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni
  - b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada a un tercer país, con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional.

---

<sup>(124)</sup> La Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula: “7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva” (las itálicas son mías).

<sup>(125)</sup> Véase [www.iccnw.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html](http://www.iccnw.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html). De Latinoamérica han firmado hasta ahora tal Convenio El Salvador, Honduras, República Dominicana, Bolivia y Colombia.

<sup>(126)</sup> Cito aquí del Convenio con Colombia de 17-9-2003.

Los convenios se extienden así —de forma análoga a la citada resolución del Consejo de Seguridad— no sólo a los miembros de las tropas militares sino otra vez “sólo” a todos los ciudadanos de EE.UU., y también sobre cada persona que por orden del Gobierno de los EE.UU. es parte activa y también para los miembros de los Estados partes del Estatuto de Roma. Esta amplitud sobre ciudadanos no pertenecientes a los EE.UU. todavía es más clara en el correspondiente convenio firmado con Bolivia, cuando allí se dice:

“...y al personal militar que cumpla o haya cumplido funciones en el pasado para los Estados Unidos, que no tenga la nacionalidad de Estados Unidos...”<sup>(127)</sup>.

Pues bien, estos acuerdos son criticables no sólo por su extensión a nacionales no americanos, sino en mayor medida por cuanto quebranta el deber de colaboración de los Estados partes del CPI, con elevados riesgos para el orden internacional. Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si esta obligación existiese antes de un acuerdo bilateral el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado de envío (“sending state”) solamente si “un acuerdo internacional” preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea<sup>(128)</sup> y una resolución del Parlamento Europeo<sup>(129)</sup>. Así, los “Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte”, aprobados por el

<sup>(127)</sup> Convenio de 19-5-2003, párr. 1.

<sup>(128)</sup> Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)* tomo 23 (2002), p. 15; en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 2002, p. 469.

<sup>(129)</sup> Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, “la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...]” y expresa, en la letra F, su decepción “por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI” (Doc. P5\_TA-PROV(2002) 09-26; [www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES); en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (en adelante *EuGRZ*) 2002, p. 554.

Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiembre de 2002 <sup>(130)</sup>, tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes señalando, *inter alia*, que:

- S Deben tomarse en consideración los *acuerdos internacionales existentes*, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
  - S Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados partes de la CPI.
  - S Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
  - S Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no sean nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.
- c) Ponderación de intereses: ejercicio soberano de la función pública versus protección penal de los derechos humanos

La restricción de la inmunidad por razones de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional es el resultado de una **ponderación de intereses** entre la pretensión del Estado nacional de ejercer sus acciones oficiales sin ser estorbado en la mayor medida posible y la pretensión del individuo de que se protejan sus derechos fundamentales a través de la consecuente implementación de las obligaciones de persecución del Derecho Penal Internacional a nivel internacional y nacional <sup>(131)</sup>. La limitación de la inmunidad no solamente presupone que se trate de la persecución de los crímenes internacionales más gra-

---

<sup>(130)</sup> Sesión n.º 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, Doc. 12516/2002, punto 6 “Corte Penal Internacional” con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 665.

<sup>(131)</sup> Cfr. ya AMBOS, *JZ* 1999, pp. 16, 21 y ss.; en sentido semejante HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, *Joint Separate Opinion*, *supra* nota (6), párr. 5, 75; también FLAUSS, *RSDIE/SZIER* 2000, pp. 307 y ss. Para los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos como contenido de un orden público internacional, cfr. KOKOTT, *DGVR* 35 (1998).

ves, sino también que la actuación oficial del Estado afectado —su llamada **soberanía funcional**— no sería obstaculizada más allá de lo estrictamente *necesario*, ya que de lo contrario se acabaría arriesgando el *orden internacional* (diplomático) <sup>(132)</sup>. Por lo tanto, como regla general prevalece la inmunidad absoluta (*ratione personae*) de un *Jefe de Estado en funciones* ante un tribunal *nacional* a nivel de *relaciones interestatales* <sup>(133)</sup>; así pues, cualquier **acción de persecución penal** —como por ejemplo su detención—, deviene ilegal si con ella se produce una grave intervención en la soberanía funcional del Estado afectado provocando una profunda intromisión y desestabilización de las relaciones *internacionales*. El mismo principio es válido para todos los *diplomáticos*, que gozan de inmunidad personal, pues justamente sus actos garantizan la existencia de unas mínimas relaciones diplomáticas y desempeñan así una función esencial de orden y estabilidad en el sistema internacional <sup>(134)</sup>.

La **CIJ**, sin embargo, va más allá de lo necesario al extender, por un lado, la inmunidad absoluta *ratione personae* también a un Ministro de Relaciones Exteriores y, por otro lado, al limitar la responsabilidad de un antiguo Ministro a los actos realizados durante el ejercicio de su cargo, sólo si los ha realizado “in private capacity” <sup>(135)</sup>. Ya que con estos requisitos solamente es posible una persecución penal *nacional* posterior del antiguo Jefe de Estado o del antiguo Ministro de Relaciones Exteriores si se puede probar o tiene, por lo menos, la sospecha fundada de que ellos habían cometido un delito internacional de forma “privada” —una idea bastante alejada de la realidad que además conduciría al difícilmente superable problema de la limitación entre actos oficiales de servicio y actos privados <sup>(136)</sup>. Por lo demás la CIJ concede a los portadores de la inmunidad personal (ya privilegiados) una continuidad de su inmunidad aun en el caso de crímenes internacionales.

<sup>(132)</sup> Cfr. ZAPPALÀ, *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 600 y 607; de este modo ya AMBOS, *JZ* 1999, pp. 16 y 23; aprob. WIRTH, *NSiZ* 2001, p. 667.

<sup>(133)</sup> En este sentido totalmente tradicional *Princeton Principles* [supra nota (74)], p. 49: “Under international law as it exists, *sitting* heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be prosecuted while in office for acts committed in their official capacities” (destacado por el autor). También se reconoce allí (51), que la inmunidad “for sitting heads of state”, etc. pueda ser más y más cuestionada.

<sup>(134)</sup> Para WATTS [supra nota (76)], p. 19, el número de Jefes de Estado y “representantes senior” debe alcanzar a escala mundial la cifra de 500-600 personas.

<sup>(135)</sup> *CIJ* [supra nota (6)], párr. 61.

<sup>(136)</sup> De otra opinión aparentemente HIGGINS/KOOIJMANS/BUERGENTHAL, *Joint Separate Opinion*, supra nota (6), párr. 85, continúan hasta ahora el pensamiento mayoritario de la comunidad internacional y conservan la delimitación aparente por practicable.

La aquí defendida restricción jurídico-material de la inmunidad debe también conducir, en principio, a su aplicación a la **inmunidad diplomática**. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán opina que semejante limitación sólo es válida para la inmunidad estatal y no para la inmunidad diplomática porque se trata de “institutos diferentes de Derecho Internacional con sus propias reglas”, siendo esta última merecedora de atención en un doble sentido<sup>(137)</sup>. Por un lado, porque el elemento personal de la inmunidad diplomática protege también al diplomático —*ratione personae*— si no realiza actos oficiales y cuando ningún órgano “normal” del Estado gozaría de una protección a través de la inmunidad<sup>(138)</sup>. Por otro lado, porque la inmunidad diplomática no requiere de una restricción jurídico-material, pues sólo genera efectos *inter partes* (ya *supra* I) y por lo tanto terceros Estados no se ven impedidos, en principio, a llevar a cabo una persecución penal (excepto art. 40 *CVRD*). Las consideraciones basadas en los Derechos Humanos pueden, sin embargo, jugar un papel relevante si se trata de la persecución de un diplomático “en” y “por” el Estado de recepción y si se trata de actos no oficiales que quedarían abarcados por la inmunidad *ratione personae*. Aquí debería hacerse un balance, como en el caso de la inmunidad estatal, tomando en consideración la gravedad de los crímenes cometidos y las posibles consecuencias que la recusación de la inmunidad diplomática tendría para el orden internacional. Por supuesto es necesario diferenciar entre la *persecución penal* de un diplomático y las *medidas de orden policial* contra un diplomático. Ciertamente en una embajada, en la que se ha asesinado y torturado, no puede tener validez el derecho de inmunidad, así como tampoco en el caso de un Jefe de Estado que ordenó el citado delito<sup>(139)</sup>. Además el Estado de recepción tiene el derecho<sup>(140)</sup> —conforme a la idea de legítima defensa— de tomar contramedidas para intervenir si desde una embajada se cometen hechos delictivos, como por ejemplo disparar<sup>(141)</sup>. Por último el diplomático también tiene que respetar la Ley del Estado de recepción (art. 41 I *CVRD*). Sin embargo todo esto no debe conducir automáticamente a una persecución penal del diplomático. Más bien el Estado de recepción tiene que tomar antes de nada medidas policiales y jurídico-diplomáticas, en concreto debe declarar al diplomático criminal *persona non grata*.

---

(137) *BVerfGE* 96, pp. 68, 84 y s.

(138) Cfr. también *BVerfGE* 16, pp. 27, 34 y ss.; *BVerfGE* 96, pp. 68 y 85.

(139) DOEHRING [supra nota (1)], núm. 684.

(140) Así mismo DOEHRING [supra nota (1)], núm. 684; de opinión abierta BROWNLIE [supra nota (1)], pp. 348.

(141) Cfr. en este sentido también el “Libyen-Botschaftsfall”; sobre esto FISCHER [supra nota (1)], § 35, núm. 38.

## IV. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

AHLBRECHT/AMBOS (Dir.), *Der Fall Pinochet(s)*, 1999; AMBOS, “Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht”, *JZ* 1999, 16; BOTHE, “Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane”, *ZaöRV* 31 (1971), 246; BRÖHMER, *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997; CASSESE, “When may senior state officials be tried for intern. Crimes?”, *EJIL* 13 (2002), 853; DELMAS-MARTY, “La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)”, en: CASSESE/DELMAS-MARTY (Dir.), *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, 2002, p. 613; FASTENRATH, “Möglichkeiten u. Grenzen repressiven Menschenrechtsschutzes etc.”, en: v. SCHORLEM (Dir.), *Praxishandbuch UNO*, 2002, p. 369; FLAUSS, “Droit des immunités et protection internationale es droits de l’homme”, *RSDIE/SZIER* 2000, 299; FOLZ/SOPPE, “Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gg. Regierungsmitglieder anderer Staaten”, *NStZ* 1996, 576; GUILHERME DE ARAGÃO, “Grenzen des Weltrechtsgrundsatzes: Der Haftbefehl Fall des IGH”, *HuV* 2002, 77; HERDEGEN, “Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Straf Gewalt”, *ZaöRV* 47 (1987) 221; HORMAZÁBAL MALARÉE, “La inmunidad del Jefe del Estado”, en: GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO (Dir.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, 163; KREB, “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, *IYHR* 30 (2000) 103; LÜKE, *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000; MARENBACH, “Aktuelle Probleme des Nato-Truppenstatuts”, *NJW* 1974, 1598; RUMPF, *Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969; RÜPING, “Die völkerr. Immunität im Strafverfahren”, *Kleinknecht FS*, 1985, p. 397; H. SCHULTZ, “Zur Regelung des räuml. Geltungsbereiches durch den E 1962”, *GA* 1966, p. 193; WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, pp. 171 y ss.; WIRTH, “Immunities, related problems, and art. 98 of the Rome Statute”, *CLF* 12 (2001), p. 429; id., “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in The Congo v. Belgium Case”, *EJIL* 13 (2002), 877; WITSCH, *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen*, 1970; ZAPPALÁ, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes?” usw., *EJIL* 12 (2001), p. 595.

**V. RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS**

AVR	Archiv des Völkerrechts.
BGBI	Bundesgesetzblatt.
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen.
BGHT	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán).
BMI	Bundesministerium des Inneren.
BMJ	Bundesministerium für Justiz (Ministerio de Justicia).
BR-Drucks	Bundesrat Drucks (Boletín de las Cortes).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán).
BVerfGE	Entscheidungen Bundesverfassungsgericht (Colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán).
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht.
CDI	Comisión de Derecho Internacional (ONU).
CEF	Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas.
CIJ	Corte Internacional de Justicia.
CPI	Corte Penal Internacional.
CVDI	Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
CVDT	Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.
CVRC	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift.
EJIL	European Journal of International Law.
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift.
FS	Festschrift.
GA	Goltdammer's Archiv.
GG	Grundgesetz (Constitución Alemana).
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial).
HRLJ	Human Rights Law Journal.
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly.
IELR	International Enforcement Law Reporter.
ILC	International Law Commission.
IMG Statut	Statut des Internationalen Militärgerichtshofe.
JZ	Juristenzeitung.
núm.	número marginal.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
OEA	Organización de Estados Americanos.

---

OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia del Land).
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de la droit international.
RGDIP	Revue générale de droit international public.
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal).
TMI	Tribunal Militar Internacional.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.
UNTS	UN Treaty Series.
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

---

# JURISPRUDENCIA

---

## ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

---

### A

#### **Acceso a la justicia:**

- STC 21/2005, de 1 de febrero ..... 143
- STC 12/2005, de 31 de enero ..... 139

#### **Aclaración de sentencia:**

- STS 28/2005, de 14 de enero ..... 213

#### **Alzamiento de bienes:**

- STS 1459/2004, de 14 de diciembre ..... 201

#### **Animales dañinos:**

- SAP Guipúzcoa 250/2004, de 17 de diciembre ..... 269

#### **Apropiación indebida:**

- STS 1217/2004, de 2 de noviembre ..... 160
- STS 1416/2004, de 2 de diciembre ..... 194
- STS 104/2005, de 31 de enero ..... 229
- SAP Barcelona 925/2004, de 13 de octubre ..... 251
- SAP Barcelona 1013/2004, de 18 de octubre ..... 253

**Asistencia letrada:**

- STS 1303/2004, de 3 de noviembre ..... 172
- STS 1355/2004, de 18 de noviembre ..... 183

**C**

**Circunstancia agravante (motivos racistas):**

- SAP Gerona 814/2004, de 4 de octubre ..... 241

**Circunstancia atenuante (arrepentimiento):**

- SAP Vizcaya 90/2004, de 22 de septiembre ..... 239

**Concurso de delitos:**

- STS 104/2005, de 31 de enero ..... 229

**Consecuencias accesorias:**

- AAP Castellón 390/2004, de 28 de diciembre ..... 272

**Contrabando:**

- SAP Vizcaya 686/2004, de 16 de noviembre ..... 262

**Cuestión de competencia:**

- STS 1340/2004, de 17 de noviembre ..... 181

**D**

**Delitos contra la integridad moral:**

- STS 1218/2004, de 2 de noviembre ..... 166

**Delitos contra la seguridad del tráfico:**

- SAP Gerona 823/2004, de 6 de octubre ..... 244

**Delitos contra las relaciones familiares:**

- SAP Ciudad Real 270/2004, de 13 de diciembre ..... 266

	Página
<b>Delitos relativos a la ordenación del territorio:</b>	
— SAP Valencia 545/2004, de 8 de septiembre .....	235
<b>Delitos relativos a la propiedad intelectual:</b>	
— SAP Lérida 467/2004, de 8 de octubre .....	250
<b>Delitos societarios:</b>	
— STS 1217/2004, de 2 de noviembre .....	160
— SAP Valladolid 336/2004, de 4 de octubre .....	242
— SAP Barcelona 287/2004, de 9 de noviembre .....	258
<b>Denuncia falsa:</b>	
— SAP Asturias 247/2004, de 7 de octubre .....	246
<b>Derecho penal de menores:</b>	
— STC 243/2004, de 16 de diciembre .....	129
— SAP Zaragoza 427/2004, de 28 de diciembre .....	270
<b>Derechos del interno en centro penitenciario:</b>	
— AAP Barcelona 519/2004, de 27 de octubre .....	256
<b>Descubrimiento y relevación de secretos:</b>	
— STS 1219/2004, de 10 de diciembre .....	198
<b>Detención ilegal:</b>	
— STS 1339/2004, de 24 de noviembre .....	186
<b>Detención ilegal (por funcionario público):</b>	
— STS 1352/2004, de 22 de noviembre .....	185
<b>Dilaciones indebidas:</b>	
— STS 1387/2004, de 27 de diciembre .....	210
— STS 50/2005, de 28 de enero .....	226

E

**Error de prohibición:**

- STS 1219/2004, de 10 de diciembre ..... 198
- STS 1516/2005, de 21 de enero ..... 223

**Error de tipo:**

- STS 1516/2005, de 21 de enero ..... 223

**Estafa:**

- STS 1217/2004, de 2 de noviembre ..... 160
- SAP Barcelona 901/2004, de 7 de octubre ..... 247

**Estafa informática:**

- STS 1476/2004, de 21 de diciembre ..... 204

**Expulsión de extranjeros:**

- STS 1546/2004, de 21 de diciembre ..... 207
- AAP Gerona 603/2004, de 18 de octubre ..... 255

F

**Falsedad documental:**

- STS 104/2005, de 31 de enero ..... 229

**Falta de jurisdicción:**

- STS 60/2005, de 17 de enero ..... 215

I

**Imparcialidad del juzgador:**

- STS 64/2005, de 26 de enero ..... 225

	Página
<b>Indefensión:</b>	
— STC 248/2004, de 20 de diciembre .....	136
<b>Inviolabilidad de los parlamentarios:</b>	
— STS 1533/2004, de 21 de diciembre .....	205
<b>L</b>	
<b>Libertad de expresión:</b>	
— STC 22/2005, de 1 de febrero .....	146
<b>M</b>	
<b>Multa:</b>	
— STS 1226/2004, de 2 de noviembre .....	168
<b>P</b>	
<b>Penas accesorias:</b>	
— STS 1378/2004, de 29 de noviembre .....	192
<b>Prescripción del delito:</b>	
— STS 1280/2004, de 8 de noviembre .....	175
<b>Principio acusatorio:</b>	
— STS 1308/2004, de 15 de noviembre .....	179
— SAP Vizcaya 629/2004, de 9 de septiembre .....	237
<b>Principio de personalidad activa:</b>	
— STS 1465/2004, de 9 de diciembre .....	196
<b>Prueba (denegación):</b>	
— STS 1247/2004, de 29 de octubre .....	157

**Prueba testifical:**

- STS 1312/2004, de 10 de noviembre ..... 176

Q

**Quebrantamiento de medidas cautelares:**

- SAP Vizcaya 629/2004, de 9 de septiembre ..... 237

**Quebrantamiento de condena:**

- SAP Zaragoza 427/2004, de 28 de diciembre ..... 270

R

**Recurso de apelación:**

- STS 1265/2004, de 2 de noviembre ..... 170

**Responsabilidad civil derivada del delito:**

- STS 35/2005, de 20 de enero ..... 217  
 — AAP Barcelona 465/2004, de 4 de octubre ..... 240  
 — SAP Zaragoza 356/2004, de 4 de octubre ..... 243  
 — AAP Barcelona 497/2004, de 18 de octubre ..... 252  
 — AAP Cáceres 180/2004, de 15 de noviembre ..... 261

**Retroactividad de la ley más favorable:**

- SAP Asturias 247/2004, de 7 de octubre ..... 246

**Robo con violencia:**

- STS 1332/2004, de 11 de noviembre ..... 178

S

**Simulación de delito:**

— STS 1550/2004, de 23 de diciembre .....	209
---	-----

T

**Tráfico de drogas:**

— STS 1151/2004, de 21 de octubre .....	154
---	-----

**Tribunal del Jurado:**

— STS 20/2005, de 21 de enero .....	220
— SAP Las Palmas 209/2004, de 13 de diciembre .....	264

V

**Violencia doméstica:**

— SAP Valladolid 270/2004, de 1 de septiembre .....	233
---	-----

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 243/2004 del Pleno del TC de 16 de diciembre de 2004  
(BOE 21 de enero de 2005) (Recurso de inconstitucionalidad 2375/1995)**

DERECHO PENAL DE MENORES

**Art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE**

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

## SÍNTESIS

*Se declaran inconstitucionales diversos preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**4.** A fin de avanzar un paso más en la delimitación conceptual de la competencia autonómica que nos ocupa debemos recordar que, como ya se ha dicho, la competencia exclusiva sobre “instituciones públicas de protección y tutela de menores” le fue transferida a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a través del art. 5.1.a) de la

Ley Orgánica 9/1992, integrándose en el texto estatutario con ocasión de la reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo. Ni que decir tiene que, como acertadamente apunta el Letrado de la Comunidad Autónoma, esta competencia autonómica ha de cohonestarse con otros títulos competenciales exclusivos de titularidad estatal y que operan sobre la misma realidad social. Así figura, explícitamente, en

diversos Estatutos de Autonomía, donde se hace uso de la cláusula “sin perjuicio de la legislación civil, penal y penitenciaria” (v. gr., arts. 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 10.14 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco; 13.23 del Estatuto de Autonomía para Andalucía; 44.23 Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; y 7.1.32 del Estatuto de Autonomía para Extremadura).

Importa ceñir el análisis a las relaciones entre la competencia exclusiva autonómica que nos ocupa y la legislación penal y penitenciaria, sectores del ordenamiento jurídico que, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE, se sitúan por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Una tarea que debemos emprender teniendo presente el diferente alcance de las competencias autonómicas de ejecución de la legislación penitenciaria y sobre “protección y tutela de menores”, que es la aquí específicamente concernida. De tal suerte que si para aprehender el perímetro de la primera sería necesario recordar la doctrina general elaborada por este Tribunal en torno al deslinde de los conceptos “legislación” y “ejecución” (SSTC 103/1999, de 3 de junio, FJ 4, y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6), no sucede lo mismo en el caso de la segunda, donde las Comunidades Autónomas disponen de un mayor espacio de intervención.

Hecha esta precisión, interesa subrayar que en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación de “elementos sancionadores y (re)educativos” (STC 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4). Esta peculiar combinación responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al “interés superior” del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. En el art. 40.1 de este mismo texto internacional, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990, se reconoce el derecho del menor acusado o declarado cul-

pable de haber infringido las leyes penales a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Finalmente, y para concluir con este breve examen de la normativa internacional de relevancia para la materia, resulta oportuno indicar que, de acuerdo con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como “Reglas de Beijing” de 28 de noviembre de 1985, el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a “las circunstancias del delincuente y del delito”, sino que también debe atender al bienestar de estos menores (en especial, reglas 5 y 14).

Esta preponderancia de los aspectos atinentes a la integración y reinserción social de los menores explica la mayor extensión de las competencias autonómicas en el ámbito que nos ocupa. Limitándonos ahora a la intervención de las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, aspecto específicamente regulado en la Ley impugnada, y dejando por tanto al margen cualquier consideración respecto de las acciones preventivas de la delincuencia infantil y juvenil, debemos afirmar que dicha intervención no debe agotarse insoslayablemente en la ejecución material de las medidas judicialmente acordadas sino que podrá extenderse a cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad, especialmente mediante el diseño de programas y actuaciones, de carácter eminentemente educativo y responsabilizador, que apoyen los procesos individuales de reinserción.

5. Consecuentemente, en este ámbito las competencias estatales del art. 149.1.6 CE no actúan como presupuesto habilitante

de la función ejecutiva a desarrollar por las Comunidades Autónomas sino como límite de su acción normativa. Se trata, por ello, de averiguar si los preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995 específicamente impugnados en este proceso constitucional han franqueado ese límite, tarea que iniciamos con la sucinta exposición de los argumentos aducidos por las partes personadas en relación con los arts. 4.1, “in fine”, y 5.

El art. 4.1 establece que las medidas de corrección aplicables a los menores podrán ser “bien las que enumera el artículo 2.4 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, bien otras medidas enumeradas en el artículo siguiente y tendentes a evitar el proceso”. El recurso se ciñe a este último inciso, así como al art. 5, que presenta el siguiente contenido:

“Artículo 5. Medidas tendentes a evitar el proceso.—Las medidas que tienden a evitar el proceso penal son:

1. La reparación extrajudicial del daño supone un enfrentamiento del menor con su propia conducta y las consecuencias derivadas de ella, realizado a través de una intervención de tipo educativo y por instancia judicial. La reparación del daño implica la responsabilización del menor por sus actos a través de la obligación de reparar o compensar en todo o en parte los daños causados según sus propias posibilidades.

De acuerdo con la víctima se procederá a la cuantificación del mismo, y el modo y tiempo de realización de la actividad reparadora. En ningún momento se aceptará cantidad ni reparación alguna que no provenga del trabajo o actividad del propio menor. El consentimiento del menor quedará reflejado por escrito.

2. La conciliación participa de la anterior en todas sus finalidades excepto en relación con el carácter económico. Se realizará en unidad de acto y con constancia por escrito”.

Según se ha reseñado con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Abogado del Estado sostiene que en estos preceptos el Parlamento de las Illes Balears ha llevado a cabo una ampliación de las medidas correctoras previstas en su momento por la Ley Orgánica 4/1992, y lo ha hecho con el expreso propósito de evitar el proceso, desbordando con ello el ámbito de las competencias autonómicas de ejecución, que en ningún caso permiten la innovación sustantiva de las normas procesales. Para el Abogado del Estado la naturaleza procesal del contenido de estos preceptos legales no puede ofrecer duda, pues regulan supuestos tendentes a evitar la existencia misma del proceso, aun cuando subsistan las facultades que al Juez de menores se atribuyen en la mencionada Ley Orgánica estatal.

Por su parte, el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears niega que los preceptos legales en cuestión innoven en modo alguno lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1992, pues en ésta ya se menciona la reparación del daño como medida tendente a evitar el proceso, figura con la que guarda una notable similitud la conciliación, como así se pone de relieve en el art. 5.2 de la Ley impugnada. En opinión del Letrado autonómico, en el ámbito de la justicia juvenil el diseño de medidas que puedan evitar el proceso representa una contribución a la consecución del objetivo de ahorrar al menor las consecuencias aflictivas de una imputación formal. Siendo éste el propósito al que responde el art. 5 de la Ley 6/1995, se hace notar que el mismo no incluye ningún trámite preceptivo ni restringe los poderes del Juez sino que únicamente fija directrices para la acción de la Administración.

6. A la hora de exponer los motivos que nos llevan a concluir que los preceptos legales impugnados no se acomodan al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias hemos de comenzar asentando como premisa insoslayable de nuestro razonamiento la relativa a la naturaleza procesal del procedimiento utilizado para el

ejercicio de la función correctora por los Juzgados de Menores, que forman parte del Poder Judicial como “órganos jurisdiccionales ordinarios pero especializados” (por todas, SSTC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 6; 211/1993, de 28 de junio, FJ 4; y 233/1993, de 12 de julio, FJ 2). De esta misma naturaleza participan los preceptos legales recurridos, sin que existan particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que justifiquen su aprobación.

a) El carácter procesal de las previsiones legales recurridas resulta, en primer lugar, de la atención al elemento teleológico singularizado por el legislador autonómico, que ha hecho hincapié precisamente en la idoneidad de estas medidas para “evitar el proceso” (art. 4.1, último inciso, y primera frase del art. 5).

En segundo lugar, interesa señalar que esa expresa identificación de la finalidad perseguida se corresponde con el contenido normativo de las disposiciones legales impugnadas. En la definición de las dos figuras el legislador balear ha partido de la necesidad insoslayable de la intervención de “instancia judicial” (art. 5.1, primer párrafo), estableciendo requisitos inexcusables para que ambas surtan el efecto de evitar el proceso. Así se exige, en el caso de la reparación extrajudicial del daño, que la cantidad o reparación provenga únicamente “del trabajo o actividad del propio menor”, cuyo consentimiento “quedará reflejado por escrito” (art. 5.1, segundo párrafo). Con respecto a la conciliación se ordena su realización “en unidad de acto y con constancia por escrito” (art. 5.2).

No nos hallamos, por tanto, y frente a lo sostenido por el Letrado autonómico, ante preceptos legales que contengan directrices de actuación de la Administración autonómica en la materia, como podría ser el caso si se dirigiera a ésta el mandato de propiciar la composición extraprocesal. Tampoco nos encontramos frente al diseño de medidas complementarias, de carácter eminentemente educativo, adoptadas por el legislador au-

tonómico en ejercicio de la competencia exclusiva sobre “protección y tutela de menores”, como sucede en el art. 8 de la propia Ley 6/1995.

Se trata, por el contrario, de la regulación de los requisitos que determinados actos, en este caso la reparación o compromiso de reparación del daño y la conciliación entre el menor y la víctima, deben reunir para que el proceso no concluya mediante sentencia en la que, llegado el caso, se impongan al menor medidas de contenido educativo-sancionador. Unos requisitos que no figuraban en el art. 2.2.6 de la Ley Orgánica 4/1992, precepto que ni tan siquiera hacía mención a la conciliación, ni se han incluido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Cñiendo nuestra labor de cotejo y contraste a esta última norma, dada su vigencia en el momento de resolver este recurso de inconstitucionalidad (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 7), hemos de aludir al art. 19, donde se contemplan la reparación del daño y la conciliación como causas de sobreseimiento del expediente instruido por el Ministerio Fiscal. Hallándonos, pues, ante un supuesto en el que se decide nada menos que el ejercicio de la acción penal, resulta inconcusa la naturaleza procesal de cuantas medidas puedan determinar el sentido de tal decisión y la consiguiente limitación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en este punto.

b) Afirmado el carácter procesal de lo dispuesto en los art. 4.1 “in fine” y 5 de la Ley 6/1995, debemos constatar que no existen particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que, al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE, permitan al Parlamento de las Illes Balears introducir en su ordenamiento este tipo de normas.

En este sentido debemos recordar una vez más que “las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de ju-

nio, FJ; 121/1992, de 28 de septiembre; FJ 4 y 121/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)” (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4).

Sentado lo cual debemos advertir que, en primer término, la Ley 6/1995 no contiene particularidad sustantiva alguna atinente al extremo que nos ocupa, toda vez que el propósito al que respondiera su aprobación no era otro que el de regular la actuación autonómica en la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores, según lo contemplado en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1992 (art. 1.1 de la Ley autonómica). Por otro lado, y consecuentemente con cuanto tuvimos ocasión de exponer al examinar el alcance y contenido de la competencia autonómica en materia de “protección y tutela de menores”, tampoco cabe establecer ese vínculo entre las ramas sustantiva y procesal por relación a la Ley 7/1995, cuyo contenido es ajeno a la función correctora de los menores ejercida por los Juzgados de Menores, pues versa sobre la guarda y protección de menores desamparados o en situación de riesgo.

Por las razones expuestas debemos declarar la inconstitucionalidad de estos preceptos legales por invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal.

7. El segundo bloque de preceptos legales impugnados está integrado por los arts. 6 y 7 de la Ley 6/1995 del Parlamento de las Illes Balears, cuya literalidad parece oportuno tener presente:

“Artículo 6. Medidas judiciales en medio abierto.—Serán las dictadas por el juez en cualquier momento del proceso o en la resolución del mismo e implican la no separación del menor del lugar de su residencia habitual.

1. La amonestación se llevará a cabo en la forma en que se considere conveniente para el cumplimiento del fin de concienciación y responsabilización del reproche social de los actos del menor. Podrá ser llevada a cabo directamente por el juez o delegarla en la autoridad administrativa. Consistirá en realizar con el menor un análisis de los actos realizados, el reproche social que los mismos suponen, y las consecuencias que de ellos pueden derivarse, instándole a la no realización de los mismos.

2. La libertad vigilada se adoptará siempre que sea aconsejable y será realizada por el equipo específico de la Dirección General de Juventud, Menores y Familia que se determine, y consistirá en la ayuda socio-educativa por medio del control y seguimiento desarrollado con la colaboración de los recursos sociales y educativos del entorno del menor de manera continuada con la finalidad de que el menor consiga su autonomía personal y una efectiva integración sociofamiliar.

3. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad es una actividad de interés general en beneficio de toda la colectividad consistente en la obligación de prestar cooperación, de carácter gratuito, en determinados servicios públicos o en entidades de carácter privado sin ánimo de lucro y con fines de interés social. A tal efecto, la resolución judicial fijará la duración de la prestación a desarrollar que se llevará a cabo en períodos compatibles con la actividad laboral o formativa del menor.

4. Se ofrecerá al menor tratamiento ambulatorio, cuando así se resuelva, en los centros de salud, unidades de salud mental, centros de día y cuantos centros se habiliten para ello dentro de la red ordinaria.

5. La acogida por otra persona o núcleo familiar supone otorgar temporalmente la guarda de un menor a una persona o personas distintas de aquellas con las que venía conviviendo, con la intervención de la entidad pública, con el objeto de recibir el apoyo suficiente para una atención y educación adecuadas a su edad y circunstancias. La Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores”.

“Artículo 7. Medidas judiciales en un medio institucional.—1. El internamiento de uno a tres fines de semana se llevará a cabo por determinación del juez en cualquiera de los centros de régimen semiabierto o cerrado de que dispone la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Se entenderá, a efectos de esta ley, por fin de semana desde las 20 horas del viernes a las 8 horas del lunes sin que la duración total de la medida pueda exceder de 48 horas.

2. En el internamiento en régimen abierto el menor tendrá la obligación de residir en un centro, integrado en el ámbito de protección, en un régimen de convivencia similar al familiar, realizando fuera del centro sus actividades escolares o laborales, pudiendo disfrutar de fines de semana y períodos vacacionales en su propio hogar si ello es posible y se considera conveniente por el equipo técnico del centro.

3. El internamiento en un centro de carácter terapéutico se realizará en aquellos centros residenciales que ofrecen tratamiento especializado de carácter sanitario y educativo a través de la red ordinaria, tales como comunidades terapéuticas, unidades hospitalarias y cuantos recursos se habiliten para ello.

4. El internamiento en régimen semiabierto consiste en la obligación de residir en centros de carácter socioeducativo en los que el menor desarrolle hábitos de convivencia, actividades rehabilitadoras y apoyo psicosocial en relación supervisada con el medio donde esté ubicado.

Las salidas del centro por parte del menor deberán ser puestas en conocimiento del Juzgado y del Ministerio Fiscal.

Las actividades escolares y prelaborales podrán realizarse fuera del centro en aquellos casos en que no se ponga en peligro la aplicación de la medida.

5. El internamiento en régimen cerrado impone la obligación de residir en un centro de tratamiento socioeducativo en el que el menor desarrolle hábitos de convivencia y en el que se someta a actividades rehabilitadoras y apoyo psicosocial. Los centros de cumplimiento de régimen cerrado estarán a cargo de personal con formación específica que garantice la custodia y seguridad de los menores así como su seguimiento individualizado. Los menores sujetos a esta medida no podrán salir del centro sin autorización judicial y cuando sea necesario lo harán acompañados de personal habilitado”.

En opinión del Abogado del Estado estos preceptos invadirían las competencias exclusivas del Estado sobre legislación procesal y penal (art. 149.1.6 CE), así como las relativas a la determinación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). En especial, sostiene que estos preceptos regulan una materia que se inserta en el ámbito del Derecho penal por la directa relación de las medidas correctoras con los criterios de lo injusto y de la culpabilidad así como por su íntima conexión con los fines perseguidos, en los que se reconoce el predominio de la prevención especial y la rehabilitación. Todo ello determina, siempre según el Abogado del Estado, que desde el punto de vista competencial la ubicación sistemática de esta regulación se incardine en la materia Derecho penal, atribuida en exclusiva al legislador estatal; más concretamente, al legislador orgánico en virtud del art. 81 CE, habida cuenta de la limitación de derechos fundamentales que implica.

Por su parte el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sostiene que con estos preceptos legales se pretende únicamente guiar la actuación ejecutiva de la Administración autonómica, sin incidir en la tipificación de las conductas ni en el establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, esferas propias de lo penal. Partiendo de esta premisa general, examina luego pormenorizadamente cada uno de los apartados en los que se dividen los artículos 6 y 7, para concluir que su contenido se acomoda plenamente a la competencia sobre “protección y tutela de menores” (art. 10.35 EAIB).

**8.** Expuestas sucintamente las posiciones sostenidas por las partes personadas en este proceso acerca de la constitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Ley 6/1995, debemos comenzar señalando que las medidas correctoras que pueden acordar los órganos jurisdiccionales integrantes de la justicia de menores representan las consecuencias jurídicas diseñadas por el legislador para el menor infractor. Habida cuenta de que las mismas conllevan una privación o restricción de bienes jurídicos, resulta indiscutible la incardinación constitucional de la definición de su contenido en el ámbito de la legislación penal. Se trata, por lo demás, de un criterio ya avanzado en nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero, en particular FFJJ 7 y 8, entonces por referencia al principio de tipicidad.

Consecuentemente, habremos de declarar contrarios al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias aquellos apartados de los preceptos legales impugnados que incorporen una determinación del contenido de las medidas. Ello es así por cuanto incorporan una especificación de la carga aflictiva de la resolución cuya ponderación está reservada al legislador estatal en virtud del art. 149.1.6<sup>ª</sup> CE.

En otro orden de cosas interesa recordar que no nos hallamos aquí en presencia de una relación competencial establecida sobre el binomio bases/desarrollo, sino ante una competencia exclusiva del Estado, por lo que la simple enunciación de las medidas que

contiene el art. 2.4 de la Ley Orgánica 4/1992 no habilita el desarrollo normativo autonómico, interpretación que parece apuntar el Letrado de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Por la misma razón tampoco es relevante que la definición del contenido de las medidas se acomode a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, lo que resulta harto discutible en diversos supuestos, como es el caso de la amonestación o el internamiento de fin de semana.

A mayor abundamiento, cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad, entonces nos hallamos en el ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del art. 81.1 CE (por todas, STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2). Esto es lo que sucede en las medidas reguladas en el art. 7 de la Ley autonómica, que implican todas ellas privación de libertad. Consecuentemente, la definición que el legislador autonómico ha hecho de su contenido, prestando especial atención a las obligaciones que conllevan para el menor infractor, representa una intromisión en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal.

Por lo que respecta al art. 6, debemos apreciar vulneración del sistema de distribución de competencias en aquellos apartados en los que se procede a una definición del contenido de las medidas correctoras que pueden imponer los Jueces de Menores. Esto deja a salvo el apartado cuarto, pues en él se contiene únicamente una previsión organizativa relativa a los centros y unidades en los que la Administración autonómica podrá dispensar tratamiento ambulatorio a los menores y la segunda frase del apartado cinco, de acuerdo con la cual “la Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores” en el caso de que la medida consistiera en la acogida por otra persona o núcleo familiar, ahora por referencia a la “convivencia con otra persona, familia o grupo educativo” [art. 7.1 i) de la Ley Orgánica 5/2000].

**9.** Llegados a este punto parece conveniente precisar el alcance de los efectos de nuestro pronunciamiento. Concretamente, y

habida cuenta de que los arts. 4.1 “in fine” y 5 permanecieron suspendidos en virtud del ATC 292/1995, de 24 de octubre, debemos señalar que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de los preceptos legales impugnados, con las salvedades ya reseñadas, no afectará, por razones de seguridad jurídica, a las resoluciones firmes que hubieran podido dictarse formalmente en aplicación de los arts. 6 y 7 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en ejecución de las medidas judiciales sobre menores infractores.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

Estimar en parte el recurso de inconstitucionalidad núm. 2375/1995 y declarar que son inconstitucionales y, en consecuencia, nulos los siguientes preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores:

a) El artículo 4.1, último inciso (“bien otras medidas enumeradas en el artículo siguiente y tendentes a evitar el proceso”), y el artículo 5.

b) Los artículos 6 (a excepción del apartado cuarto y de la segunda frase del apartado quinto, “La Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores”) y 7, con los efectos señalados en el fundamento jurídico noveno.

### **Sentencia 248/2004 de la Sala 1.ª del TC de 20 de diciembre de 2004 (BOE 21 de enero de 2005) (Recurso de amparo 3943/2002)**

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

**Arts. 80, 81, 84 y 136 Código Penal; 24.1 CE**

Ponente: **Excm. Sra. D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde**

#### SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por haberse tramitado el incidente de ejecución de sentencia sin audiencia del condenado y haberse denegado la suspensión de la ejecución de la pena sin la motivación constitucionalmente exigida.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La demanda de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado de lo Penal núm. 12

de Valencia de 15 de mayo de 2002, que denegó la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas en Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia

Provincial de Valencia de 11 de marzo de 2002. Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes, el recurrente alega la vulneración del derecho de defensa (art. 24.1 CE) por haberse tramitado el incidente de ejecución de la Sentencia sin darle oportunidad de alegar la concurrencia de los requisitos para la concesión de la suspensión de las penas privativas de libertad impuestas y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por habersele denegado la suspensión de la ejecución de dichas penas sin la motivación exigida por la Constitución, dado que no se tomó en consideración que los antecedentes penales deberían haber sido cancelados a los efectos del art. 81.1 del Código Penal (CP) de conformidad con lo dispuesto el art. 136 CP.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación de la demanda de amparo tanto por vulneración del derecho de defensa, ya que el incidente de ejecución de la Sentencia se habría sustanciado “inaudita parte”, como porque la resolución judicial impugnada no se ajusta a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho que, en relación con las instituciones conectadas con la libertad, exige la ponderación específica de los fines de la institución y las circunstancias personales del penado.

(...)

**3.** Entrando ya en el fondo de las pretensiones, ha de otorgarse la razón al recurrente de amparo tanto en cuanto a la vulneración del derecho de defensa como en cuanto a la vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, garantías ambas comprendidas en el derecho que tienen todas las personas a “obtener la tutela judicial de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1 CE).

Hemos de recordar que, al menos, desde la STC 4/1982, de 8 de febrero (FJ 5), este Tribunal viene declarando que “el derecho fundamental... (a) obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales,... en el

ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que ‘en ningún caso pueda producirse indefensión’; lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad... se conculca... cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa” (reiterado entre muchas STC 124/1994, de 25 de abril, FJ 2). De modo que este derecho comporta en primer término el de ser llamado al proceso en el que se sustancian pretensiones que afectan a sus derechos e intereses legítimos, como primera garantía que asegura el derecho a intervenir en el proceso (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 216/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).

Como ya ha quedado reflejado en los antecedentes, el incidente de ejecución de la Sentencia cuyo objeto específico era la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad, se tramitó sin dar la oportunidad al condenado de alegar lo que hubiera considerado pertinente. Pues bien, llegados aquí hemos de destacar, de un lado, que el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del Estado; y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado (SSTC

25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 7/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

Como recuerda el Ministerio Fiscal, son varios los preceptos del Código Penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados —arts. 80.2, 81.3, 84.2 CP—, y aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio europeo de derechos humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. los Países Bajos*, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso *Sánchez Reisse c. Suiza*, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto *Toht c. Austria*, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto *Kotsaridis c. Grecia*, § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código penal exige para la concesión de dicho beneficio —art. 81 CP—, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el art. 80.1 CP.

4. Como acabamos de recordar en la STC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3,

“una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)” (FJ 3).

Pues bien, en el caso que ahora enjuiciamos, el Auto recurrido es una resolución estereotipada, en la que tan solo se efectúa una remisión a la hoja histórico-penal del condenado. Sin entrar a valorar si una motivación por remisión a la hoja histórico penal del penado, de la que parece deducirse de forma implícita la ausencia del requisito previsto en el art. 81.1 CP —haber delinquido por primera vez—, puede satisfacer con carácter general las exigencias de motivación requeridas por la jurisprudencia de este Tribunal, es obligado concluir, de acuerdo una vez más con el Ministerio Fiscal, que no puede considerarse suficiente en el presente caso ya que de dicha hoja no deriva el dato relevante a los efectos de la consideración concurrente o ausente dicho requisito. En efec-

to, el art. 81.1 CP establece que a los efectos del requisito consistente en haber delinquido por primera vez “no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código”. Por consiguiente, resultaba indispensable saber si los antecedentes penales habían sido cancelados o debieran haberlo sido, máxime, cuando, como recuerda el Ministerio Fiscal, en la Sentencia condenatoria no había pronunciamiento alguno sobre la agravante de reincidencia.

En este contexto, la audiencia del condenado hubiera permitido poner en conocimiento del órgano judicial, en su caso, la eventual cancelación de sus antecedentes.

5. Si bien la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, tanto en su vertiente de derecho a una resolución fundada en Derecho, como a que ésta se preste sin indefensión,

requiere normalmente, además de la declaración de la vulneración misma, la anulación de la resolución judicial causante de dicha vulneración y la retroacción de actuaciones a los efectos de la subsanación de la indefensión producida o de que el órgano judicial efectúe un nuevo pronunciamiento fundado razonablemente en Derecho, en un caso como el presente la estimación del amparo ha de tener como efecto exclusivamente el reconocimiento del derecho de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado [art. 55.1.c) LOTC]. El Auto de 15 de mayo de 2002 contiene, entre los pronunciamientos de su parte dispositiva, el relativo a que se “continúe la ejecución de lo fallado en la precedente Sentencia firme en su normal trámite”. Con base en ello se ejecutó la condena, se liquidó y se declaró extinguida con fecha de 16 de mayo de 2003. En consecuencia, su anulación comportaría mayores perjuicios en el recurrente y, en todo caso, no podría producir la reparación “in integrum” de la vulneración causada.

**Sentencia 12/2005 de la Sala 1.ª del TC de 31 de enero de 2005  
(BOE 3 de marzo de 2005) (Recurso de amparo 676/2002)**

ACCESO A LA JUSTICIA (PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL)

**Arts. 111 y 114 LECrim.; 270 LOPJ; 24.1 CE**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la justicia, al declararse la prescripción de la acción civil sin tener en cuenta que el archivo de las diligencias penales no fue notificado al perjudicado.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...) nos corresponde examinar si resulta aplicable al presente caso la doctrina constitucional invocada en la demanda de amparo, reflejada en las SSTC 220/1993, de 30 de junio, 89/1999, de 26 de mayo, y 298/2000, de 11 de diciembre, que, al igual que las SSTC 136/2002, de 3 de junio, y 93/2004, de 24 de mayo, fueron dictadas en recursos de amparo contra resoluciones judiciales que habían apreciado la concurrencia de la prescripción de la acción civil de resarcimiento de daños ejercitada una vez concluidas las actuaciones previamente incoadas en el orden penal, sin que se hubiera notificado a los interesados las resoluciones que ponían fin al procedimiento penal.

3. En las indicadas resoluciones hemos sostenido, y conviene que lo reiteremos ahora una vez más, que el perjudicado en el proceso penal no puede ejercitar la acción civil para la reparación del daño causado hasta tanto hayan terminado las actuaciones penales (arts. 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECrim.) y que el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones constituye, pues, un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. En segundo lugar, sostuvimos que el conocimiento de la finalización del procedimiento penal ha de valorarse en atención a las consecuencias negativas que puede sufrir el perjudicado cuando no ha renunciado al ejercicio de la acción civil, y una de esas consecuencias negativas es que transcurra el plazo de prescripción de un año y, por lo tanto, que se vea privado del acceso a la jurisdicción, lo que no se compadece con la plena efectividad del derecho a la tutela judicial que el art. 24.1 CE reconoce. En tercer lugar, dijimos que no puede constituir una justificación de la ausencia de notificación del Auto de archivo de las actuaciones penales el hecho de no haberse

personado cuando se le ofreció al perjudicado dicha posibilidad, pues, por un lado, el ordenamiento procesal confía al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción civil en el proceso penal y, por otro, la facultad de personarse en el proceso y, con ello, ejercitar las acciones correspondientes, no viene establecida en nuestro ordenamiento como una obligación, por lo que no es exigible. Finalmente, que el art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) obliga a notificar las resoluciones judiciales no sólo a todos los que sean parte en el pleito o causa, sino también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en las resoluciones, de conformidad con la ley.

De manera que si el órgano jurisdiccional no notifica el archivo de las actuaciones a las perjudicadas, no se les ha dado ocasión para conocer si el proceso penal ha finalizado y comienza a correr el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil. Por tanto, subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haber renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose personado éste en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la resolución de archivo de las actuaciones penales; pues en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de afectar negativamente a la efectividad del derecho constitucional de las perjudicadas de acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 4). Puede añadirse a ello que el desconocimiento de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de éste respecto de una hipotética carga, a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso. Ese conocimiento se lo garantiza la Ley desde el momento en que el art. 270 LOPJ impone a los

Tribunales el deber de notificar sus resoluciones no sólo a “todos los que sean parte en el pleito o causa”, sino “también a quienes se refieran o puedan parar algún perjuicio”.

4. A fin de enjuiciar la corrección de las resoluciones judiciales ahora impugnadas, resulta imprescindible analizar los argumentos en virtud de los cuales los órganos judiciales civiles han declarado prescrita la acción civil ejercitada, y que han impedido, por tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

(...)

Importa poner de relieve que las resoluciones judiciales impugnadas han considerado que carecía de trascendencia el que no se hubiera notificado la resolución de archivo de las actuaciones penales a las perjudicadas, pues lo determinante para los órganos judiciales es la deducción de que el archivo de las actuaciones penales tuvo que ser necesariamente conocido por las recurrentes, bien través de la compañía aseguradora del vehículo de una de ellas, bien por haber depositado las recurrentes como testigos en el pleito seguido a instancia de esa compañía aseguradora.

5. Del examen de las actuaciones practicadas se desprende, sin embargo, la existencia de otros datos que no fueron convenientemente valorados por los órganos judiciales:

a) En primer lugar se advierte que, tras el accidente ocurrido, la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil elaboró un atestado del que forma parte la declaración tomada a doña Dionisia P.A. el 8 de septiembre de 1997, declaración en la que relata su versión de los hechos, atribuye la responsabilidad del accidente al conductor de la furgoneta matrícula..., don Alejandro B.J., y pone de manifiesto que ha sufrido lesiones.

A pesar de ello, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Cáceres, al que correspondió el conocimiento del referido atestado, no atribuyó a la declaración de doña Dionisia P.A. la condición de denuncia. Por tanto no tomó

en consideración que si en las declaraciones de los ofendidos contenidas en el atestado aparecen claras imputaciones de culpabilidad frente a otra persona debe estimarse cumplido el requisito de la previa denuncia para dar inicio a la actuación de los órganos de la jurisdicción penal, pues lo contrario iría contra la racional creencia del declarante de que ya se había cumplido esa exigencia.

b) En cualquier caso, aun si se negase a la declaración de doña Dionisia P. el valor de denuncia, lo cierto es que ni los agentes de la Guardia Civil (art. 789.4 LECrim., en la redacción entonces vigente, anterior a la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de enjuiciamiento criminal) ni el Juzgado de Instrucción procedieron a efectuar el ofrecimiento de acciones prevenido en el art. 109 LECrim.; ni a ella, ni a las otras dos lesionadas, doña Pilar P.C. y doña Ana Belén T.C. Y no podemos obviar que el art. 13 LECrim. considera como primera diligencia a practicar en el proceso penal la de dar protección a la víctima; y esa protección a la víctima ha de comenzar normalmente por informarle correctamente de cuáles sean sus derechos.

c) Lo cierto es que, mediante Auto de 11 de septiembre de 1997, el Juzgado de Instrucción apreció que aun cuando los hechos resultaban incardinables, en principio, en el art. 621 CP, sin embargo, siendo imprescindible para la persecución en la vía penal de las faltas de imprudencia con resultado de lesiones la previa denuncia del ofendido, en el presente caso, faltando ese requisito, procedía decretar el sobreseimiento provisional de las diligencias previas.

En el propio Auto de sobreseimiento se acordaba lo siguiente: “Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a los lesionados”, al tiempo que se advertía que la resolución no era firme y que frente a ella cabía recurso de reforma. El acuerdo sobre la notificación del Auto se ajusta al art. 270 LOPJ (en la redacción entonces vigente, anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica

19/2003, de 23 de diciembre) con arreglo al cual “Las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley”.

El perjuicio posible, a que alude el art. 270 LOPJ, puede encontrarse, sin dificultad alguna, en el hecho de que el conocimiento de la decisión de sobreseer las actuaciones penales era absolutamente relevante para que las lesionadas pudieran acudir a la vía judicial civil para ejercitar las acciones que les correspondieran. Sin embargo el Juzgado no llevó a cabo las notificaciones por él mismo acordadas expresamente.

d) La circunstancia de que el Juzgado de Instrucción no hubiera notificado a las perjudicadas el archivo de las actuaciones penales no ha sido apreciado como relevante, ni por el Juzgado de Primera Instancia ni por la Audiencia Provincial de Cáceres, cuyas resoluciones sostienen que las demandantes tuvieron conocimiento extraprocésal del sobreseimiento de las actuaciones penales. Fundan esa presunción en que las recurrentes intervinieron como testigos en un procedimiento civil precedente (el promovido por la compañía aseguradora “Lepanto, S.A.”, contra la entidad Banco Vitalicio de España y el conductor del otro vehículo implicado en el accidente, en reclamación del importe satisfecho a doña Dionisia P. por los daños materiales causados al vehículo conducido por la misma) y en que la compañía aseguradora “Lepanto, S.A.”, se personó en las diligencias penales y lo hizo asistida del mismo Letrado que posteriormente ha firmado la demanda civil de las recurrentes que desestiman el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y la Audiencia Provincial de Cáceres mediante las resoluciones ahora recurridas en amparo.

Lo primero que debe precisarse es que la presunción de que se produjo un conocimiento extraprocésal del sobreseimiento a través de la entidad aseguradora “Lepanto,

S.A.”, o de su Letrado sólo sería eficaz con relación a una de las recurrentes —tomadora del seguro del vehículo—, doña Dionisia P.A. Pero en ningún caso respecto de doña Pilar P.C., quien no mantenía ninguna relación contractual con la compañía aseguradora “Lepanto, S.A.”, ni percibió de la misma indemnización alguna, habida cuenta de que, en virtud de las condiciones particulares de la póliza del contrato de seguro, quedaban excluidos de su cobertura los ocupantes del vehículo distintos del propio conductor.

A lo anterior debe añadirse que, una vez sobreseídas las actuaciones penales, la compañía aseguradora se personó en su propio nombre —como no puede ser de otra forma—, sin ostentar en momento alguno la representación de otras personas, y sin que el hecho futuro de que la demanda civil presentada por las recurrentes fuera suscrita por el Letrado que lo fue también de la aseguradora permita sentar la presunción de que cualesquiera actuaciones conocidas en su momento por el Letrado de la aseguradora deban entenderse conocidas también por las personas posteriormente asistidas por tal Letrado en otros procedimientos (...).

El segundo dato en el que los órganos judiciales sustentan la presunción de que las recurrentes conocieron el sobreseimiento de las actuaciones penales es que las mismas intervinieron como testigos en el antes mencionado juicio verbal núm. 134/1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cáceres. Al respecto hemos de convenir con el Ministerio Fiscal en que no se debe colegir que una persona tiene conciencia de que un proceso penal se ha archivado y comienza a computarse el plazo para el ejercicio de la acción civil, ni se puede tampoco exigir a personas legas en Derecho tales conocimientos, sólo por el hecho de haber participado en otro pleito en el que ellas no son parte y que versa, para un profano, sobre el mismo accidente sufrido, para el que es difícil discriminar si se halla en un pleito nuevo o es continuación de las diligencias penales que pudieron incoarse en virtud del atestado

elaborado por la Guardia Civil. Como dijimos en la STC 298/2000, de 11 de diciembre (FJ 11), “una cosa es declarar en calidad de testigo y otra bien distinta la puesta en conocimiento de los perjudicados de las posibilidades que les confiere el ordenamiento en aras al resarcimiento de sus perjuicios”.

6. En definitiva, ha de concluirse que las Sentencias aquí impugnadas —por prescindir de la puesta en conocimiento de las perjudicadas del momento de finalización

del proceso penal para que éstas pudieran iniciar el ejercicio de la acción civil en otro orden jurisdiccional, y al admitir en tales circunstancias el juego de la prescripción de la acción, pese a que no se le notificó el archivo de las actuaciones penales— están en oposición con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y, en particular, son contrarias a la plena efectividad del derecho de acceso de las perjudicadas a la jurisdicción en el orden civil.

**Sentencia 21/2005 de la Sala 1.ª del TC de 1 de febrero de 2005  
(BOE 3 de marzo de 2005) (Recurso de amparo 1055/2003)**

ACCESO A LA JUSTICIA (DESESTIMACIÓN DE QUERRELLA)

**Arts. 103 y 313 LECrim.; 24.1 CE**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (en su aspecto relativo al acceso a la jurisdicción), al desestimarse la querrela presentada en la doble condición de perjudicada y representante de un menor sin dar respuesta a las cuestiones planteadas.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. (...) El art. 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Como en múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio;

37/1993, de 8 de febrero; 108/1993, de 25 de marzo; 217/1994, de 18 de julio), siendo un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del “ius puniendi” del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (art. 110 y concordantes LECrim.; SSTC 108/1983, de

29 de noviembre; 206/1992, de 27 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero).

Sin embargo, y asimismo de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, ese "ius ut procedatur" que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (SSTC 11/1985, de 11 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; 33/1989, de 13 de febrero; 203/1989, de 4 de diciembre; 191/1992, de 16 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero; 217/1994, de 18 de julio), de modo que, a la luz de la anterior doctrina, la mera inadmisión de la querrela, al margen de su ausencia de motivación, no tiene por qué lesionar el art. 24.1 CE.

5. Existe ya una consolidada doctrina sobre la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, hasta las más recientes SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 4, y 195/2000, de 24 de julio, FJ 4). El Tribunal ha mantenido, en síntesis, que no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas —y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial—, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, siempre y cuando la pretensión omitida fuera llevada al juicio en el momento procesal oportuno.

La única excepción posible que hemos admitido es la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se

denuncia la omisión de respuesta explícita. Además, para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión, por lo que se hace necesario ponderar las circunstancias del caso para determinar si del conjunto de los razonamientos puede extraerse tal respuesta tácita (...).

6. En este caso, la Sala expresa en la resolución recurrida que la querrela que se inadmite era por un delito de estafa procesal en grado de tentativa del padre con respecto al hijo al que, se dice, quiere privar de su derecho de alimentos a través del procedimiento de impugnación de filiación. De este modo, en cuanto el titular del derecho de alimentos es el hijo, nunca el progenitor, el sujeto pasivo del delito de estafa procesal denunciado lo sería en todo caso el descendiente, y nunca su madre. Por esta razón, continúa la resolución, siéndole de aplicación al hijo la excusa absolutoria prevenida en el art. 268 CP y la prohibición de accionar consignada en el art. 103 LECrim., procede confirmar la inadmisión de la querrela, ya que ni la excusa absolutoria ni la prohibición de accionar desaparecen por ejercitarse la acción penal por la madre en su representación.

La Audiencia considera, por lo tanto, que el único sujeto pasivo del delito de estafa procesal denunciado es el hijo, y no la querellante. Y ello porque el delito de estafa procesal tenía por finalidad última privar a aquél de su derecho de alimentos. Sin embargo, la demanda de amparo y la querrela manifestaban que la estafa intentada también perseguía perjudicar gravemente a la querellante: en primer lugar, porque el objetivo del querrellado era, no sólo evitar pagar la pensión de alimentos del hijo, sino también echar a la querellante de la vivienda que servía de domicilio conyugal; en segundo lugar, porque la estafa produciría graves daños morales a la querellante, al negar a su hijo el carácter de hijo matrimonial que ob-

viamente tenía. Pese a ello, la única vertiente que analizó y estudió la Sala en su resolución fue la relacionada con la obligación de alimentos, no las restantes.

En relación con el aspecto analizado, y sin entrar a analizar la corrección o no de la interpretación de la legalidad ordinaria que la Sala realiza al considerar que el perjudicado del delito de estafa procesal era únicamente el menor en cuanto perseguía privarle del derecho de alimentos (el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye en su contenido el derecho al acierto judicial: STC 148/1994, de 12 de mayo), podría llegar a afirmarse que existió una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita, en cuanto se negó a la demandante el carácter de sujeto pasivo del delito y de perjudicado por el mismo.

Sin embargo, aun admitiendo lo anterior, es claro que la Sala en ningún momento se pronunció sobre el carácter de perjudicada de la querellante en relación con las otras vertientes indicadas (el delito de estafa también perseguía privar a la querellante de sus derechos sobre la vivienda conyugal; la querellante sufrió daños morales como consecuencia de la impugnación fraudulenta de la filiación matrimonial de su hijo). Y tampoco analizó y resolvió sobre la concurrencia o no, en la querellante, quien evidentemente formalizó la querrela en su doble condición de perjudicada y de representante de su hijo, tanto de la excusa absolutoria como de la prohibición de accionar penalmente contra su esposo, de quien se encontraba separada. El Auto de la Audiencia Provincial se limitó a analizar la estafa procesal intentada en cuanto al menor se refiere, pero obvió cualquier análisis sobre la propia querellante,

quien esgrimió también una legitimación propia para accionar penalmente.

De este modo, aunque la exigencia de motivación no excluye una economía de razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos con referencia a los hechos que constan en el proceso, lo decisivo, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, es que esos razonamientos contengan una respuesta congruente con las cuestiones planteadas y que a través de los mismos puedan las partes conocer las argumentaciones que conducen al fallo, a efectos de su posible impugnación, y que permitan a los órganos jurisdiccionales superiores (incluso a este Tribunal, en su caso) ejercer la función revisora que les corresponde (por todas, SSTC 55/1987, de 13 de mayo; 184/1988, de 13 de octubre; 25/1990, de 19 de febrero; 232/1992, de 14 de diciembre; 16/1993, de 18 de enero; 28/1994, de 27 de enero; 144/1996, de 16 de septiembre; y 55/1999, de 12 de abril). Y esto es claro que no ocurre en el caso de autos, en el que la Sala omitió cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones que han quedado indicadas, sin que tampoco pueda entenderse que se diera en el presente caso una desestimación tácita de la pretensión de inadmisibilidad del recurso.

En definitiva, la resolución no contiene ningún pronunciamiento ni razonamiento referidos a la argumentación que exponía la recurrente en su recurso de reforma y subsidiario de apelación, por lo que la pretensión quedó, en este punto, sin respuesta. Ausencia de respuesta que supuso un perjuicio real y efectivo para la defensa de la demandante, en cuanto determinó la inadmisión a trámite de la querrela; razones, por las que, en definitiva, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo.

**Sentencia 22/2005 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 1 de febrero de 2005  
(BOE 3 de marzo de 2005) (Recurso de amparo 1658/2003)**

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEFENSA LETRADA

**Arts. 437.1 y 449.1 LOPJ**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada a consecuencia de la corrección disciplinaria a una Abogada (por un comentario realizado al final de la testifical) no justificada.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** (...) Aunque refiriéndonos a la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de su modificación por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, venimos afirmando que: “en nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4). Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados en el ejercicio de su función ante los Tribunales. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ —según el epígrafe del libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonstar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, FJ 2; 205/1994, de 11 de julio, FJ 5). La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1 LOPJ, al disponer que ‘en su actuación ante los Jueces y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de

buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa'. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del art. 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores puedan ser corregidos disciplinariamente ante los Juzgados y Tribunales 'cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso' (STC 38/1988, de 9 de marzo, FJ 2; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 79/2002, de 8 de abril, FJ 6).

Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que le ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso *Barford*).

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la

imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5)" (STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).

4. La aplicación de esta doctrina al presente caso exige, en primer lugar, comprobar si la Letrada demandante fue corregida disciplinariamente por una actuación que se incluya efectivamente en el ámbito de la función de defensa, dado el contenido y finalidad de la actividad desplegada, así como la condición procesal en la que aquélla fue llevada a cabo por la solicitante de amparo (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 6).

En este sentido debe destacarse que el Acuerdo de la titular del Juzgado de Instrucción resuelve proceder a la corrección disciplinaria por considerar que la manifestación de la Letrada dirigida a uno de los testigos en la que afirmaba que "lo que usted quiere decir es que su Señoría no recogió lo que usted manifestó" resultaba "gravemente impertinente" (...). Sin embargo la conducta por la que la demandante de amparo fue sancionada se concreta en unas manifestaciones vertidas por cuyo propio contenido ("lo que usted quiere decir") y persona a la que se dirigían (el testigo), aunque se realizaran al final de la testifical, presentaban una inmediata conexión temporal con la misma así como una evidente conexión objetiva con las manifestaciones realizadas por el testigo que constan en el acta relativas a una primera declaración en la que el testigo declaraba que los nuevos datos que daba no eran una variación sobre su inicial declaración, en la que "o bien se expresó mal o fue malinterpretado" y que, en el contexto en que se produjeron deben considerarse una actuación forense, es decir, ligada a la función de representación y defensa de los intereses del patrocinado asumido por la aquí recurrente.

(...)

5. Queda ya sólo valorar si esta apreciación llevada a cabo por los órganos judi-

ciales ha desconocido el derecho a la libertad de expresión en la actividad de defensa, como alega la demandante de amparo o si, por el contrario, aquella libertad no da cobertura a las expresiones vertidas por la recurrente, como sostiene el Ministerio Fiscal.

En este punto, como hemos hecho en anteriores ocasiones, debemos recordar que “el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura” (STC 117/2003, de 16 de junio). Por ello, tal como hemos afirmado en la citada Sentencia, “el límite de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa lo constituye, en este caso, el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y para comprobar si aquél se ha franqueado ha de atenderse principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto en que se emplean, en cuanto puedan revelar una intención de menosprecio en la plasmación de las ideas y conceptos a cuya expresión sirven en una comprensión global del escrito enjuiciado. Tal menosprecio hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye un límite a la libertad de expresión del Abogado, pues, según reiteradamente hemos afirmado, excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto más cuanto se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; ATC 76/1999, de 16 de marzo)” (STC 117/2003, de 16 de junio, FJ 4).

En consecuencia, para comprobar si el indicado límite ha sido franqueado en el presente caso habremos de atender al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en que han sido empleadas por el recurrente. En tal sentido conviene recordar que la corrección disciplinaria impuesta a la Letrada fue por dirigirse a un testigo aseverando que “lo que usted quiere decir es que su Señoría no recogió lo que usted manifestó”. Para realizar una correcta ponderación debe tenerse en cuenta que estas palabras, aun siendo cierto que el acta recoge que se manifestaron después de terminada la testifical, se reseñaron en el acta por el Secretario judicial por lo que se produjeron dentro de la Sala y en unidad de acto, con una palmaria conexión lógica y temporal con las manifestaciones vertidas por el testigo habida cuenta del tenor literal de las mismas (“lo que quiere usted decir”) y que, entendidas de otro modo, carecerían de sentido y no serían más que una absurda manifestación (...).

Por otro lado, las expresiones utilizadas no resultan objetivamente injuriosas, ni se trata de expresiones descalificadoras que se formulen en términos que no sean los habituales ni los propios de la crítica a un Juez (ATC 10/2000, de 11 de enero), sino empleados en términos de defensa no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial pues pretendían constatar con precisión las declaraciones de un testigo, en conexión con algo ya manifestado por el mismo, y que exigían referirse forzosamente a la actuación de los encargados de la transcripción de la primera declaración. Por ello las expresiones vertidas se amparan en la libertad de expresión de la Letrada que, precisamente por el carácter específico y reforzado que tiene esta libertad, le permite una mayor contundencia o “beligerancia en los argumentos” (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 117/2003, de 16 de junio, FJ 4).

Todo ello, añadido a la inadecuada ponderación que del derecho a la tutela judicial efectiva se produjo en el proceso, tal y como pone de relieve acertadamente el Ministerio Fiscal, abocan a concluir que, debidamente objetivadas y contextualizadas, tales expresiones no pueden considerarse gravemente impertinentes, ni se trata de descalificacio-

nes gratuitas o insultantes dirigidas a atacar la autoridad o imparcialidad de la Magistra-da-Juez que se sintió afectada por las mismas, sino que estuvieron guiadas por un mero afán de aclarar ciertos extremos dudosos de la declaración de un testigo en el marco de una actuación encaminada a defender los intereses de su patrocinado.

## TRIBUNAL SUPREMO

### **Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 3 de febrero de 2005**

*Primer asunto: Principio de ubicuidad.*

Acuerdo:

“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”.

*Segundo asunto: Cláusulas de reserva de dominio y prohibición de enajenar.*

Acuerdo:

“Las cláusulas contractuales de reserva de dominio o prohibición de enajenar no constituyen un título apto para generar el delito del art. 252 del CP”.

*Tercer asunto: El principio de los mínimos psico-activos en relación con la interpretación del art. 368 del CP.*

Acuerdo:

“Continuar manteniendo el criterio del instituto nacional de toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa”.

**Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 9 de febrero de 2005**

*Primer asunto: Autos en procedimiento abreviado recurribles en casación.*

Acuerdo:

Primero: Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

- 1) Se trate de un auto de sobreseimiento libre.
- 2) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.
- 3) El Auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

*Segundo asunto: Corrupción de menores.*

Acuerdo:

“En principio sólo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el art. 189.4 del CP el que realice una actividad de tercería respecto de la conducta típica prevista en el mismo”.

*Tercer asunto: Problemas interpretativos derivados del art. 313.2 del CP.*

Acuerdo:

Emigración de alguna persona a otro país, no se limita a la emigración desde España.

**Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 1 de marzo de 2005**

*Primer Asunto: Posible aplicación de excusa absolutoria en delitos patrimoniales a personas unidas por una relación de afectividad semejante al matrimonio.*

Acuerdo:

“A los efectos del art. 268 del CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

*Segundo Asunto: Cómputo de la pena privativa de libertad a los efectos de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

Acuerdo:

“La Responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 del CP”.

*Tercer Asunto: La interpretación del nuevo texto del artículo 68 del CP.*

Acuerdo:

El art. 68 del CP, cuando remite al art. 66 del CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8.ª”.

#### **Acuerdos del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 5 de abril de 2005**

*Primer Asunto: Informes sobre Indultos.*

Acuerdo:

El Tribunal Supremo será competente para informar indultos, como tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia —en todo caso—.

*Segundo Asunto: Delimitación de la competencia entre la AN y la Jurisdicción provincial en materia de falsificación de tarjetas de crédito*

Acuerdo:

El art. 387 del CP no es determinante de la competencia de los Tribunales que deben enjuiciar los casos de falsificación o uso de tarjetas de crédito falsificadas. Consecuentemente tales casos serán competencia de los Tribunales Provinciales.

**Sentencia 1151/2004, Sala de lo Penal del TS, de 21 de octubre de 2004**

COMPLICIDAD. TRÁFICO DE DROGAS

**Arts. 28, 29 y 368 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Tras analizar los criterios jurisprudenciales de separación entre cooperación necesaria y simple complicidad, concluye el Tribunal calificando la conducta de complicidad en el delito de tráfico de drogas, pese a las dificultades de admitir formas de participación en tal delito (se trata de los miembros de la tripulación de un barco que transporta droga). Se resumen, por otra parte, los criterios en orden a la apreciación de la agravación por la extrema gravedad de la conducta.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El siguiente motivo también se ampara en el artículo 849.1 LECrim. para denunciar la indebida aplicación del artículo 29 CP. Entienden los recurrentes que no debieron ser condenados como autores sino como cómplices.

Ante todo debemos partir de lo constatado en el hecho probado de la sentencia. Se afirma fueron contratados como tripulantes del barco, “teniendo todos ellos conocimiento del objetivo ilícito del viaje que realizaban, conocimiento cabal alcanzado si no al inicio del viaje, sí a lo largo del trayecto”, para añadir más adelante que “mientras se cargaba y escondía la carga el capitán Jaime permaneció en el puesto de mando, el acusado Eloy permaneció en la sala de máquinas manteniendo una velocidad mínima del barco, y el resto de los tripulantes permanecie-

ron en la cocina siguiendo todos los órdenes dadas por los cargadores. Una vez que éstos, tras esconder la carga, abandonaron el (...), los tripulantes sospecharon que los fardos cargados podían contener cocaína y pidieron explicaciones al capitán (...) quien les tranquilizó diciéndoles que él asumía toda la responsabilidad, que pondrían rumbo a Dakar donde podrían desembarcar y les sería pagado el sueldo convenido, una gratificación, y un pasaje de vuelta, sin que conste que alguno de los tripulantes se opusiera”, una vez pasado el cabo de Hornos el barco fue interceptado en aguas internacionales por el patrullero del Servicio de Vigilancia Aduanera. También se afirma que fue el capitán, puesto de acuerdo con al menos dos individuos de identidad desconocida, quien adquirió a su nombre el buque mencionado “para introducir en nuestro país un cargamento de cocaína (...) siendo la operación financiada

por aquellas personas no identificadas”, contratando seguidamente el capitán a su tripulación. Sólo una lectura en perjuicio de los acusados puede dar por acreditado su conocimiento del plan con anterioridad a la carga de los fardos de cocaína.

La Audiencia, fundamento de derecho cuarto, condena a estos acusados como responsables en concepto de autores del artículo 28 CP. Pues bien, en primer lugar, del “factum” no se deduce dicha coautoría sino la participación por título distinto de los acusados, por cuanto aquélla se refiere a un hecho ajeno. Trazado el plan y adquirido el barco por uno de los autores, el único identificado, el mismo contrata la tripulación, lo que demuestra su participación accesoría en hechos que son propios de los autores. Siendo ello así, dicha participación puede serlo a título de cooperación necesaria o de complicidad. La distinción entre ambas formas de participación no es desde luego sencilla, sosteniéndose diversos criterios o teorías al objeto de trazar la frontera entre el cooperador que se considera como autor [artículo 28.1.b)] y el cómplice al que se refiere el artículo siguiente. La Jurisprudencia de esta Sala (SSTS, entre otras, 1743/99, 1456/01, 1145/02 y 1031/03) ha venido declarando que la diferencia radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoría o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario, habiéndose acudido a distintas teorías para fundamentar y resolver esa diferenciación. Pues bien, podemos manejar como criterios, en primer lugar, la perspectiva de lo abstracto o lo concreto como método para el análisis y según la consideración de una u otra que tengamos en cuenta podremos resolver el problema, de forma que si sin la ayuda del partícipe no se hubiese producido el hecho tampoco bajo otras circunstancias se trataría de un caso de cooperación necesaria, mientras que en caso contrario debería calificarse como complicidad, inclinándose la Jurisprudencia por la perspectiva del caso concreto, aunque preci-

samente por ello no cabe excluir radicalmente la consideración abstracta de la cuestión; también se ha aplicado la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito tiene este carácter, teniendo también en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar de la comisión; la teoría del dominio del hecho en función de que el cooperador hubiese tenido la posibilidad de impedir la infracción, aun cuando este supuesto también se ha entendido como coautoría; por último, puede también distinguirse entre la cooperación para la producción del resultado (adquisición de la mercancía por los autores) y para las distintas modalidades de la acción, como en el presente caso sucedería con el transporte de la mercancía, de forma que la aportación de los acusados, ajenos al plan trazado y al acuerdo entre los coautores, se dirige no a la consumación del delito por éstos sino a cooperar en un segmento posterior de la acción que es el transporte. Realmente los criterios apuntados tampoco son radicalmente incompatibles entre sí, si tenemos en cuenta el caso. Es cierto que desde un punto de vista concreto su aportación difícilmente puede considerarse prescindible en la medida que el objetivo de los autores era hacer llegar el cargamento a España. Igualmente las circunstancias del caso no admiten discusión sobre la necesidad de su aportación hallándose el barco en alta mar y a merced de su colaboración para llegar hasta su destino, pero precisamente por ello se suscita la cuestión de la autodeterminación de los acusados para elegir otra alternativa teniendo en cuenta la situación. En cualquier caso tampoco es absoluta su falta de libertad para decidir. Sin embargo, en abstracto sería prescindible por cuanto el capitán podía poner rumbo a un puerto próximo (se encontraban a 25 millas de tierra) y contratar una nueva tripulación. Por último, su participación consiste en cooperar en un segmento de la acción una vez que la carga se encuentra ya a bordo, precisamente en las circunstancias ya descritas. Por todo ello su aportación, además de sobrevenida es accesoría y

prescindible en abstracto, se endereza a colaborar en un tramo posterior de los hechos, después que la ilícita mercancía estaba ya a disposición de los autores. Por todo ello debemos calificar dicha participación como complicidad.

El motivo debe ser estimado.  
(...)

**Quinto.**—El segundo motivo, por la misma vía procesal, denuncia la inaplicación del artículo 370 CP, supuesto de extrema gravedad.

También el motivo debe ser parcialmente estimado en relación con el autor de los hechos.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda a propósito de la agravante de extrema gravedad prevista en el artículo 370.1 CP, también llamada “hipergravante”, ha ido construyendo y consolidando una interpretación cautelosa teniendo en cuenta los problemas que suscita su propia existencia. Así, se trata de un concepto jurídico indeterminado que se superpone a otro cual es el de la notoria importancia (artículo 369.3 CP) previsto también por el Legislador con fuerza agravatoria respecto de la pena básica establecida en el artículo 368 CP, lo que quiere decir que se trata de una figura cualificada de “segundo grado”. De aquí surge una especial complejidad de la que no se puede prescindir como línea de principio. Suscita, además de problemas de legalidad en relación con el principio de “lex certa”, posible vulneración del “non bis in idem” en relación con el subtipo agravado de notoria importancia. En este sentido las SSTs de 1 y 8/6/01, números 889/01 y 997/01, se expresan afirmando la compatibilidad constitucional de las exigencias del principio de legalidad con las cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, “siempre que ésta sea razonablemente factible mediante la aplicación de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”, desplazando sobre los Tribunales (artículo 1.6 CC) “el deber de dotar a las normas penales, muy especialmente a las que tienen un significado agravatorio, de la

certeza a que los ciudadanos tienen derecho en virtud de los principios de legalidad y seguridad jurídica”.

Teniendo en cuenta dichos principios generales de partida, podemos señalar las orientaciones concretas asumidas como pautas de interpretación por esta Sala del concepto “extrema gravedad” (además de las SS citadas, la 1954/00, de 1/3, y la 1095/01, de 16/7, y las muy abundantes citas precedentes recogidas en las mismas).

En primer lugar, su interpretación debe ser restrictiva, teniendo en cuenta lo señalado más arriba, y como consecuencia de ello (exigencia de los principios de legalidad y del “non bis in idem”), llegándose a afirmar incluso en algunas sentencias la necesidad de que la extrema gravedad presupone, al menos, la concurrencia de dos o más circunstancias de las enumeradas en el artículo 369 CP, aunque ciertamente se ha entendido mayoritariamente que ello puede tratarse de un requisito mínimo pero no una regla aplicable en todo caso “porque, si así fuese tomada, se incurriría en un automatismo, de creación jurisprudencial, no exento de riesgos para la proporcionalidad de la respuesta penal” (ni es obligada la aplicación de la “hipergravación” cuando concurren dos o más circunstancias del artículo 369 CP, ni cabe descartar su empleo cuando concorra una sola de ellas); en segundo lugar, también ha señalado la Jurisprudencia que su existencia o inexistencia ha de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos, pues el precepto no habla de “extrema gravedad” sin más, haciéndola depender, más que del producto en sí mismo objeto del tráfico, de la “conducta” observada por los traficantes, pues el precepto emplea la expresión “extrema gravedad” aplicándola a las conductas, habiendo matizado la Jurisprudencia por ello de forma expresiva que “extrema gravedad” no equivale a “extrema cantidad”; en tercer lugar, en cualquier caso, es preciso partir de una cantidad de droga enormemente elevada, extrema o excepcional, pero ello no es suficiente para apreciar la circunstancia, si-

no que deben concurrir otras circunstancias y condiciones como son las relativas a la existencia de una organización, peligrosidad de la misma por su complejidad y eventual eficacia criminal, pluralidad y riqueza de los medios empleados en la actividad delictiva, en suma, el despliegue de una logística particularmente relevante y próxima al límite de gravedad de la conducta en materia de introducción y distribución, tráfico en suma, de sustancias estupefacientes, pudiendo desde luego suscitarse tanto en los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud como en aquéllos que conllevan menor gravedad; por último, tampoco es indiferente el papel desplegado por cada uno de los partícipes en la empresa criminal, de forma que cuanto mayor sea el rango o responsabilidad también será más grave la conducta realizada, sin que desde luego ello signifique que no pueda aplicarse la “extrema gravedad” a otros partícipes que no sean jefes, administradores o encargados de las organizaciones, como se desprende de la propia literalidad del precepto (STS 655/02). Pues bien, en el presente caso no sólo se trata cuantitativamente de 2.990 kilogramos de cocaína, con un valor de más de 109 millones de euros, sino que los medios desple-

gados por los autores conllevan una logística especialmente importante, como apunta el propio Ministerio Fiscal en su informe, mediante la adquisición de un barco en Gibraltar, su reparación en un lugar alejado durante varios meses, su desplazamiento posterior hasta el océano Pacífico, su encuentro con una lancha en alta mar con hombres armados y el transbordo de la carga. Todas estas circunstancias perfilan conductas próximas a los primeros estadios de la distribución de estupefacientes. Por otra parte, su aplicación no se superpone a los subtipos agravados, también aplicados, pues la extrema gravedad ha de apreciarse precisamente teniendo en cuenta la conjunción de todos ellos de forma que no admite parangón con los mismos el resultado global de las conductas contempladas en el artículo 370 próximas a las conductas que se encuentran en el límite de lo máximo en la actividad delictiva. Precisamente porque el artículo 370 se refiere a las conductas de los sujetos activos del delito no se rompe el título de imputación cuando se aplica al autor y no a los cómplices u otros partícipes cuyas conductas no hayan alcanzado el grado extremo exigido en aquél.

**Sentencia 1247/2004, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2004**

DENEGACIÓN DE PRUEBA (PERICIAL) PERTINENTE

**Art. 850.1.º LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca**

SÍNTESIS

*Doctrina de la Sala respecto al valor de los dictámenes periciales relativos a la naturaleza de sustancias tóxicas practicados en la fase de instrucción y su eventual impugnación en momento procesal oportuno.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Con carácter previo a resolver la queja casacional de los recurrentes, es preciso recordar las cuestiones que se planteaban en la causa. Ambos recurrentes fueron sorprendidos en un vehículo cuando tenían en su poder las sustancias que se describen en el hecho probado. La tesis de la defensa se centraba en alegar que se trataba de sustancias destinadas al propio consumo de los detenidos y de otros amigos que habrían puesto dinero para su adquisición, habiendo correspondido esta gestión concretamente a la recurrente que tenía la droga materialmente en su poder al ser detenida.

En la causa consta un análisis sobre las sustancias con el resultado que asimismo se recoge en el hecho probado. La defensa de la recurrente, con apoyo posterior de la del otro recurrente, impugnó este análisis alegando que carecía de las garantías necesarias y propuso otra prueba pericial contradictoria para determinar el peso y la naturaleza de todas las sustancias intervenidas.

La prueba es desde luego pertinente, en cuanto que se relaciona directamente con aspectos relevantes de los hechos que constituyen el objeto del proceso. En este sentido, los aspectos relativos a la naturaleza de la sustancia a que se refieren los hechos afectan a un elemento del tipo, y deben ser demostrados por la acusación. Y congruentemente, la defensa puede articular prueba sobre esos aspectos con la finalidad de desvirtuar la prueba de cargo.

A estos efectos es preciso reiterar la doctrina de esta Sala respecto al valor de los dictámenes periciales relativos a la naturaleza de las sustancias intervenidas cuando se trata de delitos contra la salud pública por tráfico de drogas. En esta materia, la doctrina de esta Sala ha establecido la validez de los informes técnicos sobre la naturaleza y composición de la droga emitidos por organismos oficiales, que son inicialmente hábi-

les como prueba de cargo acerca de dichos aspectos sin necesidad de que quienes los emiten comparezcan al juicio oral, siempre que no hayan sido impugnados expresamente por las defensas en momento procesal hábil para ello, normalmente durante la fase de instrucción, o ya, y en cualquier caso, en el escrito de conclusiones provisionales.

Ante la ausencia de impugnación, se entiende que la naturaleza y composición de la sustancia intervenida es aceptada por el acusado sobre la base del informe pericial que aparece documentado en las actuaciones, lo que hace innecesaria la ratificación, ampliación o aclaración del informe pericial en el plenario.

Por otro lado, los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ, lo que ocurrirá en aquellos casos en los que la impugnación tenga lugar en el mismo juicio oral cuando ya no es posible una reacción adecuada de las acusaciones ante la negación de lo que ha venido aceptándose tácitamente durante la instrucción de la causa.

Cuando la prueba pericial practicada en la fase de instrucción haya sido impugnada en momento procesal adecuado, es preciso que las acusaciones propongan la práctica de tal prueba para el juicio oral, según se acordó en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 21 de mayo de 1999, ratificado por el posterior de 23 de febrero de 2001. En este sentido, decíamos en la STS n.º 290/2003, de 26 de febrero, con cita de la STS n.º 311/2001, de 2 de marzo, que “la regla general es la de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y como la naturaleza de la sustancia objeto de análisis constituye ordinariamente un elemento del tipo que debe probar la acusación (especialmente en los delitos contra la salud pública, como el enjuiciado en el presente caso), no

cabe imponer a la defensa la carga de justificar expresamente su impugnación del análisis efectuado como diligencia sumarial o de suplantar a la acusación proponiendo para el juicio la práctica de prueba pericial sobre un elemento típico que incumbe acreditar a aquélla. En consecuencia, basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal (Sentencias de 10 de junio de 1999 y 5 de junio de 2000 que recogen el criterio unificado adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, criterio ratificado en el Pleno de 23 de febrero de 2001)". Esta doctrina tiene como excepción, ya antes mencionada, aquellos supuestos en los que la impugnación de la pericial practicada durante la instrucción de la causa se manifieste por la defensa en un momento procesal en el que sea ya imposible la reacción de la acusación orientada a la práctica de la prueba en el juicio oral.

Todo ello sin perjuicio de las reflexiones a que pueda dar lugar la nueva redacción del artículo 788.2 de la LECrim., que no resulta aplicable a esta causa.

Partiendo de esta doctrina, la reacción de la defensa consistente en impugnar la prueba pericial documentada en autos, acompañada de la propuesta de una nueva prueba pericial contradictoria, debe ser valorada en principio como una actuación correcta procesalmente, y debe ser examinada con detalle en función de las circunstancias del caso. Así como la impugnación, en principio, constituye a la acusación en la necesidad de traer al juicio oral la prueba pericial en forma adecuada, la proposición de una nueva prueba sobre el particular obliga al Tribunal a examinar, no solo su pertinencia, sino también su necesidad y su posibilidad en atención a las circunstancias del caso, especial-

mente a lo que resulte de la propia naturaleza de la prueba propuesta y, en su caso, a las argumentaciones justificativas de la defensa, siempre en relación con la seriedad de la tesis defensiva que pretenda sostener ante el Tribunal.

En el caso actual no se declara probado que los acusados realizaran actos de venta. Se dice que la policía recibió una llamada, que al parecer resultó ser anónima, según la cual se estaba vendiendo droga en el lugar desde un vehículo. Pero no consta que se haya identificado al autor de esa llamada lo que ha impedido comprobar cuál había sido su percepción directa, anulando así el valor probatorio de la misma. Ni tampoco consta que la policía hubiera procedido a observar el lugar para comprobar la realización de conductas que pudieran ser calificadas como actos de venta, los cuales, al parecer, eran denunciados por el comunicante anónimo.

Por lo tanto, tratándose solo de la posesión de unas determinadas sustancias, la finalidad de la misma atribuible a los acusados es determinante para afirmar la existencia de delito. Y esa finalidad puede ser cuestionada legítimamente sobre la base de la pequeña cantidad de cocaína, unos tres gramos, y sobre la indeterminación del peso de las pastillas y cápsulas de MDMA y de anfetamina.

Sobre estos hechos, la tesis de la defensa se orientaba a sostener la posibilidad de que las sustancias poseídas tuvieran como finalidad el autoconsumo, bien de los dos detenidos o, incluso, de otras personas que de acuerdo con ellos habrían adquirido la droga. Desde esa perspectiva, la defensa suscita un debate en el que la determinación del contenido de principio activo que tenían todas y cada una de las sustancias intervenidas resulta de importancia, pues una menor cantidad, o incluso una insignificante cantidad, pudiera ser relevante a los efectos de la racionalidad de la inferencia necesaria para obtener el destino potencial de aquellas sustancias, habida cuenta de que, como dijimos antes, no se ha declarado probado ningún

acto de tráfico. En cualquier caso, ese dato, en uno u otro sentido, y desde luego en el pretendido por la defensa, podría condicionar el razonamiento inferencial del Tribunal, por lo que no es un dato que pueda calificarse como intrascendente.

Por lo tanto, la defensa actuó dentro del ámbito de sus derechos en el proceso al proponer una nueva prueba pericial orientada a esa finalidad, de tal manera que la denegación del Tribunal le causó indefensión al impedirle la práctica de una prueba relevante para su tesis, la cual no rebasaba los límites

de un planteamiento defensivo racional y, por lo tanto, atendible, sin perjuicio de la decisión que fuera procedente respecto de su éxito final.

El motivo, por lo tanto, se estima. Ello determina la casación y anulación del juicio y de la sentencia de instancia, devolviendo la causa al Tribunal para que, tras admitir la prueba denegada, se proceda a la celebración de un nuevo juicio por estos hechos por un Tribunal compuesto por Magistrados distintos de los que componían el Tribunal que dictó la sentencia impugnada y anulada.

## Sentencia 1217/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de noviembre de 2004

ESTAFA. APROPIACIÓN INDEBIDA. FALSEDAD DOCUMENTAL SOCIETARIA  
**Arts. 248, 252 y 290 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*La sentencia ofrece una precisa caracterización de los elementos constitutivos del delito de estafa, centrándose en el problema del “engaño bastante”, que analiza en clave de imputación objetiva entre engaño y error. Complementariamente, se ofrece un breve resumen de la doctrina jurisprudencial en torno a la apropiación indebida y a las falsedades societarias del artículo 290 del CP.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Partiendo de tales hechos probados el motivo se desestima al darse todos los requisitos que jurisprudencialmente se exigen, cuales son:

1.º Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sus-

tancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se ma-

nifieste, debiendo tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

Engaño que se identifica con cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en su voluntad y en su consentimiento y le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de prestación, que de otra manera no hubiese realizado (ss. 79/2000, de 27-1). Hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 161/2002, de 4-2).

El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la supuesta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocido o reconocibles por el autor (STS. 8-3-2002).

El engaño puede concebirse a través de los más diversos ardidés o actuaciones dado lo ilimitado del engaño humano y “la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece”, puede consistir en toda una operación de “puesta en escena” fingida que no responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (STS. 17-1-1998, 26-7-2000, 2-3-2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (S. 29-5-2002) es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero, para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar,

que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (S. 2-2-2002).

3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4.º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesiona la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5.º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6.º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el

dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el «dolo subsequens», es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir la inducción que atienta el desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, recaudado de la correspondiente voluntad realizativa.

(...)

**Segundo.**—El recurso cuestiona la concurrencia del engaño en base a la circunstancia de ser el perjudicado un experto asesor fiscal y conocía que las personas que el había seleccionado para llevar la contabilidad realizaban los documentos contables sin contar con los extractos bancarios justificativos de los ingresos: por lo que pudo adoptar medidas elementales de comprobación y control como solicitar al Banco un extracto histórico de movimientos de las cuentas, sin que las especiales relaciones de amistad que los vinculaban excusase su falta de diligencia y su propia responsabilidad sobre los hechos.

Esta argumentación, ciertamente sugestiva, se basa en que en los delitos contra el patrimonio (estafa, señaladamente) la protección penal se limita a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

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 cono-

ce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de pronóstico 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 29-10-1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de 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 grave que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que 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.

(...)

Es doctrina de esta Sala como son exponentes las SS. 12-5-2000, 19-9-2003, que el art. 252 CP sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que

comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con animo de lucro y el de gestión desleal que comete el (...) cuando perjudica patrimonialmente a su principal o a la sociedad distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del (...), únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status", como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/1998 de 26-2, que precisó mas adelante, que de acuerdo con esta interpretación el uso de los verbos "apropiarse" y "distraer" en el art. 535 CP 1973 sugiere con claridad lo que separa la apropiación indebida en sentido estricto en que es precisa la incorporación de la cosa unida al patrimonio del que ahora con animo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrativo, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del "animus rem sibi habendi" sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS. 3-4 y 17-10-1998).

Y la sentencia de esta Sala de 26-2-1998, declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente, que sería de aplicación por resultarle mas favorable. Debe tenerse en cuenta que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de

apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, que tenía en el CP 1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer su régimen sancionar más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de ciertos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es el que podría producirse en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir optando por el precepto que imponga la pena más grave.

(...)

**Sexto.**—El bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. En este sentido y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión.

La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. Se trata que la condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente rele-

vante del bien jurídico, !lo que implica considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es “el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege.

Y en cuanto a la conducta típica “falsear” en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el (...) de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. De esta forma entendida la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad. Hay que tener en cuenta, por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de hechos, y por otra, que el (...) tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL) lo cual, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad, dicho que, en concreto en relación con las cuentas anuales es mucho más explícito (art. 172.2 LSA). Esa determinación legal es fuente de la posición de la garante que, conforme a lo previsto en el art. 11 del CP permita la equiparación de la omisión con la conducta positiva.

**Sentencia 1218/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de noviembre de 2004**

SUPUESTAS TORTURAS. EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO

**Arts. 20, núm. 7.º y 175 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Tras caracterizar el bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral y exponer la doctrina jurisprudencial relativa al delito de tortura (cuestión ésta no extractada aquí), resume la sentencia los requisitos que tienen que concurrir para el uso de armas por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que el art. 177 del CP establece una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos. En consecuencia es posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

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

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El TC no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones. Así habla de “sensación de envilecimiento” o de “humillación, vejación e indignidad”. Quizás la STC 120/1990 de 27.6 nos puede servir de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de

intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular”, así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al valor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad.

En este sentido, el TC viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994) y en la doctrinase habla de “incolumidad” y de “inviolabilidad personal”.

(...)

**Sexto.**—La Sala, no puede en consecuencia, admitir los argumentos de los recurrentes en orden a que su actuación no atentó a la integridad moral, dado que el ejercicio de su función pública implica necesariamente la utilización de la coacción para doblegar, en ocasiones, la voluntad de los particulares y cuando dicha coacción se utilice en el ejercicio legítimo de un cargo o función pública, es decir, sin abuso de cargo, queda excluida la seguridad, como ocurrió en el caso que se analiza, en el que el uso del arma lo hubiera sido con estricta observancia de los principios de actuación recogidos en la LO 1/1986, y el pisar con el pie, la advertencia de disparo y las patadas y empujones, medidas proporcionales y necesarias para el cumplimiento de su obligación y perfectamente

justificadas ante una real situación de peligro (análisis “ex ante”).

Es cierto que cuando se trata de la actuación de un agente de la autoridad que tiene no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo, puede utilizar medios violentos, incluso las armas, que reglamentariamente tienen asignadas, en la misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva “con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable; pero al mismo tiempo, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad”, como dice el apartado c) del art. 5.4 LO 2/1986, cuyo apartado d) concreta que “solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para la vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Lo que responde al mandato del art. 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la “Declaración de la Policía” hecha por el Consejo de Europa el 8-5-1979 y por el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-1979.

Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.
2. Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.
3. Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto, porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir

con la obligación que en ese momento le incumbe, esto es que concurra un cierto grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de la eximente n.º 7 art. 20, no cabe su aplicación, ni siquiera como eximente incompleta).

4. Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5. Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública.

Se enumeran estos requisitos en SSTS 19-6-1998, 21-9-1999, 1-12-1999, 31-10-2000, 18-9-2001, 25-4-2003 y se insiste en la distinción entre necesidad en abstracto y en concreto, SSTS 24-1-1994, 14-5-1998, y en las notas de necesidad y proporcionalidad, SSTS 2-6-1994, 31-1-1997, 14-2-1997, 1-12-1999 y se declara en STS 25-3-1992 que “no se requiere que el desencadenante

de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima basta que el agente se encuentre ante una actuación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para la defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”, se matiza en otras sentencias, por ej. S. 17-5-1988 que no es situable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión “in situ” de comportamientos leves, y se recuerda en S. 15-3-1990 que conforme a la Ley 13-3-1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas o en aquellas circunstancias que pueden imponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Finalmente con carácter general, la jurisprudencia ha declarado, según recuerda la STS 29-2-1992 que tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad.

## Sentencia 1226/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de noviembre de 2004

PENA DE MULTA: FALTA DE MOTIVACIÓN

**Arts. 733 y 851.4.º LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Aunque los Tribunales no están necesariamente vinculados por el “quantum” de la pena a lo solicitado por las acusaciones, la imposición de una*

*superior debe estar suficientemente motivada, lo que no se hizo en el caso analizado, en el que se impuso la de multa excediendo en más del doble la solicitada.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se ha denunciado, en primer término y por el cauce del art. 5.4 LOPJ, infracción del art. 24.1 y 2 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación, que implica asimismo —es el motivo cuarto— quebrantamiento de forma, de los del art. 851.3.º y 4.º LECrim., al no haberse dado respuesta a todas las cuestiones suscitadas por la defensa del recurrente e imponerse pena más grave que la solicitada por la acusación, sin haber hecho uso del art. 733 LECrim.

El argumento es que el Fiscal, en conclusiones provisionales, tras de haber calificado los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública de los arts. 368, 369.3.º, 374.1.º y 377 Código Penal, solicitó la imposición de una pena de 9 años de prisión y multa de 72.121 euros y comiso. Pero luego, en el juicio, modificó esas conclusiones, y al entender que en Octavio concurría la atenuante del art. 21.2.ª Código Penal, solicitó para él una pena de 9 años y multa de 36.050 euros y comiso. Sin embargo, la sala, al considerar que “el precio estimado del kilogramo de cocaína con una pureza del 71%, en la fecha de comisión de los hechos es de 35.155,96 euros y el de resina de cannabis de 1.467,19 euros” impuso una multa de 72.121 euros.

El reproche es que la multa impuesta excede en más del doble la solicitada por el Fiscal, sin que, además, se exprese la base de cálculo utilizada al respecto. Se señala asimismo que si la pena de multa inicialmente solicitada fue reducida por la acusación pública en los términos de que se ha dejado constancia, por coherencia, la de prisión de-

bería haberse reducido igualmente en un grado, para conseguir el mismo efecto.

A este planteamiento opone el Fiscal conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta sala, en el sentido de que los tribunales no están necesariamente vinculados en el “quantum” de la pena a lo solicitado por las acusaciones, pudiendo moverse dentro de la prevista para el delito de que se trate y a tenor de las pautas establecidas en los arts. 61 Código Penal de 1973 y Código Penal de 1995.

Según este criterio, es claro que la decisión de la sala de instancia, aunque vaya más allá de la solicitud del Fiscal, estaría dentro del indicado estándar jurisprudencial. Pero también es cierto que, como ha reconocido reiteradísima jurisprudencia de esta misma sala, la imposición de la pena, incluida la de multa (STS 373/2004, 18 de marzo, y las que en ella se citan) debe estar suficientemente motivada. Y si esto es así en general, tanto más cuando la sala sentenciadora, al condenar en más de lo pedido, se subroga, en cierta medida, en la imposición de ese plus en el papel de la acusación. En este sentido, sí es digna de consideración la objeción del recurrente, puesto que al optar por la pena de multa que consta, la sala incurre en petición de principio, ya que da por cierto —y lo incluye en los hechos probados— un dato, el del precio de la cocaína al 71% de riqueza, que no está acreditado y que, por ello, no debió ser utilizado para justificar la elevación de la pena que se discute.

No es aceptable en cambio el argumento de que se sirve el recurrente para interesar el descenso en un grado de la pena de prisión. Y ello porque un pronunciamiento insuficientemente justificado, como el que acaba de examinarse, puede y debe ser corregido,

pero carece de aptitud para prestar base a una extensión analógica con producción de ulteriores efectos; y porque, en todo caso, la naturaleza de la atenuante apreciada no autoriza un descenso por debajo del límite mínimo de la pena del tipo. Es por lo que los dos motivos enunciados tienen que desestimarse, salvo en lo relativo a la pena de mul-

ta que, en aplicación del criterio expresado en la jurisprudencia citada se reducirá hasta el límite de la solicitada por la acusación, rectificando los hechos en ese mismo sentido, en respuesta a la legítima pretensión de la parte al respecto y por la comprobada falta de acreditación probatoria de ese aspecto de la decisión.

**Sentencia 1265/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de noviembre de 2004**

CITACIÓN DEL CONDENADO A LA VISTA DE LA APELACIÓN

**Art. 846.bis.e) LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

*La Sala precisa el sentido que ha de darse al art. 846.bis.e) de la LECrim. que impone la citación a la vista del recurso de apelación “en todo caso” al condenado.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—El quinto motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850 n.º 2 de la LECrim. por considerar que se denegó de forma indebida la citación del condenado apelante para su comparecencia en la Vista de la Apelación.

Afirma el recurrente que por providencia de fecha 5-7-2003 la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía señaló fecha para la vista de apelación sin que se citara al Sr. José Daniel, de conformidad con lo previsto en el art. 846.bis.e), por lo que el mismo pidió expresamente por instancia que se le trasladara al centro penitenciario de Granada para poder preparar su presencia y asistir a la vista, sin que el TSJ lo llevara a cabo.

Ante todo hay que precisar que el motivo invocado sólo puede prosperar según las exigencias del art. 850.2.º LECrim. cuando se ha omitido la citación del procesado para su comparecencia en el juicio oral, y las partes no hubiesen comparecido en forma, dándose por citadas.

Claramente se percibe que la Vista de la Apelación no es el Juicio Oral al que se refiere el precepto transcrito, ni que la parte hubiera dejado de comparecer en el trámite de referencia. Las peticiones de la parte — en la línea de su, no por improcedente menos intentada, autodefensa— evidencian el conocimiento con la oportuna antelación de la celebración del acto, y la participación e intervención en él con total normalidad de su representación y defensa técnica, debién-

dose rechazar cualquier atisbo de indefensión material, tal como ha señalado esta Sala en sentencias como la de 3-10-2002, n.º 1618/2002.

Bastaría con ello para entender rechazado el motivo. No obstante, conviene hacer alguna precisión adicional, aunque el tema ha sido objeto de interpretaciones diversas en la doctrina.

Es cierto que el art. 846.bis.e) de la LECrim. dice en su redacción literal que “personado el apelante, se señalará día para la vista del recurso citando a las partes personadas y, en todo caso al condenado y tercero responsable civil.” Sin embargo, ello no quiere decir que —aunque pueda hacerlo si lo desea— necesariamente tenga que asistir el propio condenado en persona, pues bastará que lo hagan su procurador y su defensor técnico, tal como lo demuestran los párrafos segundo y tercero del mismo artículo cuando prevén la celebración del acto comenzando por el uso de la palabra de la parte apelante, seguido del Ministerio Fiscal si éste no fuese el que apeló, y demás partes apeladas. Y si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervinirá después del apelante principal, que, si no renunciase, podrá replicarle.

Así, un importante sector doctrinal entiende que no es dudoso que para la vista del recurso de apelación —que a pesar de su nombre es un recurso extraordinario— deba citarse a las partes personadas, como tampoco que esa citación debe hacerse al procurador, no a la parte personalmente, conforme al art. 182 LECrim. Pero a la vez considera que el problema se encuentra en determinar qué significa el en todo caso de la citación al condenado y al responsable civil. Parece como si se pretendiera cambiar algo que es comúnmente admitido. Y ello porque:

1.º La presencia del acusado es necesaria en el juicio oral, de modo que éste no puede celebrarse en ausencia del mismo (salvo el supuesto del proceso abreviado del antiguo art. 793.1 y actual 786.1 LECrim.), y en ese orden el art. 44.I de la LOTJ, dice que

la celebración del juicio oral requiere la asistencia del acusado y del Abogado defensor.

2.º Por el contrario, la presencia del acusado no es necesaria en el recurso de casación, ni siquiera en la posible vista del mismo, a la que sí ha de asistir su defensor, aunque, con arreglo al art. 894 LECrim., su ausencia no determine necesariamente la suspensión del acto. Incluso en el caso de que el condenado en la sentencia de instancia haya sido declarado rebelde después de notificada la sentencia, el recurso de casación continuará, aunque sea necesario nombrarle abogado y procurador de oficio, conforme a las previsiones del art. 845 LECrim.

3.º Y lo mismo cabe decir respecto del recurso de apelación en el proceso abreviado, en el que la presencia del acusado puede no ser necesaria, aunque sí la de su abogado, pues el antiguo art. 795 y actual 790 LECrim. sólo se refiere a la citación de las partes, sin hacer alusión alguna a aquél, a pesar de la posibilidad de que se practique prueba en el acto de su vista.

Por ello, siendo ésta la situación legal, no parece que el artículo 846.bis.e), I, introduzca novedad alguna en lo relativo a la no necesidad de la presencia del condenado en el acto de la vista del recurso. No obstante, cabrá distinguirse entre los supuestos siguientes:

1.º Si el recurrente es el acusado y se ha personado en forma con procurador de su designación y en la instancia actuó con abogado de su confianza, se le tendrá por personado y continuará la tramitación, realizando la citación para la vista a su procurador sin más.

2.º Cuando el recurrente sea el acusado, que fue defendido y representado en la instancia por abogado y procurador de oficio, hay que distinguir dos posibilidades:

A) Si la instancia se realizó en el mismo lugar en que tienen su sede la Sala de lo Civil y Penal, el abogado y el procurador de la interposición del recurso deben seguir actuando ante la Sala, de modo que el procura-

dor realizará la personación y por medio de él se hará la citación para la vista.

B) Si por el contrario, la instancia se desarrolló en lugar distinto de la sede de la Sala de lo Civil y Penal, dado que el procurador de oficio no puede personarse ante ella y al abogado tampoco puede exigirsele que actúe fuera de su lugar de ejercicio, la Sala tiene que proceder a designar procurador y abogado de oficio; con el primero se entenderá la citación para la vista y el segundo actuará en ella.

3.º Si el condenado tiene la condición de apelado y no se ha personado en forma ante la Sala, lo procedente será no citarle personalmente, sino nombrarle abogado y procurador del turno de oficio.

Por ello, cuando el art. 846.bis.e), I, se refiere a en todo caso cabe interpretarse, no en el sentido de que ha de citarse al condenado, sino que éste tiene que tener abogado

y procurador para la continuación del procedimiento ante la Sala.

Así, la citación personal del condenado aparece desprovista de sentido, pues en la vista del recurso —donde, por cierto, ni se debate sobre hechos, ni se practica prueba— no está previsto que tenga tener participación alguna, en el sentido de que por sí no puede realizar actos procesales, reservados a su representación y defensa. Podrá estar presente, pero no con actuación propia, ni probablemente en lugar distinto del reservado al público, a falta de previsión similar a la contenida en el art. 42.2 LOTJ respecto del juicio oral.

Podría concluirse, por tanto, que lo que el art. 846.bis.e), I, ha querido decir es que al acusado y al responsable civil deben nombrarse abogado y procurador de oficio, cuando no se hubieran personado ante la Sala de lo Civil y Penal, de modo que para la vista siempre se les debe citar, pero no personalmente sino por medio de su procurador.

El motivo ha de ser desestimado.

## Sentencia 1303/2004, Sala de lo Penal del TS, de 3 de noviembre de 2004

DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

Art. 24 CE

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

### SÍNTESIS

*Nulidad del juicio oral por vulneración del derecho a la asistencia letrada, al no haber garantías de que el abogado de la defensa tenía la confianza de su cliente.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En este motivo 1.º, al amparo del art. 852 LECrim., se alega infracción

de precepto constitucional, concretamente por vulneración del derecho del acusado a ser asistido de letrado, y del relativo a un proceso con todas las garantías, con cita de

los arts. 24.1 y 2 CE y 6.3 apartado b) y c) del Convenio de Roma de 1950 y del 118 LECrim. Porque no basta al derecho de defensa la designación y actuación del profesional correspondiente, ya que tal actuación debe desempeñarse de modo efectivo, es decir, en condiciones tales que pueda afirmarse que el acusado ha sido realmente defendido por un abogado, sin que sea bastante al efecto el mero cumplimiento de los trámites correspondientes.

Todo gira alrededor de un escrito (folio 89 del rollo de la Audiencia Provincial), que llega al tribunal el viernes 30.1.2004 en el que el letrado que hasta entonces venía ejerciendo la defensa del imputado por designación personal y ratificada del propio interesado (folios 80, 95 y 114 del sumario) manifiesta renunciar a tal defensa, fundado en que desde hace más de seis meses trata de entrevistarse con D. Vicente sin poder conseguirlo porque éste no ha acudido a ninguna de las citas prefijadas, lo que le hace “imposible instrumentar su defensa por esta representación procesal máxime cuando ha desaparecido un mínimo trato que merezca nuestra confianza”. Termina tal escrito con la solicitud de “tener en lo sucesivo por apartado del procedimiento a este letrado firmante y a su procurador.”

Al folio 93 aparece una diligencia de 3.2.2004 en la que se hace constar que no se provee respecto del anterior escrito del letrado porque éste ha hablado con el magistrado ponente y ha manifestado que comparecerá al juicio.

Al día siguiente, el miércoles 4.2.2004, se celebra el juicio oral con el mencionado letrado defendiendo a D. Vicente, sin que en el acta levantado al respecto exista la menor mención al referido escrito, ni a las causas de esa renuncia anterior, ni pregunta alguna sobre este asunto, ni contestación del interesado, ni aclaración del letrado, nada sobre este tema, de modo que se celebró con el interrogatorio del acusado, que se negó a declarar haciendo uso de su derecho constitu-

cional, con las testificales correspondientes, documental, trámite de modificación de conclusiones y última palabra para el acusado que nada quiso añadir. Al final del acto el Ministerio Fiscal pide la prisión del enjuiciado, la defensa se opone y con esa misma fecha, 4.2.2004, se acuerda por auto su prisión provisional (folio 101 a 103).

Al folio 111 (tomo II del mismo rollo de la Audiencia Provincial) aparece luego un nuevo escrito de 20.2.2004 en el que letrado y procurador renuncian otra vez a seguir en la defensa y representación del ya enjuiciado, fundado en que éste no hace caso de las indicaciones legales que le hacen y, sobre todo, porque en conversación telefónica ha faltado al respeto al abogado y a todo su equipo profesional “por lo que nos es imposible continuar instrumentando su defensa máxime cuando ha desaparecido un mínimo comportamiento que merezca nuestra confianza”.

Continúa el trámite con designación de nuevos abogado y procurador quienes, una vez dictada y notificada la sentencia condenatoria, preparan ya el presente recurso de casación.

De todo lo expuesto sacamos las consecuencias siguientes:

1.<sup>a</sup> Hubo una tramitación inadecuada con relación al primer escrito de renuncia que pudo y debió ser objeto de alguna resolución judicial, que no existió.

2.<sup>a</sup> La debida resolución judicial fue sustituida por una diligencia del secretario en la que se decía, sin más, que habían hablado el abogado y el magistrado ponente y aquél había dicho que comparecería al plenario.

3.<sup>a</sup> En el juicio oral, celebrado el día siguiente de la fecha de esta diligencia, pudo haber tenido lugar alguna actuación tendente a averiguar la causa del referido escrito de renuncia y de la retractación posterior, para en definitiva conocer si el letrado estaba o no en las condiciones requeridas para el

desempeño de su importante trabajo, máxime en un caso en que el Ministerio Fiscal pedía penas en total de catorce años de prisión. Nada se hizo al respecto, sino que continuó el acto hasta su conclusión.

4.<sup>a</sup> Pocos días después aparece el nuevo escrito de renuncia de letrado y procurador, que nos habla de la imposibilidad de entenderse con el imputado, que no hace caso de las indicaciones legales que le formulan y que, incluso, en conversación telefónica, ha faltado al respeto al abogado y a todo su equipo profesional, como ya hemos dicho.

En conclusión, estimamos que hay razones para entender que esta tensa relación del acusado con su abogado, que queda de manifiesto en los dos escritos referidos, existía desde antes de la iniciación del juicio oral, de modo que éste se celebró encontrándose ya enfrentados el abogado defensor y su cliente, enfrentamiento que no es, desde luego, un clima adecuado para la defensa de nadie, y que adquiere mayor relevancia en un caso tan grave como el aquí examinado en el que, repetimos, el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, había solicitado penas por un total de catorce años de prisión, diez por el delito de violación y cuatro más por el de lesiones (folios 43 y 99 vto. del rollo de la audiencia).

El primero de los dos escritos del abogado ya había puesto de manifiesto una imposibilidad de defender al acusado. Con fecha de un viernes 30 de enero de 2004 (folios 89 y 90) tal escrito llegó a la Audiencia Provincial y fue el martes 3 de febrero cuando se redacta la diligencia en la que se dice que no se provee al escrito por haber hablado ya el magistrado ponente —el que luego presidió el tribunal— con el letrado quien dijo que

acudiría al juicio que se inició el miércoles 4. Tenía que haber constado en el procedimiento, de algún modo, la causa de ese cambio de parecer del letrado que se hizo cargo de la defensa en el juicio oral cuando pocos días antes —fin de semana por medio— había manifestado su imposibilidad de defender a su cliente. Era necesario poner de manifiesto la realidad de lo ocurrido como causa de ese cambio para poder conocer si la defensa del acusado se desempeñó con las debidas garantías.

Hubo sospechas vehementes de que el abogado había perdido la confianza de su defendido, y viceversa.

El juicio oral, en conclusión, no se celebró de modo adecuado, concretamente por lo que se refiere al derecho del enjuiciado a la asistencia de letrado en el plenario, algo tan esencial (art. 24.2 CE), particularmente en nuestro proceso por delito, en relación con los principios de igualdad de armas y contradicción. Véanse, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional 47/1987, 194/1987, 178/1991, 208/1992 y 132/1992).

Existe, pues, una vulneración de precepto constitucional (art. 852 LECrim.) que ha de producir los efectos propios de un quebrantamiento de forma —art. 901.bis.a) LECrim.—, por lo que procede ordenar la devolución de la causa para que se repita el procedimiento a partir del momento en que tal falta se produjo.

A fin de garantizar la debida imparcialidad objetiva, conforme esta sala viene acordando en estos casos de repetición del procedimiento con celebración de nuevo juicio oral, acordamos que se forme nuevo tribunal con magistrados diferentes de aquellos tres que dictaron la sentencia recurrida.

**Sentencia 1280/2004, Sala de lo Penal del TS, de 8 de noviembre de 2004**

CUESTIONES PREVIAS (PRESCRIPCIÓN)

**Art. 793.2 LECrim. (redacción anterior a la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de octubre)**

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

SÍNTESIS

*No infringe el derecho de defensa invocado por el recurrente la no resolución de la prescripción del delito tras el llamado “turno de intervenciones” para permitir el trámite de modificación de conclusiones y que en él la acusación particular realizara el cambio que adelantaba.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—Nos queda por examinar el motivo 4.º, acogido al art. 5.4 LOPJ, en el que se alega infracción de precepto constitucional: el art. 24 CE en relación con el art. 793.2 LECrim. (anterior redacción).

Se dice que tenía que haberse pronunciado la Audiencia Provincial tras el llamado “turno de intervenciones” del citado art. 793.2 que preveía tratar al inicio del juicio oral el tema de la prescripción como uno de los llamados artículos de previo pronunciamiento en la propia ley procesal.

Cierto es, conforme consta en el acta del juicio oral (folios 272 y 273), que el Ministerio Fiscal solicitó la declaración de prescripción del delito objeto de enjuiciamiento por aplicación de lo dispuesto en el art. 666.3.º con el consiguiente sobreseimiento libre del art. 637.3.º de la misma ley. La acusación particular se opuso entonces a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, dado que en el trámite previsto en el art. 793.6 iba a modificar sus conclusiones provisionales calificando los hechos como delito continuado

de estafa agravada, con lo cual el delito no estaría prescrito, puesto que habría de aplicarse el plazo de diez años. La defensa se adhirió a lo pedido por el Ministerio Fiscal y el tribunal acordó la continuación del procedimiento.

Luego, en el propio texto de la sentencia recurrida (fundamento de Derecho 1.º dedicado a este tema de la prescripción) podemos leer el párrafo siguiente: “La tutela judicial efectiva obligó a continuar el juicio oral para no privar a la parte de su derecho a modificar sus conclusiones provisionales, lo que en efecto hizo sin variar en esencia los hechos ni su calificación jurídico penal y sin interesar una pena superior a la ya solicitada provisionalmente, con lo que no se ha vulnerado el derecho de defensa de los acusados.”

Estimamos que la solución que adoptó el tribunal de instancia, permitiendo entonces la continuación del acto del juicio, fue correcta. En todo caso, desde luego, no cabe afirmar que con la misma se infringiera ningún precepto constitucional. Advertimos que en el encabezamiento relativo a este motivo 4.º se cita el art. 5.4 LOPJ (con la

aclaración de que por error se había dicho 9.4 en el escrito de preparación del presente recurso) y también el art. 24 CE, aunque esta última referencia se hace sin concretar más, pese a los diferentes derechos fundamentales de orden procesal que se recogen en este art. 24 de nuestra primera ley. Luego

en el desarrollo se habla de infracción del derecho de defensa. Entendemos que se perjudicó a la parte acusada con esta resolución de fondo dictada en la presente causa; pero no se perjudicó su derecho de defensa, que fue perfectamente ejercitado con la actuación de su letrado en el acto del juicio oral.

**Sentencia 1312/2004, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2004**

DECLARACIONES TESTIFICALES ANTE LA POLICÍA

**Arts. 714 y 730 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

*Con cita de la STC 206/2003 (reproducida en el núm. 12 de la Revista de Derecho Penal) se declara la imposibilidad de valorar como prueba de cargo la declaración inculpativa en sede policial del testigo (de la que se retracta ante el Juez) introducida en el juicio oral mediante la declaración referencial de los agentes que la presenciaron, al no concurrir circunstancias excepcionales que impidieran la práctica de la prueba (testifical directa) en él.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Noveno.**—En el único motivo de su recurso alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que no es posible tener en cuenta la declaración del testigo Javier, pues pudo ser intimidado por la Policía en el momento de declarar al tratarse en realidad de un posible imputado. Dice que el Tribunal llega a la conclusión condenatoria sobre la base de las declaraciones policiales del testigo y en las referencias de los policías que las presenciaron. El testigo, ante el Juez y en el juicio oral, se retractó de lo manifestado.

La doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha entendido que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, que han de ser interpretadas restrictivamente. Pues no puede negarse todo valor probatorio a las diligencias sumariales.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales los artículos 714 y 730 de la LECrim. permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Bien entendido que como expresa rotundamente la STC 206/2003, “debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim. ‘se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la Policía’”. Sólo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. La misma doctrina ha entendido que en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias “que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías” (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de

febrero; 7/1999, de 8 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre).

En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la Policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente en casos excepcionales que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo.

En el caso actual no concurría ninguna circunstancia excepcional que impidiera practicar la prueba testifical del modo previsto en la ley, pues el testigo compareció al llamamiento judicial para el acto del juicio oral y prestó declaración respondiendo al interrogatorio del Ministerio Fiscal y de la defensa bajo la intermediación del Tribunal. El testigo rectificó su versión policial, y comparecieron los agentes policiales que presenciaron su declaración en aquella sede para manifestar que efectivamente había declarado en un determinado sentido. En realidad, tal comparecencia no era precisa a estos efectos, pues el testigo no negó haber declarado lo que consta en el acta de declaración policial, aunque en el acto del juicio oral aclaró que su manifestación no respondía a la realidad y explicó sentirse coaccionado por la situación.

Ante la ausencia de circunstancias excepcionales que impidieran la práctica de la prueba en el juicio oral, el contenido de la declaración policial no puede ser valorada como prueba de cargo aunque comparezcan al acto del plenario los agentes que la presenciaron, pues no es posible sustituir la declaración del testigo directo por la de los testigos de referencia. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 206/2003, en la que, en relación a la valoración de las declaraciones de un testigo menor de edad que declaró ante la policía y rectificó su declaración ante el Juzgado, se dice lo siguiente: “Por lo que respecta a las declaraciones prestadas ante la policía, la anterior conclusión resulta de la mera aplicación al

caso de nuestra doctrina, ya que no concurren las circunstancias excepcionales que hicieran imposible la práctica de la prueba en la fase instructora o en el juicio, sino que, por el contrario, el menor comparece y declara tanto ante el Juez de Instrucción como en el acto del juicio, si bien retractándose de sus iniciales manifestaciones. En tales circunstancias, las iniciales declaraciones inculpativas prestadas ante la Policía no podían erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni mediante su lectura en el acto del juicio, ni aunque su resultado se hubiera introducido en dicho acto a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales, pues las garantías del proceso justo imponen que cuando existe un testigo presencial el órgano

judicial le oiga directamente y forme su convicción a partir del testimonio prestado a su presencia (a fin de percibir directamente los elementos que puedan ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad) y sometido a contradicción”.

Por lo tanto, la declaración de los agentes policiales en el juicio oral, en las condiciones descritas, no permite valorar como prueba de cargo el contenido inculpativo de la declaración del testigo ante la Policía. Teniendo en cuenta que el testigo rectificó posteriormente sus declaraciones, la única prueba de cargo viene constituida por las conversaciones telefónicas, concretamente las obrantes mediante transcripción a los folios 24, 28 y 194, citadas por el Tribunal en la fundamentación jurídica de la sentencia.

### Sentencia 1332/2004, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2004

ROBO CON VIOLENCIA

Art. 242 Código Penal

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

#### SÍNTESIS

*Entiende la sentencia que el uso de narcóticos que provoca una disminución importante de las facultades mentales de la víctima constituye la “violencia” característica del delito de robo con violencia o intimidación en las personas.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—En el motivo 2.º, por la vía del art. 849.1.º, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 242.1 CP.

Se dice que añadir sustancia estupefaciente al whisky no constituye la violencia o

intimidación exigida por tal norma para penar esta clase de robo.

El Ministerio Fiscal se opone a tal alegación con cita de dos sentencias de esta sala, las 2442/1992 y 2395/1993 que, terciando en la polémica doctrinal existente sobre esta materia, afirman que el suministro de narcó-

tico a una persona valiéndose de este medio para privarla del conocimiento y así poder apropiarse de cosas muebles ajenas constituye la violencia contra las personas propia de esta clase de infracción penal. Con el argumento siguiente:

“Es puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos: anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro; toda acción de la víctima renuente a ser despojada. La administración de un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que se la atara) es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc.”

Hay dos diferencias importantes, pero no decisivas, entre los dos casos examinados en estas dos sentencias y el presente:

a) En aquellos casos los hechos consistieron en apropiarse de cosas muebles ajenas que la víctima llevaba consigo y la doctrina se aplica para sancionar por robo y no por hurto; mientras que en éste nos encontramos ante la firma de unos documentos

que sirvieron para lucrarse mediante sendos cargos realizados en una cuenta corriente con el uso de una tarjeta de crédito.

b) En tales hechos anteriores hubo una privación total del conocimiento de las respectivas víctimas: en éste nos hallamos ante un caso de obnubilación o disminución importante de las facultades mentales, pero sin pérdida plena: conservó las necesarias para poder firmar los citados documentos de disposición de su cuenta.

Estimamos que, pese a estas diferencias, cabe aplicar aquí la misma doctrina jurisprudencial antes referida, pues quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba violentado el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados.

Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP).

### **Sentencia 1308/2004, Sala de lo Penal del TS, de 15 de noviembre de 2004**

PRINCIPIO ACUSATORIO. APROPIACIÓN INDEBIDA Y FALSEDAD

**Art. 851.4.º LECrim.**

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

#### SÍNTESIS

*Pese a la discutida homogeneidad entre el delito de estafa (objeto de acusación) y el de apropiación indebida (por el que se condena) la Sala no aprecia vulneración del principio acusatorio en atención a los hechos concretos que fueron objeto de enjuiciamiento, y de los cuales tuvo suficiente y previo conocimiento para preparar su estrategia defensiva.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El motivo primero se formula por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y subsidiariamente por la vía del artículo 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del principio acusatorio al ser condenados ambos recurrentes por delitos y hechos que no fueron objeto de acusación causándoseles indefensión.

1. En relación con el acusado Jesús Miguel se denuncia que ha sido condenado por un delito de apropiación indebida por el que no se había formulado acusación ya que se le imputaba la comisión de un delito de estafa. Asimismo se le condena por un delito de falsedad, pero no por los hechos en los que se había incluido su participación en los mismos sino por un título distinto, al considerarlo coautor de las falsedades atribuidas a la otra acusada. Sostiene que las acusaciones por estafa y condena por apropiación indebida son absolutamente incompatibles, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

(...)

3. En síntesis, la acusación es la de utilizar el nombre de la empresa del querellante, valiéndose de su infraestructura, para realizar instalaciones de calefacción haciéndose pasar como titulares de la misma, “sin emitir factura en forma legal excepto en un caso, sin que constasen dichas obras en los libros de la empresa y sin asentar en sus libros de contabilidad el importe percibido de dichas obras, el cual se repartían por mitad ambos acusados, previo descuento del importe correspondiente a la mano de obra, que percibía el acusado Jesús Miguel ascendiendo 6.971.824.”

4. Estos hechos que constituyen el apartado A) del escrito de calificación fueron calificados como dos delitos continuados de estafa. (...)

5. El punto de debate consiste en determinar si con los antecedentes que se citan en el apartado anterior ha existido o no vulneración del principio acusatorio, ya que es evidente que el recurrente fue condenado por un delito de apropiación indebida, cuando solamente se le imputa un delito de estafa.

A pesar de ciertas discrepancias jurisprudenciales en orden a la homogeneidad o no de los delitos de estafa y apropiación indebida, no se discute que su estructura jurídica es radicalmente distinta. En el supuesto de la apropiación indebida el desplazamiento patrimonial tiene su causa en una relación jurídica reconocida válidamente por el derecho. La acción típica punible consiste en el incumplimiento de las obligaciones prometidas y el apoderamiento ilícito de las cosas, bienes o dinero entregado.

En la estafa, el titular de la cosa, realiza la entrega en virtud de las falsas promesas vertidas por el sujeto activo que consigue convencerle de la existencia de un hecho o de un negocio que justifica la transmisión confiada de los bienes, con los que fraudulentamente se queda el autor.

El único nexo común es el resultado final apropiatorio, pero el mecanismo típico es totalmente diferente. Los elementos normativos del tipo también son distintos, por lo que es prácticamente imposible establecer homogeneidad entre ambas figuras delictivas.

6. No obstante y teniendo en cuenta que el Derecho penal se proyecta sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento, habrá que examinar los mismos para comprobar si las actividades que se imputan a una persona, permiten una calificación alternativa. Los hechos, y sólo los hechos serán los que puedan determinar si efectivamente el acusado ha tenido oportunidad de conocer la base fáctica sobre la que se construye la petición de pena. La esencia de las garantías procesales radica en la posibilidad

de preparar la estrategia defensiva, sin sorpresas derivadas de la súbita variación de las bases delictivas por las que se le condena.

7. Volviendo al apartado fáctico [apartado A)] citado con anterioridad, se acusa a Guadalupe de haber administrado y contratado obras de instalación en nombre de la empresa sin ponerlo en conocimiento de su titular y (...) y sin emitir facturas en forma legal ni realizar anotaciones contables. Al acusado Jesús Miguel se le acusa de la ejecución material de las obras de instalación sin expedir facturas en forma legal, repartiéndose los beneficios por mitad.

Como se puede comprobar la actuación material de Jesús Miguel no es la de un administrador o gestor, por lo que en principio estaría fuera de los elementos normativos del tipo propio de la apropiación indebida. Ahora bien, con esos mismos hechos queda perfectamente definida la cooperación necesaria del acusado en la apropiación indebida que se imputa con mayor fundamento fáctico a Guadalupe. La Sala sentenciadora razona suficientemente por qué no considera vulnerado el principio acusatorio y llega a la conclusión de que la connivencia entre los

dos acusados es un dato objetivo del que tuvo conocimiento y del que pudo defenderse, por lo que procede mantener esta condena.

(...)

9. Sin embargo, tratamiento distinto merece la queja formulada por el acusado Jesús Miguel al considerar vulnerado el principio acusatorio por condenarle como coautor de la falsedad llevada a cabo por Guadalupe. En este punto, la discordancia con respecto al escrito de acusación es notoria, ya que la autora material de las falsedades y la única que podía llevarlas a cabo para que surtieran efecto, era la acusada Guadalupe, como administradora y gestora de hecho de la sociedad ante la ausencia del titular. El acusado Jesús Miguel sólo cooperó como ya se ha dicho en la apropiación indebida de los beneficios fraudulentamente obtenidos y que se repartía con la otra acusada.

Cualquier otra condena por falsedad se aparta del contenido fáctico del apartado en que se basa la condena por apropiación indebida de ambos recurrentes.

Por lo expuesto el motivo debe ser parcialmente estimado respecto de Jesús Miguel.

### Sentencia 1340/2004, Sala de lo Penal del TS, de 17 de noviembre de 2004

FABRICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO FALSAS. CUESTIÓN DE COMPETENCIA

**Art. 65.1.b) LOPJ; 666.1.º y 667 LECrim.; 386 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*Pese a la indiscutida competencia de la Audiencia Nacional para conocer de las modalidades delictuales del art. 386 del CP, entre ellas la fabricación de tarjetas de crédito falsas objeto del caso de autos que sin embargo fue enjuiciado por la Audiencia Provincial, la extemporaneidad al formular en casación la cuestión de competencia conduce a la desestimación del motivo.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Seguidamente se denuncia la infracción del art. 122 CE aduciendo que el órgano competente para el conocimiento y enjuiciamiento de la falsificación de tarjetas de crédito y débito es la Audiencia Nacional y no la Audiencia Provincial.

Como señala el recurrente “es reiterada la jurisprudencia del alto Tribunal surgida con ocasión del Acuerdo Plenario de 28 de junio de 2002 que atribuye sin lugar a discusión la competencia para conocer de las modalidades delictuales prescritas en el art. 386 del Código Penal a la Audiencia Nacional. De esta forma, igualmente deberá conocer el Juzgado Central de Instrucción de las diligencias en esta materia, tal y como señalan los Autos del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y de 18 de noviembre de 2003, el cual insiste que a partir del Auto de 24 de enero de 2003 claramente se decanta por atribuir la competencia a la Audiencia Nacional en las causas seguidas por delito de falsificación de moneda, que es el caso que ahora nos ocupa, indicando en aquella resolución que tal atribución competencial se justifica en que ordinariamente este tipo de comportamientos delictivos tienen trascendencia internacional al constituir las tarjetas de crédito y débito (“dinero de plástico”) un modo de pago que supere las barreras de los Estados para constituir un fenómeno internacionalizado... que justifica la competencia de la Audiencia Nacional”.

En este sentido resulta también acertada la cita que se hace de la STS de 22 de diciembre de 2003, según la cual “la doctrina de esta Sala en los casos de falsificación de tarjetas de crédito a las que se refiere el art. 387 del Código Penal es clara en el sentido de existir una total equiparación con el art. 386 que se refiere a la falsificación de moneda. Éste fue el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 28 de junio de 2002, de donde se llega a la consecuencia de que la competencia objetiva para pronunciamiento de ta-

les causas corresponde a la Audiencia Nacional de acuerdo con el art. 65.1.º b) de la LOPJ que atribuye a tal Tribunal la ‘falsificación de moneda’, a la que debe equipararse, como ya se ha visto, la falsificación de tarjetas de crédito, por lo que la instrucción de tales causas viene deferida a los Juzgados Centrales dependientes de aquel Tribunal como expresamente se determina en el art. 88 de la propia LOPJ. Ésta ha sido la doctrina seguida en cuantas cuestiones negativas de competencia se han suscitado ante esta Sala, con posterioridad al Acuerdo citado y ‘ad exemplum’ podemos señalar el auto de 24 de enero de 2003 —recurso 47/2002— que ha sido seguido, entre otros, por el de 12 de febrero de 2003, —recurso 90/2002— y 26 de noviembre de 2003 —recurso 81/2003—.”

Y, del mismo modo, la STS de 19 de enero de 2004 declara: “la determinación competencial de la Audiencia Nacional la lleva a cabo la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 65.1.b) haciendo referencia genérica la ‘falsificación de moneda’ y por tal debe entenderse las conductas todas a las que se refiere el art. 386 del C. Penal, como así resulta de una elemental interpretación gramatical y lógico-sistemática. El concepto auténtico de moneda, estampado en el art. 387, debe proyectarse íntegramente sobre el artículo precedente al que se remite, sin que quepa restringir la competencia a ciertas clases de moneda o a determinadas conductas falsarias. No es posible englobar, a efectos de la atribución competencial de Audiencia Nacional, todas las conductas del art. 386 CP cuando nos hallamos ante moneda en sentido estricto y seleccionar caprichosamente una conducta (fabricación) cuando nos encontremos ante otras acciones que el Código califica igualmente de falsificación de moneda (art. 387 CP).”

Y sin embargo, el motivo debe ser desestimado, porque la defensa del acusado, por desconocimiento, falta de diligencia o calculado interés se abstuvo de promover la

competencia que ahora reclama en el momento procesal previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 19.6.º al establecer que el procesado podrá promover y sostener competencia “dentro de los tres días siguientes al en que se le comunique la causa para calificación” en el procedimiento ordinario como fue en el presente caso. Y es lo cierto que ni en dicho trámite, ni antes ni después a todo lo largo del procedimiento la defensa del acusado no planteó la cuestión que ahora, de modo manifiestamente extemporáneo, reclama, bien fuera por inhibitoria o por declinatoria que previene el art. 26 LECrim., debiendo haberlo planteado en este segundo supuesto como artículo de previo

pronunciamiento (art. 45 LECrim.) y siempre en el término de tres días a contar desde la entrega de los autos para la calificación provisional de los hechos (arts. 666.1.º y 667 LECrim.).

Pero es que, aun en el caso de que se tratara del Procedimiento Abreviado, donde se establece que antes de comenzar el juicio las partes formulen como cuestiones previas las referentes —entre otras— a la competencia del Tribunal (artículo 786.2 LECrim. en la vigente redacción de la Ley 38/2002, de 24 de octubre), es de significar que tampoco procedería la queja casacional al no haberse suscitado tal cuestión en el momento legalmente previsto.

**Sentencia 1355/2004, Sala de lo Penal del TS, de 18 de noviembre de 2004**

ASISTENCIA LETRADA DE OFICIO

**Art. 24 CE**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho de defensa y a la asistencia letrada al imponer la de oficio desoyendo la petición del imputado que genera la invalidez absoluta de las declaraciones inculpativas así efectuadas por los coimputados.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) Es indudable el carácter subsidiario que la asistencia letrada de oficio tiene respecto a la de libre designación. El derecho a la defensa y asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa (STS de 11 de julio de 1997). El

artículo 24.2 de la Constitución, en la línea de los tratados internacionales, establece como garantía constitucional de toda persona, a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo, la posibilidad de valerse de asistencia letrada.

Este derecho encuentra su desarrollo concreto en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen, como regla general, la libre designación de Abogado por parte de los imputados, deteni-

dos, procesados o presos. El artículo 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 resalta la necesidad de las garantías procesales y proclama el derecho de toda persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección. El artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de 1950 ya había establecido esta garantía a toda persona acusada, concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Estas normas forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud del artículo 96 de la Constitución. En el mismo sentido de la preferencia de la asistencia letrada de libre elección se han pronunciado las Sentencias de 14 de febrero de 1994, 26 de diciembre de 1996 y 3 de mayo de 2001, entre otras.

La facultad de libre designación implica desde luego, como se mantiene en el recurso, la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996 y 20 de enero de 1995; entre otras) o que se formulen intempestivamente, en algunos casos de forma extemporánea SS. 14 de febrero de 1994, 4 de marzo de 1997 —citadas en el recurso— (véanse, entre otras muchas, SSTS de 1 de diciembre de 2000, 20 de diciembre de 2001 y 3 de febrero de 2003).

(...)

**Tercero.**—Proyectando esta doctrina sobre el caso examinado debemos señalar que ya desde que se informó de sus derechos al detenido, hoy recurrente, éste, efectivamente, manifestó su decisión de ser asistido por la Letrada Dña. Raquel A.H., a cuyo efecto proporcionó su dirección y número de teléfono. A pesar de ello, no fue asistido en las dependencias policiales por la Letrada designada, sino por una de oficio, por más que

en el ejercicio de su derecho, declinara prestar declaración hasta hacerlo ante la autoridad judicial.

Llegado este momento, tampoco fue asistido por la Letrada de su elección, sino por la misma letrada de oficio que se ocupaba también de la defensa de los otros dos detenidos. Cabe destacar que éstos se exculpaban ante el Juez de su participación en los hechos a la vez que incriminaban en ellos a Ernesto y que estas manifestaciones inculporias de los coimputados contra el hoy recurrente son las únicas que figuran en las actuaciones, ya que aquéllos no comparecieron al juicio oral. Lo cierto es que dichas declaraciones fueron valoradas como prueba de cargo por el Tribunal sentenciador por el cauce del art. 730 LECrim. cuando, además de no haber participado en tan importante diligencia la letrada designada por quien resultaba acusado en las mismas, la letrada interviniente se encontraba, de hecho, en una situación de incompatibilidad entre sus defendidos-acusadores y su defendido-acusado por éstos, dada la colisión de posturas entre los unos y el otro, que le limitaba necesariamente su capacidad de actuación, pues es claro que una intervención decidida y tajante en defensa de Ernesto contra las acusaciones que le hacían los otros dos detenidos podría resultar perjudicial para éstos.

Es claro, pues, que por las dos razones señaladas, se produjo una lesión en el derecho de Ernesto a la asistencia letrada que ocasionó un efectivo perjuicio a su derecho de defensa. Pero estas consecuencias tuvieron un efecto limitado y parcial reducido a las diligencias de declaración de los tres detenidos, por más que éstas resultaran posteriormente de gran relevancia a efectos del resultado del proceso.

Porque examinadas las actuaciones, se observa que enseguida asumieron la defensa de Ernesto los letrados de su elección, que desempeñaron su actividad como tales hasta el final del procedimiento.

Consecuencia de lo dicho es la nulidad radical de las diligencias de declaración efec-

tuadas por los coimputados Rubén y Jon ante el Juez de Instrucción que incriminaban a Ernesto al haber sido practicadas tales diligencias con vulneración del derecho de éste al derecho de defensa y asistencia letrada en los términos anteriormente consignados. Y, por consiguiente, la invalidez absoluta de dichas manifestaciones para constituirse en prueba de cargo contra el acusado. Pero sin otro alcance que el que se acaba de determinar.

**Cuarto.**—Porque, en efecto, como ya declaraba la STS de 24 de septiembre de 1995, la nulidad de aquellas declaraciones no implica la invalidez de las restantes pruebas practicadas. En este sentido, la situación es la que se previene en el art. 11.1 LOPJ, de negar toda validez y eficacia a las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales y a las derivadas o emanadas de éstas, pero no a aquellos otros elementos de prueba que sean autónomos e independientes de las que estén contaminadas de inconstitucionalidad por carecer de toda relación con ellas.

En este caso, el Tribunal “a quo” ha fundamentado su convicción de la participación

del acusado en el hecho imputado en la prueba de cargo indiciaria que se desarrolla, argumenta y razona en los Fundamentos Jurídicos Primero y Tercero de la sentencia impugnada, consignando los datos indiciarios plurales, concomitantes y debidamente probados por los testimonios de los funcionarios policiales que intervinieron en la operación, siendo de subrayar que la propia sentencia condenatoria atribuye un valor ciertamente limitado y residual a “las declaraciones de los otros dos coacusados (declarados en rebeldía) que se han leído en el acto del juicio oral” a las que solamente otorga carácter de mera “corroboración” de la prueba indiciaria, que es la determinante para establecer la participación del acusado en los hechos mencionados; prueba indiciaria que, como es bien sabido, tiene la misma capacidad que la prueba directa para destruir la presunción de inocencia del acusado siempre que, como en el caso acontece, el juicio de inferencia obtenido por los juzgadores sea la consecuencia lógica, racional y razonada de los hechos indiciarios base de que la inferencia fluye.

### **Sentencia 1352/2004, Sala de lo Penal del TS, de 22 de noviembre de 2004**

DETENCIÓN ILEGAL POR FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD

**Arts. 530 y 532 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*Resalta sintéticamente la sentencia los elementos que configuran la conducta típica prevista en el art. 530 del CP, procediendo a su separación frente a la modalidad, también de detención ilegal por funcionario público y autoridad, regulado en el art. 167 del CP.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) Nuestra Sentencia 1310/2001, de 21 de julio, analiza los requisitos necesarios para la existencia de tal delito, que son los siguientes: a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 del Código Penal, en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio; b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: “mediando” causa penal por delito; c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad; d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal, ya que en caso de imprudencia grave se aplicará el art. 532 del propio Código.

No es sencillo diferenciar esta modalidad de detención ilegal de la prevista en el artículo 530 del mismo Código Penal que tipifica la vulneración, por parte de una autoridad o funcionario público, de las garantías que al detenido le otorga el artículo 17 de la Constitución. Se señala como nota distintiva que el artículo 530 requiere que medie causa por delito, lo que permite una privación de

libertad inicialmente lícita, lo que no sucede en el supuesto del artículo 167, en el que se dice expresamente “sin mediar causa por delito”. Esta Sala, en Sentencia 1371/2001, de 11 de julio, se refiere a esta distinción declarando que mientras la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificación en el artículo 537 del Código Penal. En consecuencia, con esta excepción, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECrim.), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal (véase la Sentencia 376/2003, de 10 de marzo).

**Sentencia 1339/2004, Sala de lo Penal del TS, de 24 de noviembre de 2004**

COAUTORÍA. DETENCIÓN ILEGAL

**Arts. 28 y 163 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*La detención ilegal se produce con independencia del estado de inconsciencia de la víctima, no pudiendo hablarse en tal hipótesis de tentativa*

*o tentativa inidónea. Se resume, por otra parte, la doctrina jurisprudencial relativa a la categoría de la coautoría.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Consideran los recurrentes que los hechos probados no reúnen los elementos del tipo necesarios para entender cometido el delito de detención. Así se declara probado que “tras haber quedado Víctor semiconsciente a consecuencia de los golpes recibidos en la cabeza —lo tumbaron sobre una colchoneta y lo ataron de pies y manos—”.

Igualmente se declara probado que... “el día 19 del mismo mes de junio, agentes de la Guardia Civil hallaron en el interior de la casa descrita a Víctor, aun atado de pies y manos e inconsciente”.

Obvia la sentencia, en clara transgresión del citado precepto penal que Víctor nunca se sintió privado de libertad al haber quedado totalmente inconsciente como consecuencia del traumatismo craneo encefálico y traumatismo craneal con fractura ósea, en el momento mismo en que fue atado, dado que aquél reconoció en todas sus declaraciones que perdió el conocimiento en la casa, cuando recibió el último golpe del marroquí, cuando ya se marchaban los acusados de la casa y que ya no recuerda nada hasta que se despertó en el Hospital.

Por ello, aun cuando la intención de la atadura hubiese sido limitar la libertad deambulatoria del sujeto pasivo, éste nunca llegó a sentirse privado de libertad al perder la consciencia de forma inmediata tras la atadura por efecto del último golpe recibido y hasta que se despertó en el Hospital, una vez desatado por completo; por tanto en ningún momento intentó ejercitar su derecho a la libre deambulación previamente a perder la consciencia tras el último golpe, recibido inmediatamente después de ser atado, antes de que intentara ejercitar el derecho a la libertad de movimientos y después de que los

acusados abandonaran el lugar, faltando, en consecuencia el elemento fundamental del tipo, la consciencia del sujeto pasivo de ser constreñida, anulada o limitada su libertad deambulatoria y ser consciente de ello.

El motivo deviene inaceptable.

Existe unanimidad en la doctrina al considerar sujeto pasivo de este delito sólo a quien tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio. Esta capacidad la tiene toda persona que tenga la facultad de querer respecto a su situación especial. Se trata de una facultad natural, no valorada, en el sentido de que es independiente de la consciencia intelectual del sujeto sobre el sentido de su actividad.

Por ello, se considera que lo que se protege en el delito de detención es la libertad potencial de movimiento, y ésta se concibe como la posibilidad teórica que tiene el afectado de formar la voluntad de movimiento, de manera que el sujeto del delito será todo aquel que tenga tal capacidad teórica, entre la que se incluirá a los que transitoriamente están privados de esa capacidad. Se admite así, el delito respecto de los incapaces momentáneos de movimiento como personas dormidas, inconscientes y embriagados plenos y respecto a los incapaces de movimiento por largo tiempo o de forma permanente, argumentándose a favor de esta posición que la libertad de movimiento es un bien jurídico especialmente importante, reconocido como derecho fundamental, lo que aconseja una interpretación extensiva del concepto de privación de libertad que permita incluir también a los incapaces de voluntad. Además, se dice, en caso contrario, se llegaría a una interpretación opuesta al sentido moral, pues una persona transitoriamente incapaz de actuación de voluntad

podría ser encerrada o transportada arbitrariamente como si fuera una cosa, impunemente.

En definitiva, debe sostenerse que sujetos pasivos del presente delito pueden serlo “los que se hallan en situación de involuntariedad”, así como los que “adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica”.

Por tanto, aun cuando la detención haya de practicarse “contra o sin la voluntad de la víctima”, la ilegalidad de la detención en el presente caso no puede ser cuestionada, la conducta descrita en el “factum” integra el delito del art. 163.1 CP cuya forma comisiva está representada por los verbos nucleares “encerrar” o “detener”, fieles exponentes de un acto eminentemente coactivo realizado contra la voluntad o sin la voluntad de una persona, y que afecta a un derecho fundamental cual es la facultad deambulatoria consagrada en los arts. 17.1 CE y 489 LECrim. que consiste en la libertad de movimientos, de trasladarse de un lugar a otro, según la voluntad del sujeto (art. 19 CE). Esta libertad, a la que se refiere exclusivamente el art. 17.1 CE se cercena bien obligando a la persona a permanecer en un determinado sitio cerrado, “encerrar”, o bien impidiéndole moverse en un espacio abierto, “detención”, SSTS 18-1-1999, 5-3-2000, 1-5-2002, cual aconteció en el supuesto que se analiza, en el que la víctima fue atada de pies y manos, incluso antes de perder totalmente el conocimiento, privándole de forma absoluta su libertad de movimientos, y abandonado, ya inconsciente, en la casa.

(...)

**Segundo.**—El recurrente relaciona el motivo con el anterior y considera que nos hallaríamos frente a un delito de imposible comisión, ante la falta de consciencia del sujeto pasivo de la detención ilegal, pues aun cuando la intención del sujeto activo del delito hubiese sido privar de la libertad deambulatoria a Víctor, es obvio que el hecho de que éste perdiera la consciencia en el último golpe recibido una vez que estaba

atado, convierte en imposible la comisión del delito de detención ilegal, por falta de uno de los requisitos fundamentales para ello la constreñida voluntad de deambular libremente. Nos encontramos, por ello, ante la llamada tentativa inidónea.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones que el primero, dado que, con independencia de que en el momento de ser atado, Víctor estaba consciente, las personas privadas de sentido e inconscientes pueden ser sujetos pasivos de este delito, como ya se ha razonado.

A mayor abundamiento no resulta ocioso recordar que como modalidad de la tentativa puede considerarse la denominada por los penalistas franceses y los de habla hispana delito imposible, en tanto los alemanes utilizan la expresión de tentativa inidónea, aunque también suele, entre nuestros penalistas, reservar este término a los supuestos de inidoneidad de los medios y el de delito imposible, propiamente dicho, a la falta de objeto (en este sentido STS 16-2-1989). Por ello “en la práctica del Derecho penal, no puede terminantemente distinguirse entre tentativa inidónea por falta de medios adecuados de ejecución, de un lado, y delito imposible por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo sobre los que recae la acción delictiva de otro”.. STS 30-1-1992 y 5-7-1993.

En sentencia 116/1994, de 26 de enero, el Tribunal Supremo indistintamente emplea ambos términos, abarcando las dos posibilidades y es cierto que esta Sala Segunda ha declarado que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles por imperativo del art. 9.1 CP vigente, que no admite la aplicación de las Leyes penales a casos distintos a los comprendidos en ella, STS 28-5-1999, insistiendo en la atipicidad no sólo de las tentativas irreales o imaginarias y de los denominados “delitos putativos”, sino también los “supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y en general, los casos de inidoneidad absoluta”, aunque admitiendo la tentativa en los

casos que denomina de “inidoneidad relativa”, “en que los medios utilizados ‘objetivamente’ valorados ‘ex ante’ y desde una perspectiva general son estricta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)”, (STS 1000/1994, de 21 de junio). Un supuesto de tentativa de homicidio mediante incendio, que no se produjo porque la víctima no se encontraba en el domicilio y el vecindario apagó el fuego se afirma que “esta Sala ha declarado ya que la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente pues la introducción del adverbio ‘objetivamente’ en la definición de la tentativa ... no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas”. Por el contrario, “objetivamente quiere significar... que el plan o actuación del autor, ‘objetivamente considerados’ son racionalmente aptos para ocasionar el resultado” (véase SS. 21-6-1999 y 13-3-2000, STS 992/2000, de 2 de junio), cual acontecerá en el caso enjuiciado con la acción de inmovilizar de pies y manos a la víctima.

(...)

**Tercero.**—(...) El motivo subsidiario de los anteriores entiende infringido el art. 62 CP al no rebajar en uno o dos grados la pena puesta a los acusados, por encontramos ante un delito de detención ilegal en grado de tentativa.

Consideran los recurrentes que partiendo del hecho probado en sentencia de que el Sr. Víctor fue atado cuando aún se encontraba semiconsciente, unido a la circunstancia de que perdiera el conocimiento ante el último golpe recibido una vez que se encontraba atado y antes de que pretendiera desasirse, cuando aún no se habían marchado los acusados, sitúa el grado de ejecución del delito en tentativa pues realizados todos los actos necesarios para privar de libertad al Sr. Víctor e incurrir en el delito de detención ilegal, por causas ajenas a su voluntad, cual fue un último golpe que privó de sentido al sujeto pasivo, no consiguió su propósito inicial de privar de libertad deambulatoria al Sr. Víctor, que en ningún momento despertó duran-

te el tiempo que fue atado hasta que es rescatado y atendido en el hospital.

El motivo deviene improsperable. El delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consuma a partir del momento en que llega a materializarse el encierro o detención, esto es la colocación de alguien, mediante fuerza o intimidación en una situación de privación efectiva de la posibilidad de uso de la propia libertad de desplazarse a otro lugar. Y en este caso el reducir al afectado a un estado de inmovilidad y de sujeción llegó a producirse, antes incluso de que perdiera el conocimiento, por lo que el delito se consumó ya en su momento y el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyectó el delito es indiferente, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo y el ánimo del autor orientado a causarla (SSTS 307/2000, de 22 de febrero; 574/2000 de 31 de marzo; 14/2001, de 16 de enero; 164/2001, de 5 de marzo).

(...)

**Quinto.**—Siendo así la autoría y participación de Ana debe mantenerse. En efecto hemos de partir que entre los principios fundamentales del Derecho Penal ha sido reconocido sin excepciones el de la responsabilidad personal. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable por las acciones de otro. En este sentido se ha sostenido por el TCS 131/1987 que “el principio de la personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad”, de lo que deriva, como dice la STS 9-5-1990, exigencias para la interpretación de la Ley penal”. Es cierto, no obstante, la doctrina jurisprudencial que considera coautores en base a lo que se denomina “dominio funcional del hecho”.

Siendo muy abundantes las SSTS en las que se mantuvo tal doctrina y de las que se pueden citar la de 10-2-1992, 5-10-1993, 2-7-1994, 24-9, 7 y 28-11-1997, 27-1, 24-3, 12-6 y 2-7-1998, basta, por su claridad, con

reproducir literalmente lo mantenido en esta última, en la que se reconoció lo siguiente: “El art. 28 del CP vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinquencia — SS 31-5-1985, 13-5-1986 entre otras— por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer qué debemos entender por uno y otro elemento —objetivo y subjetivo— de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12-2-1986, 24-3-1986, 15-7-1988, 8-2-1991 y 4-10-1994. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de “imputación recíproca” de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS 3-7-1986, y 20-11-1981,

han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS 10-2-1992, 5-10-1993, 2-7-1994) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS 21-12-1992 y 28-11-1997 se afirmó que “cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho”.

Doctrina definitivamente asentada en la reciente sentencia TS 11-9-2000, que con cita de la SSTS 14-12-1998, señala que “la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del CP 1995 como ‘realización conjunta del hecho’ viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del ‘acuerdo previo’, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la ‘realización conjunta del hecho’ implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por

ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del 'pactum scaeleris' y del dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución."

En este tema la STS 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la STS 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el ele-

mento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

**Sentencia 1378/2004, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2004**

PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL

**Arts. 46 y 55 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*La pena del asesinato comporta la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena (art. 55 del CP), pero esta última pena no implica automáticamente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (véase la STS 744/2003, de 21 de mayo, en el n.º 10 de la Revista de Derecho Penal).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—Por último, amparado en el art. 849.1 LECrim. (corriente infracción de ley), estima aplicado indebidamente el art. 55 del Código Penal, en relación al 46 del mismo cuerpo legal y los 4.1 Código Penal y 25 CE, por violación del principio de legalidad.

1. Al recurrente no le falta razón. Al pronunciarse la sentencia, en el fundamento tercero (penúltimo párrafo, pág. 12), sobre las penas accesorias, nos dice que “en consonancia a lo señalado en el art. 55 del CP el delito de asesinato lleva aparejada la imposición de la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por lo que procede acordar la misma en tal sentido, debiendo de subsumirse en aquélla la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el art. 46 CP hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad...”.

La primera parte de la proposición es correcta, en el sentido de decretar la inhabilita-

ción absoluta por el delito de asesinato (18 años) con las consecuencias legales previstas en el art. 55 CP, pero no es posible incluir la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, sencillamente por no estar prevista esa pena de forma expresa en el Código para esta situación, ni como principal o autónoma, ni como accesoria.

En ausencia de previsión legal es obvio que se infringe el principio de legalidad penal. No hace falta añadir más argumentos, que poner de relieve ese dato y remitirse al Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000, en que en un caso similar, esto es, debiendo imponerse la inhabilitación absoluta, la decisión de acordar la privación o suspensión de la patria potestad se remitió a los órganos civiles y administrativos competentes.

2. Pero desde otro punto de vista, no desdeñable jurídicamente, tampoco podría prosperar el motivo, por infringir la sentencia el principio acusatorio. La medida se impone sin haberla solicitado ninguna de las partes acusadoras (Fiscal o acusación parti-

cular) y por tanto sin posibilidad de someterla a la debida contradicción, con la consiguiente indefensión (art. 24 CP).

Si reparamos en los escritos acusatorios, tanto en calificaciones provisionales como definitivas, advertimos que el Fiscal no la pide y la acusación particular —como refleja el antecedente de hecho tercero— solicita como pena accesoria la privación de la patria potestad, exclusivamente por los dos delitos de detención ilegal cometidos por el acusado contra sus hijos, y además con base en el art. 56 del Código Penal y no en el 55 del mismo texto legal, que aplica indebidamente el Tribunal sentenciador.

3. Todavía cabría preguntarse si sobre esos dos delitos, castigados con penas inferiores a 10 años (5 años de prisión por cada uno) sería posible, en concepto de pena accesoria, imponer la suspensión o inhabilitación del ejercicio de la patria potestad, acogiéndose al dato de que el mentado art. 56, nos habla de inhabilitación especial “para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse en la sentencia esa vinculación”.

Esta Sala entiende que no puede incluirse dentro de la genérica expresión “cualquier otro derecho” la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El Código cuando ha querido imponerla, la ha anudado a determinados delitos en su consideración de pena autónoma.

Las penas autónomas o principales de inhabilitación especial que establece nuestro Código son las siguientes:

- a) Inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP).
- b) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (art. 44 CP).
- c) Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho (art. 45).

d) Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 46 CP).

Pues bien, estas penas, como principales, las prevé el Código para los siguientes delitos:

- a) Delitos contra la libertad sexual del menor o incapaz, cometidos por las personas encargadas de los mismos (art. 192.2 CP).
- b) Alteración del estado civil del menor cometida por ascendiente, por naturaleza o adopción (art. 220.4 CP).
- c) Venta de menores a otras personas para que establezcan relaciones análogas a la filiación (art. 221.1 CP).
- d) Abandono de familia (art. 226.2 CP).
- e) Abandono de menores o utilización de los mismos para la mendicidad (art. 233.1 CP).

De acuerdo con lo expuesto es patente e incontestable que si dentro de las penas principales de inhabilitación, en el art. 45 del CP se hace alusión a la inhabilitación “de cualquier otro derecho” no puede estar incluido en dicha expresión el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad que merece una consideración especial y diferente en el artículo siguiente.

El art. 45 podrá referirse a cualquier derecho que no sea de los previstos en el art. 46 del Código Penal.

4. En atención a lo manifestado y trasladando el problema a las penas “accesorias” de inhabilitación especial, el art. 56 CP que las establece para las principales de hasta 10 años de prisión, menciona las siguientes:

- a) Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Utiliza los mismos términos de los que se sirve la pena autónoma prevista en el art. 44 CP.
- b) La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, términos textualmente idénticos al art. 45 CP.

Como podemos observar el art. 56 no menciona, ni la inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP) ni la referida a la privación del ejercicio de la patria potestad del art. 46 CP.

La conclusión obvia es que el legislador no las ha querido imponer como accesorias, y, por consiguiente, no las ha previsto como tales en el Código.

5. Pero todavía más. Aunque a efectos dialécticos entendiéramos que fuera posible acordar la imposición de esta pena accesoria (lo que no es factible, como tenemos dicho), el propio art. 56 establece la necesidad de exteriorizar la relación directa existente entre el delito cometido y el derecho a que se refiere la inhabilitación, debiéndose determinar expresamente en la sentencia.

En el fundamento tercero, párrafo final, se dice por el Tribunal de instancia “el modo de actuar del acusado en nada puede beneficiar el cuidado y educación de sus hijos, sino todo lo contrario, lo que hace aconsejable tal privación en aras a la tutela de los miem-

bros más débiles y necesitados de protección de la unidad familiar”.

Con ello la Audiencia hace referencia a la conveniencia de adoptar la medida, pero no que el sujeto activo haya visto favorecida la comisión del delito por el oficio o profesión que desempeña. No puede decirse que el recurrente cometiera el hecho punible como consecuencia del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, pues nada hay más contrario al desempeño de ese cometido que los execrables actos realizados por aquél.

Consecuentemente y por todas las razones expuestas el motivo debe merecer acogida, dejando sin efecto la medida de privación de patria potestad, acordada como pena accesoria en la sentencia, sin perjuicio del derecho de las partes interesadas y del M.º Fiscal, dada su legitimación, a acudir a la vía civil o administrativa correspondiente para que se acuerde tal medida, si se estimare conveniente.

## Sentencia 1416/2004, Sala de lo Penal del TS, de 2 de diciembre de 2004

APROPIACIÓN INDEBIDA

**Art. 254 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Se ocupa la sentencia con la nueva (desde el vigente Código Penal de 1995) modalidad de apropiación indebida consistente en el cobro de lo indebido, prevista en el art. 254 del CP.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recu-

rente por un delito de apropiación indebida del art. 254 del Código Penal al declararse probado, en síntesis, que el recurrente recibió el día 13 de noviembre de 2001 por error

de una entidad bancaria la cantidad de 708.196 euros, en lugar de la debida de 708.196 pesetas, situación de la que se percató el mismo día, procediendo a realizar ocho transferencias a cuentas de las que era titular en otras entidades bancarias y, seguidamente, a retirarla en efectivo. Sorprendido por los hechos reintegró el día 5 de diciembre a la policía la cantidad requerida a excepción de 432 euros.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de Derecho por la indebida aplicación del art. 252 del Código Penal. En la argumentación que desarrolla entiende que el momento consumativo del tipo penal se produce tras el requerimiento de la entidad bancaria, o de la policía judicial. El recurrente no tenía intención de apropiarse del dinero sino que procedió a su devolución tan pronto fue requerido, lo que despeja cualquier duda, afirma, sobre la concurrencia del tipo penal del art. 254 del Código Penal. “Se trata de una gestión temporal del dinero, sustraído a la disposición del legítimo titular, para cuyo supuesto tiene respuesta el Código Civil en su artículo 1896.1, obligando al receptor a abonar el interés legal del dinero durante el tiempo del que ha dispuesto”.

El motivo se desestima. El tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada de atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una

artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta.

La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los arts. 1895 y siguientes del Código Civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva.

Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución. En el supuesto de autos, el condenado no se negó a devolverlo, sino que resulta probado que advertido del ingreso erróneo, procedió a la realización de actos de disposición de lo ajeno, de lo ingresado erróneamente, reveladores de la conducta típica en su modalidad de no proceder a la devolución una vez advertido el error del transmitente.

Desde la vía impugnativa elegida, la infracción de ley por error de Derecho, la subsunción es correcta, toda vez que se declara probado que el acusado advirtió el error en la transmisión y que realizó actos de disposición del dinero indebidamente ingresado con ánimo de apropiación.

**Sentencia 1465/2004, Sala de lo Penal del TS, de 9 de diciembre de 2004**

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPAÑOLA

**Art. 23.2 LOPJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

*Cuestionada la competencia de los Tribunales españoles para juzgar hechos cometidos en Argentina por españoles contra españoles, examina la Sala el principio de personalidad activa o de nacionalidad acogido en el art. 23.2 de la LOPJ para determinar los límites y extensión de la jurisdicción española (y, en el mismo sentido, la STS 1526/2004, de 17 de diciembre).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El segundo motivo se asienta en infracción de Ley, al amparo del art. 849.1.º LECrim. por incorrecta inaplicación del art. 23.2 LOPJ, al considerar que dicho precepto es aplicable sólo con carácter subsidiario y complementario a las leyes de Argentina sobre jurisdicción territorial.

En líneas generales puede decirse que la jurisdicción penal tiene atribuido el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales (art. 9.3 LOPJ), extendiendo tales facultades a todas las personas y a todo el territorio nacional. Sin embargo la Jurisdicción penal aparece limitada en su actuación por circunstancias diversas como los límites objetivos que suponen las conductas tipificadas como delito o falta por la Ley Penal sustantiva, por los límites territoriales y por los límites subjetivos.

La Doctrina y la Jurisprudencia coinciden en que el ejercicio de la Jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía

del Estado. En base a lo anterior, a cada Estado le corresponde, en principio, conocer de todos los hechos punibles cometidos en su territorio cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido. Este principio de actuación llamado principio de territorialidad (“forum loci commissi”) es el que informa fundamentalmente el ordenamiento español, según se deduce de lo establecido en los arts. 23.1 LOPJ y 14 y 15 de la LECrim.

Pero el principio de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la Jurisdicción española.

Conforme al principio de personalidad o de nacionalidad cada ciudadano se halla siempre sometido a la Jurisdicción de su país. Así la Jurisdicción penal española, porque así lo precisa el art. 23.2 LOPJ, conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente res-

pensables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: 1) Que el hecho sea punible en el lugar de la ejecución. 2) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles. 3) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado, en el extranjero, o en este último caso no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

El criterio de la subsidiariedad no cabe que sea invocado con relación al art. 23.2 LOPJ que consagra el principio de la personalidad activa. Sí lo será con relación al principio de la persecución universal previsto en el art. 23.4 LOPJ, que no es nuestro caso.

Así la Sentencia de esta Sala de 25-02-2003, n.º 327/2003 (caso Guatemala) acepta como límite al principio de persecución universal el criterio de la subsidiariedad, de forma que la intervención de la jurisdicción española en materia de persecución del genocidio cometido en país extranjero solamente estaría justificada en defecto de las jurisdicciones inicialmente competentes según el Convenio, es decir, los tribunales del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o una corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Volviendo al supuesto que nos ocupa, los autos de la Sala de lo Penal y del Juzgado Central de Instrucción atribuyen el carácter principal a la ley extranjera, en concreto y supuestamente a la norma argentina que establece su propio principio de territorialidad apoyándose en argumentos tales como:

Que la constitución de sociedades se había realizado en Argentina.

Que los acuerdos llevados a cabo entre las mismas también se habían articulado en aquel país.

Que por la parte se habían ejercitado acciones civiles y penales ante la jurisdicción argentina.

Que los posibles responsables residen en Argentina.

Que los órganos judiciales argentino no van a ceder su jurisdicción.

Que el material probatorio se encuentra en Argentina.

Que la Ley española da preeminencia al fuero territorial.

Sin embargo, estos argumentos no pueden ser tenidos en cuenta. El principio de la personalidad activa del art. 23.2 LOPJ no tiene otras limitaciones que las establezcan los Tratados internacionales o, en su caso, la interpretación de los mismos.

Como dice el art. 4 LOPJ, la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.

Como se puede apreciar por los textos de los artículos 4 y 23.2 LOPJ, cuando el Estado español ha querido establecer casos particulares de alcance y aplicación de personalidad activa lo ha hecho mediante la firma de tratados internacionales, debiendo entenderse que en los demás casos no lo ha considerado oportuno.

Siendo así, no cabe hablar de interferencia en el procedimiento civil o penal que exista abierto en el extranjero, no habiendo obstáculo para la persecución simultánea bajo la jurisdicción española y extranjera. La jurisdicción sólo queda limitada a los supuestos legalmente previstos en que el delincuente haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso no hubiere cumplido la condena.

El motivo ha de ser estimado.

**Sentencia 1219/2004, Sala de lo Penal del TS, de 10 de diciembre de 2004**

ERROR DE PROHIBICIÓN, DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

**Arts. 14 y 197 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*A propósito de un supuesto de captación y difusión lucrativa de imágenes íntimas, analiza la sentencia, entre otras cuestiones, el alcance de la figura delictiva prevista en el art. 197 del CP, así como el tratamiento dado por el art. 14 del CP al denominado error de prohibición.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—(...) A) El motivo undécimo, tras exponer con carácter general el alcance y fundamento del artículo 197 CP, sostiene que no concurren en el caso los requisitos para la consumación del tipo, aduciendo concretamente como razones de ello la aplicabilidad de la teoría de la intimidad compartida, el consentimiento en la grabación de las imágenes del denunciante y la falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo en la acusada.

El artículo 197 CP ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497.bis CP 1973, reformado por la LO 18/1994, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1.º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2.º inciso

de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3.º 1 del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utiliza-

ción de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del Derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aun sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal. En relación con el subtipo agravado del 1.º inciso del apartado 3.º (revelación, difusión o cesión a terceros), que es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, debemos señalar que tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aun cuando la primera suponga una mayor publicidad. El apartado 5.º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior. Las SSTs 872/2001 y 694/2003 se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal —que es el bien jurídico protegido—, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española —derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497. Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: a) apoderamiento de pape-

les, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, “el que”, dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo “sus” referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta “sus telecomunicaciones”. Respecto al “iter criminis”, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición “para”.

El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una de las

partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las SS citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo. Como señala la STC 70/2002 es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 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”, con cita de las SSTC precedentes, y ello así sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone el artículo 18 en sus apartados 3.º y 1.º, CE, puesto que el objeto de la protección en el primero de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal “per se”. La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales, exponiendo que “quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea en su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas

mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE)”. Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 CE, con el alcance penal tipificado en el artículo 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones. (...)

C) El motivo decimotercero denuncia la inaplicación del artículo 14 CP. Aduce que el Tribunal no ha tenido en cuenta el error de prohibición que concurre en la acusada y que la sentencia ha resuelto esta cuestión de modo defectuoso. Más adelante se refiere a la existencia de un claro error sobre la norma prohibitiva, error que califica de invencible. Por último se refiere a la posible existencia de consentimiento tácito del perjudicado.

El artículo 14 CP distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser invencible o vencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal, impunidad de la conducta, y en el segundo se impone una pena

inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (STS 755/2003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia. Es lo que sucede en el caso de autos, pues se trata de una grabación subrepticia, tal como se constata en el “factum”, que forma parte del plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo. La

STS 1287/2003 expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

El motivo se refiere también a la creencia de la acusada de un consentimiento tácito del perjudicado. La cuestión aquí se refiere a la concurrencia de una posible causa de justificación que puede ser considerada como error de prohibición indirecto o bien como un error de tipo sobre los presupuestos de una causa de justificación (puesto que ello es independiente del error sobre la licitud o ilicitud de la acción), es decir, el sujeto activo cree erróneamente que concurre la misma, el consentimiento tácito del perjudicado. Ahora bien, sólo es posible sustituir la falta de un consentimiento real cuando sea imposible obtener el mismo, lo cual evidentemente no sucede tampoco en el caso de autos. La acusada no puede pretender la existencia de un consentimiento tácito cuando ninguna circunstancia impedía la obtención directa del consentimiento real del sujeto pasivo.

**Sentencia 1459/2004, Sala de lo Penal del TS, de 14 de diciembre de 2004**

ALZAMIENTO DE BIENES

**Art. 257 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se ofrece una precisa caracterización de la doctrina jurisprudencial en torno al delito de alzamiento de bienes, insistiendo en la interpretación subje-*

*tiva de la expresión “en perjuicio de sus acreedores” y concretando el concepto de “insolvencia” (en el mismo sentido, la STS 1471/2004, de 15 de diciembre de 2004, a cargo del mismo ponente).*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) 2. El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (artículo 1911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP 73 y 257.1.º CP 1995 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta sala: “alzarse con sus bienes” y “en perjuicio de sus acreedores”.

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o de otro modo similar se impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente constituya una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hi-

jos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por ser una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores”, que utilizan los mencionados artículos, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión, entendida de este modo, se deducen tres consecuencias:

1.<sup>a</sup> Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aun no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.<sup>a</sup> La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo, una parte del dolo.

3.<sup>a</sup> Se construye así esta figura penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de

bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolvencias punibles”, de modo semejante al CP 73.

Conviene precisar que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta sala, cuando hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28-5-1979, 29-10-1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en la mayoría de las ocasiones precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6-5-1989), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el

acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta sala con reiteración. Véanse las recientes sentencias de 27-4-2000, 12-3-2001, 11-3-2002, y 18 de octubre de 2002, entre otras muchas.

**Sentencia 1476/2004, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2004**

ESTAFA (INFORMÁTICA)

**Art. 248.2 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se analizan las particularidades de la denominada “estafa informática” del art. 248.2 del CP, en relación a la estafa general. Determinación del “daño patrimonial” y el sujeto pasivo en este delito, a los efectos de la eventual concurrencia de la excusa absolutoria del art. 268 del CP.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) 2. De cualquier manera, el art. 268 CP no es aplicable al caso, dado que la acción, que la Audiencia debería haber subsumido correctamente en el n.º 2 del art. 248 CP, no se dirigió contra el patrimonio de los padres del recurrente, sino que sólo fue realizada empleando instrumentos informáticos que se encontraban en el ámbito de dominio de éstos y que permitían, evidentemente, efectuar disposiciones sobre el patrimonio del mismo. Dado lo claramente justificado de la pena, el recurrente no ha impugnado la subsunción realizada por la Audiencia. Lo importante es, ante todo, la realización de la acciones constitutivas de un artificio semejante a una manipulación informática. En efecto, al texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de “alguna manipulación informática” o de algún “artificio semejante”. La cuestión de cuáles

son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, por lo tanto, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Aclarado lo anterior, se trata de saber quién fue el sujeto pasivo de la estafa informática, pues sólo respecto de ciertos sujetos pasivos puede ser aplicado el art. 268 CP. Como es sabido, en el delito de estafa tanto es sujeto pasivo del delito el sujeto que obra por un error al que ha sido inducido mediante engaño y realizó la disposición patrimonial, como el que sufre el daño patrimonial, que puede ser un sujeto distinto del que rea-

lizó la disposición patrimonial. El tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responde al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin “error”. De manera que el sujeto pasivo sólo puede ser el titular del patrimonio perjudicado.

En el presente caso, no cabe duda de que el perjudicado ha sido el Banco y por lo tanto es el sujeto pasivo del delito. Consecuentemente, queda excluida la posible aplicación del art. 268 CP.

Las discusiones que puedan haber existido entre el Banco y los usuarios de la terminal electrónica empleada por los acusados sobre si la madre del acusado debía asumir el daño civil producido por el delito, no afecta en absoluto el hecho de que el delito haya tenido por lo menos dos sujetos pasivos y que el Banco haya sido uno de ellos, ya que, en todo caso, el carácter litigioso de una suma importante que pudo haber pesado sobre el patrimonio del Banco es ya constitutivo de un daño patrimonial. De aquí se deduce que, aunque hayan sido los padres del acusado quienes hayan debido soportar en última instancia las consecuencias patrimoniales del delito, el hecho punible, como tal, se cometió contra el patrimonio del Banco. Es claro que la propiedad del dinero, que los cuentacorrentistas ingresan en sus cuentas y que, por lo tanto, se encuentra en poder del Banco, forma parte del patrimonio de éste y no del de los titulares de las cuentas (arts. 1753 y 1768 Código Civil).

**Sentencia 1533/2004, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2004**

INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA

**Art. 71 CE**

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

SÍNTESIS

*Interpretación del alcance de la inviolabilidad de los parlamentarios, en una causa por delito de exaltación del terrorismo imputado a un miembro del Parlamento Vasco.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...) Con base procesal en el art. 852 L.E.Cr. el recurrente denuncia la vulne-

ración de los arts. 23 y 71.1.º de la C.E. en relación al 26.6.º del Estatuto de Autonomía Vasco, en cuanto ha sido negada al acusado la prerrogativa integrada por la inviolabili-

dad de las opiniones expresadas en el Parlamento, dada su calidad de diputado autonómico.

1. La clave de la controversia estriba en la determinación del alcance de ese derecho de expresión, cobijado bajo la frase “ejercicio de sus funciones” (art. 71.1.º CE).

El art. 71.1.º y los correlativos en los Estatutos autonómicos se orientan a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin la cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían resultar mediatizadas o postradas, o resultar afectada la libre formación de la voluntad del órgano legislativo. Esta garantía parlamentaria requiere una correcta delimitación material y funcional del derecho, como oportunamente pone de manifiesto el M.º Fiscal. Desde el primer punto de vista la garantía parlamentaria no alcanzará a cualesquiera actuaciones de los parlamentarios, sino sólo a sus declaraciones de juicio o de voluntad (“opiniones” según el art. 71.1.º CE). Desde la otra perspectiva (funcional) la inviolabilidad debe cubrir exclusivamente la conducta del titular, en tanto miembro del órgano colegiado, cesando cuando el sujeto despliegue la libertad de expresión al margen de las funciones parlamentarias.

Así pues, debemos atenernos a esa relación o conexión entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias de la condición de parlamentario (art. 71.1 CE), de tal suerte que el Diputado o Senador, en cuanto sujetos generadores de la voluntad colectiva del órgano parlamentario, cuya autonomía es la protegida a través de esta garantía individual, ejercerán sus funciones sólo en la medida en que participen de actos parlamentarios, en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas del Parlamento. Eso es lo que parece desprenderse del Reglamento del Senado, que en su art. 21 nos dice que la inviolabilidad garantizará sólo “las opiniones manifestadas en actos parlamentarios” y los “votos emitidos en el ejercicio de su cargo”.

2. Planteado así el problema, debe quedar sentado que este privilegio o prerrogativa debe ser interpretada de forma estricta, en evitación de que el ejercicio abusivo pueda lesionar derechos fundamentales de terceros que merezcan protección conforme al art. 24.1.º CE (tutela judicial efectiva).

En tal sentido, por prerrogativas parlamentarias debemos entender, siguiendo el sustancioso y riguroso escrito de contestación al recurso del M.º Fiscal, las “sustracciones al derecho común conectadas a una función”, y sólo en la medida en que esta función se ejerza merecerán su reconocimiento.

Interpretada la expresión del art. 71.1.º de tal guisa y trasladando los puntos de vista expuestos al caso que nos ocupa, resulta que en él concurren todos los condicionamientos externos (espacial, temporal y funcional) para que la actuación del recurrente se ampare en la inviolabilidad proclamada.

3. Un paso más en la delimitación del ámbito del ejercicio de tal prerrogativa nos lleva a la posibilidad de interpretar restrictivamente el comportamiento del parlamentario desde el punto de vista material, pues a pesar de que las opiniones se han expresado por un diputado en un acto parlamentario, desempeñando las funciones que le son propias, no deben ampararse bajo el paraguas de la inviolabilidad las ofensas vertidas, verbigracia, las que estuvieran integradas por un exabrupto o proclamaciones carentes de racionalidad y cualquier desviación de la temática tratada para, en fraude de ley, alcanzar otros propósitos distintos al objeto del debate.

Sin embargo, ello plantea el problema relativo a quién debe y puede corregir los excesos realizados en fraude de ley o fuera de la función que se protege. ¿Son los jueces o la propia Cámara? La respuesta se impone de inmediato. Desde el momento en que se otorga a un órgano diferente al propio Parlamento la capacidad de controlar o valorar el fondo de las manifestaciones del diputado se estaría quebrando el núcleo de la prerrogativa, habida cuenta de que su existencia se

justifica no sólo para amparar opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente para impedir la persecución por opiniones antijurídicas e incluso delictivas. Para las primeras no sería necesaria la garantía, ya que no crean problema alguno.

4. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una interpretación teleológica razonable y encomiable entiende que una cosa es que queden amparadas en el privilegio las opiniones delictivas, expresadas en directa relación con el debate o tema tratado, y otra muy diferente que el foro que la ley brinda sea profanado, utilizando el privilegio como simple excusa para cometer delitos de expresión sin una vinculación material con las cuestiones tratadas.

Sin embargo entendemos que, aun en este caso, los límites que frenen la ilegalidad deben provenir del Parlamento mismo (retirar la palabra, sanciones, etc.) y en última instancia recibir el veredicto difuso de aprobación o desaprobación que los ciudadanos pueden expresar en las urnas.

Este criterio decisivo tiene su asiento en algunas sentencias dictadas por nuestro Tribunal Constitucional, especialmente la n.º 30 de 24 de febrero de 1997, según la cual, la inviolabilidad no es sólo una prescripción que exime de responsabilidad, sino incluso un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento (incluso civil), un verdadero límite a la jurisdicción que tiene ca-

rácter absoluto. La jurisdicción queda excluida frente a las opiniones emitidas por un parlamentario y por tanto ni siquiera se puede entrar a examinar el contenido de esas opiniones al objeto de discernir si merecen o no la tutela de ese privilegio.

De no ser así, el parlamentario se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención jurisdiccional que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de la división de poderes o no interferencia entre los mismos.

5. De este modo el diputado, nacional o autonómico, o senador, tienen la certeza de que sus intervenciones no van a ser juzgadas y esa irresponsabilidad, entendida como no sujeción a responsabilidad exigible externamente, asegura la libertad de expresión, reforzada por el privilegio de un plus de tolerancia justificado.

Las desviaciones antijurídicas por las opiniones vertidas no pueden ser contrapeadas ni administradas por alguien desde el exterior de las Cámaras, debiendo quedar sujetas exclusivamente a la disciplina de los Reglamentos que las rigen.

En conclusión, dado el carácter absoluto de este derecho, el motivo deberá ser acogido, sin que sea necesario el análisis de los demás.

## Sentencia 1546/2004, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2004

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

**Art. 89 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*La expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España, condenados a penas de prisión inferiores a seis años no es automática y resulta*

*desaconsejable en el delito de tráfico de drogas consistente en la introducción en nuestro país de una cantidad significativa de droga de las denominadas “duras”.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—En motivo único, el recurrente, por la vía del art. 849.1.º L.E.Criminal, estima infringido el art. 89.1.º C.P.

1. Entiende que el precepto vulnerado, en los términos en que quedó redactado después de la reforma operada por la Ley Orgánica n.º 11 de 29 de septiembre de 2003, lo fue por no acordar el Tribunal su expulsión del país, por cuanto se cumplía en él la circunstancia de ser extranjero no documentado, esto es, sin permiso de residencia y no exceder la pena impuesta de seis años. Considera que la ley es imperativa y automática y la no sustitución es la excepción que, a su juicio, no concurría en el presente caso.

2. Desde luego, la decisión de acordar la medida no puede tener su justificación en el hecho de haber mostrado conformidad a los hechos y a la pena solicitada por la acusación pública.

El M.º Fiscal no interesaba la expulsión, pero aunque la hubiera pedido, tal conformidad no obliga al Tribunal a acordarla, por cuanto tiene que sujetarse exclusivamente a otros parámetros legales, en particular, la audiencia del Fiscal y la realización de un juicio de valor, referido al caso concreto, sobre la conveniencia del cumplimiento de la pena en España (realmente la disyuntiva es el cumplimiento o el incumplimiento), salvo que existan convenios internacionales que permitan el cumplimiento de la pena en el país de origen, y en tal ponderación valorativa el Tribunal debe tener en consideración la “naturaleza del delito”.

3. La Audiencia Provincial de Madrid ha cumplido escrupulosamente con lo dis-

puesto en el art. 89.1 C.P. y ha razonado, con acierto y suficiencia, la necesidad del cumplimiento de la pena en España.

A pesar de lo que diga el impugnante, los argumentos son de peso. Entre ellos destacan:

a) la expulsión, después de cumplidos unos meses de prisión preventiva, supondría un favorecimiento o promoción del tráfico de drogas por ciudadanos extranjeros, creándose una situación generalizada de impunidad.

b) acude a la naturaleza del delito destacando la gravedad del mismo, de lo que es inequívoco exponente las penas que el legislador asigna a estos tipos penales.

c) por último, hace referencia, aunque utilice otros términos, al incumplimiento de las funciones de la pena de prevención general y especial del delito y de resocialización del delincuente.

4. Los argumentos son consistentes. El análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el art. 368 CP, que se sustituya la pena en la hipótesis de un vendedor callejero de papelinas (pongamos por caso), pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables. La que le fue intervenida al acusado tenía un valor de más de 39.000 euros.

Ningún extranjero que se mueva en el ámbito de los delitos de esta clase dejaría de probar suerte introduciendo droga “dura” en España, ante la eventual posibilidad de sufrir unos pocos meses de prisión preventiva, con la expectativa razonable de que si el plan delictivo resultaba exitoso tendría pingües beneficios a costa de la salud de los

españoles o extranjeros legalmente residentes en nuestro país. Tales potenciales delincentes sólo tendrían que procurar no importar por encima de 750 gramos de cocaína, reducida a pureza. Tratándose de un solo acto (el delito del art. 368 es de actividad, con posibilidad de incluir en el mismo injusto típico diversas conductas referidas al tráfico ilícito de drogas) y ante la ausencia de

antecedentes penales, tendría muchísimas posibilidades de que la pena impuesta no excediera de seis años de prisión.

Esa situación supondría un auténtico desarme del Derecho penal, convirtiéndose la facultad judicial del art. 89.1 en instrumento desprotector del bien jurídico tutelado (salud pública) y favorecer del delito.

**Sentencia 1550/2004, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2004**

SIMULACIÓN DE DELITO

**Art. 457 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Frente a la tesis jurisprudencial clásica que veía en la “actuación procesal” subsiguiente a la simulación de delito una condición objetiva de punibilidad, entiende hoy la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se trata del verdadero resultado del delito, por lo que cabe apreciar tentativa si aquella no llega a producirse.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El primer motivo contra la mentada sentencia se articula con base en el art. 849.1.º LECrim., denunciando infracción de ley por indebida aplicación del art. 457 CP que tipifica la figura de simulación de delito, toda vez que el recurrente sostiene que, a tenor de la declaración de Hechos Probados, no concurre el elemento del tipo de la actuación procesal que hubiera provocado la actividad de los acusados, por lo que en ausencia de este componente que participa en el delito como condición objetiva de punibilidad, la conducta de los acusados resultaría atípica. En apoyo de esta tesis im-

pugnativa, el motivo señala que no ha existido actividad procesal porque la denuncia del robo simulado que se formuló ante la Policía fue cursada por ésta al Juzgado de Instrucción, que se limitó a dictar Auto de incoación de Diligencias Previas y de sobreseimiento al día siguiente de la recepción de la denuncia, sin que ni siquiera se les diera número a dichos procedimientos.

Los elementos que configuran este delito son:

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la ac-

ción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que “en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales”.

c) El elemento subjetivo que se integra con la consciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

d) La relación de causa a efecto entre la falsedad y la actuación procesal.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba,

de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa “notitia criminis” llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la “notitia criminis” o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino —repítase— como el resultado de la conducta típica (SSTS de 20 de septiembre de 1991, 17 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003, entre otras).

En consecuencia, aun en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

## Sentencia 1387/2004, Sala de lo Penal del TS, de 27 de diciembre de 2004

### DILACIONES INDEBIDAS

#### Arts. 24.2 CE; 66.4.º Código Penal

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

### SÍNTESIS

*Expuesta la doctrina general sobre los efectos de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y comprobado en el caso de autos la aplicación de la atenuante analógica como muy cualificada, la Sala atiende la petición del recurrente rebajando en dos grados la pena.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Décimo.**—(...) Ciertamente el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, forma parte del canon que define el proceso penal desde las exigencias constitucionales —art. 25 CE— e igualmente conforma la identidad del proceso penal que deriva el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales —art. 6—, siendo de destacar que un número muy significativo de demandas resueltas por el TEDH, lo es, precisamente en relación a la violación de este derecho, y es que, como se ha dicho, por el solo hecho de ser tardía la sentencia puede llegar a ser injusta. También se encuentra consagrado en el art. 13.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966.

Como ya tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional —SSTC 124/1999 y 125/1999, ambas de 28 de junio—, se está en presencia de un derecho integrado en el derecho a la jurisdicción pero con autonomía funcional y se integra por una doble faceta:

a) Prestacional que se refiere al derecho “in genere” a que los Tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo juzgado en un plazo razonable y

b) Reaccional que se enlaza con el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se aprecien tales dilaciones, teniendo en este aspecto una naturaleza “intra processum” tendente a la eliminación de obstáculos que tienen encallado el proceso concernido.

También se ha dicho que es un derecho invocable en toda clase de procesos, si bien su ámbito más propio es el proceso penal en la medida que las dilaciones pueden constituir para el imputado que sufre tales dilaciones una especie de “poena naturalis” que merece alguna compensación en el campo de la individualización de la pena. Por otra

parte, este derecho no equivale a la constitucionalización de los plazos procesales establecidos en las leyes, de suerte que no surge a la vida por el mero incumplimiento de tales plazos, la dilación con alcance constitucional es un “aliud” y un plus en relación al mero incumplimiento de los plazos.

Es obvio que se trata de un concepto jurídico indeterminado o abierto, en tal sentido el Convenio Europeo hace referencia al “Plazo razonable”.

El Tribunal Constitucional ha venido facilitando criterios para objetivar la prueba de tal razonabilidad presididos todos por el concreto análisis de la causa concernida y así se ha venido refiriendo a los siguientes:

- a) La complejidad del litigio.
- b) Los márgenes ordinarios de duración de esa clase de litigios.
- c) La propia conducta procesal del litigante.
- d) El propio comportamiento del órgano judicial.
- e) La exigencia de previa invocación de la quiebra de este derecho por parte del interesado ante el Tribunal correspondiente para remediar el quebranto, entendiéndose esta exigencia como una manifestación del deber de colaboración y lealtad que se impone a las partes.

En tal sentido, SSTC, además de las ya citadas más arriba, 58/1999, de 12 de marzo, 184/1999, de 11 de octubre, 198/1999, de 25 de octubre, 87/2001, de 2 de abril, 237/2001 de 18 de diciembre, entre otras.

Esta Sala casacional, partiendo del corpus jurisprudencial del Tribunal Constitucional, ha venido introduciendo últimamente alguna matización en relación a los criterios en base a los cuales pueden estimarse, en tal sentido y habida cuenta de la especificidad del proceso penal, ha declarado que en relación a la previa reclamación del imputado ante el Tribunal de las dilaciones, tiene declarado que “... a ningún procesado se le puede pedir que

denuncia una situación tendente a evitar una posible prescripción que sin duda le beneficiaría...” —SSTS 1675/2003, de 10 de diciembre, n.º 1013/2002, de 31 de mayo, 1672/2002, de 3 de octubre y 2036/2001, de 6 de noviembre—.

En cuanto a su traducción práctica en el campo de la individualización judicial de la pena, ha existido una evolución en la doctrina de la Sala marcada por tres Plenos no Jurisdiccionales:

a) El de 2 de octubre de 1992 se acordó que frente a la tesis de darles el valor de una atenuante analógica como así se había efectuado en varias ocasiones —STS de 14 de diciembre de 1991—, debían quedar sus efectos extramuros del proceso, pudiendo servir para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

b) El Pleno de 29 de abril de 1997 es el que se acordó que no existía base legal para aplicar una atenuante al acusado con apoyo en la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones.

c) El Pleno de 21 de mayo de 1999 en el que se efectuó un cambio jurisprudencial en el sentido de compensar la concurrencia de las dilaciones con la penalidad correspondiente al delito mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6.º, con la posibilidad de darle, según la importancia, el valor de simple atenuante o de muy cualificada.

En un Derecho penal de la culpabilidad como el sistema vigente —art. 10 del Código Penal—, como recuerda la STC 150/1991, el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, por ello, se estima que si el acusado ha tenido un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso —“poena naturalis”—, es razonable compensar con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya “pagada” por la excesiva duración del proceso.

La sentencia sometida al presente control casacional ha hecho una adecuada aplicación de la doctrina de la Sala al apreciar la existencia de dilaciones indebidas, darle el valor de atenuante y estimarla muy cualificada.

La denuncia que en el marco de este motivo efectúa el recurrente estriba en la total falta de motivación del porqué ha aplicado la pena rebajada en un grado y no en dos, pues una vez asignado el valor de muy cualificado, debe/debería haber motivado el concreto alcance a los efectos de justificar la rebaja en un grado —que sería preceptivo—, o en dos que sería facultativo.

La denuncia tiene fundamento, y al respecto basta con la lectura del F.J. decimotercero donde sólo se fija la atenuante como muy cualificada, para en el fallo verificar la rebaja penal en un solo grado.

Ciertamente estamos en presencia de un caso excepcional de dilaciones indebidas, y ello por dos razones:

a) Por la desmesura de la demora en dirigir la acción contra el recurrente, casi diecinueve años — F.J. segundo—.

b) Porque tal enormidad no se compara con una complejidad de la causa: los elementos incriminatorios obraron desde época temprana en la causa como ya se ha dicho.

Ciertamente que en general, la jurisprudencia del TEDH —STEDH de 25 de octubre de 2003, López Solé y Martín de Vargas vs. España—, estima que el período a tomar en consideración en relación al art. 6.1.º del Convenio Europeo empezaría cuando la persona se encuentra formalmente acusada, o cuando las sospechas de las que es objeto, tienen repercusión importante en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las Autoridades encargadas de perseguir los delitos —en el mismo sentido, STEDH de 15 de julio de 1982 Eckerle vs. Alemania—.

Este criterio es el adecuado habida cuenta de que el exceso del proceso puede constituir una “pena” añadida para el inculpa-

que se sabe investigado. No es éste el presente caso, en el que como ya se ha verificado en el iter procesal de la causa —F.J. segundo— la acción se dirigió contra Aurelio el 8 de septiembre de 2000, a quien se le recibió declaración el 21 de noviembre de 2000, dictándose sentencia el 12 de noviembre de 2003.

Con buen criterio, el Tribunal sentenciador, como expresamente lo dice conecta las dilaciones con el retraso en dirigir la acusación por parte de Ministerio Fiscal, lo que, en definitiva supone relacionar en este caso, no tanto con la culpabilidad, sino que el fundamento de la atenuación se encontraría en que el hecho enjuiciado ha estado próximo al olvido social del mismo que es, cabalmente uno de los fundamentos de la prescripción, olvido social del delito que no arrastra al olvido de las víctimas, antes bien se debe mantener viva la comunidad de memoria en torno a todas las víctimas del terrorismo, y por tanto, las causadas por el triple asesinato del que fue cómplice el recurrente.

En el presente caso, el Tribunal sentenciador ha omitido toda motivación relativa a la concreta extensión de la rebaja penal.

En este control casacional, estimamos que existen datos objetivos en la causa conectados con la tantas veces citada demora en dirigir la acusación, que imponen la rebaja en dos grados, de la pena correspondiente, desde las exigencias del principio de proporcionalidad, que, como dice la STS de 18 de junio de 1998, debe ser el eje definidor de cualquier decisión judicial, lo que en el presente caso aparece más ajustado a la vista de las reflexiones que efectuó la sentencia de instancia y que hemos recogido al inicio del presente fundamento y que se enlazan con el “principio de esperanza”, toda pena de prisión debe permitir la esperanza en un cambio de actividades al penado a quien se le impone, esencial para conseguir un Derecho penal más humanizado.

En conclusión procede admitir el motivo, con los consiguientes efectos en la fijación de la pena que se determinan en la segunda sentencia.

## Sentencia 28/2005, Sala de lo Penal del TS, de 14 de enero de 2005

### ACLARACIÓN DE SENTENCIA

#### Art. 267 LOPJ

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

### SÍNTESIS

*Extemporánea rectificación de la sentencia agravando la pena inicialmente impuesta al recurrente, que a juicio de la Sala rebasa los límites legalmente previstos para el auto aclaratorio.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Decimotercero.**—El último de los motivos se interpone por vulneración del dere-

cho a la tutela judicial efectiva, así como del derecho a un proceso con todas las garantías, provocado con la rectificación de la sentencia en el auto aclaratorio que subsanó

el error deslizado, sustituyendo la pena de seis años por la de siete.

1. Antes de resolver la cuestión planteada conviene hacer referencia a los avatares procesales que determinaron la modificación de la condena del recurrente, siguiendo en ello el escrito de M.<sup>o</sup> Fiscal.

Aunque la sentencia no lo motivara, en el fallo se distinguía con toda claridad la pena de siete años de prisión, a la que se condenaba a Alberto y Evaristo, de la de seis años impuesta al tercero, el ahora recurrente. Dicha sentencia se publicó en el mismo día de su fecha, 23 de junio de 2003, se notificó al Fiscal que la consintió; el 30 de junio y el 1 de julio a Mariano cuya representación anunció el propósito de interponer el recurso de casación en escrito presentado el día 8 siguiente y es el 9 de julio cuando se dicta un auto con un fundamento jurídico único en el que se afirma que “en la parte dispositiva de la sentencia se ha incurrido en error material” que se rectifica condenando a los tres acusados a la pena de siete años de prisión y, en consecuencia, pasados quince días de la publicación de la sentencia y cuando por la representación del condenado se había preparado ya el recurso, se modifica el fallo en un aspecto tan esencial como es el de la determinación de la pena que la sentencia, aunque no se hubiera motivado la diferenciación, distinguía con toda claridad la impuesta al recurrente y la correspondiente a los otros dos, y todo ello sin más argumento que el atribuirlo a un error material.

2. Es cierto que cuando esta Sala de casación da lectura a la combatida, extraña que sin justificación o razonamiento alguno se imponga una dispar sanción a unos y otros acusados, dada su similar participación en los hechos.

El Fiscal, pudo en aras al principio de igualdad (art. 14 C.E.) o al derecho a la fundabilidad de las resoluciones judiciales, exigir que se motivase la condena, interesando en casación la nulidad de la misma. Pero no recurrió, quizás porque entendiera que la propia sentencia evidenciaba un distinto

grado en la aportación material al hecho delictivo por parte del recurrente, en valoración del Tribunal, según impone el art. 66.1.º CP, antes de la reforma últimamente operada por la Ley Orgánica n.º 11/2003. Ante la quietud procesal del M.<sup>o</sup> Fiscal se produce una modificación de la sentencia, no ajustada a los términos del art. 267 LOPJ y extemporáneamente y sin justificación o argumento alguno se incrementa en un año la pena impuesta.

Es oportuna al caso la cita del M.<sup>o</sup> Fiscal de la S. del T. Constitucional de 11 de marzo de 2002 n.º 55 y de esta Sala de 8 de julio de 2003 n.º 1034, según las cuales la efectividad de la tutela judicial no autoriza a beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que, con toda certeza, pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial; y ello es así siempre que se trate de auténticos errores judiciales de carácter material, cuya corrección no requiera la realización de un nuevo juicio valorativo, esto es, el error debe deducirse directamente y con toda certeza del propio texto de la sentencia sin necesidad de imaginar hipótesis, hacer deducciones o suponer interpretaciones de ningún tipo.

3. En el caso de autos es patente que no se justificó la diferencia de pena impuesta inicialmente, pero tampoco se argumentó nada cuando se igualaron las condenas de los tres acusados.

La intervención del recurrente fue distinta a la de sus consortes delictivos, que aun relevante, perfectamente podría calificarse de menos decisiva desde el punto de vista del dolo o culpabilidad en la realización del hecho. Evaristo amenaza de muerte y entrega el arma agresiva a Alberto, que hace uso de ella asestando el golpe mortal, mientras el recurrente sujeta a la víctima de sus brazos para evitar cualquier reacción defensiva o para asegurar la agresión.

También la propia sentencia descubre las atenuantes que el recurrente propuso, sobre todo las referentes a la situación de drogadicción, que si bien insuficientes para alcan-

zar una atenuación pudieron ser tenidas en consideración como circunstancias del hecho.

En suma, es el principio de seguridad jurídica el que hace inviable que la rectificación de la sentencia, rebasando los límites del art. 267 LOPJ, incremente la pena en un auto aclaratorio dictado quince días después

de la publicación y notificación de la sentencia, sin incorporar argumento alguno, cuando ya el afectado había preparado el recurso de casación contra la sentencia que le imponía seis años.

El auto debe quedar sin efecto, renaciendo la pena de seis años, lo que supone la estimación de este motivo.

**Sentencia 60/2005, Sala de lo Penal del TS, de 17 de enero de 2005**

FALTA DE JURISDICCIÓN

**Art. 9 LOPJ**

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

SÍNTESIS

*Falta de jurisdicción de los Tribunales de lo Penal para declarar, con motivo del ejercicio de la acción civil en la causa, la nulidad de matrimonio, celebrado bajo amenazas condicionales.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—La sentencia dictada por el Presidente del Tribunal del Jurado declara además la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes. En su fundamento jurídico séptimo razona que ejercitada la acción civil conjuntamente con la penal, tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 73.1 y 5, en relación con el 74, 76, 1261.1, 1265, 1267.2 y 1300, todos ellos CC, en la medida que regulan la nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento o estando éste viciado a causa de intimidación causante del miedo grave, debe accederse a dicha pretensión contenida en el ejercicio de la acción civil dimanante del delito. Tenien-

do en cuenta que las cuestiones sobre jurisdicción son de orden público, el Tribunal Superior, de oficio, se plantea en relación con lo anterior la posible falta de jurisdicción del Tribunal del Jurado para declarar la nulidad del matrimonio, llegando a la conclusión que la misma se adoptó sin infracción de la legislación procesal y orgánica.

El artículo 9.6 LOPJ establece, tras proclamar la improrrogabilidad de la jurisdicción, que los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, añadiendo que en todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente, lo que justifica el examen de oficio de la cuestión por

el Tribunal Superior y también por el Tribunal de Casación, puesto que ninguna de las partes ha ejercitado pretensión alguna al respecto.

Debemos partir en principio de la regla contenida en el propio artículo 9.1 según la cual los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley. Según el apartado 3.º del mismo artículo los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, lo que significa en línea de principio que no corresponde a la Jurisdicción Penal la directa aplicación de las normas de Derecho de familia que en el ámbito del Derecho privado disciplinan en este caso la institución del matrimonio, y cuya aplicación compete a la Jurisdicción Civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes, lo que significa que los Juzgados y Tribunales ejercen su Jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1 referido (STS 780/2000, en un supuesto relativo a la privación de la patria potestad sobre su hijo impuesta a un condenado por un delito de homicidio, conforme al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26-05-2000). No obstante lo anterior, entiende el Tribunal Superior, citando Jurisprudencia de esta Sala, que la unidad jurisdiccional tiene carácter expansivo ... por lo que si existe atribución legal se produce una extensión de la jurisdicción a cuestiones que, en principio, puedan ser competencia de otros órdenes jurisdiccionales, razonando que en este caso conforme al artículo 100 LECrim. de todo delito o falta nace acción penal y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, con cita también de los artículos 108 y 742 de la propia Ley procesal, planteándose la cuestión de si la declaración de nulidad del matrimonio “puede entenderse comprendi-

da dentro del concepto de la responsabilidad civil nacida de todo delito o falta” (artículo 110 CP 1995), llegando a una conclusión afirmativa según la cual la reintegración de la situación jurídica previa conculcada por el delito puede alcanzar también “ex” artículo 112 CP a situaciones como la presente, es decir, reparar el daño equivale en este caso a declarar la nulidad del matrimonio conforme a lo dispuesto en el artículo 112 mencionado. Esta conclusión no puede ser compartida por cuanto la declaración de nulidad del matrimonio, aunque pueda tener efectos patrimoniales reflejos (artículos 90 y siguientes CC), no es una medida de contenido patrimonial en sentido estricto, siendo cuestión que afecta al estado civil de las personas. Cuando el artículo 112 CP se refiere a que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo la naturaleza de aquél y a las condiciones patrimoniales del culpable, se está refiriendo a las distintas clases de prestaciones que constituyen el objeto de una obligación patrimonial cual es la de reparar el daño causado. Por lo tanto, el hilo de la atribución legal para declarar la nulidad del matrimonio a través de la atribución de las responsabilidades civiles dimanantes del delito no tiene la consistencia suficiente para atribuir a los Tribunales penales la declaración sobre cuestiones que afectan al estado civil de las personas. Es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala, como argumenta el Tribunal de apelación, ha admitido que la Jurisdicción Penal, por la vía de la responsabilidad civil, pueda declarar la nulidad de un contrato, pero lo que se pretende en estos casos (alzamiento de bienes o insolvencias, generalmente) es reintegrar a un patrimonio bienes que fueron sustraídos del mismo mediante una conducta delictiva al objeto de preservar la integridad de aquél o para asegurar el principio de la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 CC), y ello indudablemente tiene un reflejo patrimonial directo, luego no son supuestos asi-

milables con la declaración de nulidad del matrimonio.

Por otra parte, obsta a lo anterior la norma contenida en el artículo 5 LECrim., en materia de cuestiones prejudiciales, que establece, frente a la regla general del artículo 3.º, que las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, criterio diáfano del Legislador en relación con las cuestiones mencionadas y su atribución exclusiva a la Jurisdicción Civil, como no puede ser de otra forma, teniendo en cuenta su propia naturaleza (no debemos olvidar al respecto que se trata de acciones constitutivas que producen una sentencia de igual clase, sólo susceptibles de ejercicio judicial, de forma que su efecto jurídico se produce con la sentencia, mientras la acción de responsabilidad civil es declarativa de condena, susceptible de ser

influida por la declaración de voluntad de las partes). Es cierto que en el presente caso no se trata de una cuestión prejudicial en sentido procesal propio pero no obstante ello tiene valor como principio que sirve para la atribución de la Jurisdicción. (...) Por último, también debe tenerse en cuenta que la declaración de nulidad del matrimonio (artículos 73 y siguientes CC) conlleva la adopción de las medidas a que se refieren los artículos 91 y siguientes, sin que pueda admitirse la fragmentación jurisdiccional, sin base legal expresa para ello, entre la decisión sobre la nulidad y sobre sus consecuencias, efectos y ejecución de las medidas correspondientes. En síntesis, el Tribunal penal se ha excedido en el ejercicio de su Jurisdicción cuando ha declarado la nulidad del matrimonio como consecuencia del delito, decisión que corresponde a la Jurisdicción Civil, a la que deberá acudir la parte legitimada para ello (artículo 76 CC).

**Sentencia 35/2005, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2005**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

**Art. 120.3.º Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se determina en la sentencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, conforme al art. 120.3 del CP, por un delito de incendio acaecido en un Centro de Internamiento de Extranjeros.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La acusación particular formaliza dos motivos de casación al amparo

del artículo 849.1 y 2 LECrim. Por razones lógicas deberíamos examinar en primer lugar el que se refiere al error en la apreciación de la prueba (artículo 849.2). Sin em-

bargo, en la medida en que lo que se pretende demostrar a través del mismo es el incumplimiento por la Administración de las disposiciones aplicables en materia de instalación de aparatos, equipos y sistemas de protección contra incendios (con cita del Real Decreto 1942/1993, de 5/11, Reglamento de Instalaciones de Protección contra Incendios) y que el segundo motivo denuncia precisamente la inaplicación del artículo 120.3 CP, ambos pueden ser examinados conjuntamente, teniendo en cuenta que no se trata tanto de modificar el "factum", pues la Sala de instancia ha tenido ya en cuenta en el fundamento jurídico cuarto el informe del Servicio de Licencias de Apertura del Ayuntamiento de Málaga a "contrario sensu", cuando afirma que "tampoco se ha acreditado que existiere infracción reglamentaria o de cualquier disposición aplicable por parte de los rectores o encargados del Centro de Internamiento de Extranjeros", como de examinar si concurre o no infracción reglamentaria a la vista de los hechos que se declaran probados, la que constituye un elemento normativo del precepto penal sustantivo cuya inaplicación se denuncia (haberse infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción).

En relación con la doctrina vigente de esta Sala sobre responsabilidad civil subsidiaria del Estado por hechos cometidos en aquellos establecimientos, como sucede en el presente caso, que estén sometidos a su control, gobierno y custodia, la STS 954/2000 nos sirve de referencia cuando define el alcance, primero, del antiguo artículo 21 CP 1973 y, luego, del vigente artículo 120 CP 1995, que establece distintos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, incluyendo precisamente en su número 3.º la clásica de los titulares de establecimientos, manteniendo con mejor redacción y técnica la estructura esencial del derogado artículo 21, siempre que se hayan producido infracciones reglamentarias por los directo-

res o administradores de los mismos o por sus dependientes o empleados, en relación de causalidad con la comisión de la infracción penal, refiriéndose el antiguo artículo 21 a la relación del hecho punible cometido con la infracción de los Reglamentos generales y especiales de Policía, mientras con mayor precisión el apartado 3.º del vigente artículo 120 añade un último inciso en el sentido que el hecho punible cometido no se hubiera producido sin dicha infracción reglamentaria, es decir, no es suficiente la relación entre el hecho punible y la infracción reglamentaria sino que se precisa además que de haberse observado los Reglamentos la infracción no hubiese tenido lugar, lo que desde luego debe ser fijado desde una perspectiva de racionalidad. De esta forma el Estado puede ser responsable civil subsidiario no sólo "ex" artículo 121 sino también por el artículo 120.3, ambos CP, preceptos compatibles entre sí y que permiten una interpretación armónica en la medida que se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes, pues en el primero lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial, mientras que el 120.3 fija como elemento decisivo el lugar donde el hecho punible se comete, y así el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 28-05-2000 entendió que "el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la Jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal" (ver también SSTs 1046/2001 u 860 y 1461/2003).

Pues bien, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado conforme al artículo 120.3 CP precisa de las siguientes circunstancias: que los hechos punibles se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o se halle sometido al control del Estado o demás Organismos Públicos; que sus dirigen-

tes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los Reglamentos de Policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionadas con el hecho punible; y que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, pues la infracción reglamentaria ha de ser causalmente influyente en el mismo, lo que comporta definir racionalmente el alcance de dicha causalidad teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Desde luego debemos partir de la aplicación subsidiaria a los Centros de Internamiento de Extranjeros de las disposiciones penitenciarias vigentes (Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento), que con carácter general constituye a la Administración penitenciaria en garante de la vida, integridad y salud de los internos, conforme al artículo 3.4 LOGP. Igualmente los artículos 68 y 70 del Reglamento Penitenciario autorizan a los encargados de la custodia de los internos o detenidos los cacheos y registros pertinentes y la intervención de objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada. En el presente caso, lo primero que llama la atención es que, teniendo en cuenta las características del recinto y su mobiliario y el número de internos albergados en aquél, según el “factum”, se omitiese la intervención de encendedores de bolsillo que según el mismo tenían en su poder los internos que pegaron fuego a las colchonetas de goma espuma, no inferior a cuatro, que previamente habían apilado, lo que indudablemente hubiese impedido el incendio. Dicha medida se presentaba como racionalmente necesaria habida cuenta las circunstancias señaladas (culpa “in vigilando”). En segundo lugar, se plantea la cuestión del cumplimiento por la Administración de las disposiciones reglamentarias atinentes a la prevención y protección contra incendios, que suscita directamente la acusación particular mediante la invocación del Real Decreto 1942/1993 mencionado más arriba. La Audiencia de forma excesivamente concluyente, fundamento jurídico cuarto, afirma la falta de acreditación de in-

fracción reglamentaria de esta naturaleza por parte de los rectores o encargados del Centro. Es cierto que el informe citado por el recurrente del Servicio de Licencias de Apertura del Ayuntamiento de Málaga (folio 340) es lo suficientemente equívoco, cuando en su primera parte no constata infracción reglamentaria de las instalaciones de protección contra incendios del establecimiento, pero a continuación se refiere a otras medidas complementarias que “deberían adoptarse” para “optimizar las instalaciones de protección contra incendios” (alumbrado de emergencia, colgar reglamentariamente el extintor manual del almacén, instalación de un extintor manual de mayor eficacia en el vestíbulo o sustitución de las mangueras de impulsión por otras de distinto tipo al objeto de facilitar la inmediata utilización de las mismas en caso de incendio). Precisamente por ello ambos motivos son analizados conjuntamente, en la medida que el error del Tribunal de instancia versaría sobre la correcta aplicación o no de disposiciones reglamentarias. Pues bien, a la vista de lo anterior, resulta que el sistema contra incendios existente era nítidamente, al menos, perfectible. En el propio “factum” se consigna que no fue posible “abrir una segunda puerta existente en la parte opuesta del módulo por falta de visibilidad debido a que la electricidad se había cortado por efecto del fuego”; o que “las ventanas estaban protegidas de plástico translúcido haciendo la función de cristales”; o que “el acceso se realizaba a través de dos puertas, una junto a cual se generó el fuego, impidiendo la entrada o salida de cualquier persona y la otra con reja y cerradura de seguridad en la parte opuesta del módulo, que no pudo ser aperturada hasta la llegada de los bomberos minutos después”; añadiendo que “el referido módulo carecía de alumbrado de seguridad”. Existía evidentemente una situación de riesgo en caso de incendio que debe añadirse a la falta de intervención a los internos de los medios para producirlo. Todo ello es interdependiente, resultando la omisión de las medidas señaladas, la intervención de los mecheros y la op-

timización de los sistemas de seguridad, teniendo en cuenta las características del módulo donde se produjeron los hechos, existiendo una relación de causalidad entre

el hecho punible y sus consecuencias y las señaladas omisiones.

Por todo ello el motivo debe ser estimado.

**Sentencia 20/2005, Sala de lo Penal del TS, de 21 de enero de 2005**

VEREDICTO DEL JURADO

**Art. 61.1.d) LOTJ**

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

SÍNTESIS

*La aplicación por el Jurado al resultado de la prueba de un estándar de valoración que diferiría del que habría aplicado un tribunal técnico no autoriza al Tribunal Superior de Justicia a anular un veredicto razonable y suficientemente razonado.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24.1 CE. El argumento es que la sentencia absolutoria revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se funda en un veredicto no sólo motivado, sino ampliamente justificado en la totalidad de sus aspectos. Esto —se dice— porque el Jurado tomó en consideración todos los elementos de juicio, de cargo y de descargo, y operó con ellos con el rigor y la transparencia exigibles.

El examen del veredicto pone de relieve que, en efecto, en este caso el Jurado llevó a cabo un matizado examen del cuadro probatorio. Así, estima, en primer término, que Jon estuvo esa noche en el bar (...), donde luego aparecería muerto su propietario; y señala que lo entiende así a partir de lo manifestado por él mismo y por varios testigos. En cambio, la segunda conclusión es que

aquél no realizó la acción homicida. Y llega a ella porque, aun constatando la existencia de indicios de cargo, éstos no le parecen de entidad bastante para excluir una duda razonable al respecto.

Los jueces populares dan por cierto, a tenor de lo informado por los forenses, que la muerte debió producirse una o dos horas antes del levantamiento del cadáver, realizado a las 4 horas de la madrugada. Pero, esto sentado, se encuentran ante una alternativa cuyos términos son: a) el representado por la posibilidad de que el óbito hubiera ocurrido entre las 2,30 y las 3 horas, cuando hay constancia de que Jon estuvo en el bar Garduña —donde con alguna imprecisión relativa al momento exacto y al tiempo de permanencia— le ubica su titular; entre las 2 y las 3; lo que abriría un consistente margen de incertidumbre por la incompatibilidad relativa de este aserto y el nuclear de la imputación. Y, b) el de que fuera las 2 la hora del fallecimiento, caso en el que no ven claro que Jon

hubiera dispuesto de tiempo para acabar con la vida de Narciso, desplazarse hasta su casa, cambiarse de ropa y dirigirse al bar Garduña, para estar en él cuando allí se le sitúa. Estas consideraciones llevan al Jurado a entender que no es descartable que la acción criminal hubiese tenido lugar coincidiendo con la presencia de Jon en el bar Garduña, lo que excluiría su intervención.

Hay un segundo elemento incriminatorio, el determinado por la presencia de restos de sangre de Narciso en la bufanda y el reloj hallados en casa de Jon. Pero, el Jurado no lo ha encontrado concluyente, al saber que entre ambas personas había una estrecha y diaria relación, lo que hace que esas manchas —sobre las que el acusado dio cierta explicación— hubieran podido producirse en otra fecha.

(...)

**Segundo.**—Este tribunal, en sentencia 279/2003, de 12 de marzo, ha declarado que en los juicios con Jurado, la decisión sobre los hechos incumbe, exclusivamente, a éste; y, con la decisión, también el deber de motivarla “ex” art. 120.3 CE. Deber de motivar referido directamente al veredicto, pero indirecta y necesariamente a la sentencia, cuyo fallo no podría tener otra ratio y más justificación en la materia que la que dé sustento a aquél, según la convicción de los jueces populares.

La LOTJ [art. 61.1.d)] precisa tal imperativo exigiendo a los jurados que fijen los “elementos de convicción” y que expliquen de forma sucinta “las razones” por las que entienden que determinados hechos han sido o no probados.

La hipótesis acusatoria, es decir, la imputación, nunca o raramente aparece probada de una vez en todos sus extremos, ya que los diversos medios probatorios puestos en juego, con la mayor frecuencia, inciden sobre distintos elementos o aspectos de la misma, que, por lo común, describe una conducta con diferentes segmentos de acción, es decir, más o menos compleja. Y, por otro lado, las informaciones de esa procedencia tam-

poco son unívocas ni rigurosamente coincidentes, lo que da lugar a que no quepa remitirse a ellas como un todo coherente y sin discontinuidades.

Es lo que hace preciso que los tribunales identifiquen con el necesario detalle los elementos probatorios obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y expresen la razón de asignarles o no alguna eficacia convictiva. Pues no cabe otra forma de juzgar que, siendo racional, dote, a la vez, del ineludible fundamento explícito a la decisión.

Tal modo de proceder es el que la ley prescribe al Jurado con total claridad, en el ya citado art. 61.1.d), cuando le obliga a relacionar los elementos de convicción y a explicar las razones de haber tenido, en función de éstos, unos hechos como probados. Es decir —no importa reiterarlo— se trata de individualizar los datos probatorios merecedores de consideración a tenor del resultado de la prueba; y de argumentar por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos —que en este caso no fueron directamente presenciados por nadie— ocurrieron de una determinada manera y no de otra. Así, los “elementos de convicción” deben quedar plenamente identificados; y la “explicación” de las “razones”, que puede ser “sucinta”, o sea, breve, ha de hacer patente que las mismas existen como tales y están dotadas de calidad suficiente. Y es que una convicción sin causa sería necesariamente arbitraria; y la obligación de expresarla es una garantía elemental cuando se trata de dotar de rigor al razonamiento, para evitar conclusiones apresuradas. Por lo demás, es un derecho incancelable del acusado conocer el fundamento de la eventual condena.

Este tribunal ha sido bien consciente de las dificultades que el Jurado plantea en tema de la valoración de prueba y motivación de la sentencia, sobre todo cuando se trata de cursos probatorios particularmente complejos. Y así se ha pronunciado en distintas ocasiones a favor de una modulación del deber que impone el art. 120.3 CE (por todas SSTS 514/2002, de 10 de febrero de 2003,

1069/2002, de 13 de junio; 384/2001, de 12 de marzo y 1240/2000, de 11 de septiembre). Pero dejando claro que su observancia no puede quedar por debajo del mínimo legal consistente en la identificación —señalando su fuente— de los concretos elementos de prueba tenidos en cuenta para dictar la sentencia condenatoria; acompañada de una indicación, siquiera elemental, del porqué de la atribución a éstos de un determinado valor convictivo. Es el único modo de acreditar que tal apreciación no ha sido arbitraria. Y, tratándose como se trata de una tarea personalísima, es preciso que el Jurado la asuma directamente en su calidad de juzgador, verbalizando su resultado, de manera que pueda ser conocido por todos, y, en particular, por el Magistrado-presidente, que necesita saber de él para, a su vez, dotar al fallo del necesario fundamento.

(...)

**Tercero.**—Aplicadas estas consideraciones a la sentencia a examen, es necesario decir que, en este caso, el Jurado individualizó los distintos elementos de convicción y los hizo objeto de análisis y, luego, de una valoración de conjunto; para concluir, por la mayoría legalmente precisa, que abrigaba una duda razonable acerca de la calidad explicativa de la hipótesis acusatoria.

El tribunal de apelación reprocha al de instancia un defecto de motivación, porque —dice— al manejar los datos horarios no tuvo en cuenta alguna información del propio acusado que estaría en contradicción con la de procedencia testifical. Pero ésta es una objeción débil, porque tal opción, aparte de legítima, tiene implícito fundamento en la atribución de mayor credibilidad a esta última fuente, por no interesada.

Por otro lado, denuncia la falta de conocimiento de la distancia existente entre el bar (...) y el bar Garduña y entre ambos y el domicilio del acusado, y asimismo la ausencia de constancia del tiempo requerido para recorrer ese itinerario. Pero, precisamente, el déficit de información relativa a ambos extremos, sobre los que en la vista no se

hizo luz, es el fundamento de la duda que expresa el Jurado.

(...)

**Quinto.**—En el caso que se examina, el Jurado demuestra haber actuado con sentido de la responsabilidad y tratando de dar cumplimiento a sus deberes legales, conforme lo acredita el esfuerzo de justificación del veredicto, muy superior en expresividad y transparencia a la inmensa mayoría de los que suelen producirse. En general, y cuando se trata de los absolutorios, en particular, por el arraigo que tiene en amplios sectores la idea inaceptable de que para absolver bastaría con expresar que se ha llegado a un estado de duda. Cuando lo cierto es que el derecho a la tutela judicial de quien sostiene la pretensión punitiva sólo puede satisfacerse con una decisión suficientemente justificada. Y, asimismo, que —no debe olvidarse— el imperativo del art. 120.3 CE no sólo mira a la justificación “ad extra” de la calidad del fundamento del fallo, sino, también, a hacer que quien decide se mueva sólo dentro del marco de lo racionalmente motivable. Que es lo que hace que toda decisión, incluidas, por tanto, las absolutorias, deban estar dotadas de motivación suficiente, es decir, lo bastante explícita como para que pueda entenderse su porqué.

Pues bien, aquí el Jurado, de forma suficientemente razonada, ha llegado a plantearse una duda, que por la manera de proceder no cabe juzgar gratuita. Lo que no quiere decir que el modo de argumentar la falta de conocimiento de lo realmente sucedido, en que aquél afirma encontrarse, tenga que ser forzosamente compartido.

El reproche de la sala de apelación es que el veredicto está aquejado de un llamativo defecto de racionalidad en la fundamentación; pero, como se ha visto, no cabe afirmar que la decisión adoptada sea propiamente arbitraria. Es cierto que las manchas de sangre representan un elemento de fuerte contenido incriminatorio, y que la explicación del acusado acerca de la existencia de las mismas en objetos de su pertenencia, puede muy bien no

convencer. Pero también lo es que resulta problemática la condena si, contando con la posibilidad, por remota que sea, de que se hubieran producido en un momento anterior al del crimen, aparece asimismo como posible que el acusado se hubiese hallado en otro lugar, al ocurrir esa acción; alternativa, no descabellada, que explícitamente se plantea el Jurado. La cuestión es, pues, cómo ponderar en sí mismos y en su interrelación esos grados de probabilidad.

Es claro que el Jurado aplicó al resultado de la prueba un estándar de valoración que difiere del manejado por el tribunal de apelación en su sentencia. Y —quizá podría afirmarse— también del que en una situación similar habría utilizado un tribunal técnico, más avezado a operar con esta clase de recursos cognoscitivos, a razonar a partir de máximas de experiencia, a calibrar grados de certeza y de duda; y, en definitiva, más habituado a asumir la responsabilidad del juicio, y, sobre todo, de la condena, con lo que ésta implica.

Pero, aquí y así las cosas, lo que nunca podría reprocharse al Jurado es haber actuado, precisa y correctamente, como tal, es decir, como Jurado: haciendo uso de instrumentos de análisis y de criterios de apreciación no muy depurados pero tampoco ajenos a cierto sentido común. Porque es de esta suerte como, honestamente, ha llegado a encontrarse en un dilema moral; resuelto, según se ha visto, de manera argumentada. Y, lo que es muy importante: “pro reo”.

Pues bien, se trata de un modo de decidir que debe respetarse, como inherente a la naturaleza misma de la institución y a la propia opción del legislador. Y, además —en este caso— porque, resolver en el sentido que lo hace la sala de apelación, supondría no sólo anular la sentencia, dando lugar a la formación de otro Jurado; sino, a la vez, pre-determinar en buena medida el sentido del fallo que éste debería dictar, por el implícito señalamiento en concreto del estándar de duda al que debería ajustarse.

Es por lo que, en definitiva, el motivo, y con él el recurso, debe estimarse.

## Sentencia 1516/2005, Sala de lo Penal del TS, de 21 de enero de 2005

ERROR DE TIPO. ERROR DE PROHIBICIÓN

### Art. 14 Código Penal

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

#### SÍNTESIS

*A propósito de un delito de detención ilegal por parte de funcionario público del art. 167 del CP, se analiza en la sentencia la separación entre el error de tipo y el error de prohibición.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El único motivo de la Acusación Particular tiene su fundamento en la

aplicación indebida del art. 530 y 532 CP. En el recurso se sostiene que los hechos debieron ser subsumidos bajo el tipo del art. 167 CP.

El recurso debe ser estimado.

1. La sentencia recurrida estimó que el acusado no había cometido el delito del art. 167 CP pues estimó que “puede dudarse” de que “en el momento de ordenar la detención” dicho acusado “fuera consciente de que los hechos no eran constitutivos de delito”. Para ello la Audiencia se basa en la STS de 20 de mayo de 1997, que estableció que “el funcionario público cuando realiza la detención (...) debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas (...) la gravedad de la acción”.

2. Como se ve, se trata de que la Audiencia entendió que concurría en el caso un error sobre un elemento normativo del tipo, es decir, sobre si la acción se desarrollaba en el contexto de una causa por delito o no.

Como es sabido el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y, dada la actual regulación contenida en el art. 14.1 CP, también el de los elementos normativos del tipo. Estos elementos son aquellos que el autor sólo conoce mediante la comprensión de los hechos y no simplemente a través de su percepción sensorial, como en el caso de los elementos descriptivos del tipo. En un número considerable, al menos, son errores jurídicos, como el presente caso. Respecto de los elementos normativos, sin embargo, el dolo no requiere un conocimiento técnico-jurídico, sino, simplemente, el conocimiento paralelo en la esfera del lego o, como resulta terminológicamente más correcto, la valoración paralela en la esfera del lego. Dicho brevemente: el dolo sólo requiere que el autor haya conocido la valoración de los hechos en el nivel del lenguaje cotidiano, no técnico.

Estos presupuestos han sido implícitamente expuestos en la sentencia citada por la Audiencia cuando se refiere a “calibrar a simple vista y por las apariencias externas” la gravedad de la acción.

Sin embargo, la solución dada al caso no es acertada, dado que la valoración paralela que, como lego en Derecho, debía realizar el acusado, era extremadamente simple, pues tenía una manifestación meramente cuantitativa: se

trataba de la comprobación del valor del daño a través de los documentos que existían en el atestado, concretamente, de la estimación en dinero del daño que la propia denunciante proporcionó en la denuncia. Con la sola lectura de la denuncia el acusado, por lo tanto, pudo saber que el hecho no era constitutivo de delito. Por consiguiente, no cabe duda de que supo que el hecho instruido en el atestado tenía un valor inferior a las 50.000 ptas. y, en este sentido, que el dolo alcanzó completamente a todos los elementos del tipo del art. 167 CP, inclusive el elemento normativo: supo que el daño no alcanzaba a 50.000 ptas. Para el dolo no se requiere más.

3. Sin embargo, la Audiencia consideró que el principio “in dubio pro reo” le impedía afirmar que el acusado hubiera ordenado la detención por error. “Todo parece apuntar — dice la Audiencia— a una supina ignorancia de las condiciones en las que puede acordarse la prisión” (Fundamento Jurídico cuarto). Esta decisión de la Audiencia no puede ser modificada, en tanto comprobación de un hecho, en el recurso de casación. Sin embargo, la calificación jurídica de ese error y las consecuencias que del mismo se derivan son objeto de la casación. En tal sentido debemos señalar que es técnicamente incorrecto haber considerado que al ordenar la detención el acusado obró con un error que excluía el dolo, es decir, subsumible bajo la prescripción del art. 14.1 CP. En efecto, como se vio, en el caso se daban todos los elementos del dolo del tipo del art. 167 CP. El error, por tal razón, sólo pudo recaer sobre la antijuricidad del hecho típico y debió ser considerado de acuerdo a las reglas del art. 14.3 CP.

Desde esta perspectiva es evidente que se trata de un error de prohibición evitable, dado que el acusado actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le acuerda la ley en relación con los derechos fundamentales de una persona.

En otras palabras: ateniéndonos a las manifestaciones de la Audiencia expuestas en la sentencia, es evidente que se debieron aplicar los arts. 167 (en relación con el art. 163.4 CP) y 14.3 CP.

**Sentencia 64/2005, Sala de lo Penal del TS, de 26 de enero de 2005**

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

**Art. 242 CE**

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

SÍNTESIS

*La Sala desestima el recurso en que se denunciaba la vulneración del derecho al Juez imparcial al haber formado parte del Tribunal que dictó sentencia dos magistrados que con anterioridad también habían resuelto sobre la prórroga de la prisión provisional.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) 1. El hecho motivador de esta pretensión impugnativa se concreta en lo siguiente: En fecha 9 de diciembre de 2003 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid formada por los magistrados D. Adrián V.G., D. Juan P.G.Ll. y D. Eduardo Víctor B.O., dictó auto en el que se decretaba la prórroga de la prisión provisional de Benedicto y Rogelio, siendo ponente de la misma el magistrado D. Juan P.G.Ll. En la sentencia hoy recurrida de fecha 24 de febrero de 2004 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid constituida en Sala para ver y fallar el juicio fue compuesta por los magistrados D. Adrián V.G., D. Juan P. y G.Ll. y D.<sup>a</sup> Matilde G.R., siendo ponente de la misma el Sr. P.G.Ll. En ambos casos en la composición de la Sala hay dos magistrados coincidentes y en los dos es ponente el mismo magistrado.

2. En base a tal relación fáctica el recurrente entiende que dos magistrados que sentencian la causa carecen de la necesaria imparcialidad objetiva.

Sin embargo, no podemos desconocer que no toda actividad del Juez instructor o del Tribunal sentenciador compromete su imparcialidad, sino sólo aquella que requiera una valoración crítica de los hechos o bien suponga la adopción de medidas cautelares, si al hacerlo se pronuncia sobre determinados extremos que implican la adopción de un criterio sobre el fondo del asunto o sobre la culpabilidad del sujeto, en cuanto convencimiento sobre la participación en los hechos que se le imputan.

De ahí que como tiene dicho nuestro Tribunal Constitucional cuando se cuestione sobre la posible acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras, no procede decidir la contaminación del juez en abstracto, sino descender al caso particular para comprobar si el acto instructorio o previo al

juicio oral compromete dicha imparcialidad. Sólo cuando el órgano jurisdiccional con anterioridad al plenario toma partido o asume una posición que implica pronunciamiento sobre la participación del imputado en el hecho punible, podrían generarse en su ánimo determinados prejuicios que le inhabilitarían para juzgar el caso.

3. El auto de 9 de diciembre de 2003, en que la Audiencia acordaba prorrogar por dos años la prisión de los denunciados, entre ellos el recurrente, no supuso contaminación o decisión prejuzgadora del asunto como se desprende de los fundamentos jurídicos de dicho auto.

Nuestras leyes orgánicas y procesales atribuyen a la Audiencia Provincial que ha de juzgar del caso, la competencia para acordar la prórroga de la prisión preventiva una vez concluida la fase investigadora. Al hacerlo examina los requisitos formales o legales de necesaria concurrencia para acordar la medida, llegando a la conclusión de que era procedente con el solo apoyo de da-

tos objetivos obrantes en la causa, que a lo sumo pudieran merecer un juicio de valor provisional o presuntivo del Juez instructor al dictar el auto de procesamiento, pero no del Tribunal sentenciador.

El procesamiento lo era por delito grave al que la ley impone unas penas importantes, lo que en cualquier persona podría operar como resorte o aliciente para impulsar a eludir la acción de la justicia. A ello se unía la presunta o indiciaria participación en el hecho, según pronunciamiento del Instructor (auto de procesamiento), lo que excluía cualquier toma de contacto con el material preprobatorio que pudiera predisponerle sobre la realidad del hecho delictivo y la participación en él de los procesados.

Desde otro punto de vista constituye una actitud procesal contradictoria y alejada de la buena fe la seguida por el recurrente, cuando, conociendo la composición del Tribunal, no realiza alegación alguna y sólo lo hace cuando ha recaído sentencia condenatoria.

### Sentencia 50/2005, Sala de lo Penal del TS, de 28 de enero de 2005

#### DILACIONES INDEBIDAS

#### Arts. 24.2 CE; 21.6.<sup>a</sup> Código Penal

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

#### SÍNTESIS

*Tras exponer la doctrina general sobre los efectos que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal, la Sala aplica la atenuante analógica a uno de los recurrentes pero no al otro en atención a su comportamiento procesal obstruccionista.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Undécimo.**—(...) 2. Los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal han sido objeto de discusión en tres reuniones de pleno no jurisdiccional de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

A) En la primera de ellas, del día 2-10-1992, obtuvo mayoría de votos entre los magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el correspondiente pronunciamiento condenatorio. Habría de tener eficacia en una posible solicitud de indulto, o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia conforme al art. 121 CE y 299 y ss. LOPJ. B) Luego el tema volvió a tratarse en otra reunión de 29-4-1997 en la que se acordó que, caso de apreciarse que en el proceso penal hubiera habido la mencionada vulneración y hubiera de estimarse un motivo de casación al respecto, así habría de declararse por esta sala en la correspondiente sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se considerasen adecuados, en su caso, sobre proposición de indulto, suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitara la solicitud de esta medida de gracia conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP de 1995 y sin pronunciamiento de segunda sentencia.

C) Más tarde, en otra reunión celebrada el 21-5-1999, tal y como nos dicen los recurrentes, se acordó reconocer eficacia en la sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas a través de la circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 CP vigente que se corresponde con la del art. 10.10 CP de 1973. Se aprobó por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 de

nuestra Constitución, podría producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio debido al retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

En todo caso quedó de manifiesto en el correspondiente debate que, para la apreciación de tal atenuante en casación, la cuestión tendría que haber sido propuesta y debatida en la instancia con el correspondiente pronunciamiento al respecto en la sentencia recurrida. Ya en esa otra reunión, antes citada, de 29-4-1997, se había acordado que las vulneraciones de derechos constitucionales habrían de alegarse previamente en la instancia para poder utilizarlas después como motivo de casación por la vía del art. 5.4 LOPJ. 3. Ya conocemos que, conforme a reiterada doctrina de esta sala, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto de dilaciones indebidas es un concepto indeterminado para cuya precisión en el caso concreto hay que tener en cuenta, entre otros datos, la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias de la demora para las partes.

En el caso presente la complejidad del proceso es manifiesta: basta que consideremos que hubo en la instancia nueve acusados, cuatro acusaciones particulares y ciento cuatro personas a cuyo favor se han reconocido importantes indemnizaciones, dieciocho de las cuales en cuantías superiores a los 36.000 euros, como acabamos de decir.

Y en el presente caso es la conducta procesal de los dos aquí acusados el criterio que vamos a tener en cuenta para apreciar la concurrencia respecto de uno de los dos aquí recurrentes y no respecto del otro.

Veámoslo.

4. Ante todo hay que poner de manifiesto que ninguna de las dos partes recurrentes, en sus respectivos escritos de calificación (folio 831 y ss. y 833 y ss. del rollo

de la Audiencia Provincial —tomo III—), aunque ambas pidieron esta atenuante por dilaciones indebidas, nada concretó respecto del momento o momentos en que estas dilaciones se produjeron ni sobre sus causas. Tenían la carga procesal de decir las paralizaciones que tuvieron lugar para dar la debida precisión al debate, de modo que las demás partes pudieran alegar lo que estimaran conveniente al respecto, lo que habría permitido al tribunal de instancia resolver de modo razonado, a la vista de ese debate contradictorio, sobre esos períodos de demora en el procedimiento y sus posibles justificaciones. No se hizo así, y por ello la Audiencia Provincial se vio obligada a Decir, al inicio del citado fundamento de derecho 7.º (pág. 92), que limitaba las posibles dilaciones indebidas al período en que la causa estuvo en manos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como consecuencia del auto de inhibición del Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca, entre enero de 1995 y noviembre de 1997, fecha esta última en que las actuaciones volvieron al juzgado de procedencia por no haber accedido la Audiencia Nacional a la citada inhibición.

Esos casi tres años de paralización para resolver sobre la mencionada inhibición, por sí solos, constituyen una circunstancia lo suficientemente relevante como para justificar el que haya que afirmar la realidad de unas dilaciones indebidas en el presente procedimiento penal.

5. Después hemos de añadir que consideramos razonable lo que nos dice la sentencia recurrida respecto de la realidad de una conducta de obstrucción del procedimiento por parte de la defensa de D. José Pablo en su fundamento de Derecho 7.º (pág. 96), dedicado precisamente al estudio de este tema de las dilaciones indebidas, lugar en que se precisa cuáles fueron las maniobras realizadas para tal obstrucción. A lo allí dicho nos remitimos.

Esta conducta procesal pone de manifiesto el interés de esta parte (la defensa de D.

José Pablo) en demorar la celebración del juicio y, en definitiva, la resolución que podría ser condenatoria y habría de llevar consigo la entrada en prisión de quien, pese a haber sufrido prisión provisional antes (se había fugado al extranjero), es lo cierto que en un momento determinado consiguió su libertad y así se encontraba cuando el juicio oral se celebró.

Estimamos también correcta la posición de la sentencia recurrida en cuanto que excluye la apreciación de la circunstancia atenuante derivada de esas dilaciones indebidas, incluso para un caso como el presente en el que esa conducta de obstrucción del procedimiento no tuvo relación alguna con el período concreto en que tal dilación se produjo.

Venimos diciendo que la razón de ser de esta circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas radica en que las demoras correspondientes constituyen un mal para la persona enjuiciada, y cómo tal mal debe tenerse en cuenta compensándolo a través de una disminución de la pena, consecuencia de la aplicación de tal atenuante. Así pues, si del comportamiento procesal de la parte, que busca la prolongación al máximo del procedimiento, cabe deducir que esa prolongación le beneficia, habrá que concluir que no hay mal alguno que compensar mediante la apreciación de esta circunstancia atenuante. En este sentido tiene razón lo que dice la sentencia recurrida en ese fundamento de Derecho 7.º (pág. 97).

6. Pero, con relación al otro recurrente, D. Rubén, hay que llegar a una conclusión diferente, pues no nos consta ninguna actuación por su parte que pudiera haber tenido como finalidad la dilación del procedimiento. Como bien dice la defensa de D. Rubén en su escrito de recurso, el mal comportamiento procesal del otro recurrente (José Pablo), no es comunicable a su propia actuación. Ciertamente la conducta procesal de obstrucción de una de las partes, tiene carácter subjetivo y personal. Puede perjudicar a la parte que la observó, mediante la denega-

ción de esta atenuante; pero ciertamente no debe perjudicar a otras partes ajenas a tal conducta.

7. Según se deduce del contenido del mencionado fundamento de Derecho 7.º de la sentencia recurrida, pesó en el ánimo del tribunal de instancia la circunstancia de que ninguno de los dos entonces acusados y ahora recurrentes formulara reclamación cuando esa dilación se estaba produciendo a los efectos de que cesara tal dilación y de ese modo conseguir que no se produjera (o se redujera) el perjuicio que de tal paralización pudiera derivarse. Véanse, entre otras, la sentencia de esta sala 705/1999, de 7 de mayo; 777/2000, de 28 de abril; 1314/2000, de 17 de mayo; 242/2001, de 21 de febrero; 365/2001, de 6 de marzo; 583/2001, de 3 de

abril; 1555/2001, de 10 de septiembre; y 68/2003, de 27 de enero.

Pero no hay unanimidad en esta sala respecto de que sea exigible a estos efectos tal requisito de denuncia previa en el momento en que se está produciendo la demora, pues esto llevaría consigo un perjuicio para el acusado, como podría ser el de hacer ineficaz la prescripción del delito que estuviera en curso. Hay que recordar aquí que el art. 132.2 CP actual (equivalente al 114.2 CP anterior) dice que la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable. Parece claro que no debe subordinarse un beneficio para el reo al hecho de que éste hubiera tenido que realizar algo que en definitiva pudiera perjudicarle.

### Sentencia 104/2005, Sala de lo Penal del TS, de 31 de enero de 2005

FALSEDAD DOCUMENTAL. APROPIACIÓN INDEBIDA. CONCURSO DE DELITOS

**Arts. 8, 74 y 392 Código Penal**

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

#### SÍNTESIS

*Tras analizar conceptos como el de “unidad natural de acción”, o el de “autoencubrimiento impune”, en cuanto forma de consunción, concluyen que las alteraciones contables subsumibles en el tipo de la falsedad en documento mercantil no quedan absorbidas por la apropiación indebida, sino que se sancionan como delitos autónomos.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—El segundo motivo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. por indebida aplicación del art. 392 en relación con los arts. 390.1.1.º, 74 y 26, todos del CP. Consi-

dera el recurrente que se ha aplicado indebidamente los anteriores preceptos, pues en realidad no hay delito autónomo de falsificación sino que estamos ante una unidad natural de acción, que no es otra que la apropiación indebida. No hay delito de falsedad,

todo es un misma acción delictiva, es necesario para esa acción comisiva realizar las alteraciones contables, mediante apuntes fácticos, es imprescindible para el sujeto reconocer todo el “iter criminis” para que la acción delictiva preconcebida se lleve a cabo, esto es, la apropiación indebida. En nuestro caso, en toda la actuación del sujeto, existe un único delito, apropiación indebida, en unidad natural de acción y por ello no debe sancionarse separadamente de forma autónoma las falsificaciones de documentos mercantiles, pues las alteraciones contables, mediante apuntes fácticos constituyen un elemento necesario e imprescindible de la apropiación indebida. Sólo existe un único delito en unidad natural de acción.

El motivo deviene inaceptable.

Este supuesto problemático en la dogmática penal parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo su objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica —dice la STS 18-7-2000— en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna que aglutina los diversos actos realizados.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15-2-1997, 16-6-1999, 4-4-2000), cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la “unidad natural de acción” supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha cone-

xión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En este sentido se ha señalado que esta solución está prevista para casos en los que un primer acto encadenado estrictamente a otros que hace posibles, o supone la preparación para un determinado objetivo, o cuando los actos siguientes se desarrollan o procedan directamente del precedente.

En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción.

Este criterio se ha aplicado ocasionalmente al delito de falsedad, STS 7-5-1999, pero en supuestos muy diferentes del ahora enjuiciado. El caso que fue objeto de la citada sentencia consistió en que en una sola ocasión y sin solución de continuidad, un policía de aeropuerto puso en siete pasaportes diferentes sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción de materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes.

Cabría estimar como unidad natural de acción suscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente.

Pero lo cierto es que dicho concepto no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones autónomas [como es en el caso presente que desde septiembre 1997 a mayo 2000 el acusado ha venido personalmente cobrando en metálico y en pagarés de Distrasur, diversas cantidades ascendentes a 46.432.053 ptas. (279.062,26 €), que hacia suyas sin ingresarlas en la cuenta bancaria de Kraft], pues en tal caso se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado, forzándose de

modo inadmisibles el concepto racional y natural de acción (STS 19-4-2001) y menos aún cuando las distintas acciones lesionan distintos objetos y bienes jurídicos.

**Quinto.**—En realidad lo que se sostiene en el recurso es que las alteraciones contables mediante los apuntes fácticos constituyen un elemento necesario e imprescindible para que la acción delictiva preconcebida, la apropiación indebida, se lleve a cabo, y tal pretensión resulta insostenible.

La alteración de los apuntes contables no tenían como fin la apropiación indebida, que ya se habría producido mediante el recibo de dinero y pagarés no ingresado en la cuenta corriente de la querellante, sino al tratar de ocultar a la empresa los cobros realizados, en definitiva tratar de encubrir el delito de apropiación indebida, lo que no implica su consunción en esta última infracción.

En efecto es cierto que el art. 8.3 CP recoge la forma “*lex consumens derogat legi consumptae*” lo que significa que el injusto material de la infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito con relación al delito fiscal o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causararlo, y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación.

También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal del cadáver, en relación con el homicidio.

Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que en sentencias como las de 24-10-1989, 18-9-1992, 23-12-1995, sostiene que no puede ser apreciado delito en aquellos supuestos en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su desenterramiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder

y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La STS 5-2-1990 precisa que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito.

La STS 25-11-2000 contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente insumible en el art. 390.1.3.º CP, rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

Los absorbidos son los que algún sector doctrinal llama actos copenados, es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal. Lo menos queda absorbido por lo más en la progresión delictiva.

La STS 31-3-2003 reitera que: “cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente en este caso por la regla 3.ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple”.

Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal,

debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos.

Situación esta que sería el supuesto que se analiza, pues en modo alguno, se puede entender que la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado, falsificación art. 392 en relación con el art. 390.1.1, fue absorbido por el otro, apropiación indebida, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin

que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se penara sólo la apropiación y no la falsedad, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo.

El motivo, por lo expuesto se desestima.

# AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 270/2004, AP VALLADOLID, Sec. 2.ª, de 1 de septiembre de 2004

VIOLENCIA DOMÉSTICA: NO APLICABLE CUANDO LA VÍCTIMA ES LA MADRE DE QUIEN FUE NOVIA Y NO HAY CONVIVENCIA

## Art. 153 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel de la Torre Aparicio**

### SÍNTESIS

*Para que puedan ser sujetos pasivos del art. 153 del CP los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente es preciso que exista una situación de convivencia, lo que no sucede en el presente supuesto.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—El Juez del Juzgado de lo Penal (...) dictó sentencia (...) declarando probados los siguientes hechos:

Víctor (...) mantenía una relación sentimental con Sonia en el año 2003, relación que terminó en el mes de agosto de 2003, estando Isabel embarazada, quien pasó a residir con su madre, Soledad (...). El día 1 de octubre de 2003 (...) Víctor se dirigió a bus-

car a Sonia al domicilio que compartía con su madre, bajando Soledad con su hija a la calle y preguntándole sobre sus intenciones con su hija, lo que provocó una reacción airada de Víctor, que no llegó a agredir a Soledad porque se colocó entre ambos Sonia, sacando en ese momento Víctor una pistola metálica de fogeo con la que apuntó a Soledad, gritando en ese momento Soledad pidiendo socorro y refugiándose en su domicilio.

**Segundo.**—La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así:

“Que debo condenar y condeno a Víctor como autor de un delito de violencia doméstica no habitual del artículo 153 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (...)”.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

**Cuarto.**—Por otro lado, argumenta el apelante que la denunciante Soledad no puede ser incluida dentro de los sujetos pasivos contemplados en el artículo 153 del Código Penal. El motivo debe prosperar.

El artículo citado castiga al que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas siguientes (relacionadas en el artículo 173-2): “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

De la redacción de dicho precepto se desprende con claridad que el Legislador ha dispensado un nivel de protección más in-

tenso cuando el sujeto pasivo es el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, pues en tal caso se producirá el delito aunque no exista o no haya existido convivencia, y así lo describe explícitamente el tipo penal. Sin embargo, respecto a los familiares se protege a los “ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o adopción propios, o del cónyuge, o conviviente”. En este último supuesto, al emplear el término “conviviente” se está exigiendo el requisito de la convivencia efectiva, pues de lo contrario el Legislador no habría cambiado los términos de la redacción y se hubiera referido a los ascendientes, descendientes o hermanos de la persona que esté o haya estado ligada al sujeto activo por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, bajo la misma fórmula que en el inciso precedente. Pero al no hacerlo así y hablar de “conviviente” es claro que ha optado por restringir este ámbito de protección penal, cuando los ofendidos sean los ascendientes, descendientes y hermanos, a los propios del sujeto activo, a los de su cónyuge y a los de la persona que con él conviva. Esta delimitación del círculo de los sujetos pasivos fue debatida en trámite parlamentario antes de la aprobación de la reforma y se optó por dicha diferenciación. Así tanto en los informes de la FGE como del CGPJ y en los trabajos parlamentarios, en relación a los parientes más cercanos (ascendientes, descendientes y hermanos), se hacía referencia de que lo fueran ya del propio sujeto activo, ya de su cónyuge, ya de la persona que conviva con el sujeto activo (conviviente), requiriéndose en este caso la convivencia como razón de dicha protección por ser el factor de integración en el núcleo o entorno familiar que se tutela.

En el caso que nos ocupa, la víctima Soledad es la madre de Sonia, la cual convivió con el acusado hasta agosto de 2003 yéndose Sonia a vivir con su madre, tal como se recoge en los hechos probados; estando probado que Víctor no ha vivido con la denunciante. Por lo tanto, Soledad no es ascen-

diente del propio recurrente, ni de su cónyuge, ni de la persona conviviente con el mismo, pues Sonia y Víctor habían cesado en su relación de convivencia dos meses antes de los hechos. Y tampoco la mencionada víctima es persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar. Por lo tanto, Soledad no se encuentra dentro del entorno familiar que protege el artículo 153 del Código Penal, según la redacción dada por el Legislador. Y hemos de recordar, en este sentido, que no cabe realizar una interpretación extensiva de los preceptos

penales en perjuicio del reo, cuando además la voluntad del Legislador ha quedado claramente concretada en la descripción del tipo penal, tal como hemos señalado.

A la vista de lo expuesto, se discrepa de la argumentación ofrecida por la Juzgadora de instancia, concluyéndose que no resulta aplicable en este caso el tipo del artículo 153.2, debiendo absolver al acusado de dicho delito.

**Quinto.**—No obstante, procede condenar a Víctor como autor de una falta de amenazas leves.

**Sentencia 545/2004, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 8 de septiembre de 2004**

LA DELIMITACIÓN TÍPICA DEL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: PROMOTOR, CONSTRUCTOR, TÉCNICO DIRECTOR

**Art. 319.1 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tomás y Tío**

SÍNTESIS

*Una de las cuestiones que más dificultades origina en la aplicación de los tipos penales que tutelan la ordenación del territorio es la interpretación de lo que deba entenderse por promotores, constructores o técnicos directores, únicas personas que pueden ser sujetos activos de determinadas figuras legales. Éste es, entre otros, uno de los problemas que aborda la sentencia seleccionada.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—La sentencia recurrida (...) condenaba a “Lázaro, como autor de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el art. 319.1 del Código Penal, a la pena de seis meses de prisión, a la de doce meses de multa a razón de doce

euros por cuota diaria —en total cuatro mil trescientos veinte euros—, a la de inhabilitación especial durante seis meses para el desarrollo de cualquier oficio o profesión relacionada con la construcción —excluida de la prohibición la actividad de transportista— y a la inhabilitación para el derecho de

sufragio pasivo por igual período de seis meses (...).”.

### HECHOS PROBADOS

“Lázaro, (...) es propietario de la parcela (...) del término municipal de Sueca (...). Dicha parcela, que adquirió en 1995, la venía utilizando para estacionamiento de los camiones de la mercantil de la que es titular (...). Con posterioridad al mes de octubre de 2001 y, en particular, entre los meses de enero a abril de 2002, el señor Lázaro, construyó en dicha parcela una estructura metálica de pórticos formados por perfiles normalizados y uniones resueltas a base de soldadura, con cerramiento mixto a base de fábrica de hormigón tomado con mortero de cemento, con seis huecos para colocación de ventanas de carpintería metálica, cubierta con techado de uralita, de unos ciento veinticinco metros cuadrados de superficie y seis metros de altura. Junto a dicha construcción, inició obras consistentes en solera de hormigón y vigas de hierro de ochenta metros cuadrados de superficie, también en la citada parcela.

Lázaro, a pesar de ser consciente de que la parcela de su propiedad se encontraba dentro del Parque Natural de La Albufera y de la necesidad de contar con permiso para la ejecución de obras dentro del Parque, ejecutó o promovió la ejecución de dichas obras sin solicitar licencia alguna.

La Parcela referida se encuentra dentro del Parque Natural de La Albufera, que constituye espacio natural protegido merecedor de especial protección, estando su suelo clasificado de no urbanizable y protección especial ecológica”.

(...)

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Segundo.**—La primera cuestión relativa a la autoría o titularidad de la acción típica, que en el precepto se asigna en exclusiva a los promotores, constructores o técnicos di-

rectores que lleven a cabo la construcción no autorizada, permite referir en la sentencia combatida la posición inicialmente acorde con lo que pudiera estimarse como una interpretación restrictiva y propia del derecho penal, atendiendo fundamentalmente a que, al imponer con carácter obligatorio la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio relacionado con la actividad desarrollada, pudiera considerarse que ésta debía reducirse a quienes en estricta y limitada definición realizaran actividades con carácter profesional relacionadas directamente con la construcción. Se añade además por diversos autores la conveniencia de que la protección del bien jurídico, que con tal delito se pretende que quede penalmente acogida, alcance a sancionar aquellas actuaciones de una cierta envergadura con capacidad para alterar la normal o racional utilización del suelo, como recurso natural limitado y la adecuación al interés general, excluyendo en cualquier caso aquellas que no tuvieran tal capacidad por la escasa intromisión en el bien jurídico protegido.

No obstante, el juzgador de instancia, atendiendo al principio de seguridad jurídica y a la vinculación que se deriva de la interpretación efectuada por las dos sentencias del Tribunal Supremo que cita, de 26 de junio de 2001 y de 14 de mayo de 2003, estima que la definición del concepto de promotor debe ser la que legalmente se encuentra vigente mediante la integración de la legislación, incluso producida con posterioridad a la publicación del Código Penal, lo que realiza a través del concepto que el artículo 8 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 ofrece, excluyendo el óbice que pudiera significar la circunstancia puntual de la pena accesoria de inhabilitación.

A partir de aquí, el juzgador de instancia recoge con solvencia técnica y rigor metodológico la admisión que el propio acusado ha realizado de su condición de promotor de las obras, toda vez que, partiendo del informe recogido en la denuncia del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Coman-

dancia de la Guardia Civil de Valencia, refiere las actividades generales de transporte de áridos, almacenamiento de tierras y venta de unos u otros, cuyas actividades, relacionadas con obras y construcciones en general, son acogidas en la nave levantada, revelando la finalidad del uso relacionado con la actividad económica propia que le convierten en promotor, al menos de la construc-

ción, para el desarrollo de esas actividades económicamente relevantes.

(...)

LA SALA DECIDE

Primero: Desestimar el recurso de apelación interpuesto (...) contra la sentencia (...)

Segundo: Confirmar íntegramente la misma.

**Sentencia 629/2004, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 9 de septiembre de 2004**

EL QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR NO SE IDENTIFICA CON EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

**Art. 468 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Herrera Cuevas**

SÍNTESIS

*El respeto al principio de legalidad y al acusatorio lleva consigo —en el presente supuesto— que, formulada acusación por quebrantamiento de condena (prohibición de comunicación), sin especificarse en la sentencia que se trataba de pena accesoria impuesta en continuación de una medida de protección, no pueda pensarse por dicho quebrantamiento.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

**Primero.**—Por el Juzgado de lo Penal (...) se dictó sentencia (...), cuyos hechos expresamente declarados probados fueron los siguientes:

“Probado y así se declara que Juan Ramón (...) incumpliendo lo dispuesto en Sentencia (...) de Juicio de Faltas (...) en que se declaraba la vigencia por un período de seis meses a contar desde la notificación de la misma, de las medidas acordadas por Auto (...) en que se establecía la prohibición para el acusado de comunicarse por cualquier medio con D.ª Catalina o con sus hijos, rea-

lizó los días 15 y 17 de mayo llamadas por teléfono al móvil de su hija ocultando el número de abonado y consiguiendo establecer contacto con su hija Lidia, la del día 17, desde su lugar de trabajo (...).”

El fallo de la mencionada sentencia es del siguiente tenor:

“Que debo condenar y condeno a Juan Ramón como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena (...).”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

El escrito de acusación es paladino en atribuir quebrantamiento de la condena en

sentencia, y los hechos probados de la sentencia lo mismo indican, transcribiendo parcialmente el fallo de la sentencia del juicio de faltas.

En el acto del juicio oral el acusado declaró que conocía la sentencia dictada en la primera instancia, pero el mismo y su defensa protestan de que no era firme, y nada inverosímil resulta la versión de que, al efectuar las llamadas de teléfono, que niega, pero se decretan probadas, pudiera creer que mientras estaba pendiente de resolución el recurso interpuesto no le pesaba la prohibición.

Y ello porque, de suyo, como es lo regular, el auto que concede orden de protección a la víctima, teniendo por tal a Catalina "e hijos" y, dictado por el mismo Juzgado de Instrucción (...), establece la incomunicación con vigencia hasta la celebración del acto del juicio de faltas (como aparece en la copia al folio 22). Se trata, con claridad, de una medida cautelar penal instaurada en un procedimiento de justicia sumaria, consagrado por art. 544 ter LECrim.

(...)

Pues bien, una cosa es la medida cautelar, fundada en requisitos institucionales de apariencia de buen derecho de la incriminación, y peligro de demora procesal por riesgo objetivo, y que se sustancia en un procedimiento sumario, y otra cosa una pena accesoria, de alguna de las prohibiciones del art. 57 CP, que se impone por declararse probada la acción ilícita en un proceso plenario, aunque sea muy rápido, o inmediato. En ambas circunstancias está prevista la segunda instancia limitada, bien que para las medidas cautelares, con toda lógica, su efecto es puramente devolutivo, mientras que para las penas, por principio de universal suposición de inocencia, el efecto es doble, suspensivo y devolutivo.

La medida que supuestamente se quebrantó en el asunto no fue la cautelar (...)

por la sencilla razón que la misma había quedado sin vigencia (...)

Pudiera entenderse que se quebrantó medida cautelar que se impusiera en el fallo —no firme— de la sentencia del juicio de faltas, por razonarse que la situación de riesgo objetivo prevalecía, la cual, aun siendo recurrida, no estaría suspendida. Pero el caso es que la sentencia del juicio de faltas se limita a fallar que acuerda la vigencia de unas medidas anteriores por referencia y por un plazo que empieza a contar desde la notificación, cuando la pena debiera siempre advertirse que comienza a deber cumplirse desde la firmeza, y si fuera medida cautelar continuadora de la precedente, tendría que haberse dejado así de expreso.

El texto del fallo de la sentencia, que no excluye del recurso de apelación suspensivo la prohibición de comunicarse con la hija, tampoco permite concluir la certeza de que al acusado, al comprender la diligencia de notificación al acusado, en que además se le apercibe de desobediencia, y no de quebrantamiento de medida cautelar, supiera que una llamada de teléfono era punible, y quisiera, si llamó, lo que sabía.

Por lo tanto, entiende la Sala que el delito objeto de acusación y condena no se cometió con dolo de autor, por la deficiencia de la parte dispositiva de la sentencia del juicio de faltas, a la que ha seguido la deficiencia de valorarlo en el juicio rápido por delito.

(...)

Lo razonado lleva a estimar el recurso de apelación por no haberse captado por el dolo la firmeza del mandato judicial de condena, ni la ejecutividad de un ambiguo mandato judicial cautelar.

#### FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación planteado frente a la sentencia (...) debemos revocarla como la revocamos, decretando la libre absolución del apelante (...).

**Sentencia 90/2004, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 22 de septiembre de 2004**

EL ARREPENTIMIENTO ESPONTÁNEO EN LOS DELITOS FLAGRANTES

**Art. 21.4.º Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Miren Nekane San Miguel Bergareche**

SÍNTESIS

*La circunstancia de haber confesado los hechos a la policía difícilmente puede ser apreciada como constitutiva de la atenuante de arrepentimiento espontáneo cuando el sujeto activo fue sorprendido flagrantemente al cometer la infracción penal, de suerte que el delito no llegó a consumarse.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Tercero.**—Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y concreción de las penas.

La defensa del Sr. José Augusto ha planteado, asumiendo la autoría de los hechos en grado de tentativa, que concurre la circunstancia atenuante del arrepentimiento espontáneo en su defendido, porque confesó inmediatamente; sin embargo, esta atenuante, prevista en el art. 21.4.º del C. Penal, entra en juego cuando se ha expirado el tracto comisivo (...); es decir con posterioridad a haber acaecido el hecho que da lugar al delito (en cualquiera de sus formas comisivas). Y ello porque esta atenuante ha sido considerada, de forma unánime, como de utilidad en política criminal con la finalidad de facilitar o estimular la resolución de los problemas penales (Gaspar) y que lo es en consideración con el caso cerrado que, socialmente, tiene relevancia en relación con la sensación de seguridad (en contraposición con la sensación de impunidad que produce el archivo de las diligencias policiales o judiciales, al desconocerse la identidad de los posibles autores). Por ello, ese hecho de fa-

cilitar la labor policial y judicial ha sido considerada por el legislador como merecedora de retribución positiva; sin embargo, difícilmente puede compaginarse esta figura con la detención del autor del delito *in fraganti*, que es lo que acaece en este supuesto. La policía está en el lugar porque saben que se ha producido un delito; y el acusado Sr. José Augusto está intentando perpetrar otro por medio de idéntica dinámica comisiva. No se da inicio a las diligencias policiales tendentes a determinar el autor a través de la confesión de este acusado, sino que su detención se produce porque ya se dio inicio a las diligencias policiales. Y la redacción del núm. 4.º del art. 21 del C. Penal es preciso cuando nos recuerda que esa confesión ha de haberse producido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él.

Por ello resulta evidente que no procede la aplicación de esta atenuante, si bien ha de tenerse en consideración que el delito de estafa del que es autor lo es en grado de tentativa, y que, para la consideración de la aplicación del resto de circunstancias en relación con los delitos de falsedad, se valorará este elemento (art. 16 en relación con el art. 62 del C. Penal).

**Auto 465/2004, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 4 de octubre de 2004**

LA RENUNCIA A LAS ACCIONES CIVILES POR EL REPRESENTANTE DEL MENOR REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

**Art. 166 Código Civil**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Magaldi Paternostro**

SÍNTESIS

*La madre de la menor y la Aseguradora llegaron a una transacción extrajudicial sobre la indemnización que por la muerte del padre en accidente de tráfico correspondía a la hija extramatrimonial. La Audiencia deja sin efecto esta renuncia por no haber solicitado para ella la previa autorización judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal.*

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Segundo.**—(...)

a) Que en los supuestos en los que de transigir (“para poner fin al pleito”) sobre los conceptos y cuantía indemnizatoria del perjudicado-menor que se halla representado en un proceso penal por quien ostenta la patria potestad del mismo se trate, se exija también, porque de una causa civil también se trata, la autorización judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal.

b) Que la renuncia a la acción civil efectuada por el legal representante de un menor sólo será válida, tanto si se trata de una mera renuncia del derecho al resarcimiento como si se funda en una transacción para poner fin al pleito (realizada al margen del proceso y por lo tanto dando lugar a un resarcimiento ex damno) con autorización judicial y oído el Ministerio Fiscal, pues prima sobre cualquier otro interés el del menor cuya salvaguarda se halla legalmente encomendada al Juez.

**Tercero.**—(...) la renuncia efectuada por la madre de la menor halla causa directa y única en la transacción efectuada por la entidad aseguradora con la legal representante de la menor en virtud de la cual ésta ha sido resarcida “ex damno” y se ha llevado a cabo sin haberse cumplido las exigencias legales esenciales que otorgan cobertura jurídica a cualquier renuncia de un derecho del que sea titular el menor (artículo 166 del Código Civil y 151 del Codi de Família), dicha renuncia no es válida, sin que ello pueda entenderse subsanado, (...) por el hecho de que “ex post” (mediante providencia y sin conocer los conceptos y la cuantía indemnizatoria otorgada a la menor) dicha transacción haya sido “benedecida” por decirlo en modo coloquial, por la providencia en que se admite la renuncia (...) Ni desde luego por el hecho de que haya sido indemnizada conforme al “Baremo” establecido para los accidentes de circulación (legislación por cierto que junto a conceptos tasados contiene otros no tasados).

**Sentencia 814/2004, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 4 de octubre de 2004**

AGRAVANTE DE MOTIVOS RACISTAS: ELEMENTO MOTIVACIONAL, NO PURAMENTE OBJETIVO

**Art. 22.4 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Soria Casao**

SÍNTESIS

*No basta con la mera concurrencia objetiva de una raza distinta, sino que es precisa una intención racista para apreciar la circunstancia agravante del art. 22.4 del CP. En el presente supuesto la Sala estima que no concurre cuando el acusado se limitó a querer impedir que el hijo común se educara en la religión cristiana.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

D) Infracción de precepto legal, por indebida aplicación art. 22-4 C. Penal.

La STS. 24-4-2002 establece, en relación al n.º 4 del artículo 22 CP, que “la agravante aplicada en la sentencia recurrida cuenta aún con un breve período de existencia. Introducida con carácter claramente urgente en el anterior número 17 del artículo 10 del Código Penal de 1973, en fecha tan solo en unos meses anterior a la adopción del Código Penal de 1995, por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, atendió su aparición a una preocupación política suscitada a su vez por la alarma social provocada por el incremento de actos delictivos contra las personas y el patrimonio con trasfondo xenófobo y racista y relacionados con los orígenes étnicos o nacionales o con la ideología, religión o creencias de la víctima. La

innovación ha pasado al texto del Código Penal de 1995, suprimiendo la limitación de que los delitos en que pueda apreciarse la agravante sean sólo contra las personas y el patrimonio, y, aunque no se ha librado de críticas doctrinales por referirse al aspecto motivacional de la conducta y la dificultad de su apreciación en caso de en que esté dudosa esa motivación”. Y en la SAP Lleida 3-5-2000 se dice que “su apreciación exige que el autor del ilícito penal haya delinquirido por motivos discriminatorios, es decir, precisamente en atención a la raza de la víctima, elemento motivacional que exige una prueba —normalmente indiciaria— acerca de los sentimientos racistas que constituyeron precisamente el motivo de la comisión del delito”.

En definitiva, dicha agravante responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de

la Constitución Española, debiendo existir prueba plena tanto del hecho, participación del acusado, condición de la víctima e intencionalidad del autor.

En el caso concreto, la Juzgadora de instancia fundamenta la aplicación de la agravante en que el acusado quería impedir que el hijo común se educara en la religión cristiana anunciando en sustraerlo de la custodia de la madre y país de nacimiento y educarle en la religión musulmana. La Sala no

puede acoger el criterio de la Juzgadora de instancia pues el hecho de que los cónyuges que tienen convicciones religiosas diferentes, que ya conocían en el momento en que voluntariamente decidieron la vida en común, no se hallen de acuerdo en cuál sea la formación que a este respecto deban recibir sus hijos, cuando a ninguno de ellos se le ha privado de la patria potestad, en modo alguno puede ser incardinado en la agravante del n.º 4 del artículo 22 Código Penal, por lo que la impugnación es acogida.

**Sentencia 336/2004, AP VALLADOLID, Sec. 4ª, de 4 de octubre de 2004**

DELITO SOCIETARIO: IMPEDIMENTO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

**Art. 293 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García**

SÍNTESIS

*Como frecuentemente sucede en las sociedades “familiares”, la confianza existente entre los socios cuando la empresa marcha bien económicamente hace que los derechos políticos intrasocietarios se ejerciten de modo informal (o que no se ejerciten en absoluto). Ahora bien, una cosa es que los socios no tuvieran de hecho información de la empresa y otra bien diversa —y la relevante a efectos penales— que los administradores impidan intencionalmente el ejercicio de este derecho.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Tercero.**—(...) las partes acusadoras imputan a los acusados un delito continuado del artículo 293 del Código Penal, por no haber permitido a los socios el acceso al derecho a la información, participación en la gestión y control de la actividad social, dado que no se convocaban las Juntas Generales de la sociedad para la aprobación de las cuentas sociales, siendo lo cierto que el ase-

sor fiscal confeccionaba un borrador con los datos contables que le daba la empresa, y después lo firmaban, para su posterior presentación en el Registro Mercantil, pero sin que se realizaran de manera efectiva las citadas Juntas, entendiéndose que con ello se les privó de los correspondientes derechos sociales.

Reconocido palmariamente por los acusados que las Juntas de la sociedad en realidad no se convocaban formalmente, que no

se celebraron nunca, y que lo único que se hacía era cumplir con la formalidad legal de confeccionar los libros para dar cumplimiento al requisito de que se presentaran en el Registro Mercantil, hemos de analizar si tal conducta se realizaba con la finalidad que exige el precepto, es decir, para impedir a los demás socios el ejercicio de sus derechos sociales.

Como ya se indicó en el relato de hechos probados, tal comportamiento por parte de los Consejeros-Delegados (no sólo de los dos acusados, sino también de su padre Don Carlos Manuel, al que nunca se le imputó por los querellantes delito alguno), no fue algo aislado, sino que fue la forma de actuar desde el comienzo de la vida societaria, no debiendo olvidarse que se trataba de una sociedad de carácter familiar, compuesta por los padres y los cuatro hijos, y tal forma de actuar no consta que obedeciera a la citada finalidad de impedir a los socios el ejercicio de sus derechos sociales, sino que por el contrario obedecía a la confianza que existía entre los socios, que eran los hermanos y sus padres, y nunca hubo problema alguno entre ellos.

Por otra parte resulta difícil de admitir que los querellantes desconocieran la infor-

mación sobre la marcha de la sociedad cuando era precisamente Don Joaquín, esposo de Doña Penélope, quien llevaba la contabilidad de la empresa, y quien necesariamente tenía que facilitar al Asesor Fiscal toda la documentación necesaria para confeccionar los documentos que después eran pasados a la firma y depositados en el Registro Mercantil.

De igual manera debe observarse que Doña Penélope también era socio de la entidad mercantil, y que nada ni nadie la impidió a lo largo de toda la vida societaria exigir la convocatoria de la Junta (artículo 100.2 de la Ley de Sociedades Anónimas), y a pesar de ello no lo hizo, habiendo manifestado en el Juicio Oral que no quería tener problemas.

Sin perjuicio de la indiscutible forma irregular de llevarse la sociedad (producto de la confianza que había en el seno familiar), lo cierto es que no consta que se les haya negado o impedido ni a los querellantes ni a los demás socios el acceso a la información, ni se les ha impedido la participación en la gestión o el control de la actividad social, por lo que tampoco es procedente la condena de los acusados por este delito.

**Sentencia 356/2004, AP ZARAGOZA, Sec. 3.ª, de 4 de octubre de 2004**

RECONOCIMIENTO DE INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL A AMA DE CASA

**Art. 621.3 y 4 Código Penal; Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (baremo de indemnizaciones)**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Begoña Guardo Laso**

SÍNTESIS

*La asistencia por tercero en las labores del hogar, y las secuelas consistentes en reducción de la movilidad de brazo derecho e impotencia funcional en tobillo derecho resultan indicativas de una incapacidad parcial.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—Se reclama la cantidad de 73.325 euros a favor de D.<sup>a</sup> Teresa por entender aplicable del factor de corrección de la Tabla IV, Ley 30/1995 de 30 de noviembre, actualizado por la Resolución 20 de enero de 2003 por el concepto de incapacidad permanente total para su actividad como ama de casa para la que ha quedado totalmente imposibilitada.

No se desprende en primer lugar del Informe forense respecto de la perjudicada que como consecuencia de sus secuelas haya quedado incapacitada totalmente para sus ocupaciones habituales como ama de casa, que teniendo en cuenta que se trata de una mujer casada, de 61 años contaba al tiempo de los hechos, que convive exclusivamente con su esposo. Es cierto que la testigo, Sra. Rebeca afirma en el acto de juicio haber firmado un documento como que trabajaba en la casa de la apelante. Y consta en las actuaciones sendas letras a la vista por importe 5.582 euros en total que se corresponden a dos horas desde julio 2001 a agosto 2002 a razón de 2 horas diarias a 7,25 la

hora (documentos 15 y 16 obrante al folio 273). La asistencia por tercero a la labores del hogar en el curso del día por dos horas y las secuelas contempladas fundamentalmente la reducción de movilidad del brazo derecho e impotencia funcional en el tobillo derecho pueden ser apreciadas como indicativas de una incapacidad parcial a valorar por vía del factor de corrección como “limitación parcial de la ocupación o actividad habitual, sin impedimento de las tareas fundamentales de la misma” a falta otra concreción teniendo en cuenta las características expuestas se estima ajustada la cantidad de 12.000 euros por tal concepto. (Teniendo en cuenta que la cifra máxima prevista por tal concepto en la Tabla IV asciende a 14665 euros) del baremo aplicable correspondiente al vigente en el año 2003, fecha en que se cuantifican las indemnizaciones y cuya cuantía quedan perfectamente actualizadas por virtud de dichas publicaciones anuales del baremo. Lo que comporta el acogimiento parcial de este extremo del recurso. Lo cual comporta el acogimiento del recurso, pues los argumentos esgrimidos resultan justificados y acordes a Derecho.

**Sentencia 823/2004, AP GERONA, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2004**

CONDENA POR DELITO DEL ART. 379 Y ABSOLUCIÓN POR EL DEL 380, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL

**Arts. 379 y 380 Código Penal; 21 y 23 Reglamento General de Circulación**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Adolfo Jesús García Morales**

## SÍNTESIS

*La sentencia realiza un pormenorizado estudio de la diferencia entre la infracción administrativa y la penal de la negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, excluyendo de la vía penal los casos en*

*que los síntomas o el riesgo son evidentes o se reconoce por el conductor la situación de alcoholemia. En el presente caso absuelve porque el acusado realizó voluntariamente la prueba con el etilómetro digital, que ya dio una medición elevada y a lo que se negó fue a someterse a la segunda prueba cuya principal finalidad es de garantía de respeto de derechos para él.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Segundo.**—(...)

Existen, al menos, dos supuestos en los que existiendo una presunta conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y progresivamente una presunta negativa a someterse a las pruebas alcoholométricas para su detección, uno de los dos no se sanciona por atípico. Un primer supuesto sería aquel en que la conducción bajo los efectos del alcohol es evidente y palmaria, como la de aquel que no se puede tener de pie y es incapaz de pronunciar palabras entendibles, ya que si el delito del art. 380 del Código Penal está previsto “para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, en este tipo de casos la corroboración o la ratificación de la impresión de los agentes a través de la prueba alcoholométrica no será necesaria por lo grotesco de la propia embriaguez. Un segundo supuesto sería en el caso de que el conductor, a la primera visión de los agentes presentase ciertos síntomas compatibles con la influencia alcohólica, síntomas en todo caso equívocos, como el aliento notorio o los ojos enrojecidos o el abatimiento, en cuyo caso los agentes están perfectamente legitimados para requerir al conductor al sometimiento, ante cuya negativa se incurrirá en la desobediencia del art. 380, aunque sin ser necesaria la influencia alcohólica por no concurrir los síntomas inequívocos, guardando en todo momento la compostura deambulatoria, la educación, la corrección en el habla, o la expresión de ideas coherentes.

#### **Tercero.**—(...)

Aplicando esta doctrina en su interpretación literal no cabe duda alguna de que, en el caso que nos ocupa, la condena por el delito de desobediencia devendría imperativa al haberse negado a soplar como se le requería por los agentes y encontrarse incurso, no en uno, sino en varios de los supuestos en los que el Tribunal Supremo ha considerado que la negativa es constitutiva de delito, participación en accidente, siquiera sea leve, y percepción de signos alcohólicos.

(...)

De ello puede lógicamente deducirse que, cuando la práctica de la prueba de detección alcohólica mediante el uso del alcoholímetro resulte innecesaria a los efectos de acreditar la ingesta de bebidas alcohólicas y la afectación del sujeto bebedor, la negativa a la práctica de esa prueba no rebasará los límites de la infracción administrativa, cosa que ocurriría, por ejemplo, en el supuesto en el que el acusado desde el primer momento admita no sólo haber ingerido bebidas alcohólicas sino también hallarse afectado por tal ingesta, lo que, además, podría ser evidente para los agentes actuantes por los síntomas que presentaba; de esta manera ya se habrían proporcionado los datos que podían haberse obtenido también de la práctica de la prueba de detección alcohólica, por lo que la misma no resultaría necesaria e imprescindible para comprobar que se hallaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas y acreditar, en consecuencia, la comisión del delito del artículo 379 del Código Penal.

En este mismo sentido podemos dejar establecido con cierta generalidad que si los síntomas que evidencian los agentes de la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas son tan exagerados que no dejan lugar a dudas sobre ese dato, tal comprobación deberá quedar asimilada al reconocimiento del acusado, mientras que si los síntomas no son tan extraordinarios que, aun no planteando dudas a los agentes, pueden ser discutidos, la comprobación con el etilómetro será necesaria y su negativa será constitutiva de delito. (...)

(...)

**Cuarto.**—(...)

La realización de una segunda prueba (...) no se realiza a los efectos de comprobar la falta administrativa o el delito, sino “para una mayor garantía y a efecto de contraste”, es decir, como una salvaguarda de los derechos del sometido de que la prueba que se le

practicó en primer lugar y que arrojó un resultado positivo no fue debida a circunstancias extrañas, ajenas a su persona. Desde este punto de vista, el negarse a practicar una segunda prueba prevista como garantía del imputado no puede suponer nunca una conducta penalmente relevante, pues quien renuncia a su derecho a contrastar habrá de pasar en todo caso por los resultados negativos del primer examen.

A la vista de lo anterior, el recurrente, en el caso que nos ocupa, se negó a practicar la prueba con el etilómetro digital, es decir, aquel que deja constancia documental de los resultados de la prueba y que por su precisión se considera más fiable, pero, esta negativa, vino precedida de un voluntario sometimiento a la prueba de alcoholemia a través del etilómetro digital cuyos resultados derivan de la visión por parte de los agentes de los índices que señala la pantalla del aparato.

**Sentencia 247/2004, AP ASTURIAS, Sec. 8<sup>a</sup>, de 7 de octubre de 2004**

DENUNCIA FALSA: RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

**Arts. 2.2; 33.3; 456.1 y 2 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Pallicer Mercadal**

SÍNTESIS

*Las continuas reformas del Código Penal provocan casos como el que recoge esta sentencia. El acusado denunció falsamente un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Como consecuencia de la reforma 15/2003 del Código, llevada a cabo por la LO 15/2003, dicho delito debe reputarse hoy penado con pena menos grave y, por efecto de ello, debe modificarse igualmente la penalidad de la denuncia falsa.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...)

En cuanto al exceso punitivo sí debemos apreciar este motivo en virtud de la aplicación de la reforma 15/2003 del Código Penal que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

El delito de denuncia falsa del art. 456.1.2.º del Código Penal contempla una pena de multa de 12 a 24 meses si se imputa falsamente a una persona un delito menos grave.

En este caso, lo que se imputó a la víctima fue la comisión de un delito de robo con fuerza en casa habitada que el art. 241.1 del

Código Penal castiga con una pena de prisión de 2 a 5 años, cuya pena a tenor de lo dispuesto en el art. 33.3 constituye hoy una pena menos grave. En su consecuencia, por mandato del art. 2.2 del Código Penal y de su disposición transitoria primera y quinta letra a) se está en el caso de aplicar de oficio en este recurso de apelación los preceptos de la nueva ley y en su consecuencia imponer la pena prevista en el art. 456.2 del mismo cuerpo legal, por cuanto se trató de una imputación falsa de un delito menos grave, que en este supuesto se estima ponderada en su extensión mínima, es decir, de multa de 12 meses, lo que nos exime de otros razonamientos.

**Sentencia 901/2004, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 7 de octubre de 2004**

DESCUENTO BANCARIO Y ESTAFA. NECESIDAD DE IDONEIDAD EN EL MEDIO

**Art. 528 Código Penal 1973**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Concepción Sotorra Campodarve**

SÍNTESIS

*Achaca la sentencia al banco perjudicado su conducta descuidada al no realizar ninguna actividad encaminada a examinar los efectos que se le presentaban a descuento, colocándose en una situación arriesgada en la que por medios no idóneos para engañar al banco se consiguió obtener fondos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

**Único.**—Son hechos probados, y así se declara, que, con origen en un expediente de

regulación de empleo ocurrido en el seno de la empresa (...) que dejó sin su trabajo a un grupo de operarios, y con el fin de salvaguardar su funcionamiento, durante la anua-

lidad de 1981 se produjo un sensible cambio en la misma, que pasó a funcionar como una sociedad laboral, cuyas acciones fueron repartidas por partes iguales entre todos los trabajadores, y cuyos cargos del Consejo de Administración se hicieron rotativos.

Dicha empresa, que desde sus orígenes había trabajado con el Banco (...), mantenía con la entidad bancaria un contrato de descuento de efectos, recibos y pagarés. En el marco de dicho contrato, por la empresa (...) fueron presentados para su descuento al Banco (...) un elevado volumen de recibos librados contra diversos clientes de la sociedad que el Banco abonaba a su presentación, previa detracción de un porcentaje aproximado de un 5% en concepto de comisión de descuento, y una retención en previsión de posibles impagados, que oscilaba entre el 20 y el 40% del importe del descuento, recibos generalmente presentados por personal de la empresa contra entrega del material concertado con los transportistas.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones comerciales habituales que mantenían, entre noviembre de 1992 y enero de 1993, la entidad (...), cuyos Consejeros Delegados eran a la sazón los acusados Catalina y Manuel (pues José Augusto había cesado en julio de 1992), ambos mayores de edad, y sin antecedentes penales, presentó para su descuento un conjunto de 38 recibos librados contra diversos clientes de la sociedad por un importe global de 85.639,60 euros (14.231.307 pesetas en la moneda, entonces, de curso legal en España), los cuales, a pesar de ser descontados por la entidad bancaria, no llegaron a cobrarse por ella.

Posteriormente, el 3 de marzo de 1998, por parte del Banco (...), se interpuso contra los Consejeros Delegados de (...) la querrela por falsedad y estafa que generó el presente procedimiento, al atribuir a sus consejeros Delegados la imposibilidad de cobro de las cantidades descontadas, sosteniendo que parte de las operaciones eran ficticias, y que otras ya habían sido cobradas previamente

(...). A pesar de ello, durante su prolongada relación, la entidad bancaria no desplegó ningún tipo de actividad dirigida a contrastar documentalmente la actividad empresarial con los recibos presentados, ni a comprobar si los efectos, recibos y pagarés correspondían a operaciones comerciales reales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) procede ahora abordar el delito de estafa, una infracción penal cuya comisión precisa la concurrencia inexcusable de los siguientes elementos:

Una acción engañosa de línea abierta que puede incorporar las más variadas conductas, y que debe gozar de entidad suficiente en cuanto a adecuación y eficacia, como para provocar error en un tercero, induciéndole a realizar un acto de disposición patrimonial en su propio perjuicio o en el de otro.

Un elemento subjetivo en el agente, identificado con el ánimo de enriquecimiento injusto.

Un acto de disposición patrimonial derivado del engaño precedente al que debe encontrarse unido por indisoluble nexo de causalidad (...).

Pues bien, partiendo de este planteamiento, observamos cómo en el presente caso se pretende atribuir a los hoy acusados la comisión de la conducta típica penal por haber presentado para su descuento en la entidad bancaria un conjunto de recibos que, o bien ya les habían sido abonados por los clientes de la empresa, lo que constituiría una duplicidad en el pago, o bien no obedecían a operaciones mercantiles reales.

Pero si la suficiencia del engaño constitutivo de la estafa resulta diáfana en algunos supuestos, hay otros casos en los que emerge una cierta dificultad a la hora de determinarlo, casos en que se hace preciso hilar muy fino para ubicar este tipo de conductas en el lugar jurídico que les corresponde, y determinar si revisten relevancia penal. En ellos, la aparente concurrencia de sus ele-

mentos definidores resulta por sí sola insuficiente para decantar la balanza de forma indubitada hacia el ámbito punitivo. Son supuestos en los que se hace preciso acudir al fin de protección de la norma para resolver adecuadamente la cuestión.

Así, partiendo del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, resulta claro que quedan al margen de su tutela, y excluidos por tanto del ámbito de protección de la modalidad jurídica de la estafa los supuestos en que la víctima tenía posibilidades y le era exigible la autoprotección frente a la conducta engañosa, como ocurre en los negocios de riesgo calculado (como la concesión de créditos sin comprobación del estado patrimonial del solicitante), relaciones jurídicas entre comerciantes cuyo círculo profesional mercantil en el que se desenvuelven eleva las cotas de diligencia exigibles a los mismos, la utilización abusiva de tarjetas de crédito por su propio titular, en cuanto suponen una negligencia del comerciante o entidad emisora, y los casos de excesiva comodidad de la víctima, que omitió, pudiendo y debiendo hacerlo, las más elementales medidas de comprobación de la solvencia de la persona con quien contrataba, o de la situación de los bienes objeto de transmisión.

Aquí, estima el tribunal, nos hallamos en el primero de los supuestos mencionado, cual es la relación jurídico económica entre los integrantes de una sociedad laboral, que funcionaba con la misma entidad bancaria a través de una línea de descuento desde tiempo inmemorial, y el entonces Banco (...), que extraía un importante beneficio económico mediante el referido contrato de descuento, atendido el importante volumen de negocio de la entidad, detrayendo unos no-

tables porcentajes de las cantidades descontadas en concepto de riesgo frente a eventuales impagados, y que, a pesar de poder hacerlo, descuidó las labores de comprobación razonables en el desarrollo del contrato, como es la exigencia de la documentación que servía de apoyo al recibo presentado para su descuento, algo que podía hacer sin apenas esfuerzo. Y es esta falta de prudencia en que incurrió la importante firma financiera, la que desviste al pretendido engaño que se intenta criminalizar de entidad suficiente como para merecer reproche punitivo, pues resulta claro que con tan negligente conducta, ajena a las mínimas exigencias de autoprotección propias del ámbito financiero en el que se desarrollaba la operación, la entidad bancaria, que contaba con abundantes medidas protectoras frente a eventuales conductas engañosas tendentes a garantizar el éxito de la operación sin exigir apenas esfuerzo por su parte, las omitió. Y al omitirlas voluntariamente se colocó en una situación de “autopeligro” que excede del ámbito de protección de la norma penal. El engaño, por tanto, de haberse demostrado su existencia, algo que no ha ocurrido, atendida la insuficiencia de la prueba documental y la comprensiblemente escasa (dado el tiempo transcurrido, once años, desde que los hechos enjuiciados tuvieron lugar) contundencia de la testifical, como antes hemos mencionado, carecería de la suficiencia exigida por el artículo 528 del Código Penal de 1973 vigente en el momento de los hechos, para ser constitutivo de estafa, procediendo por ello la absolución de los acusados respecto de las dos infracciones penales que se les imputaban, con todos los pronunciamientos favorables.

**Sentencia 467/2004, AP LÉRIDA, Sec. 1.ª, de 8 de octubre de 2004**

OFRECIMIENTO DE CDs FALSIFICADOS SIN QUE CONSTE HABERSE VENDIDO. EL PERJUICIO DE TERCERO

**Art. 270.1 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel García Navascués**

SÍNTESIS

*Como quiera que el art. 270 del CP exige, para penar por este delito contra la propiedad intelectual, junto al ánimo de lucro, el perjuicio de tercero, construye la sentencia de la Audiencia dicho quebranto económico sobre la base de la diferencia de precio y la ganancia dejada de obtener por los legítimos intervinientes en el tráfico.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En segundo lugar, alega la parte recurrente que la conducta imputada al acusado es atípica, al no concurrir el requisito objetivo del perjuicio de tercero, puesto que no se ha acreditado que el acusado vendiera los discos compactos sino únicamente que los ofrecía a los clientes de diferentes establecimientos; no obstante, debe señalarse que el acusado reconoció en el acto del juicio que compraba los discos compactos por 400 pesetas y los vendía por 1000 pesetas, si bien desconocía que dicha actividad, a la que se dedicaba por carecer de otro medio de vida, fuera delictiva, de donde se desprende la realización de la conducta típica consistente en la distribución, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, de discos compactos; por otra parte, el perjuicio de tercero viene determinado por el dinero que hubieran obtenido los productores o titulares de derechos

si se hubiese procedido a la autorización que, como es lógico, es independiente de la efectividad de la venta, pues de no entenderse así nunca habría infracción penal, pues siempre tendría lugar la intervención de copias no vendidas pero destinadas a la venta, y no las vendidas en cuanto que ya no se encontrarían en poder del sujeto activo del delito, por lo que la intervención de copias ilegales en cuanto no autorizadas pone de relieve la existencia del perjuicio, consistente pues en lo que debió pagarse para obtener la autorización y que la Asociación no percibió en cuanto que la misma concesión no se pidió ni se dio; de manera que debe desestimarse igualmente dicho motivo.

Ello debe enlazarse con el tercer motivo del recurso, es decir, la existencia de infracción de Ley por no aplicación del error de prohibición del artículo 14 del Código Penal, fundamentándolo, sintéticamente, en el contenido de las declaraciones del acusado que acreditarían los elementos del mismo, así como en las circunstancias objetivas del

hecho y subjetivas del autor, puesto que el acusado desconocía el carácter ilícito de los hechos imputados, al ser natural de Senegal y llevar, a la fecha de los hechos, diez meses en España, teniendo en cuenta, asimismo, la habitualidad en Lleida de la actividad desarrollada por el mismo; no obstante, debe señalarse que, a pesar de las manifestaciones del acusado, lo cierto es que la falsedad de los discos compactos intervenidos resulta evidente a simple vista, pues las carátulas aparecen fotocopiadas y los soportes son

discos compactos grabables y, por otro lado, no debe olvidarse que, según manifestaciones del Agente de la Guardia Civil (...), el acusado intentó salir corriendo cuando les vio, de manera que la fundamentación jurídica señalada en la sentencia recurrida con respecto a la inaplicación del error de prohibición resulta plenamente lógica y satisfactoria, toda vez que las circunstancias señaladas denotan que el acusado era consciente de la ilicitud de su conducta, por lo que decae, asimismo, el motivo.

**Sentencia 925/2004, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 13 de octubre de 2004**

¿PUEDE UNA SEGUNDA RESIDENCIA INTEGRAR EL SUBTIPO AGRAVADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE CANTIDADES DESTINADAS A LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS?

**Arts. 250.1.1.º y 252 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Carmen Zabalegui Muñoz**

SÍNTESIS

*Persiste la sentencia de la Sala en considerar vivienda, a los efectos de la agravación del art. 250.1.1.º del CP, únicamente al domicilio o morada del comprador, que es la que supone un bien de primera necesidad, pero no a las “segundas residencias” con finalidad de ocio, descanso o recreo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—Los hechos culminan el subtipo agravado de apropiación indebida en relación con el art. 250.1.1.º del CP que recoge la agravación cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas y otros bienes de reconocida utilidad social.

Según reiterada y mayoritaria Jurisprudencia el concepto de “vivienda” a los efectos agravatorios, se aplica a las que constituyen el domicilio o morada del comprador e

integren, por ello, bienes de primera necesidad, pero no a las adquiridas como “segunda vivienda” con finalidad recreativa (STS 6-10-1995; 7-1-1997 y 19-6-1998, entre otras), limitándose su aplicación a los casos en que el perjudicado ve frustradas las expectativas de adquirir una vivienda, como bien de primera necesidad (STS de fecha 8-2-2002).

El acusado manifestó que el chalet iba a ser destinado a segunda residencia porque Víctor trabajaba en El Prat de Llobregat y

Cunit está a unos 50 km; no obstante ello, la inferencia realizada por el acusado, e incluso la afirmación de conocer que el chalet no iba a destinarse a vivienda habitual, sólo puede ser tenida en cuenta en términos de defensa, por cuanto ha sido desvirtuada por la prueba practicada.

Tanto Víctor, como su esposa Ana María, declararon que el repetido chalet lo iban a destinar a primera vivienda debido a que estaban residiendo en un piso alquilado en Hospitalet de Llobregat, gozando sus manifestaciones de credibilidad, no sólo por la contundencia de ambos en la afirmación, sino también porque del informe registral obrante al folio 179 y el expedido por el Registro de Barbate (Cádiz) (folio 247-249)

se desprende que ni Víctor, ni su esposa son propietarios de ninguna vivienda en Cataluña —Comunidad en la que tienen fijado su domicilio—, siendo propietarios en régimen ganancial de un piso de 59,4 m<sup>2</sup> (útiles) en Barbate y del terreno en Cunit sobre el que debía haberse construido el chalet objeto del presente procedimiento, por lo que teniendo en cuenta que la distancia entre El Prat de Llobregat (lugar donde trabajaba el Sr. Víctor) y Mauricio es compatible con un desplazamiento diario, bien en un vehículo particular, o bien mediante el sistema de transporte público, concluimos rotundamente que el chalet iba a destinarse a primera vivienda de la familia Víctor-Ana María, por lo que la acción culminó el subtipo agravado antes expuesto.

**Auto 497/2004, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 18 de octubre de 2004**

LA CONSIGNACIÓN DE INDEMNIZACIÓN PARA APELAR NO ALTERA LOS INTERESES DE DEMORA DEL ART. 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

**Art. 20 Ley de Contrato de Seguro**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Magaldi Paternostro**

SÍNTESIS

*La Aseguradora no había consignado ni ofrecido pago de cantidad alguna al perjudicado, y sólo cuando apela la sentencia de instancia y por imposición legal consigna la cantidad a que es condenada a indemnizar. En la ejecutoria se entiende que esta consignación no libera del pago de intereses de demora que deberán computarse hasta el efectivo pago tras la firmeza de la sentencia.*

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Vertebra la parte recurrente el recurso (...) sobre un único motivo jurídi-

co: la parte, que tomó como punto de referencia el tenor literal de la sentencia, se vio privada de obtener la cuantía del resarcimiento civil que se le concedió en la senten-

cia dictada en la primera instancia en cuanto que la entidad aseguradora consignó la cantidad una vez dictada aquélla e inmediatamente apeló la sentencia, motivo por el cual los intereses moratorios deben alcanzar hasta el día en que, firme la sentencia apelada, se le hizo entrega de la cantidad.

(...)

**Cuarto.**—(...) De ello se infiere que ni consignó ni lo hizo en forma, es decir, de conformidad con lo establecido en los artículos 1176 y ss. del Código Civil ni pagó a pesar de que, a diferencia de lo expresado en el escrito de fecha 20 de marzo de 2003 (fo-

lio 158), alegue en el escrito de impugnación del recurso, citando el precepto legal pertinente, que pagó a 3 de marzo de 2003 (en que ingresó la cantidad antedicha) puesto que lo que hizo jurídicamente fue sólo depositar una cantidad que no sólo no ofrecía, aun de modo formalmente no procedente, en pago sino que la depositaba con una finalidad no querida por el legislador: no devengar intereses a pesar de no haber cumplido la prestación, razón por la cual continuó devengándolos hasta que, firme que fue la sentencia, la parte perjudicada (que por demás solicitó el pago de modo inmediato) pudo finalmente hacerlo efectivo.

**Sentencia 1013/2004, AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 18 de octubre de 2004**

LA FALTA DE APROPIACIÓN INDEBIDA COMPRENDE ÚNICAMENTE LOS HECHOS DESCRITOS COMO DELITO EN EL TIPO BÁSICO DEL ART. 252, NO LOS TIPOS ASIMILADOS

**Arts. 252 y 623.4 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Pijuan Canadell**

SÍNTESIS

*Opta la sentencia que seleccionamos por interpretar la referencia que —como falta— hace el art. 623.4 del CP a la apropiación indebida, únicamente como conectada al tipo delictivo del art. 252, con la importante consecuencia de considerar atípicas las conductas descritas en los arts. 253 y 254 cuando la cuantía de la defraudación no exceda del límite legal (hoy 400 euros).*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) el Tribunal debe plantearse la tipicidad de los hechos declarados probados en la sentencia apelada.

El artículo 253 del Código penal, incluido en la Sección 2 del Capítulo VI del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, que tiene por enunciado “De la apropiación indebida”, comprende la figura que se ha venido en denominar por algún sector doctrinal “hurto de hallazgo”, y que castiga a “los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros”, cuantía modificada por la reciente reforma por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre. Y en el artículo 623.4 del mismo Código castiga “los que cometan estafa, apropiación indebida... en cuantía no superior a 400 euros”, cuantía ésta asimismo modificada por la citada L.O. 15/2003.

El Tribunal, siguiendo una corriente interpretativa que ha sido acogida por otros Tribunales de esta misma Audiencia, considera que la remisión que el apartado 4 del artículo 623 hace a los delitos de estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido lo es a los tipos básicos de dichos delitos, contemplados en los artículos 248, 252 y 255 del Código Penal, pero no a los tipos asimilados descritos en el artículo 251, como forma especial de la estafa, o en los artículos 253 y 254 que, como formas especiales de la apropiación indebida, castigan la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y la apropiación de cosa recibida indebidamente, de modo que las conductas que integran los referidos tipos asimilados

solo resultan punibles cuando la cuantía, o el valor del bien, que es objeto de apropiación excede de 400 euros, integrando meros ilícitos civiles en caso de no rebasar dicha suma. Esta interpretación halla su fundamento en que cuando el legislador ha querido que los ataques patrimoniales inferiores a 400 euros, ajenos al hurto, estafa y apropiación indebida *strictu sensu* y defraudación de fluido eléctrico, sean constitutivos de falta lo ha dicho expresamente en el texto legal, y así sucede con la conducta descrita en el artículo 236 del Código Penal, la sustracción de cosa propia, pues si el valor de la cosa no excede de 400 euros la conducta se castiga expresamente como constitutiva de falta en el artículo 623.2, o con el robo y hurto de uso de vehículos del artículo 244 que cuando el valor del vehículo utilizado no excede de 400 euros la conducta se castiga expresamente como falta en el apartado 3 del mismo artículo 623 del Código Penal. Cabe razonablemente entender que si el legislador no ha procedido de igual modo con respecto de los tipos penales de los artículos 251, 253 y 254 es por la voluntad de excluir del ámbito penal las conductas descritas en dichos tipos penales cuando la cuantía o valor de la cosa propia sustraída, o de la cosa perdida, de dueño desconocido o recibida indebidamente que es objeto de apropiación no excede de 400 euros.

Por lo expuesto, estimando que los hechos declarados probados en la sentencia apelada no son subsumibles en el artículo 623.4 del Código Penal, procede la revocación de la sentencia y la absolución de los acusados, con declaración de oficio de las costas causadas en la primera instancia y de las costas del recurso.

**Auto 603/2004, AP GERONA, Sec. 1.ª, de 18 de octubre de 2004**

NO CABE SUSPENDER LA EXPULSIÓN DE EXTRANJERO EN TANTO SE RESUELVE EL INDULTO SOLICITADO

**Arts. 4.4, 96 y 97 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Marca Matute**

SÍNTESIS

*Rechaza la Audiencia, por los argumentos que extractamos, que, decreta- da la expulsión del extranjero no residente legalmente, y solicitado el indulto, pueda suspenderse la ejecución de la medida mediante una aplicación analó- gica de lo previsto en el art. 4.4 del CP respecto a ejecución de penas e indulto.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—A juicio de la Sala resulta procedente y necesaria la íntegra estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, (...), por los motivos que, en síntesis, se exponen a continuación:

A) Que en el art. 4.4 del vigente Código Penal se establece clara y taxativamente lo siguiente: Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria;

B) Que en el art. 96.3.5.ª del vigente Código Penal se califica la expulsión del te-

rritorio nacional, de extranjeros no residen- tes legalmente en España como medida de seguridad no privativa de libertad, cuya sus- pensión aparece sujeta al procedimiento es- tablecido en el art. 97.C) del precitado texto punitivo;

C) Que es por ello que la decisión adoptada por el Juzgado de lo Penal, al apli- car en forma analógica el art. 4.4 del vigente Código Penal, únicamente previsto para la suspensión de las penas, suspendiendo la ejecución de una medida de seguridad al mediar una petición de indulto, carece de cobertura legal y reglamentaria, por lo que infringe lo prevenido en el art. 3.2 del Código Penal (Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o ac- cidentes que los expresados en su texto), siendo de ver en tal sentido que de seguir la postura adoptada por el Juzgado de lo Penal nada impediría que la petición de indulto suspendiera la ejecución de otras medidas

de seguridad de las recogidas en el art. 96 del vigente Código Penal, lo que podría causar gravísimos perjuicios al propio condenado (en caso del necesario internamiento del mismo en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial), a su víctima (en el supuesto de prohibición de estancia y residencia en determinados lugares), a la seguridad del tráfico (en el caso de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores) y a la seguridad pública (en los supuestos de privación de la licencia o del permiso de armas y de inhabilitación profesional); y

D) Que resulta incongruente que la petición de indulto pueda producir la suspensión de la medida de seguridad adoptada en sustitución de la pena impuesta y que, por el contrario, no produzca la suspensión de la ejecución de la mencionada pena, máxime cuando el cumplimiento de la medida de seguridad produce efectos reparables (de concederse el indulto el expulsado podría volver al territorio nacional) y el cumplimiento de la pena privativa de libertad causa perjuicios irreparables (de concederse el indulto la pena de 1 año de prisión estaría en gran parte, si no en su totalidad, ya cumplida).

**Auto 519/2004, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 27 de octubre de 2004**

DERECHO PENITENCIARIO: LA CLASIFICACIÓN INICIAL EN EL TERCER GRADO CUANDO SE TRATA DE DELITOS GRAVES

**Arts. 63 y 65 LOGP; 106.2 RP**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Carlos Iglesias Martín**

SÍNTESIS

*Tratándose de delitos graves, como en el presente supuesto (delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia gravemente nociva para la salud en cantidad de notoria importancia; nueve años de prisión por trasladar desde Venezuela a España más de nueve kilogramos de cocaína), la inicial clasificación del penado en tercer grado directamente tiene un carácter absolutamente excepcional. No basta con tener buena conducta y soporte familiar y laboral.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado en la alzada.

Conforme al art. 63 proposición segunda de la LGP “la clasificación debe tomar en

cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que previsiblemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en

cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

De otra parte, según dispone el ap. 2 del art. 65 de la LGP: “la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad”. En el mismo sentido el art. 106 ap. 2 del R.P.

(...)

Pues bien, si nada cabría objetar en principio a la invocada primariedad delictiva y penitenciaria de la penada dado que a la misma no le consta más condena que la impuesta por este Tribunal en el sumario 1/2000 dimanante del Juzgado de Instrucción n.º 1 de El Prat de Llobregat, no puede de ninguna de las maneras pasarse por alto la naturaleza del delito perpetrado y de manera muy especial la pena por él impuesta junto con los plazos previstos para el cumplimiento de la misma como bien apunta el Ministerio Fiscal en su recurso.

La Sra. Carina fue condenada como autora de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancia gravemente nociva para la salud y en cuantía de notoria importancia a la pena de nueve años de prisión dado que, concertada con otras personas, transportaron desde Venezuela hasta España más de nueve kilogramos de cocaína. Se está ante hechos de indiscutible gravedad sancionados por el legislador con penas elevadas. Entiende el Tribunal que con tal actividad delictiva, por más que sea la única desarrollada por la penada, clasificar a ésta inicialmente en tercer grado cuando el cumplimiento de las tres cuartas penas de la condena no está previsto hasta el 5 de noviembre de 2009 y su libertad definitiva hasta el 24 de enero de 2012, sólo podría venir justificado por circunstancias muy excepcionales que en absoluto son de apreciar en el caso debatido, no pudiendo obviarse otro dato no menos signi-

ficativo como es que el propio Equipo de Observación y Tratamiento del Centro Penitenciario de Mujeres de Barcelona, en junta de 30 de abril de 2004, acordó elevar propuesta inicial de clasificación de la penada en segundo grado de tratamiento.

El hecho de observar la Sra. Carina una conducta adaptada a la normativa regimetal, desempeñando actividades laborales y formativas con una elevada implicación, no puede, en opinión del Tribunal, ser considerado como un hecho valorable positivamente para la progresión de grado y menos por tanto para la clasificación inicial en tercer grado que de hecho entrañaría por la propia naturaleza de la medida ausencia de estancia en el centro o permanencia limitada al tiempo que tardara en emitirse la resolución sobre la clasificación, máxime cuando en el caso de autos estamos hablando de un tiempo tan breve como el transcurrido desde que la Sra. Carina ingresó en prisión para cumplir la pena (1 de marzo de 2004) hasta que se dictó la resolución clasificándola inicialmente en tercer grado de tratamiento (8 de julio de 2004). La buena conducta y adaptación a la normativa regimetal es el mínimo que debe esperarse de cualquier penado, sin perjuicio de que comportamientos o conductas negativas o desadaptadas deban merecer la correspondiente sanción, al tiempo que conductas extraordinarias, ejemplares o, cuando menos, más allá del buen comportamiento puedan ser valoradas en orden a la precitada finalidad. El hecho de que durante un tiempo tan breve como el de escasamente cuatro meses se observe una conducta adaptada a la normativa del centro, no puede de ninguna manera justificar una progresión de grado; podrá a lo sumo ser valorado para conceder permisos de salida pero no para pasar a un estado de semilibertad ya que el tercer grado implica que el penado no permanecerá en el Centro Penitenciario más de ocho horas diarias, tiempo generalmente destinado a pernoctar y, por consiguiente, con escasísimas posibilidades reales de tratamiento y con permisos no susceptibles de control judicial todos los fines de semana.

**Sentencia 287/2004, AP BARCELONA, Sec. 8<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 2004**

DELITO SOCIETARIO: CONCEPTO DE “ACUERDO ABUSIVO” A EFECTOS PENALES

**Arts. 291 y 292 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig**

## SÍNTESIS

*Reconoce la resolución que seleccionamos el carácter autónomo penal de la noción de “acuerdo abusivo”, que no coincide con el concepto iuscivilista de abuso de derecho. En su consecuencia —tal como sucede en el caso examinado— un acuerdo que mercantilmente es nulo o anulable puede ser penalmente considerado como abusivo con tal de que concurra una mínima apariencia de validez o presunción de legalidad formal.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El recurso de apelación debe ser estimado.

Se viene a alegar por el recurrente infracción del artículo 291 del Código Penal por inaplicación.

El Juez *a quo* entiende que se dan en principio todos los requisitos del art. 291 CP pero considera que en el caso de autos la mayoría de los acusados es “ficticia” y que al ser los acuerdos adoptados radicalmente nulos no cabe hablar de acuerdo abusivo, que presupone un acuerdo válido y que los hechos podrían ser subsumibles en el art. 292 CP pero al no haberse acusado por dicho delito procede absolver.

Como puede verse el objeto del recurso es estrictamente “una cuestión jurídica”, ya que existe acuerdo en el relato de hechos probados por todas las partes.

Sin embargo, se constata que en el propio relato de hechos probados de la sentencia

impugnada que los acusados tenían “una mayoría real” en la Junta, tratándose de socios mayoritarios, pues como dice el relato de hechos probados ostentaba D. Víctor “el 33% del capital social” y su esposa D.<sup>a</sup> Inés “el 26,89%”, lo que en junto suma el 59,89% del capital social de (...). Y dicha mayoría real, que no mayoría ficticia, no se obtuvo ilícitamente por ninguno de los medios a que se refiere el art. 292 CP, sino que se obtuvo por medios lícitos, por lo que dicho precepto en ningún caso sería de aplicación, pero sí es de aplicación a entender de este Tribunal el art. 291 CP.

La situación de mayoría ha de haberse obtenido por medios lícitos porque, en caso contrario, estaríamos en presencia de la figura delictiva del art. 292 CP.

La acción típica del art. 291 CP reclama un abuso de poder (abuso de posición dominante) por parte de los socios mayoritarios en la Junta o Consejo de Administración, delimitando el propio art. 291 del CP el con-

cepto penal de “acuerdo abusivo” como aquél acuerdo que se realiza en perjuicio de los demás socios, con ánimo de lucro propio o ajeno y sin reportar beneficios a la sociedad; esto es, el propio tipo penal nos define el abuso criminalmente relevante. La acción penal tan sólo será oportuna si el acuerdo impuesto es idóneo para poner en peligro los intereses económicos de los demás socios (“en perjuicio de los demás socios”), en la medida en que se toma en perjuicio de ellos y que no beneficia a la sociedad (“sin que reporten beneficios a la sociedad”).

(...)

Y puede afirmarse que todo acuerdo abusivo “penalmente” es nulo o anulable, mientras que no todo acuerdo nulo o anulable es también abusivo penalmente. Y es claro que el acuerdo de los socios mayoritarios —los acusados— de que no fuera tomada medida alguna contra el acusado Sr. Víctor por su supuesta deslealtad para con la sociedad y el cese de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad —con el propósito de enervar las eventuales acciones de responsabilidad civil contra los acusados— constituye un acuerdo impuesto con prevalimiento de la situación mayoritaria de los acusados en la Junta, con ánimo de lucro propio, en perjuicio de los demás socios minoritarios y sin que reportara dicho acuerdo beneficios a la sociedad. Es decir, se trata de un acuerdo abusivo penalmente, “al sobrepasarse manifiestamente su uso normal” como dice la STS 654/2002, de 17 de abril.

En el caso de autos es manifiesto que concurre una “apariencia de validez” de los acuerdos adoptados por los acusados —la Junta estaba bien convocada formalmente para el día 26-1-2001 por el Consejo de Administración, se había publicado el acuerdo de convocatoria en el BORME y en periódico de tirada nacional “El Mundo”, aunque luego se acordara la suspensión de la convocatoria por dicho Consejo de Administración— hasta el punto que los acusados consiguieron que dichos acuerdos elevados a públicos llegaran a ser parcialmente inscritos en el Registro Mercantil de Barcelona,

tal y como consta en el relato de hechos probados y al folio 214 de la causa —ocultando los acusados dicho acuerdo de suspensión de la convocatoria que consideraban inválido—, si bien la querellante consiguió que el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Martorell declarara en sentencia (...) —cuya resolución no consta aportada a las actuaciones— la nulidad de la Junta realizada el 26-1-2001 exclusivamente por los socios mayoritarios acusados, tras haber declarado la validez del acuerdo de suspensión de la convocatoria para dicho día adoptada por el Consejo de Administración —tras haber acumulado el juzgado ambas acciones ejercitadas en sendos procedimientos civiles—; resolución que, no consta que sea firme habiéndose interpuesto un recurso de apelación.

Concurre, pues, el presupuesto implícito en el art. 291 CP de “la presunción de legalidad o validez formal a favor del acuerdo abusivo”, en tanto no sea declarado nulo por sentencia “firme”, que no es el auto de autos, donde tampoco es firme la resolución que declaró válido el acuerdo de suspender la convocatoria de la Junta de accionistas por el Consejo de Administración.

Además la conducta descrita en el relato de hechos probados afecta al bien jurídico dual protegido en el art. 291 CP cual es “el deber de fidelidad o lealtad”, que implica un decaimiento del principio de mayoría a favor del de igualdad de trato, y especialmente “el interés patrimonial del socio”, individualmente considerado, frente a posibles maniobras adoptadas por la mayoría de una sociedad.

Debe distinguirse, según la doctrina más autorizada, el acuerdo abusivo impugnado conforme al art. 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas —la Ley 4/1997, de 24 de marzo de Sociedades laborales en su disposición final primera establece que: “En lo no previsto en esta Ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten”, (...) y el acuerdo abusivo pu-

nible del art. 291 del CP. El art. 115.1 de la ley de Sociedades Anónimas considera impugnables los acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad, en beneficio de accionistas o de terceros. Sin embargo, el art. 291 del Código Penal, no exige el perjuicio de los intereses de la sociedad, pero sí que se obre “en perjuicio de los demás socios”, es decir con intención de perjudicar, y que no beneficie a la sociedad. El interés de la sociedad debe concebirse como la suma de los intereses de los socios (teoría contractualista), pudiendo constituir esa suma un interés distinto al particular de un socio concreto. El acuerdo abusivo en la Ley de sociedades anónimas y en el Código penal es distinto. Mientras en la Ley de sociedades anónimas, para que el acuerdo se considere abusivo y, por tanto anulable, ha de ser siempre perjudicial para los intereses sociales (siendo indiferente si beneficia o perjudica el interés particular del socio), en el Código penal, para que el acuerdo sea punible siempre se exige perjuicio para el socio, aunque no haya perjuicio de los intereses sociales (“sin que reporten beneficios a la sociedad”).

El objeto de la acción lo es el acuerdo abusivo. Estamos ante el género de “abuso de derecho” que regula el art. 7.2 del Código Civil, del que es especie el “acuerdo abusivo” declarado anulable por el art. 115.1 de la ley de sociedades anónimas. El acuerdo abusivo no implicará simplemente el abuso de derecho a que se refiere el Código Civil, ni tampoco solamente su carácter anulable de la Ley de sociedades anónimas, sino que será punible cuando se perjudiquen los intereses particulares de los socios, sin que se exija para su castigo como delito el perjuicio del interés social (que sí aparece requerido en el art. 115.1 de la Ley de sociedades

anónimas) bastando con que “no reporte beneficios a la sociedad” —elemento negativo del tipo—.

Es decir, el concepto de “acuerdo abusivo” en el derecho penal es autónomo de otras ramas jurídicas, igual que ocurre con el concepto de “sociedad” del art. 297 CP o con el concepto de “acuerdo lesivo” del art. 292 que no coincide con el acuerdo lesivo del art. 115 de la Ley de sociedades anónimas porque el precepto penal incluye supuestos que frente a la ley societaria serían acuerdos nulos, o con el concepto de “[...] de hecho” que debe interpretarse en función de los elementos hermenéuticos que proporciona el propio Derecho penal, conforme a sus principios, fines y métodos y la interpretación sistemática con los arts. 31 y 297 CP. Es opinión unánime de doctrina y jurisprudencia modernas que el Derecho penal es independiente en sus presupuestos normativos así como en las sanciones porque sólo desde los fines, principios y métodos propios del Derecho penal puede darse contenido y sentido a los términos que constituyen el presupuesto normativo. Siempre ha sido así en el Derecho penal patrimonial y económico. El concepto de propiedad o el de posesión, fueron siempre dispares a los del Derecho civil patrimonial, cuando de diferenciar el hurto y la apropiación indebida se trataba.

Por consiguiente, en el ámbito del art. 291 CP basta con “la apariencia de validez”, o presunción de legalidad formal del acuerdo abusivo adoptado, sin que deba exigirse la plena y total validez formal de dicho acuerdo, al contraponerse el concepto “civilista” de abuso del derecho con el concepto de acto nulo o anulable como hace el Juez de instancia.

**Auto 180/2004, AP CÁCERES, Sec. 2<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2004**

LA CONSIGNACIÓN SIN OFRECIMIENTO DE PAGO NO LIBERA DE LOS INTERESES DE DEMORA

**Art. 20 Ley de Contrato de Seguro; 9 Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio**

SÍNTESIS

*La cuestión sobre la naturaleza de la consignación de la cantidad que pueda corresponder al perjudicado en accidente de circulación no es pacífica, pero esta Audiencia considera que la consignación liberatoria de la penalidad derivada de la mora del asegurador sólo puede ser solutoria o en pago.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Segundo.**—(...)

La postura de esta Sala es clara en este particular: La consignación que evita que el asegurador incurra en mora es la consignación solutoria o en pago, al igual el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o el medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada, han de ser otorgados a favor del perjudicado (y no a favor del Juzgado como erróneamente consideran algunos), refiriéndose la expresión legal “en su caso” no al caso de que se declare la res-

ponsabilidad de la aseguradora por resolución judicial como dice la recurrente, sino al caso de que el perjudicado solicite que se le haga entrega de la cantidad avalada o cuya disponibilidad ha sido garantizada.

Señala la aseguradora recurrente que la ley lo que quiere es que la posible indemnización que pueda resultar del accidente de tráfico salga del patrimonio de la aseguradora para entregar de manera inmediata al perjudicado; no es así, pues nada gana el perjudicado por el hecho de que la aseguradora tenga inmovilizado un capital —que sólo produce intereses a favor del Estado en la Cuenta de Consignaciones— o abone las comisiones de un aval, puesto que no es previsible que, condenada una aseguradora, no haga efectiva de inmediato la condena.

**Sentencia 686/2004, AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, de 16 de noviembre de 2004**

EL TABACO SIGUE CONSIDERÁNDOSE GÉNERO ESTANCADO, AUNQUE YA NO EXISTA MONOPOLIO

**Art. 1.6 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; art. 1.4 Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Jesús Erroba Zubeldia**

SÍNTESIS

*Examina la sentencia cómo, a pesar de la pérdida de monopolio, el tabaco sigue considerándose género estancado a efectos de contrabando y los requisitos cuantitativos y cualitativos para que las conductas relacionadas con su tráfico puedan ser constitutivas de delito.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...)

Se alega infracción del art. 1.6 LO 12/1995 de Represión del contrabando en relación con los arts. 1.4 L. 13/1998 de Ordenación del Mercado de Tabacos y se manifiesta que se liberalizó el carácter monopolístico desde la entrada en vigor de esta última ley y que el Sr. José Ramón es un comerciante de alimentos al por mayor y el tabaco no estaba destinado al por menor, siendo además su valor inferior a 18.000 euros (3.000.000 pesetas), cuantía en la que se establece el límite entre infracción administrativa y delito para los géneros de libre comercio, como es el tabaco tras la L. 13/1998.

**Segundo.**—El tabaco sigue siendo en la actualidad género estancado para el comer-

cio al por menor como se ha pronunciado expresamente nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 18-01-2002 y antes en la de 09-03-1998. Y es que conforme a esta jurisprudencia las labores de tabaco continúan siendo género estancado, aunque ya no exista monopolio, y la Ley de Ordenación del Mercado de Tabaco no contraviene la Ley Orgánica de Contrabando: “Ya la Ley de Contrabando de 1995 (Orgánica núm. 12 de 12 de diciembre), tuvo en cuenta la vigencia del principio de libre circulación de mercancías y del mercado único impuesto por la Unión Europea. Cuando la exposición de motivos de esta Ley se refiere al ámbito de la reforma (reformaba la precedente Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982) nos decía “El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin se consideran géneros estancados, a efectos de

la nueva Ley, las labores de tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias”. A su vez, en el art. 1 ap. 6, titulado “Géneros o efectos estancados”, considera tales: “los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquier otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por Ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco, y a todas las que por ley se otorgue tal condición”.

La posterior Ley de 4 de mayo de 1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco, que como ley ordinaria resultaría inadecuada para alterar la normativa de una Ley orgánica, asume y acepta la vigencia del régimen punitivo de la Ley de Contrabando, en los siguientes términos:

a) En su Disposición final tercera es tajante cuando afirma que “La presente Ley no comportará por sí misma modificación alguna de lo establecido en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, ni de las actuales restricciones sanitarias en materia de publicidad y venta de tabacos.”

b) En la Exposición de motivos de la mentada Ley de 1998, en su párrafo 2.º se afirma: “la nueva Ley suprime los actuales monopolios de fabricación, de importación o de comercio al por mayor para las labores de tabaco, no procedentes de los Estados miembros de la Unión Europea”, para luego concluir en el párrafo siguiente que: “la nueva normativa mantiene... el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado a través de la Red de Expediciones de Tabaco y Timbre”. Añade en su justificación que “el mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, constituye un instrumento fundamental e irrenunciable del Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria.

En el último párrafo de dicha Exposición de Motivos se anuncia lo que después recalca la disposición final tercera, esto es, que la Ley en cuestión “no comporta alteraciones en las actuales restricciones societarias en materia de publicidad y venta de tabacos, ni supone modificación alguna de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Regulación del Contrabando”.

**Tercero.**—De los preceptos relacionados se concluye:

1) Que el tabaco tiene consideración de género estancado sólo para el comercio al por menor, sea cual fuere su procedencia, comunitaria o extracomunitaria.

Conforme al art. 3.1 de la Ley 1995, será libre la importación y distribución al por mayor de labores de tabaco, cualquiera que sea su procedencia, sin más requisito que la obtención de licencia administrativa, previa comprobación por el Comisionado para el Mercado de Tabacos, de que se cumplen las condiciones establecidas en los apartados dos y tres siguientes.

2) El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar si la cuantía de los géneros objeto de contrabando supera o no el límite mínimo establecido para la calificación delictiva de la conducta es el precio máximo de venta al público, tal como señala el art. 10.1 de la misma Ley 1995, donde se establecen las reglas legales de valoración, por lo que, no cabe descontar el valor de los impuestos. Y conforme a su art. 2.1.d): “cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas (el destacado es nuestro), los que: Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes”. Es preciso por tanto que el importe del género (al ser de lícito comercio el tabaco) sea igual o superior a 3.000.000 ptas. para que haya delito.

**Sentencia 209/2004, AP LAS PALMAS, Sec. 2.<sup>a</sup> de 13 de diciembre de 2004**

¿PUEDE EL MAGISTRADO-PRESIDENTE SOMETER A LA CONSIDERACIÓN DEL JURADO UNA VERSIÓN DE LOS HECHOS DISTINTA DE LAS DEFENDIDAS POR LAS PARTES?

**Arts. 52 y 53 LOTJ**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Varona Gómez-Acedo**

SÍNTESIS

*Entiende el Magistrado que presidió el Tribunal del Jurado que, tal como hizo, debía introducir dos nuevas versiones (construidas por él mismo) a las de los hechos alegados por la acusación y la defensa. Así, el Jurado dispuso de cuatro versiones, optando finalmente por una elaborada por el Magistrado. Se trata de la interpretación que deba darse a la frase legal que ordena al Magistrado-Presidente: “narrará en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados o no...”.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—(...)

Este Magistrado-Presidente, al elaborar su objeto de veredicto —sometido como no puede ser de otro modo al trámite de examen contradictorio que se regula en el art. 53.1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado— propuso de forma alternativa cuatro versiones, de las cuales la primera y la última se correspondían con la calificación del Ministerio Fiscal y la defensa. Las otras dos versiones eran variantes sobre cómo se había llegado a empapar la ropa de Penélope con la gasolina, en una (numerada como 4.2) se dejaba tal extremo indeterminado, simplemente se apuntaba que fue manipu-

lando la garrafa que la contenía, seguida de una acción imprudente del acusado. La siguiente (4.3) afirmaba que fue Penélope quien se echó encima la gasolina (amenazando con suicidarse en la versión del acusado), y Enrique como reacción la prendió para demostrar que no le intimidaba.

Pues bien el Jurado al redactar el veredicto se inclinó por esta última versión, si bien modificó su redacción en el sentido de dejar indeterminado cómo se derramó la gasolina sobre Penélope, de forma tal que acercó mucho el relato de una y otra alternativa.

De un modo explícito, las acusaciones Pública, Particular y Popular, parecen cuestionar la legitimidad jurídico-procesal en el marco del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, de este modo de proceder del

Magistrado-Presidente (planteamiento ante el Jurado, en el objeto del veredicto de una calificación jurídica alternativa favorable, a la vista del resultado de las pruebas practicadas). Vaya por delante que, como pertenece a la esencia de la naturaleza propia de su función, esta Presidencia adoptó tal decisión, en el convencimiento de su racionalidad jurídica y en la convicción de que las imperfecciones —que claro está existen, en el sistema procesal que se regula—, en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no pueden ser instrumentadas para hacer inoperativo el enjuiciamiento de las causas ante el Tribunal del Jurado, hasta convertirlo en una especie de “juego de azar”, con irremediable perjuicio para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, que asiste a víctimas y autores.

Para zanjar la legitimidad de aquellas proposiciones resulta pertinente la cita de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, porque en ella se establece con absoluta claridad y precisión: cuál es la función esencial de los Jurados; quién debe realizar en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado la calificación de los hechos y cómo se debe realizar el análisis del relato fáctico derivado de los hechos justiciables que los Jurados han declarado probados, para subsumir la calificación jurídica.

“En relación con la primera de dichas alegaciones ha de recordarse que la función esencial de los Jurados, tal y como se define en el art. 3 de la LOTJ, es la de emitir veredicto, “declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél”; por lo que debe quedar claro que la misión del Jurado es la de optar entre diversas proposiciones fácticas y no entre las calificaciones jurídicas de las acusaciones y la defensa (Sentencia núm. 439/2000, de 26 de julio).

Por lo que se refiere al veredicto de culpabilidad (que debería consistir en una sola

palabra: culpable o inocente), el art. 3 de la LOTJ dispone expresamente que los Jurados “también proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación”. En consecuencia el veredicto de culpabilidad se limita a declarar al acusado culpable “por su participación en los hechos” que se han declarado previamente probados, sin que pueda añadir nada a la calificación o valoración de los mismos que no esté en el previo relato fáctico.

Este ya debe contener todos los elementos necesarios para que el Magistrado-Presidente pueda subsumirlos jurídicamente en la calificación correcta, incluidos, en su caso, los elementos subjetivos del tipo así como todos los datos objetivos que hayan permitido inducir dichos elementos subjetivos. Es por ello por lo que el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no incluye el *nomen iuris* delictivo: el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de “asesinato”, “homicidio doloso”, “homicidio con dolo eventual”, “lesiones dolosas en concurso con homicidio” u “homicidio imprudente”. En consecuencia el Jurado no ha podido calificar los hechos como homicidio imprudente, porque ésta no es su función.

En definitiva no puede acogerse una pretensión cuyo contenido de fondo consiste en denunciar que el Tribunal de apelación vulneró la calificación de homicidio imprudente establecida por el Jurado, porque en nuestro ordenamiento jurídico, presidido por el principio de legalidad, el Jurado no establece la calificación jurídica de los hechos, sino simplemente los hechos”.

Esta doctrina es reiterada en la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000, nuevamente su cita es pertinente a los efectos resolutorios que ahora ocupan la labor decisoria.

Las cuestiones propuestas al Jurado en el veredicto sobre los hechos deben contener proposiciones fácticas, y no jurídicas, evi-

tando en todo caso la introducción de conceptos jurídicos que predeterminen el fallo. Entre estas proposiciones fácticas deben introducirse, cuando sea necesario, las relativas a elementos subjetivos del tipo, como el *animus necandi*, que en todo caso deben deducirse de datos objetivos sobre los que se efectúan pronunciamientos anteriores (art. 52.1 a), apartado final). Este es el criterio que ya siguió la jurisprudencia tradicional sobre la Ley del Jurado de 1888 (Por ejemplo Sentencia de 5 de marzo de 1897).

Estos elementos subjetivos tienen en realidad una naturaleza mixta fáctico-jurídica, en el sentido de que su valoración o apreciación está íntimamente vinculada a valoraciones o conceptos netamente jurídicos (por ejemplo la consideración o no como doloso del resultado de muerte incluye una valoración fáctica sobre la intencionalidad del sujeto, pero también una valoración jurídica o conceptual sobre la naturaleza y requisitos del “dolo” y específicamente del dolo eventual).

## Sentencia 270/2004, AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, de 13 de diciembre de 2004

INCUMPLIMIENTO POR EL PROGENITOR TITULAR DE LA CUSTODIA DEL HIJO DEL RÉGIMEN DE VISITAS ATRIBUIDO AL OTRO PROGENITOR

### Art. 622 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares**

#### SÍNTESIS

*Detenidamente detalla la sentencia cómo los hechos que recogemos en la cabecera de esta resolución no pueden integrar el tipo penal que, como falta, se prevé en el art. 622 del CP, por cuanto el progenitor que tiene atribuida la custodia no puede infringir el “régimen de custodia”.*

*No debe olvidarse, no obstante, que la LO 15/2003, de 25 de noviembre (que entró en vigor el 1 de octubre de 2004) añadió un segundo párrafo al art. 618 del CP en el que podrían tener cabida estas conductas.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Con independencia de las consideraciones sobre la prueba el verdadero problema que plantean los hechos, aun considerando como probados los que afirman las acusaciones, es su tipicidad en relación al art. 622 del Código Penal, por el que se acusa.

(...)

**Segundo.**—(...) el incumplimiento por uno de los progenitores del régimen de visitas al hijo común establecido o aprobado judicialmente podrá desembocar, en su caso, en una desobediencia a la autoridad judicial —alternativa sobre la que luego habrá que volver—, pero no puede constituir la falta del artículo 622 del Código Penal. Y ello, porque dicha falta castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa

por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar; pero no está pensada para sancionar el simple incumplimiento concreto y delimitado del régimen de visitas que en esa resolución se haya podido establecer.

El tenor literal del precepto, pese a lo barroco de su redacción llena de incisos, es suficientemente claro al referirse exclusivamente a la guarda del menor, enumerando conductas que tienden a hacer definitivamente ineficaz la resolución adoptada al respecto [apoderarse del menor, sacarlo de la guarda, retirarlo del establecimiento, familia, persona (sic) o institución tutelar, o no restituirlo a ellas] y guardando absoluto silencio sobre los incumplimientos activos u omisivos del régimen de visitas, expresión que ni siquiera se menciona en una descripción típica sobrada de ellas. En otras palabras: el progenitor que se empeña en ejercer su derecho de visita un día que no le corresponde, como el que impide al otro ejercerlo el día establecido, o el que prolonga más allá de lo convenido su estancia con el hijo común no cometen la infracción que nos ocupa, pues no quebrantan la guarda y custodia del menor, aunque todos ellos incurran en un incumplimiento o contravención del régimen de visitas establecido o aprobado judicialmente, lo que podrá surtir los efectos que en su caso correspondan en el mismo proceso en que dicho régimen se acordó.

(...)

**Tercero.**—Podría aducirse, sin embargo, que el criterio hermenéutico expresado no es aplicable a la redacción actual del artículo 622, introducida por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, y por tanto posterior al primero de los incumplimientos denunciados, pero ya en vigor en la fecha de los restantes. Según el texto vigente, los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de

uno a dos meses. Sobre esta base, podría entenderse, como hace el auto declaratorio de falta impugnado, que el mero hecho de no facilitar un progenitor al otro el cumplimiento del régimen de visitas al hijo común determina una infracción del régimen de custodia, que integra la acción típica descrita en el precepto transcrito. No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con esta interpretación, por varias razones, ya explicitadas también en su mayor parte en una resolución anterior (...).

En primer lugar, a nuestro juicio la nueva redacción del artículo 622 del Código Penal no innova su contenido, sino que se limita a cuestiones de estilo, simplificando la descripción de las conductas típicas —cuya abigarrada enumeración criticábamos en la sentencia que sirve de precedente a ésta— y poniendo en congruencia la subsidiariedad expresa de la falta al delito con el nuevo tipo de sustracción de menores por su progenitor, introducido por la misma LO 9/2002 en el artículo 225 bis del Código Penal. Pero se mantiene la referencia nuclear al régimen de custodia de los hijos menores y el silencio respecto al régimen de visitas del progenitor privado de ella.

En segundo lugar, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 9/2002 ratifica desde el punto de vista teleológico la interpretación anterior, en cuanto afirma que el propósito de la nueva Ley es tipificar la conducta de sustracción o de negativa de restituir al menor en los supuestos en que quien la realiza es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o (a) alguna persona o institución; ratificando así que el sujeto activo de las conductas típicas introducidas por la nueva normativa sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia, y no quien ostenta ésta.

Ciertamente, alguna comentarista apresurada de la reforma ha observado que una de las conductas que se consideran *ex lege* como sustracción del hijo menor en el apartado 2 del nuevo artículo 225 bis, y en con-

creto la segunda, consistente en la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa, puede en sus términos literales ser cometida tanto por el progenitor titular de la custodia como por el apartado de ella; de manera que de esta observación se seguiría, conforme a la subsidiariedad expresa establecida en el artículo 622, que podría ser sujeto activo de la falta el progenitor que impide al otro de forma más o menos puntual y aislada la comunicación con el hijo común, pues tal conducta integraría una retención del mismo sin llegar a constituir un incumplimiento grave de la resolución judicial.

Sin embargo, la tesis expuesta olvida que el apartado 2 del artículo 225 bis se encabeza con la especificación de que a los efectos de este artículo se considera(n) sustracción las dos conductas que a continuación enumera; de suerte que el referido apartado 2 no puede entenderse aislado como un subtipo autónomo, sino como concreción o interpretación auténtica de los apartados restantes, y en especial del primero, cuyo sujeto activo sólo puede ser el progenitor que carece de la potestad de custodia del menor, no sólo por lo que resulta de la dicción ya mencionada de la Exposición de Motivos de la reforma, sino también porque así lo demuestra una interpretación intrasistemática del propio artículo, dado que los apartados 3 y 4, al establecer un subtipo agravado, otro atenuado y una excusa absolutoria, contienen expresiones que sólo pueden ir referidas al cónyuge apartado de la convivencia, en cuanto erigen como circunstancia determinante de la aplicación de unos u otros la restitución o devolución del menor, se entiende que al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado, en los propios términos legales, es decir, al progenitor o institución que tenía previamente consigo al menor sustraído, pues de otro modo no tendría sentido gramatical hablar de devolución o restitución.

De esta suerte, hay que concluir que el número segundo del apartado 2 del artículo 225 bis del Código Penal no tiene otra función que la de evitar, por vía de interpretación auténtica, la laguna de tipicidad que se produciría si no se equiparase a la sustracción en sentido propio la retención, traslado o negativa a la restitución por el progenitor apartado de la custodia que sin embargo tuviere en un principio legítimamente al hijo en su compañía, en ejercicio del régimen de comunicación establecido con él; al modo, si es admisible la comparación, de lo que en los delitos patrimoniales es la apropiación indebida frente a los delitos de apoderamiento en sentido estricto.

Por último, y volviendo a la exégesis del artículo 622 en sí mismo considerado, no cabe identificar el régimen de visitas con el régimen de custodia, pues son cosas distintas aunque complementarias. Como demuestran los artículos 90 A) y 94 del Código Civil, el derecho de visita es la contrapartida que, en interés del menor, corresponde al progenitor privado de la guarda y custodia de sus hijos para conservar el contacto con éstos. El régimen de visitas no es una de las facultades inherentes a la guarda y custodia, sino el reverso o consecuencia de la necesaria exclusión de éstas de uno de los progenitores protagonistas de la ruptura. El progenitor que tiene atribuida la custodia de los hijos puede infringir el régimen de visitas, pero no el de custodia, cuya infracción sólo es posible, salvo supuestos anómalos, por el progenitor apartado de la convivencia con los hijos. Y es a este último supuesto, ajeno por completo al caso de autos, el que pretenden prevenir los nuevos artículos 225 bis y 622 del Código Penal.

**Cuarto.**—En otras palabras: para estimar penalmente típico el simple incumplimiento por el progenitor titular de la guarda y custodia del menor del derecho de visita atribuido al otro progenitor habrá que aguardar a la entrada en vigor, el 1 de octubre de

2004, según su disposición final quinta, de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que en el apartado centésimo septuagésimo de su artículo único añade al actual artículo 618 del Código Penal un número 2, que castiga con multa o trabajos en beneficio de la comunidad al que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial (...) que no constituya delito; de manera que en la amplia expresión obligaciones familiares puede entenderse incluido el respeto por el progenitor encargado de la custodia del menor del régimen de comunicación con el otro progenitor, que es una obligación familiar, en cuanto establecida no tanto en interés del progenitor apartado de la convivencia cuanto del propio menor. En este sentido, la Exposición de Motivos de la reforma, en su

apartado III d), señala que la misma incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones (y) no sólo (de) aquéllas que tengan contenido económico.

Claro está que el hecho de que el legislador se haya visto en el caso de introducir un nuevo precepto para sancionar incumplimientos menores de obligaciones familiares de contenido no económico, sin suprimir ni modificar en lo más mínimo el actual artículo 622, no viene sino a reforzar poderosamente la consideración de que conductas como las denunciadas en esta causa, que consisten precisamente en incumplimientos de la índole referida, no encuentran subsunción típica en el único precepto todavía vigente.

**Sentencia 250/2004, AP GUIPÚZCOA, Sec. 1.ª, de 17 de diciembre de 2004**

LESIONES POR IMPRUDENCIA Y DEJAR SUELTOS ANIMALES FEROCES O DAÑINOS. PRINCIPIO ACUSATORIO

**Arts. 621.2 y 631 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy**

SÍNTESIS

*Formulada pretensión de condena por una de estas faltas, estima la Audiencia que no habría obstáculo legal para penar por otra siempre que los hechos probados sean los mismos, puesto que la mutación de calificación jurídica se mantendría entre tipos penales homogéneos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) El principio acusatorio no supone la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al *petitum* de las partes, sino sólo que el hecho objeto

del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un “crimen”, sino un *factum*. Es posible el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones de la acusación siempre que confluyan dos condi-

ciones: la identidad del hecho punible objeto de acusación y fallo, en el sentido de que el mismo hecho descrito en la acusación, debatido en juicio, y declarado probado constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; y la homogeneidad de los delitos, es decir, que tengan la misma naturaleza y que el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (...). Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de autos se puede considerar que entre la falta de imprudencia leve tipificada en el art. 621.3 del Código Penal y la falta contra los intereses generales prevista en el art. 631 C.P. existe homogeneidad suficiente. En el primer caso estamos en presencia de un tipo penal de resultado y en el segundo de peligro, pero tanto en uno como en otro caso el tipo penal va orientado a salvaguardar la integridad física de las personas (en el caso del art. 631 C.P. no exclusivamente, pero sí fundamentalmente). Las diferencias entre ambos tipos no son sustanciales: en el primer caso —tipo imprudente—

la acción u omisión voluntaria que infringe el deber objetivo de cuidado exigible al sujeto responsable puede ser diversa, si bien también puede concretarse en la falta de cuidado de determinados animales susceptibles de causar un daño. En el segundo caso —tipo doloso—, la conducta punible se encontraría concretada en la dejación de animales feroces o dañinos sueltos o en disposición de causar mal. Pero a los efectos del caso enjuiciado la conducta imputada al acusado podría enmarcarse dentro de ambos tipos penales, lo que no significa que necesariamente se den los presupuestos que los mismos exigen para su sanción. Por otra parte, la sanción en ambos casos en la fecha del hecho —13 de julio de 2003— es idéntica: pena de multa de quince a treinta días, por lo que no existiría mayor gravedad de un tipo frente a otro. Y por todo lo anteriormente expuesto, no existiría vulneración del principio acusatorio en el supuesto de condena por una u otra falta.

**Sentencia 427/2004, AP ZARAGOZA, Sec. 3<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 2004**

**MENOR DE EDAD A QUIEN SE IMPONE UNA MEDIDA DE INTERNAMIENTO QUE QUEBRANTA CUANDO YA HA ALCANZADO LA MAYORÍA DE EDAD**  
**Arts. 468 Código Penal; 15 y 50 LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julio Arenere Bayo**

**SÍNTESIS**

*La Audiencia revoca la condena pronunciada por el Juzgado de lo Penal contra quien (siendo ya mayor de edad penal) quebrantó la medida de internamiento en régimen semiabierto (que se le impuso al amparo de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores) por entender que es el Derecho Penal de menores el aplicable en este caso.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Por el Juzgado de menores se dictó sentencia contra el hoy apelante, y encontrándose en régimen de semilibertad, transgredió el mismo, por lo que se le condena como autor de un quebrantamiento de condena o medida privado de libertad.

El apelante solicita en el suplico se dicte una sentencia conforme a lo expuesto en el escrito de apelación, lo que nos lleva a concluir en que su petición se refiere a que sea estimado el quebrantamiento como si no estuviera privado de libertad.

Sin embargo la Sala se plantea en primer lugar la punibilidad de dicho acto, aunque no sea alegada por el apelante, lo que es posible en virtud del efecto devolutivo que conlleva el recurso.

Por un lado nos encontramos con que la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, en su exposición de motivos se define como un Código penal de los menores que tiene la naturaleza de disposición sancionadora. Desde la compartida naturaleza sancionadora de ambos Derechos, algunas audiencias opinan que el término “medida”, en este caso medida de internamiento en régimen de semilibertad, debe equipararse a estos efectos al de “condena”, en cuanto responsabilidad penal impuesta judicialmente por la comisión de un hecho delictivo; lo que complementa para darle carta de naturaleza de delito al quebrantamiento de la misma, es que el art. 50 de la Ley de responsabilidad de los menores, que regula el quebrantamiento de la ejecución por los menores, dispone en su número 3.º que “El Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de algunas de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador”. Por lo cual si el acusado cuando se evade, a pesar de

que esté bajo una medida de internamiento adoptada por el Juzgado de menores, es mayor de edad por haber cumplido ya 18 años, dicha situación de estar cumpliendo dicha medida la equiparan a “condena”, concurriendo así todos los requisitos del delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 del Código Penal, cuando en la conducta del acusado existe una voluntad de recuperar la libertad, sustrayéndose a las limitaciones ordenadas judicialmente.

**Segundo.**—Frente al criterio expuesto anteriormente, no debe pasar desapercibido el contenido del artículo 15 de la citada Ley, cuando expresa que: “cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley, alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores”. De esta forma, se produce, lo que podríamos denominar una rehabilitación de la minoría de edad, de forma que a fin de conseguir la eficacia de la medida impuesta, se le sigue considerando a todos los efectos como menor, sin olvidar que una medida de internamiento en régimen semiabierto, conlleva necesariamente la existencia de un programa educativo según se desprende de la Exposición de Motivos.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que esta medida se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Código Penal y que aunque se la denomina “medida” no comparte la naturaleza de las recogidas en el referido artículo 468, al tener una finalidad distinta a aquellas, como es la educativa, debemos concluir en que el supuesto concreto planteado en el presente caso, no es resuelto por el artículo 50 de la Ley, a pesar del contenido del núm. 3 del citado precepto cuyo contenido ya hemos transcrito en el fundamento anterior, pues la obligación del Juez

de Menores de remitir testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a las que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador (párrafo que no se incluía en el Proyecto de LORPM como consta en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 3-11-98, sino que fue introducido a raíz de una Enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida — Boletín de 15-10-99— que es asumida por el Dictamen de la Comisión Parlamentaria y publicada en el Boletín del Congreso de los Diputados de 27-11-99, e incorporada definitivamente al texto definitivo) fue apoyado en el siguiente argumento: “se trata de posibilitar iniciar un nuevo expediente —por desobediencia, por ejemplo—, y que proceda nueva valoración del equipo técni-

co a fin de postular, en su caso, nueva medida”.

Tal argumento, nos lleva a sostener que ante la falta de una remisión expresa al C. Penal, cualquier conducta de una persona que comete actos que contravienen el cumplimiento de una medida que se le impuso como menor y que está en ejecución o “rehabilitación”, nunca debe extrapolarse del ámbito propio de la jurisdicción de menores, por lo que la aplicación del artículo 468 del CP, al presente caso, supondría una interpretación extensiva en contra del acusado, que está proscrita por nuestro ordenamiento penal, dado que la reacción jurídica dirigida al menor infractor tiene un carácter primordial de intervención educativa de especial intensidad, debiendo rechazar otras finalidades del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma.

**Auto 390/2004, AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, de 28 de diciembre de 2004**

CONSECUENCIAS ACCESORIAS: PARALIZACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL AEROPUERTO DE CASTELLÓN PARA PROTEGER AL “AGUILUCHO CENIZO”

**Arts. 129.2, 334, 339 Código Penal 13; LECrim.**

SÍNTESIS

*Examina la Sala los reproches que la defensa realizó al auto del Juzgado de Instrucción por el que se acordaba la paralización de las obras de desbroce, excavaciones y movimientos de tierra y voladuras en la zona afectada por la declaración de impacto ambiental. En particular señala que la medida no ha producido indefensión y que guardaba la necesaria proporción con la finalidad perseguida.*

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Se somete a la consideración de la Sala por medio del presente recurso de apelación el acierto de la resolución del Juzgado de Instrucción que, desestimando el previo recurso de reforma interpuesto al efecto, decretaba la paralización de los trabajos de desbroce, excavaciones y movimientos de tierra y voladuras en la zona afectada por la declaración de impacto ambiental relativa a la construcción del futuro aeropuerto de Castellón (...). La Instructora adoptó esta medida cautelar para prevenir la continuidad de la actividad delictiva (...) consistente en impedir o dificultar la reproducción o migración de especies animales amenazadas (artículo 334 CP), en concreto de la reproducción del “aguilucho cenizo” como especie catalogada de vulnerable en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, que se vería afectada durante el período de cría (entre el 25 de marzo y 15 de septiembre) por los trabajos de desbroces, excavaciones, movimientos de tierras o voladuras realizados para la construcción del aeropuerto de Castellón (...).

**Segundo.**—El primer motivo del recurso interesa la declaración de nulidad de la adopción de la medida cautelar en cuestión y se basa en que no se ha respetado la preceptiva audiencia a las partes que impone al Juez el artículo 129 CP, lo que ha generado indefensión a la parte, sin que en la instancia se acudiera al carácter urgente de la medida como motivo de justificación en su adopción.

(...)

Pues bien, en este sentido, consta en los autos que: a) el día 4.05.04 el Juzgado efectuó un requerimiento a A., a través de Don Silvio para que aportara documentación acreditativa de la autorización sobre los trabajos realizados fuera del período permitido en la declaración de impacto ambiental; b)

el día 11 de mayo de 2004 A. presentó un escrito compareciendo en la causa —con Procurador y Abogado— y explicando la innecesariedad de la autorización; c) el día 21 de mayo de 2004 la Colla Ecologista de Castelló presentó escrito solicitando la adopción de la medida de paralización de las obras del aeropuerto, confiriéndose traslado del mismo al Ministerio Fiscal (...) y d) el día 27 de mayo de 2004 se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción acordando la paralización de los trabajos de desbroce, excavaciones, movimientos de tierras y voladuras (...).

Así las cosas no podemos convenir con la mercantil recurrente en que no tuviera conocimiento de la medida cautelar solicitada (...) El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

**Tercero.**—El segundo motivo del recurso se desgana en tres quejas vertidas por AEROCAS sobre las razones en que basó la Instructora su decisión de desestimar el recurso de reforma y por ende, de mantener la paralización de las obras del aeropuerto, son las siguientes: 1) Que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) no exige la concesión de autorización alguna por parte de la Consellería de Territorio y Vivienda para la continuación de las obras durante el período comprendido entre el 25 de marzo y el 15 de septiembre; 2) Que se ha alcanzado un acuerdo con la Consellería de Territorio y Vivienda el día 22 de julio de 2004 en el que se establecen las medidas de protección a adoptar respecto a la especie “aguilucho cenizo” incorporándose al mismo a tal efecto un anexo en el que se detallan los radios de protección para cada uno de los nidos localizados, dependiendo de las actuaciones a realizar así como de la fecha en que se realicen las mismas; y 3) Que las actuaciones realizadas para la ejecución del futuro aeropuerto de Castellón no han interferido ni perjudicado la nidificación y cría del aguilucho cenizo en la citada zona, que incluso se

han incrementado respecto a los datos del año 2003.

(...) Como fuere que a finales del mes de abril del año 2004 dedujo la Instructora de las diligencias de investigación practicadas que esas obras molestas y ruidosas continuaban desarrollándose en la total extensión de las instalaciones aeroportuarias de Castellón, y no se había adoptado acuerdo alguno entre promotor de la obra y Generalidad Valenciana, para proteger la cría de esta especie amenazada y evitar la continuación de la eventual actividad delictiva que suponía seguir realizando esas obras molestas y ruidosas, acordó paralizar tales obras como medida cautelar, lo que en principio resulta ajustado a derecho.

Siendo ésta la *ratio decidendi* de la Instructora a la hora de adoptar la medida cautelar cuestionada, mal puede ahora oponer la promotora recurrente que se ha adoptado el acuerdo con la Generalidad Valenciana en el que se establecen las medidas de protección a adoptar respecto al aguilucho cenizo (...). El motivo debe ser desestimado.

**Cuarto.**—El tercer motivo del recurso viene referido a la inexistencia de indicios relativos a que las obras continuaron después del 25 de marzo de 2004 y que con ellas se hubiera vulnerado la Declaración de Impacto Ambiental, puesto que de las diligencias de investigación practicadas se deduce que los actos realizados posteriormente al día 25 de marzo pasado eran de limpieza de la zona ya desbrozada, por lo que no existe por tanto el imprescindible *bonus fumi iuris* que justifique la adopción de la medida cautelar.

El motivo choca frontalmente con el resultado objetivo que arrojan las diligencias sumariales practicadas (...).

El motivo debe ser igualmente desestimado.

**Quinto.**—El cuarto y último motivo del recurso denuncia la ausencia de proporcionalidad de la medida cautelar adoptada, y se basa en que la misma supone un gravamen

para la promotora recurrente totalmente innecesario al estar ya consensuados con la Consellería los perímetros a respetar alrededor de cada nido así como haber abandonado los polluelos sus nidos, por lo que carece de sentido que la medida alcance a todo el perímetro del aeropuerto, y además, toda medida cautelar debe establecerse en los términos menos gravosos posibles para quien la soporta, resultando que la adoptada en el presente caso, dadas las circunstancias antes expuestas, es excesiva.

(...)

Desde las reflexiones que preceden debe darse respuesta a las alegaciones de la mercantil recurrente. En síntesis, manifiesta que la medida cautelar supone un gravamen innecesario y desproporcionado para la promotora al estar consensuados con la Consellería los perímetros a respetar alrededor de cada nido así como haber abandonado los polluelos sus nidos, por lo que carece de sentido que la medida alcance a todo el perímetro del aeropuerto. Pero el contenido de esta protesta de la recurrente ni se ajusta a la extensión de la medida judicialmente adoptada, ni tiene en cuenta el estado de la cuestión al momento en que se estableció, ni expresa la medida de ese gravamen ni el derecho fundamental afectado ni, en definitiva, puede dotar de fuerza conviccional a una vulneración del principio de proporcionalidad. Se dice todo ello porque la medida cautelar cuestionada, tal y como literalmente se recoge en la parte dispositiva del Auto de fecha 27-05-04, no alcanza a la totalidad del perímetro del aeropuerto —como alega la recurrente— sino sólo a “la zona afectada por la Declaración de Impacto Ambiental”, que no es otra que la de nidificación del aguilucho cenizo, y sólo respecto de “los trabajos de desbroce, excavaciones, movimientos de tierra y voladuras”, que son las actividades molestas y ruidosas que pueden perjudicar el período de cría de la especie amenazada. Por otro lado, mal puede hablarse de un acuerdo o consenso de la promotora con la Consellería sobre los perímetros a respetar alrededor de cada nido o de

que los polluelos hayan abandonado sus nidos como alegato justificativo de la desproporción de la medida cautelar, cuando aquel acuerdo con la Conselleria es de julio de 2004 y el abandono del nido de los polluelos es posterior a esta fecha, mientras que la medida cautelar de paralización de los trabajos es de mayo de 2004, de modo que cuando se adoptó la misma ni existía aquel acuerdo ni los polluelos habían abandonado los nidos. Pero es que en la impugnación no se expresa en qué medida la paralización de los concretos trabajos de desbroce, excavación, movimientos de tierras y voladuras en la zona afectada por la D.I.A. acordada cautelarmente le supuso una quiebra del derecho de defensa o de cualquier otro derecho fundamental de la parte, ni se analiza la proporcionalidad de la medida comparando las necesidades de la justicia, la necesidad de proteger el medio ambiente como bien tutelado previniendo la continuidad en la actividad delictiva, y el derecho de defensa o derecho fundamental implicado. La paralización de determinados trabajos, en una zona concreta y período temporal limitado, en la construcción de las instalaciones aeropor-

tuarias de Castellón, ciertamente supone una afectación económica y un retraso en la construcción de una obra declarada de interés general, pero también la protección del medio ambiente y la prevención en la continuación de acciones delictivas desarrolladas contra el mismo se erigen en un fin constitucional legítimo, como es la defensa del orden y prevención y persecución de delitos valorable a la hora de realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de prevenir. Desde la perspectiva expuesta resulta patente que una medida como la acordada, en sus justos términos, no resulta innecesaria para la finalidad a la que va destinada. Consecuentemente, no se ha producido vulneración del principio de proporcionalidad que fundamenta la impugnación, y el motivo que la sostiene debe perecer.

**Sexto.**—Por todo lo expuesto, en atención a las razones anteriormente vertidas procede, con la desestimación del recurso de apelación interpuesto, la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

---

# DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

**CIRCULAR 1/2005, SOBRE APLICACIÓN DE LA  
REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY  
ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE  
(SEGUNDA PARTE)**

[...]

**XIII. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS  
PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 sólo menciona en esta materia “la novedad de excluir, a estos efectos, del conjunto de la pena impuesta o de las penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa”. Sin embargo, la Ley Orgánica mencionada ha modificado los requisitos de la suspensión, tanto en el caso general como cuando el condenado hubiese cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el n.º 2 del artículo 20, ha cambiado las condiciones exigibles para la concesión del beneficio y durante su cumplimiento, y ha alterado el reflejo registral de esta situación.

La amplitud de estos cambios no ha trastocado los rasgos esenciales de la institución. Es importante recordar que, como ya afirmó la STC 209/1993, de 28 de junio, el artículo 80.1 sólo contempla la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y no la de las penas accesorias, por lo que el hecho de que el artículo 80.3 no las mencione cuando declara que la responsabilidad civil derivada del delito o falta no es susceptible de suspensión carece de cualquier trascendencia.

El mantenimiento de los aspectos sustanciales de este beneficio explica que la mayor parte de los pronunciamientos efectuados por la Fiscalía General del Estado sobre el mismo conserven vigencia. Procede especialmente tener presentes los criterios establecidos por la Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, el grueso de los cuales es coincidente con los cambios que la Ley Orgánica 15/2003 ha introducido en esta institución.

**1. Modificación del artículo 80.1: requisitos del supuesto general de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad**

[...]

- a) Modificación del límite temporal de las penas susceptibles de suspensión

El primero de los cambios citados, que hace posible la suspensión de las penas de dos años de duración, ha concordado este artículo con la condición 2.<sup>a</sup> del artículo 81, que menciona idéntico tiempo.

A la vez la reforma, al no haber cambiado el artículo 80.2, que sigue citando las penas de libertad inferiores a dos años al fijar el plazo de suspensión aplicable, ha roto la correspondencia entre los dos primeros apartados del artículo.

Ninguna consecuencia ha de extraerse de esta situación, ya que el beneficio alcanza, en cualquier caso, a las penas de hasta dos años de privación de libertad.

El plazo de suspensión máximo para cualquier pena privativa de libertad, salvo para las leves, es el de cinco años, y los Sres. Fiscales han de interesar del órgano judicial competente que la duración de la suspensión acordada conforme a los artículos 80.1, párrafo 2.º y 81, sea la adecuada atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena, según prescribe el artículo 80.2.

- b) La existencia de otros procedimientos penales contra el reo

El segundo cambio del artículo 80.1 ha supuesto incorporar, junto a la peligrosidad criminal, la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado como criterios que deben ser atendidos fundamentalmente por los jueces o tribunales al resolver motivadamente la concesión o denegación de la suspensión.

Tales situaciones no constituyen un catálogo cerrado, por lo que el órgano judicial competente ha de decidir sobre la suspensión atendiendo fundamentalmente a ellas y, también, a cualquier otro hecho acreditado que resulte relevante.

[...]

Los Fiscales han de pronunciarse en sus informes sobre la concurrencia de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y, también, tienen que manifestarse a favor o en contra del otorgamiento del beneficio, tomando en cuenta para ello, según el artículo 80.1, párrafo 2.º, todos los

datos que resulten relevantes y, entre ellos y fundamentalmente, la peligrosidad criminal y el nuevo criterio legal de existencia de otros procedimientos penales contra la misma persona. Para atender a éste, en primer lugar deben determinar si hay o no tales causas penales y, en caso afirmativo, a continuación es necesario que consideren la trascendencia de este hecho a los efectos de la concesión o denegación de la suspensión de la pena impuesta.

Nos encontramos ante una novedad legislativa que todavía no ha sido suficientemente interpretada. Por ello, para resolver la primera de las dos cuestiones planteadas, y, por tanto, para determinar a partir de qué momento se puede afirmar que un procedimiento existe contra una persona, es necesario acudir a la valoración que los tribunales han hecho de la similar expresión “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” que el artículo 132.2 emplea en la interrupción de la prescripción del delito.

[...]

Aunque dicha jurisprudencia se ciñe a la institución de la prescripción, la identidad sustancial de las expresiones legales de los artículos 80.1, párrafo 2.º y 132.2, permite afirmar que, también a los efectos previstos en el primero de ellos, existe procedimiento penal contra una persona desde que una denuncia o querrela que le identifique suficientemente es asentada en el Registro General del Juzgado, porque desde ese momento hay una actividad penal relevante frente a él.

Efectivamente, y a diferencia del concepto de peligrosidad, que implica por sí mismo la realización de una valoración, la existencia de otros procedimientos penales en contra del condenado es un mero hecho. La modificación del artículo 80.1, párrafo 2.º obliga a tomarlo en cuenta respecto de la concesión o denegación de la suspensión de condena, pero no impone la relevancia que se le haya de atribuir. Por tanto, la mera presentación de una querrela o de una denuncia contra una persona es simplemente un dato que el Fiscal tiene que estimar para decidir si tiene o no importancia en orden a la concesión de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Por tanto, una persona está encausada desde entonces, y sigue estándolo mientras la correspondiente causa judicial se encuentra en cualquier fase de su tramitación, incluida la de ejecución. Todas las posibilidades que ofrece esta situación pueden ser relevantes para la aplicación del nuevo criterio legal, excepto aquellas en las que se haya impuesto condena firme por delito doloso anterior, cuyos antecedentes penales no se encuentren cancelados ni sean susceptibles de cancelación, porque la consecuencia que el artículo 81.1 prevé para tal supuesto es la imposibilidad de conceder el beneficio.

[...]

## **2. Modificación del artículo 81.2.<sup>a</sup>: condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena**

Aunque se trate de aspectos relacionados con el artículo 81.1.<sup>a</sup>, que no ha sido reformado por la Ley Orgánica 15/2003, la necesidad de interpretar el precepto en conjunto hace preciso recordar la vigencia de lo dispuesto en la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 30 de agosto de 1928, según la cual, a los efectos de excluir la posibilidad de concesión de la suspensión, es indiferente que el delito anterior dé o no lugar a la apreciación de la reincidencia; y en la Consulta de la misma Fiscalía de 30 de junio de 1948, en atención a cuyo contenido no se han de tener en cuenta para excluir la concesión de la suspensión de la condena los anteriores delitos que hayan dejado de serlo.

La Ley Orgánica 15/2003 ha cambiado la segunda de las condiciones forzosas de la suspensión de condena.

[...]

La modificación del artículo 81.2.<sup>a</sup> es doble, porque la reforma ha suprimido la exigencia de que las penas cuya duración es susceptible de ser sumada para alcanzar el límite que establece hayan sido impuestas en la misma sentencia, y ha declarado que la pena derivada del impago de la multa no es computable a tal fin.

- a) La supresión de la exigencia de que las penas hayan sido impuestas en la misma sentencia

El texto anterior del artículo 81.2.<sup>a</sup> impedía la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que, impuestas en la misma sentencia, con duración unitaria inferior a dos años, por adición entre ellas, superasen ese límite. Tras la reforma, la misma circunstancia niega la posibilidad de suspender la ejecución de las penas de duración inferior a dos años que, sumadas, superen tal frontera, sin hacer mención a que hayan sido impuestas en la misma sentencia.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al correspondiente anteproyecto de ley afirmó en este aspecto: “El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del artículo 81.2.<sup>a</sup>). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieren sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo”.

Según este criterio, esta reforma suprime el efecto que, respecto de la suspensión, pudiera tener la frecuente circunstancia de que dos grupos de hechos de igual trascendencia jurídica hubieran sido enjuiciados en un caso en el mismo procedimiento y en otro en varios.

Sin embargo, no es posible suscribir esta interpretación. La lectura conjunta de las condiciones exigidas por el artículo 81 demuestra que la determinación de su presencia o ausencia debe ser realizada dentro del marco impuesto por el fallo de una misma sentencia.

Las condenas previas por delitos dolosos producen sus efectos según lo previsto por la primera condición (artículo 81.1.<sup>º</sup>). Las impuestas por delitos imprudentes anteriores son irrelevantes, porque admitir su trascendencia respecto de la segunda condición sería igual que concederles por esta vía el valor que les niega la primera.

Este mismo argumento rechaza la consideración de hipotéticas condenas posteriores. La primera condición exige que el condenado haya delinquirido por primera vez. Negar la posibilidad de conceder el beneficio por suma de condenas posteriores a aquella cuya suspensión se está considerando, hasta superar el límite de dos años, supondría dar aquí trascendencia a lo mismo que es rechazado anteriormente.

Por otra parte, la imprecisión del legislador en cuanto a los límites objetivos o temporales de las posibles condenas computables a estos efectos, y las dificultades prácticas para comprobar en cada caso la concurrencia de este requisito de carácter obstativo, con el riesgo que todo ello entraña para la seguridad jurídica, llevan también a descartar esta interpretación y a abogar por aquella que circunscribe a un mismo proceso el límite temporal establecido.

En consecuencia, la supresión de la expresión *en una misma sentencia* supone una mejoría técnica del texto legal, que elimina una redundancia, pero que no extrae el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la sentencia en la que fueron impuestas, y los Sres. Fiscales continuarán efectuando ese cómputo dentro de ese margen.

Esta conclusión, no obstante, deja plenamente vigente la posibilidad de valorar facultativamente las restantes condenas posteriores para denegar, en su caso, la suspensión por aplicación de lo dispuesto en el artículo 80.1, antes comentado.

- b) La exclusión de la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión

La segunda modificación del artículo 81.2.<sup>a</sup> ha excluido la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o

penas susceptible de suspensión. El objeto del artículo 81.2.<sup>a</sup> no es identificar las penas que pueden ser suspendidas, cuestión que trata el artículo 80, sino establecer las reglas para su cálculo, por lo que tras este cambio la ejecución de la responsabilidad impuesta por el impago de la multa sigue siendo susceptible de suspensión.

También en este aspecto continúan vigentes los criterios establecidos en la Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, según la cual “no se tendrá en consideración la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa a efectos de fijar el cómputo punitivo que ha de ser comparado con el límite de dos años de privación de libertad establecido en el artículo 81.2.<sup>a</sup> del CP”.

### **3. Modificación del artículo 82 y del artículo 85: el sistema de constancia registral de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad**

[...]

Las modificaciones experimentadas por el artículo 82 y por el artículo 85 suponen la desaparición del régimen especial que la redacción original del Código Penal de 1995 estableció para la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas cuya ejecución hubiese sido suspendida.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas se somete al régimen general. En consecuencia, los antecedentes penales constan con independencia de la suspensión y su cancelación atiende el cómputo de los plazos establecido en el artículo 136, mientras que antes de la reforma tales condenas sólo constaban en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecían.

Los efectos de la regulación derogada, especialmente en relación con la pena de multa, eran difíciles de asumir, ya que la observancia de la sanción producía la inscripción de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, mientras que su incumplimiento con posterior suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal llevaba la inscripción de la condena a la Sección especial del Registro y, en caso de remisión, producía su cancelación directa, sin que tal antecedente pudiera ser tenido en cuenta a ningún efecto. En definitiva, colocaba en peor situación a quien pagaba la multa frente a quien no la afrontaba.

#### **4. Reforma del artículo 83.1: las reglas de conducta en relación con los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2**

[...]

La Ley Orgánica 15/2003 ha mejorado técnicamente la redacción del artículo 83.1, párrafo 1.º al restablecer la numeración correlativa de las reglas que contiene, pero su verdadera importancia se encuentra en la introducción de un nuevo segundo párrafo, según el cual en los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 resulta preceptivo condicionar la concesión de la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª del apartado.

La aplicación práctica de esta norma puede presentar problemas, porque en los mismos delitos el artículo 57 prevé la imposición, obligatoria en unos casos y facultativa en otros, de las penas accesorias del artículo 48, que no son susceptibles de suspensión, y cuyo contenido y duración no coincide necesariamente con el de las obligaciones o deberes (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos), cuya exigencia establece el artículo 83.1, párrafo 2.º, si en estos supuestos se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

En efecto, el artículo 57.2, en los delitos mencionados en el artículo 57.1, párrafo 1.º, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CP, obliga a imponer la pena accesoria prevista en el artículo 48.2 (prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, cuyo contenido es establecido en el propio precepto), por un tiempo cuya duración mínima no fija y por un máximo de diez años para los delitos graves o de cinco para los menos graves.

En los mismos casos, si la pena principal impuesta fuera de prisión, el artículo 57.1 permite imponer las accesorias previstas en el artículo 48.1 y 3 (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, y prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, con contenido en ambos casos también descrito en el propio precepto), por un tiempo superior entre uno y diez años al de la prisión, en caso de delito grave, y entre uno y cinco si el delito fuera menos grave, e impone un período mínimo de duración para la pena accesoria de carácter obligatorio del artículo 48.2.

Por el contrario, el artículo 83 no describe el contenido de las obligaciones o deberes que regula, que, es preciso recordarlo, no son penas sino reglas de conducta.

A la par, la duración de las penas accesorias mencionadas será la fijada en el fallo de la sentencia condenatoria, dentro de los límites establecidos en el

artículo 48, mientras que la de las correspondientes obligaciones o deberes será la del plazo de suspensión dispuesto, normalmente, en el auto de concesión del beneficio, en el marco del artículo 80.2.

La coincidencia de ambas consecuencias jurídicas no generará problemas durante su ejecución simultánea. Dado que las penas no privativas de libertad no son susceptibles de suspensión, se iniciará la ejecución de las accesorias. Al mismo tiempo, el condenado cumplirá las prohibiciones u obligaciones impuestas en virtud de la suspensión.

Sin embargo, la mencionada ausencia de una descripción legal del contenido de las obligaciones o deberes impuestos por la suspensión puede crear problemas cuando su duración sea superior a la de las penas accesorias aplicadas.

Piénsese, a título de ejemplo, en una persona a quien por la comisión del delito del artículo 153 se imponga una pena de prisión de tres meses, con las accesorias del artículo 48.1 y 2 por un año más (artículo 57.1, párrafo 2.º y 2), y a quien después se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad por dos años (artículo 80.2), y que, en consecuencia, tenga que cumplir las dos primeras medidas del artículo 83.1 durante ese mismo período.

En tal situación, una vez cumplidas íntegramente las penas accesorias, puede plantearse el interrogante de si en ese momento siguen vigentes las prohibiciones con igual contenido que el que les fue fijado como pena accesoria, o si al subsistir únicamente como reglas de conducta varía el alcance y sentido de las mismas.

La trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de los artículos 153 y 173.2, la necesidad de asegurar la protección de sus titulares, y la adecuación de estos dos rasgos con la naturaleza y fines de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad obligan a establecer criterios dirigidos a disminuir los posibles casos conflictivos.

Ya que el origen de los problemas aludidos es una doble falta de correspondencia de contenido y duración, su prevención ha de partir de la disminución de tales diferencias.

La necesidad de atender a las características de cada hecho y de cada autor desaconseja el establecimiento de criterios generales que puedan incidir en la última fase de individualización de la pena o en el plazo de concesión de suspensión, por lo que la línea de actuación más eficaz se encuentra en el terreno de la armonización de contenidos.

Con la finalidad de evitar las faltas de correspondencia mencionadas, en todo caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de los hechos sancionados en los artículos 153 o 173.2, los Sres. Fiscales interesarán en sus informes que, si el plazo de suspensión es superior a la duración de las penas accesorias impuestas conforme a los artículos 57 y 48, la resolución judicial correspondiente exprese el contenido de las

reglas previstas en el artículo 83.1, 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, en sentido concordante con el establecido en el artículo 48 para las correspondientes penas accesorias.

El artículo 33 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE n.º 313, de 29 de diciembre, ha redactado el que identifica como párrafo segundo del apartado 1, 6.<sup>a</sup> del artículo 83 del CP del siguiente modo: “Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de este apartado”.

La vigencia de esta reforma dará lugar, de un lado, a la modificación del presupuesto que hace necesaria la imposición de las obligaciones o deberes previstos en las tres reglas que menciona el precepto, que, de estar constituido por los delitos de los artículos 153 y 173.2, pasarán a ser los delitos relacionados con la violencia de género, concepto este que define el artículo 1.3 de la propia Ley Orgánica 1/2004, y, de otro, a la ampliación del elenco de tales reglas, al añadirse la quinta a las dos primeras.

## **5. La revocación de la suspensión y de la remisión de la pena: artículos 84 y 85**

[...]

### **a) La revocación de la suspensión**

El nuevo artículo 84.3, añadido al texto del CP por la Ley Orgánica 15/2003, impone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los artículos 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del artículo 83.1, 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>.

El efecto previsto por la ley equipara el tratamiento de esta situación con el de la infracción de la obligación de no volver a delinquir, por lo que ambas se constituyen en obligaciones esenciales frente a las demás contempladas en el artículo 83, cuyo incumplimiento sólo permite revocar la suspensión cuando fuera reiterado.

El artículo 84.3 no prevé la tramitación que el órgano judicial haya de seguir para acordar la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de las obligaciones o deberes a los que se refiere. El respeto del derecho de defensa y la identidad de la consecuencia prevista en este apartado con la última del número anterior [artículo 84.2.c)], obliga a exigir en ambos casos idénticos requisitos, concretados en la concesión de audiencia de las partes y decisión mediante auto.

En ocasiones el suspenso infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los artículos 153 y 173.2. Cuando así ocurre también suele presentarse la paradójica situación de tener que aplicar el artículo 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la ley prevé estas consecuencias. El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a los Fiscales a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos.

En estos casos, los Sres. Fiscales, cumpliendo su misión constitucional de defender la legalidad, deben promover la observancia del artículo 84.3, y, por tanto, han de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída.

Cuando se produzca la situación a la que nos venimos refiriendo, los Sres. Fiscales valorarán con la máxima prudencia si las circunstancias del caso obligan a tomar en cuenta los argumentos expuestos por la víctima en contra de la ejecución de la pena. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el artículo 84.3 deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1870 y proponer el indulto de la misma, y, con base en el artículo 4.4 del CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.

El artículo 34 de la Ley Orgánica 1/2004 ha dado al artículo 84.3 del CP la siguiente redacción: “En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”. Las observaciones realizadas supra al considerar la modificación del artículo 83.1 del CP por la misma Ley Orgánica, en cuanto al concepto de los delitos relacionados con la violencia de género, el período de *vacatio legis* de la reforma, la modificación del presupuesto de aplicación del precepto y la ampliación del elenco de reglas, deben tenerse por reproducidas en este lugar.

#### b) La revocación de la remisión

Los artículos 84 y 85 siguen sin declarar expresamente si procede ejecutar la pena suspendida, previa revocación de la suspensión y de la remisión, cuando, después de concedida ésta, se tenga conocimiento de que, durante el plazo

del beneficio, el condenado volvió a delinquir o, en su caso, incumplió las reglas de conducta impuestas.

Esta duda nació cuando el Código Penal de 1995 derogó la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre condena condicional, sin introducir ningún precepto análogo a su artículo 14, que disponía el cumplimiento de la pena suspendida cuando el reo fuese condenado después del plazo de suspensión por hecho cometido dentro del mismo, salvo el caso de prescripción.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1995 la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido manteniendo que se debe ejecutar la pena suspendida, ya que el auto de remisión de la misma se encuentra sometido a la previa condición resolutoria de no haber delinquido durante el período de suspensión, por lo que sus efectos jurídicos perviven en tanto no se produzca la misma. La misma doctrina afirma que, en tal situación, la dicción imperativa de los artículos 84 y 85 da lugar a la ejecución de la pena suspendida y remitida, porque en el artículo 84.1 ordena proceder a la ejecución de la pena, sin exceptuar de este mandato los casos en los que se hubiera dictado auto de remisión.

Esta conclusión se ve reforzada, de un lado, porque la ausencia en el ordenamiento vigente de un precepto paralelo al artículo 14 de la derogada Ley de 1908 no ha de interpretarse como un cambio de criterio legislativo sino sólo como la constatación de la imposibilidad de recoger en el Código Penal toda la tramitación procesal de la institución; y, de otro, porque esta solución evita el efecto criminógeno que produciría en otro caso la cercanía del fin del plazo de suspensión.

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal a las ya existentes. El nuevo motivo, contenido en el artículo 130, 3.º, declara que la responsabilidad criminal se extingue “por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código”, y obliga a decidir si tiene alguna trascendencia sobre la situación previa.

La respuesta ha de ser negativa porque el reenvío que realiza el art 130.3.º liga directamente la desaparición del *ius puniendi* con la remisión pero, también, con su presupuesto fáctico: que el sujeto no hubiese delinquido y que, en su caso, hubiera cumplido las reglas de conducta impuestas, por lo que, de no producirse esta situación, no procede la extinción.

Por ese motivo la comisión de un delito o la infracción de una regla de conducta durante el plazo de suspensión ha de dar lugar a la revocación del beneficio, incluso aunque se hubiera acordado la remisión y la extinción de la responsabilidad criminal, dejando a salvo la posibilidad de que ésta se hubiese extinguido por la concurrencia de cualquiera otra de las causas previstas en el artículo 130 del Código.

En definitiva, y pese a hacer referencia a las normas aplicables antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, cabe afirmar la vigencia de la doctrina establecida en la Consulta 3/1983, de 22 de abril, ratificada por la Consulta 1/1995, de 16 de febrero, ambas de la Fiscalía General del Estado, según la cual la suspensión concedida no se puede revocar por la comisión de delitos anteriores al acto de concesión, con independencia del momento en el que hubieran sido sentenciados, y la revocación de su concesión procede si los hechos delictivos se cometieron durante el plazo de suspensión, siendo intrascendente que la correspondiente sentencia fuera dictada después de su finalización.

Por tales razones, cuando tras la remisión de la pena se descubra que durante el plazo de suspensión se cometió un delito o se infringieron las reglas de conducta impuestas, en este caso en las circunstancias previstas para producir el efecto revocatorio, los Sres. Fiscales continuarán interesando de los órganos judiciales la revocación de la declaración de extinción de la responsabilidad criminal, de la remisión y de la propia suspensión, y la ejecución de la pena impuesta.

Por los mismos motivos los Sres. Fiscales no se opondrán a que, una vez transcurrido el plazo de suspensión, y, no constando en la correspondiente hoja histórico-penal la comisión de nuevos delitos, ni tampoco, en su caso, la infracción de las reglas de conducta impuestas, se acuerde la extinción de la responsabilidad criminal, pero harán constar expresamente en sus informes que tal declaración se encuentra condicionada a lo dispuesto en el artículo 85.2 del CP, y se opondrán a los intentos de automatizar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal sin la previa realización de las correspondientes comprobaciones.

**6. Reforma del artículo 87.1 y 87.4: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias del artículo 20.2**

[...]

En el artículo 87.1 la Ley Orgánica 15/2003 ha elevado a cinco años el límite máximo de las penas privativas de libertad cuya suspensión cabe según lo previsto en este artículo, ha suprimido el impedimento consistente en la habitualidad del reo y ha establecido un informe preceptivo del médico forense sobre las condiciones cuyo cumplimiento exige para la concesión de la suspensión. En el artículo 87.4 la reforma ha establecido una periodicidad mínima anual para la emisión de los informes que han de presentar los centros o servicios en los que el condenado reciba deshabitación.

[...]

#### XIV. LAS MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ARTÍCULOS 88 Y 94

Como consecuencia de la desaparición de la pena de arrestos de fin de semana, tras la reforma, el artículo 88.1, párrafo 1.º permite sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, expresa el módulo para su conversión, y contempla la posibilidad de imponer la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, cuando no hubieran sido impuestos como penas, sin que su duración pueda exceder de la de la pena sustituida.

También a causa de la supresión de los arrestos de fin de semana el artículo 88.1, párrafo 2.º regula la sustitución de las penas de prisión superiores a un año e inferiores a dos por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

El nuevo párrafo 3.º contiene una excepción a lo previsto en los dos anteriores pues, cuando la condena hubiera sido impuesta por el delito del artículo 173.2, sólo será posible sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo imponerse necesariamente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las obligaciones o deberes del artículo 83.1, 1.ª y 2.ª.

[...]

##### **1. La sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años**

El artículo 88.1, párrafo 2.º permite excepcionalmente sustituir la pena de prisión que contempla, además de por multa, por multa y por trabajos en beneficio de la comunidad. Esta segunda opción plantea el interrogante de si es posible sustituir toda la prisión impuesta por la misma cantidad de días de trabajo en beneficio de la comunidad y, además, por la doble cantidad de días multa, o si, por el contrario, los días de prisión convertidos en días de trabajos en beneficio de la comunidad no podrán ser computados para su sustitución por multa y viceversa.

La preferencia por esta segunda posibilidad resulta obvia si se repara en que el párrafo 2.º se remite al anterior que expresamente afirma “sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo”, por lo que los días convertidos en una de las penas sustitutivas aplicables no podrán ser tenidos en cuenta para su conversión en la otra.

Los Sres. Fiscales deben tener presentes los criterios establecidos en el apartado V.2 de la Circular 2/2004, respecto de la duración máxima de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años. En tal caso, para evitar la imposición de un número de

jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera tener un efecto desocializador, será necesario respetar el límite máximo de un año establecido en el artículo 40.4, y sustituir por multa el resto de pena no sustituida por dichos trabajos.

## **2. La imposición de reglas de conducta**

Con notorio paralelismo a lo previsto para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, las reglas de sustitución en ciertos casos permiten, y en otros obligan, a la imposición de reglas de conducta previstas en el artículo 83 del CP. Tal situación genera ciertas dudas que deben ser afrontadas.

El artículo 88.1, párrafo 2.º no prevé expresamente la posibilidad de imponer las obligaciones o deberes del artículo 83 en los casos de sustitución de penas de prisión de hasta dos años de duración. La remisión de su inciso final a los requisitos, términos y módulos previstos en el párrafo anterior no parece constituir una base suficiente para proclamar la aplicabilidad analógica del mismo a este caso. No obstante ello, la interpretación conjunta de ambos párrafos permite concluir que, cuando se sustituya una pena de prisión superior a un año e inferior a dos, también será posible imponer las reglas de conducta previstas en el artículo 83.1, porque carecería de sentido poder aplicarlas a un supuesto de menor gravedad y no a uno de mayor entidad, especialmente cuando en ambos casos la única pena sustitutiva puede ser la de multa.

El supuesto previsto en el artículo 88.1, párrafo 3.º dará lugar a una situación sustancialmente idéntica a la causada por la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por la comisión de los delitos de los artículos 153 y 173.2, ya que la sustitución de la pena privativa de libertad tampoco afecta a la ejecución de las accesorias impuestas. En ambos casos concurrirán accesorias y reglas de conducta en la manera descrita al examinar la suspensión de la condena.

La coincidencia de las dos situaciones, con superposición en ambas de penas accesorias y de obligaciones o deberes de diferente duración, obliga a remitirse a lo expuesto extensamente respecto de la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos.

El artículo 35 de la Ley Orgánica 1/2004 ha dado al artículo 88.1, párrafo 3.º del CP la siguiente redacción: “En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código”. La modificación entrará en vigor en la misma fecha que las realizadas por la misma Ley Orgánica en el texto de los artículos 83.1 y 84.3, a las que se ha hecho referencia *supra* y su alcance se

agota en el cambio del presupuesto al que hace mención el precepto, tal y como se expuso al comentar la reforma del primero de los artículos modificados, cuyas observaciones en relación con la definición de los delitos relacionados con la violencia de género son igualmente reproducibles en este momento.

### **3. La infracción de las reglas de conducta**

El artículo 88 no establece ninguna consecuencia jurídica para la infracción de las reglas de comportamiento del artículo 83.1 cuando éstas hayan sido impuestas en virtud de lo previsto en él y, por tanto, no estén siendo ejecutadas penas accesorias de igual contenido. El régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes que hayan sido impuestas como penas en las sentencia, lo que implica una naturaleza diferente, y, en segundo término, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no resultan utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe la regla de conversión del apartado siguiente.

A pesar de ser una consecuencia profundamente insatisfactoria, no parece posible que los Sres. Fiscales asuman ninguna iniciativa cuando se constate el incumplimiento en este ámbito de las reglas de conducta impuestas.

### **4. Los programas de reeducación y tratamiento psicológico**

El artículo 88.1, párrafo 3.º carece de referencias tanto respecto de los caracteres de los programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico a los que hace mención como de la acreditación que se pueda exigir a las personas o entidades llamadas a desarrollarlos. Los Sres. Fiscales, ante tal ausencia, valorarán prudencialmente la posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas.

### **5. El concepto de reo habitual**

[...]

Como consecuencia de la reforma del artículo 94 la aplicación del concepto de reo habitual ha quedado restringida a la sección segunda del capítulo, que contiene los artículos 88 y 89. La nueva redacción incluye un nuevo párrafo 2.º que regula el cómputo del plazo de cinco años.

En realidad la remisión a la sección segunda del capítulo afecta, única y exclusivamente, al artículo 88.1, párrafos 1.º y 2.º, porque ambos excluyen la posibilidad de sustituir la pena a los reos habituales.

Dentro del segundo párrafo ha de entenderse que la mención de la posible suspensión carece de función, al haber desaparecido la trascendencia que tenía la habitualidad en la denegación de la suspensión de la pena prevista en el artículo 87.

Debe considerarse como únicamente subsistente la referencia a la posible sustitución, que no se podrá conceder cuando en el plazo de cinco años anteriores al momento de la firmeza de la sentencia cuyo contenido sancionador se pretende sustituir conste acreditada la comisión de al menos tres delitos del mismo capítulo, sentenciados en firme.

En aplicación de este precepto los Sres. Fiscales se opondrán a la sustitución de la pena en un procedimiento cuando en el plazo de cinco años anteriores conste la comisión y la condena por otros dos delitos comprendidos en el mismo capítulo que el delito objeto de la causa en cuestión, ya que éste será precisamente el tercero.

#### XV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92: EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EXTRAORDINARIA

La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 ha supuesto la adición de dos nuevos apartados al artículo 92, cuyo contenido, aunque principalmente referido al procedimiento aplicable a la tramitación de la posibilidad de conceder la libertad condicional a internos de más de setenta años de edad o aquejados por enfermedades muy graves con padecimientos incurables, también presenta un relevante aspecto material.

[...]

La tramitación prevista en los apartados 2 y 3 del artículo es concordante con la establecida en el artículo 196 del RD 190/1996, de 9 de febrero, de Reglamento Penitenciario.

Ya antes de la reforma el carácter facultativo de la concesión de la libertad condicional en estos casos quedaba establecido por la última frase del primer párrafo del precepto, según el cual: “..., podrán obtener la concesión de la libertad condicional”. Los requisitos introducidos por la Ley Orgánica 15/2003 al regular los trámites de dicha concesión refuerzan la exclusión de una concesión automática de la libertad condicional en estos casos.

El nuevo apartado 2 introduce la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto como criterios que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de

considerar, junto con las circunstancias personales y entre ellas las del primer apartado, para resolver el expediente de libertad condicional. Por esta razón será preciso constatar que, junto con la edad o con la enfermedad, estos u otros motivos han dado lugar a una situación de limitación de la potencialidad delictiva del sujeto.

La misma valoración de las circunstancias personales del sujeto, de su dificultad para delinquir y de su escasa peligrosidad, debe ser realizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo requerimiento al centro penitenciario del informe de pronóstico final, en los casos del apartado 3, en los que la edad o la enfermedad produzcan patente peligro para la vida del interno, situación que debe quedar acreditada por sendos dictámenes del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento en el que se encuentre ingresado y que, en su caso, previa la progresión a tercer grado si el interno no se encontrase clasificado en él, dará lugar a la posibilidad de autorizar la libertad condicional.

La adecuada consideración del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 92 requiere que los Sres. Fiscales tengan presente, por ser de completa aplicación a los establecidos tras la reforma, lo manifestado respecto del supuesto del artículo 92.1, párrafo 2.º, por la STC 48/1996, de 25 de marzo, según la cual: “La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva no pietatis causa sino por criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa”.

## XVI. LA REFORMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

### **1. La modificación de las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad. artículos 95 a 100**

[...]

- a) La duración máxima de las medidas de seguridad no privativas de libertad

Sin perjuicio de dejar constancia de que el establecimiento de un catálogo de medidas supone una mejoría técnica, al suprimir la necesidad de remitirse a

otro precepto, hay que destacar que el artículo 96.3 no establece la duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad que regula.

Los límites temporales que impone el artículo 105 a la duración de las medidas de dicha naturaleza sólo rigen cuando sean aplicadas conjuntamente con otras privativas de libertad. Por tanto el Código no condiciona, al menos expresamente, la duración de las medidas no privativas de libertad impuestas autónomamente.

Esta situación obliga a decidir si, en tales ocasiones, estas consecuencias jurídicas están sometidas a los límites previstos en el artículo 105, si les resultan aplicables otros marcos temporales o, por último, si están exentas de referencias de esa clase, ya que, dejando de lado el supuesto del artículo 96.3.2.<sup>a</sup>, en el que la medida se agota en la propia expulsión, sin perjuicio del período de prohibición de regresar a España (artículo 108.2 del CP), en los demás casos cabe la posibilidad de establecerles una duración.

El artículo 6.2 prohíbe la existencia de medidas de seguridad de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido cuando afirma que “Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. En aplicación de este precepto el plazo de las medidas de seguridad del artículo 96.3 en ningún caso podrá ser mayor que el previsto para la pena de igual contenido.

Este artículo ha sido interpretado de manera coincidente por la Fiscalía General del Estado, fundamentalmente en la Consulta 5/1997, de 24 de febrero, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en pronunciamientos relativos a la medida de internamiento, pero cuyos criterios resultan perfectamente generalizables.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, establecida, entre otras, en la STS 1176/2003, de 12 de septiembre y en la STS 2107/2001, de 12 de noviembre, la sentencia, absolutoria respecto de la pena, tiene que establecer el límite máximo de la medida de seguridad, especialmente cuando ésta consista en privación de libertad. Tal límite máximo lo constituye, a tenor del artículo 6.2, el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad considerada en abstracto. Pena considerada en abstracto es la resultante de la aplicación de las reglas legales de determinación de la pena y no la que en el caso concreto hubiera sido impuesta de no haberse apreciado la concurrencia de una circunstancia eximente, completa o incompleta.

A este respecto la primera de las dos resoluciones mencionadas afirmó: “A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 1995, ahora bajo la vigencia de este último código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente, cuando ésta consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho código en su artículo 101.1, que también nos dice el criterio para

tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el artículo 6.2 del mismo CP 1995 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la Consulta número 5/1997, de 24 de febrero”.

Esta referencia a la “pena abstractamente aplicable al hecho cometido”, como literalmente se dice en ese artículo 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (artículos 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (artículo 120.3 de la Constitución Española), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena que se ha de aplicar considerada en abstracto.

La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad.

Como se ha dicho, esta interpretación es coincidente con la realizada por la mencionada Consulta 5/1997 de la Fiscalía General del Estado, que, respecto del artículo 6 del CP, afirmó: “Como puede observarse, el precepto transcrito —cuya inclusión sistemática en el Título Preliminar le confiere un singular valor interpretativo— despeja las incertidumbres que puedan militar en favor de las distintas argumentaciones, pues ahí no se distingue entre unas u otras medidas de seguridad, ni del carácter completo o incompleto de la eximente que provoque su aplicación. Se impone un límite y éste viene predefinido en el tipo, con independencia de cualquier tentación individualizadora que, por efecto de la inimputabilidad —plena o semiplena— carece de justificación”.

Por tanto los Sres. Fiscales, en todos los supuestos en los que se acuerde la imposición autónoma de una o más de las medidas de seguridad contempladas en el artículo 96.3, sin perjuicio de las ocasiones en las que las circunstancias del hecho y de la persona aconsejen la fijación de límites temporales inferiores, consignarán en sus informes la necesidad de establecer como duración máxima de la medida impuesta la resultante de la aplicación del artículo 6.2 en la interpretación que del mismo realizan la Fiscalía General del Estado y la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

b) Las facultades de control del juez o tribunal sentenciador

Tras la reforma del primer párrafo del artículo 97 las facultades de control del juez o tribunal sentenciador sobre las medidas de seguridad impuestas durante la ejecución de la sentencia han perdido su naturaleza facultativa y han pasado a tener carácter necesario. Además, las tres posibilidades que contemplaba el párrafo han sido completadas mediante la adición de una nueva, consistente en el mantenimiento de la ejecución de la medida impuesta. Éstas han sido las únicas modificaciones con verdadero alcance, toda vez que el nuevo final del apartado c), en el que se ha expresado que, si acordada la sustitución, la evolución del sujeto bajo la nueva situación fuese desfavorable, procederá dejar sin efecto la nueva medida y volver a aplicar la sustituida, debe ser considerado una mejoría técnica.

Los Sres. Fiscales tomarán en consideración que, bajo el nuevo régimen, el juez o tribunal sentenciador se encuentra obligado a dictar al menos una vez al año, a instancia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un auto con alguno de los contenidos previstos en las letras a) a d) del párrafo primero del artículo 97, por lo que interesarán de dichos órganos que lo hagan así, sin que tras la reforma pueda entenderse correcto el mantenimiento de la previa situación sin la existencia de la mencionada resolución.

c) La deducción de testimonio por quebrantamiento

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado el artículo 100 y ha impuesto al juez o tribunal la deducción de testimonio por el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, previsión que antes sólo se establecía respecto de las de internamiento:

[...]

Con ello se ha adecuado la redacción del artículo 100 con la del artículo 468, cuyo ámbito afecta a la infracción de cualquier clase de medida de seguridad.

Por otra parte, el actual texto del artículo omite la mención que previamente realizaba al artículo 104. Esta remisión restringía los casos en los que había de deducirse testimonio a aquellos en los que la medida de seguridad hubiera sido impuesta tras la apreciación de una eximente incompleta y no contemplaba dicha actuación cuando se hubiese apreciado una plena exención de responsabilidad criminal por concurrir alguno de los supuestos de los tres primeros números del artículo 20.

La actual redacción del artículo impone la deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida, tanto privativa como no privativa de libertad,

sin atender al carácter completo o incompleto de la circunstancia eximente que dio lugar a su imposición. Ha de ser en el ulterior procedimiento tramitado por el quebrantamiento donde se valore si en el momento de realización de este hecho resultaba apreciable alguna alteración de la capacidad de culpabilidad de la persona.

Por estos motivos los Sres. Fiscales, producido el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, interesarán del juez o tribunal la correspondiente deducción de testimonio y, atendiendo a las posibilidades de reingreso o sustitución que ofrecen los dos primeros apartados del artículo, interesarán igualmente, previa la aportación a la ejecutoria de los informes que puedan resultar pertinentes, el mantenimiento o la modificación de la medida infringida en los términos previstos en el precepto.

## **2. La modificación de las reglas de aplicación de las medidas de seguridad: artículos 104.2 y 105**

- a) La comunicación de la proximidad del vencimiento de una medida de internamiento

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido un apartado 2 al artículo 104, cuyo texto es:

“Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”.

Según la mencionada disposición adicional “cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los núms. 1.º y 3.º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

El artículo 104.2 es subsidiario respecto de esta disposición, ya que sólo será aplicable cuando no se haya acordado la declaración de incapacidad o el internamiento conforme a lo previsto en ella y, por tal motivo, proceda iniciar los trámites pertinentes a tal fin al aproximarse la fecha de finalización de la medida de internamiento.

La correspondencia entre el nuevo precepto, que incluye los casos de aplicación de los artículos 20.1, 20.2, 20.3 y 21.1, éste en relación a los anteriores, y la disposición adicional a la que se remite, que sólo cita el artículo 20.1 y el

20.3, no es completa. Tal falta de concordancia es intrascendente. La nueva previsión es consecuencia de la necesidad de evitar que, al vencimiento de una medida de internamiento impuesta por la apreciación de situaciones que pudieran implicar la falta de capacidad de una persona para gobernarse a sí misma, quede ésta ayuna de la asistencia que pudiera precisar, y su finalidad es posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal en tales casos.

El cumplimiento de este precepto por los integrantes del Ministerio Fiscal no obsta al del resto de sus obligaciones frente a las personas que pudieran estar afectadas por alguna clase de discapacidad, y, señaladamente, la observancia de las que les impone la disposición adicional primera del Código, para determinar la procedencia de instar la declaración de su incapacidad, conforme al artículo 757 de la LEC o, en su caso, su internamiento, conforme al artículo 763 de la LEC.

Para atender a la nueva previsión legal, los Sres. Fiscales, en el caso de que la declaración de incapacidad o el internamiento no hubiesen sido acordados con anterioridad según lo previsto en la disposición adicional primera del CP, interesarán en sus informes relativos al establecimiento o ejecución de la medida de internamiento que, próximo el vencimiento de la misma y con la suficiente antelación, les sea conferido por el juez o tribunal sentenciador el traslado previsto en el artículo 104.2, a los efectos ya mencionados.

b) Las nuevas medidas de seguridad del artículo 105

[...]

Las modificaciones en el artículo 105 han cambiado su párrafo inicial, refiriéndolo en su contenido a los supuestos de concurrencia de medidas privativas de libertad y de no privativas de libertad. Además, como novedad, permiten imponer la prohibición de acudir a espectáculos deportivos o culturales o la de visitar establecimientos de juego, contemplan la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y han dado carácter necesario y no vinculante a los informes de los encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

La modificación del artículo 105.1.d), que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96.3, 5.ª, extiende a territorios y a espectáculos deportivos o culturales la previamente existente prohibición de acudir a determinados lugares, y que amplía a los de juego la de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, pone de relieve las dificultades que puede presentar el control del cumplimiento de las previsiones que realiza.

La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios difícilmente se explicará por características propias de éstos y, con mayor probabilidad, habrá de justificarse en razón de las personas relacionadas con ellos, lo que,

junto con las características de determinación que exige el precepto, podrá facilitar el control necesario.

Sin embargo, cuando se trate de la prohibición de acudir a determinados espectáculos deportivos o culturales o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, la situación es diferente. Si el control del acceso a estos últimos es factible al existir una normativa administrativa aplicable, en los demás casos parece cuestionable la posibilidad de controlar el cumplimiento de la medida sin acudir a otra no prevista, como es la de imponer a la persona la obligación de permanecer en su domicilio o de acudir a determinados lugares, ya que obviamente no es viable intentar convertir a los responsables de los espectáculos o lugares mencionados en obligados colaboradores de la autoridad judicial.

En atención a tales dificultades, los Sres. Fiscales, cuando resulte pertinente la imposición de alguna de las prohibiciones mencionadas, prestarán especial atención a las características de determinación que exige el artículo 105.1.d) respecto de los lugares, territorios o espectáculos a los que se refiera la decisión judicial, e interesarán del juez o tribunal que acuerde lo necesario para que las fuerzas policiales controlen, con el alcance que resulte posible en función de las circunstancias concurrentes (entre las que se puede citar el tamaño de la localidad, la clase de espectáculo, el aforo del local, la existencia de sistemas técnicos de control de acceso o el conocimiento personal del obligado por parte de los agentes policiales), el cumplimiento de la medida impuesta y, respecto de los establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, atendidas las circunstancias de cada caso, propondrán las actuaciones que puedan resultar eficaces para lograr el mayor control del cumplimiento de la medida acordada.

## XVII. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: ARTÍCULOS 127 Y 129

### 1. El comiso

[...]

Las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 127 han consistido básicamente en la ampliación de los objetos susceptibles de comiso mediante: la adición de los bienes y los medios al concepto de instrumentos; la extensión de esta consecuencia a los objetos que hayan servido para preparar el delito o falta dolosos y a las ganancias provenientes de las faltas; la introducción del comiso de valor equivalente y del comiso en situaciones de exención o extinción de la responsabilidad criminal, en este último caso si se acreditase la situación patrimonial ilícita; y la modificación de las reglas sobre el destino de los bienes decomisados.

El texto actual del Código Penal sigue exigiendo la existencia de una relación entre el comiso y la infracción penal de la que es consecuencia accesoria. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 tal relación era de accesoriadad máxima porque la ley condicionaba el comiso a la imposición de una pena, lo que exigía que la trasgresión de referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. En el momento presente, para acordar el comiso, la acción tiene que ser típica y antijurídica.

Las innovaciones experimentadas por el artículo 127 hacen preciso que los Sres. Fiscales tengan presente en todo momento que dicho artículo y el siguiente, por su ubicación en el Libro I del CP, tienen carácter general y que, por ello, son también de aplicación a los supuestos de comiso previstos en la parte especial del Código (artículos 374, 385 y 431) y en las leyes especiales (artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de especialidad si existiese contradicción entre unas y otras.

La naturaleza del comiso como consecuencia accesoria determina la plena vigencia del principio acusatorio en su regulación y su sometimiento al principio de contradicción, lo que hace imprescindible que su imposición sea solicitada expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente.

Por tal motivo los Sres. Fiscales identificarán específicamente en sus escritos de calificación los objetos o cantidades cuyo comiso interesen e, igualmente, citarán concretamente las normas que resulten aplicables, debiendo sentar en el primer apartado de sus escritos de calificación o acusación las bases fácticas de su aplicación, adaptadas a las nuevas modalidades y supuestos introducidos tras la reforma.

Las nuevas modificaciones hacen preciso que los Sres. Fiscales velen por la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de comiso, incluidas aquellas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida. Por tal motivo los Sres. Fiscales cuando, durante la fase de instrucción del correspondiente procedimiento, deban interesar la adopción de la medida cautelar de depósito de los efectos e instrumentos del delito, interesarán igualmente la notificación de la misma a los titulares de tales bienes, para que puedan intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses y, en su caso, puedan formular las alegaciones que resulten procedentes, como consecuencia de la aplicación analógica de los artículos 615 y ss. de la LECr.

El artículo 127 disciplina el comiso de los efectos provenientes de delito o falta y de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado uno u otra, junto con el de las ganancias provenientes de ellos, a pesar de que es común el acuerdo de que se trata de dos figuras diferentes de comiso.

Las siguientes observaciones serán agrupadas según el apartado del artículo al que hagan referencia, con independencia de la clase de comiso al que afecten.

a) La reforma del artículo 127.1

Carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de “bienes” y “medios” al de “instrumentos” en el artículo 127.1. Sin perjuicio de que, como afirma la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, la finalidad de toda la reforma de la institución haya sido “evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes”, la nueva expresión no supone un cambio real.

El apartado 1 ha establecido expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta dolosos. Esta modificación, no habiendo duda de que los delitos consumados daban lugar al comiso de los instrumentos con los que hubieran sido ejecutados, pone punto final al debate sobre la posibilidad de confiscar los instrumentos con los que se hubiera preparado la infracción.

La reforma plantea, no obstante, la necesidad de pronunciarse acerca del sentido lógico-natural o técnico-jurídico en el que el legislador ha empleado en el artículo 127.1 el concepto de preparación, ya que la voluntad del legislador, manifestada en la citada exposición de motivos, de cerrar las menores vías de enriquecimiento a los responsables de delito, podría justificar el empleo del sentido vulgar de la expresión, más amplio que el concepto técnico.

Los dos primeros apartados del artículo 127 anudan el comiso a la pena. El artículo 127.3 también lo hace, aunque en sentido hipotético, ya que la sanción habría sido impuesta de no haber sido apreciada la exención o la extinción de la responsabilidad criminal a la que posteriormente alude. Estas referencias a la pena obligan a considerar que el artículo 127 emplea el concepto de preparación en sentido técnico-jurídico, abarcando las formas imperfectas de ejecución punibles, es decir, la tentativa de delito en todo caso y la de faltas contra las personas y contra la propiedad, y los actos de proposición, provocación o conspiración también cuando sean punibles.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales interesarán expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya realizado la preparación de los delitos o faltas dolosos, interpretando tal situación en el sentido manifestado en el párrafo anterior.

La reforma ha introducido en el artículo 127.1 el comiso de las ganancias procedentes de la falta, antes ausente, por lo que los Sres. Fiscales interesarán en los juicios de faltas en los que intervengan y cuando resulte procedente el comiso por este nuevo concepto.

- b) El comiso de valor equivalente o de valor por sustitución: artículo 127.2

El nuevo apartado 2 del artículo ha supuesto la consagración legal del comiso del valor equivalente o del valor por sustitución.

Si impuesta una pena por delito o falta dolosos y, en su consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente.

No prevé el texto legal el mecanismo para el avalúo del valor de los bienes que no hayan podido ser decomisados.

La introducción del comiso de valor equivalente obligará a los Sres. Fiscales a asumir una postura activa cuando durante la tramitación de una causa aparezcan indicios que permitan sospechar que el comiso previsto en el artículo 127.1 podría resultar ineficaz. Así, a título de ejemplo, cuando haya resultado infructuosa una medida cautelar acordada respecto de efectos o ganancias del delito, los Sres. Fiscales han de ser conscientes de que el transcurso del tiempo desde entonces hasta el momento de la sentencia dificultará las operaciones de avalúo necesarias para la realización del comiso de valor equivalente, por lo que desde que tengan conocimiento de la posibilidad de tener que recurrir a él, recabarán del órgano judicial la emisión de los informes periciales que puedan establecer con la mayor exactitud posible el valor de los bienes cuya confiscación no fue posible y la adopción de las medidas cautelares pertinentes para asegurar la eficacia futura de dicho comiso de valor equivalente y solicitarán en sus calificaciones la imposición del mismo para el caso de que no fuese posible el inicialmente interesado.

- c) El comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal: artículo 127.3

El artículo 127.3 introduce el comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal al prever la efectividad de lo dispuesto en el artículo 127.1 y 2 cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, siempre que en este último caso quedase demostrada la situación patrimonial ilícita.

Esta posibilidad tiene que ser puesta en contacto con el cambio de naturaleza que el comiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia accesoria, que no requiere el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad.

En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos los Sres. Fiscales deberán interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el artículo 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el artículo 24 de la CE.

d) Las reglas sobre el destino de los bienes decomisados: artículo 127.4

La reforma ha incluido en el apartado una excepción al inicial destino del producto de la venta de los bienes decomisados de lícito comercio. Tal salvedad consiste en que tal producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado, excepto cuando la ley previniera otra cosa. Con esta excepción se establece la concordancia de las reglas generales del comiso contenidas en los artículos 127 y 128 con la previsión específica del destino de lo decomisado en supuestos de delitos contra la salud pública relacionados con el tráfico ilegal de drogas, caso en el que se produce la adjudicación al Estado.

## **2. La reforma del artículo 129**

Dentro del artículo 129.1 la reforma ha introducido la advertencia de que las previsiones de su párrafo inicial son realizadas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 y, por tanto, sin afectar ni a la responsabilidad personal de quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica ni a la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica respecto de la pena de multa impuesta en la sentencia al autor del delito. La Ley Orgánica 15/2003 también ha incluido como novedad en el mismo párrafo la audiencia al Fiscal junto con la de los titulares o representantes legales, como requisito previo a la imposición motivada de las consecuencias que contempla.

La exclusiva mención al Ministerio Fiscal entre las posibles partes acusadoras no puede llevar a sentar la conclusión de que quedan excluidas las demás posibles acusaciones no públicas, por lo que deberá oírse a todas las partes personadas. Los Sres. Fiscales, ante la ausencia de previsión expresa de la cuestión en las normas procesales, invocarán en sus informes la aplicación analógica de los artículos 615 y ss. de la LECr, como justificación de la concesión del trámite de audiencia al resto de las acusaciones personadas.

**XVIII. LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN  
DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ARTÍCULOS 130 A 133**

La reforma ha introducido en el artículo 130 una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal, por la remisión definitiva de la pena, ha modificado el perdón, que habrá de ser otorgado antes de la sentencia y ha añadido la prescripción de la medida de seguridad a la de la pena:

[...]

**1. La remisión de la pena**

Las consideraciones pertinentes a la introducción de la nueva causa de extinción de la responsabilidad penal del artículo 130.3.º se contienen, junto con las relativas a la revocación de la remisión definitiva de la pena, en el apartado XIII.5.b) de esta Circular.

**2. El perdón**

Las modificaciones en la causa quinta del artículo, consistente en el perdón del ofendido cuando la ley prevea tal efecto, plantean la necesidad de efectuar ciertas consideraciones.

Según la redacción previa, el perdón debía ser otorgado tras la firmeza de la sentencia y antes de que diese comienzo su ejecución, a cuyos efectos la ley imponía que el juez o tribunal oyese al ofendido antes de ordenar la misma. El texto actual prevé que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y que el juez o tribunal sentenciador deberá escuchar al ofendido antes de pronunciarla.

La eficacia del perdón se encuentra restringida a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 a 201), a los de calumnia e injuria (artículos 205 a 216), a los daños por imprudencia en cuantía superior a 80.000 euros (artículo 267) y a las faltas perseguibles a instancia de parte (artículos 620 y 621). En estos casos los artículos 201.3, 267, párrafo 3.º y 639, párrafo 3.º declaran que el perdón extingue la acción penal o la pena impuesta, mientras que el artículo 215.3 afirma que por el perdón quedará exento de responsabilidad criminal el culpable de la infracción.

Esta regulación, en cierta medida, no concuerda con la actual redacción del artículo 130, ya que, mientras éste menciona el órgano sentenciador y parece exigir la finalización del procedimiento y la apreciación de esta causa de extinción en la propia sentencia, los preceptos de la parte especial mencionados,

salvo el artículo 215.3, en el que tampoco tiene por qué tenerse por excluida la extinción de la acción penal, atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, por lo que, concedido antes de la iniciación del proceso, impediría su comienzo, y, expresado durante su tramitación, provocaría su fin por ausencia de acción penal.

Al mismo tiempo los artículos de la parte especial que acabamos de citar, excepto el artículo 215.3, declaran que el perdón extingue la pena, lo que contrasta con la presente redacción del artículo 130.5.º, que exige que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y, por ende, antes de que se haya impuesto la pena.

Es de observar que todos los preceptos de la parte especial que se refieren al perdón han quedado mal concordados al no haber sido modificadas sus redacciones, que siguen haciendo mención a la circunstancia 4.ª del artículo 130, pese a que el perdón ocupa ahora la siguiente.

Una interpretación conjunta de las normas citadas lleva a la conclusión de que el artículo 130.5.º no resulta contradictorio con los artículos de la parte especial mencionados cuando atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, pero sí cuando declaran la posibilidad de liquidar la pena.

El artículo 130.5.º exige que el perdón sea otorgado antes de que la sentencia haya sido dictada, por lo que establece un momento final para su concesión, pero no impide que sea dado antes ni, tampoco, que sea apreciado por el órgano judicial instructor. Si no ha sido concedido en las fases del procedimiento previas al juicio oral, el juez o tribunal sentenciador tiene la obligación de oír al ofendido sobre el perdón antes de dictar la sentencia.

En consecuencia, los Sres. Fiscales no se opondrán al reconocimiento de la eficacia del perdón otorgado durante la tramitación de los correspondientes procedimientos, en los supuestos previstos y con los requisitos establecidos en la ley.

Por el contrario, la vigente redacción del artículo 130.5, al establecer que, antes de dictar sentencia, el juez o tribunal debe oír preceptivamente al ofendido para que se pronuncie sobre la concesión del perdón, deja vacía de contenido la referencia a la posibilidad de extinción de la pena impuesta que contemplan los artículos 201.3, 267, párrafo 3.º y 639, párrafo 3.º.

Efectivamente, la obligación a la que nos acabamos de referir, unida a la exigencia de que el perdón deba concederse expresamente, determina que en la generalidad de los casos, de otorgarse dicho perdón, resulte innecesaria la referencia a la extinción de la pena, por no llegar a imponerse ninguna.

### **3. La prescripción del delito**

Dentro del artículo 131 se ha producido la modificación del plazo de prescripción de algunos delitos, y la introducción de los delitos de lesa humanidad y

de los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado entre los excluidos de la prescripción:

[...]

- a) La prescripción de los delitos graves castigados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación

El artículo 131.1 fija diferentes plazos para la prescripción de los delitos en atención a la pena que tengan señalada. Al relacionar su contenido con el de los artículos 13 y 33 se observa que la ley regula la prescripción de los delitos menos graves y la de los graves castigados con penas de prisión o de inhabilitación, descritas en el artículo 33.2.a), b) y c), pero no la del resto de los delitos graves, castigados con otra clase de penas, las previstas en las letras d) a i) del mismo artículo y apartado.

Esta omisión tiene relevancia respecto del delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384, párrafo 2.º, que es sancionado con penas de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años.

Según los artículos 13.1 y 33.2.e), estamos ante un delito grave, al que en principio resultaría aplicable el artículo 131.3, según el cual: "Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción".

Sin embargo el artículo 131.1 no comprende ninguna regla aplicable al supuesto.

La situación presenta dos posibilidades que son, de un lado, interpretar el concepto "inhabilitación" como comprensivo de todas las penas relacionadas en el artículo 33.2, salvo la de prisión, y, de otro, considerar que, en este caso, resulta aplicable el plazo de tres años establecido en el artículo 131.1 con carácter residual para la prescripción de los delitos menos graves.

Ninguna de las dos soluciones apuntadas se encuentra exenta de problemas. La primera implica la realización de una interpretación analógica en contra de reo, y la segunda no es sistemática, ya que aplica a un delito grave un plazo de prescripción previsto para algunos delitos menos graves.

Sin embargo, mientras que la primera interpretación es contraria al principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE, la segunda no implica la vulneración de ningún derecho fundamental, por lo que los Sres. Fiscales, en el supuesto mencionado en los párrafos anteriores, cuando les sea sometida la cuestión, considerarán aplicable al mencionado delito grave el plazo de prescripción previsto en el artículo 131.1 con carácter residual para los restantes delitos menos graves.

**b) La declaración de imprescriptibilidad**

La Ley Orgánica 15/2003 ha declarado imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, equiparándolos a los de genocidio.

Los delitos imprescriptibles son, en principio, los castigados en los artículos 607 (genocidio), 607 bis (lesa humanidad) y 608 a 614 bis (contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), contenido, respectivamente, de los capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal. Este Título finaliza con un capítulo IV, cuya rúbrica es “Disposiciones comunes”, pero cuyo contenido resulta ser más amplio de lo que indica tal nombre, porque dentro de él el artículo 615 bis contiene auténticos tipos penales, respecto de los que se plantea la duda de si se encuentran exentos de prescripción.

El hecho de que las conductas castigadas en el artículo 615 bis hayan sido configuradas por el legislador mediante remisión a los delitos contenidos en los capítulos II, II bis y III del mismo Título justifica la consideración de que se trata de supuestos especialmente penados de participación omisiva en los mismos y hace necesario concluir que son igualmente imprescriptibles.

**c) La prescripción de los delitos que exijan habitualidad**

El artículo 132.1 fija el día desde el que se computarán los términos que el artículo precedente prevé para la prescripción de los delitos. Antes de la reforma su párrafo 1.º contenía una regla general y dos especiales, éstas relativas al delito continuado y al delito permanente. La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido a dicho párrafo una disposición aplicable a las infracciones que exijan habitualidad, según la cual el tiempo de su prescripción se contará desde que cesó la conducta:

“Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”.

**4. La prescripción de las penas**

En este apartado cabe destacar lo siguiente:

El artículo 133, dedicado a la prescripción de las penas, también ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, pero su primer apartado no presenta

los mismos problemas que el artículo 131 provoca respecto de la prescripción de los delitos graves sancionados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación, ya que contiene una cláusula residual que fija un plazo de diez años para la prescripción de las penas graves no contempladas expresamente.

Tras la reforma el plazo de prescripción de las penas de prisión de más de veinte años de duración ha sido elevado hasta los treinta años.

El artículo 133.2 declara imprescriptibles las penas impuestas por los delitos de genocidio, los de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y reproduce las dudas que el artículo 131.4 provoca frente al artículo 615 bis. El evidente paralelismo de las dos situaciones obliga a considerar, por las razones expuestas *supra*, que las penas impuestas por las conductas castigadas en este precepto son también imprescriptibles.

#### XIX. LA REFORMA DE LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES: ARTÍCULO 136

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado el cómputo de los plazos establecido en el apartado 136.3 cuando la extinción de la responsabilidad se hubiese obtenido mediante la remisión condicional: “Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”.

En consonancia con la modificación de los artículos 82 y 85, se establece un sistema para calcular el tiempo durante el que el condenado debió abstenerse de delinquir para obtener la cancelación de sus antecedentes penales. Así, una vez obtenida la remisión definitiva de la pena, se tomará como punto de partida el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión, se calculará desde el mismo el día en el que el condenado habría dejado extinguida la pena que se le impuso y a partir del siguiente empezarán a correr los plazos previstos en el número 2 del artículo.

---

# CRÓNICA LEGISLATIVA

---

## **MARZO**

---

- ❑ Corrección de errores y erratas de la Resolución de 7 de febrero de 2005 (BOE de 8 de marzo), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2005 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
  
- ❑ Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 (DOUE-L n.º 69, de 16 de marzo), relativa a los ataques contra los sistemas de información.
  - ✓ Busca reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes mediante la aproximación de su legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información.
  - ✓ Prevé que cada Estado miembro adopte medidas para sancionar como infracción penal el acceso intencionado sin autorización a un sistema de información, pudiendo cada Estado decidir que estas conductas sean objeto de acciones judiciales cuando se cometa la infracción transgrediendo medidas de seguridad.
  - ✓ Se distingue entre la intromisión ilegal en los sistemas de información y en los datos informáticos.
  - ✓ Se busca tipificar la inducción, complicidad y tentativa; sancionar como circunstancias agravantes la comisión de estas acciones en el marco de una organización delictiva, que hayan ocasionado graves daños o afectado a intereses generales.
  - ✓ Pretende la efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio de las sanciones.
  - ✓ También se contempla la posible responsabilidad de las personas jurídicas.

- ❑ Real Decreto 232/2005, de 4 de marzo (BOE del 17), por el que se modifica el Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal.
  - ✓ Adapta la constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal a las modificaciones del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobadas por la Ley 14/2003, de 26 de mayo.
  - ✓ Elimina la representación por categorías y jefaturas.
  - ✓ Modificación del procedimiento de constitución para agilizar ésta.
  
- ❑ Decisión Marco 2005/214/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 (DOUE-L n.º 76, de 22 de marzo), relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.
  - ✓ Medidas destinadas a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales en materia penal.
  - ✓ Prevé el reconocimiento y ejecución de las resoluciones cuyo contenido sea la imposición de una sanción pecuniaria y dicha ejecución pueda tener lugar en otro Estado diferente de aquel en el que la misma se impuso.
  - ✓ Se refiere a las sanciones pecuniarias contenidas en resoluciones firmes judiciales y administrativas.
  - ✓ Establece, en el artículo 5, un listado de infracciones a las que se aplicará la presente Decisión Marco. Se podrá modificar por decisión unánime del Consejo, previa consulta al Parlamento.
  - ✓ El Estado de ejecución deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución, salvo que la autoridad competente alegue algún motivo de los previstos en el artículo 7.

## **ABRIL**

---

- ❑ Corrección de errores (BOE de 12 de abril de 2005) de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

## MAYO

---

- ❑ Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo (BOE del 7), por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.
- ✓ Regula las actuaciones de la Administración penitenciaria para hacer efectivo el cumplimiento de las penas de localización permanente y de trabajos en beneficio de la comunidad, de determinadas medidas de seguridad y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.
- ✓ Busca coordinar los órganos judiciales penales, servicios sociales penitenciarios y servicios sanitarios en la ejecución y suspensión de estas penas.
- ✓ Cumplimiento de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad:
  - Prevé el procedimiento de asignación al penado del trabajo en beneficio de la comunidad.
  - Contempla tanto la posibilidad de ejecución de la pena mediante el establecimiento de convenios con Administraciones públicas o entidades privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, como que el mismo penado proponga un trabajo concreto que, tras los pertinentes informes de la Administración penitenciaria le será asignado, en su caso, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
  - También prevé aspectos como entrevista, selección, jornada, horario, seguimiento y control del trabajo.
- ✓ Cumplimiento de las penas de localización permanente:
  - Establece el contenido mínimo del plan de ejecución de la pena, que incluye lugar de cumplimiento, posibilidad de cumplimiento de forma continuada y los medios de control de la pena.

- ✓ Suspensión de las penas privativas de libertad:
  - Prevé la elaboración de un plan individual de intervención y seguimiento, aprobado por el tribunal sentenciador y supervisado en su ejecución por los correspondientes servicios sociales penitenciarios.
- ✓ Cumplimiento de determinadas medidas de seguridad:
  - Elaboración de un plan de intervención y seguimiento elaborado por los servicios sociales penitenciarios, después de un estudio de la situación del penado, aprobado o rectificado por el juez de vigilancia penitenciaria y remitido al concreto centro donde el penado cumpla el tratamiento.
  - Los servicios sociales penitenciarios efectúan el seguimiento y control de las condiciones del plan anterior e informarán al juez de vigilancia penitenciaria.
- ✓ Deroga el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arrestos de fin de semana.
- Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo (BOE del 19), por el que se modifica el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
  - ✓ Amplía el acceso a la base de datos del Registro al responsable designado por las comunidades autónomas para el efectivo cumplimiento de las medidas de protección adoptadas los órganos judiciales.
  - ✓ Concreta las finalidades por las que los sujetos interesados pueden tener efectivo acceso al mismo y se encomienda al encargado del Registro central la actualización de los usuarios autorizados y los datos a los que tendrán acceso.
  - ✓ Elimina, por redundante, la comunicación de las sentencias penales firmes al Registro central de penados y rebeldes.

- ❑ Decisión 2005/387/JAI, del Consejo, de 10 de mayo de 2005 (DOUE-L n.º 127, de 20 de mayo), relativa al intercambio de información, la evaluación del riesgo y el control de las nuevas sustancias psicotrópicas.
  - ✓ Pretende establecer un mecanismo de intercambio rápido de información sobre las nuevas sustancias psicotrópicas y la evaluación de los riesgos asociados a estas sustancias para permitir que se apliquen las medidas de control de estupefacientes vigentes en los Estados miembros.
  - ✓ Los Estados miembros informarán sobre la producción, tráfico y uso de nuevas sustancias psicotrópicas y preparados que contengan éstas a la Europol y al Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías; que a su vez lo comunicarán a otros organismos.
  - ✓ El Consejo podrá solicitar la evaluación de los riesgos causados por el consumo, producción y tráfico de una nueva sustancia psicotrópica y las posibles consecuencias de las medidas de control.
  - ✓ Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para aplicar a la nueva sustancia psicotrópica las medidas de control y sanciones penales que les competen en virtud de las Convenciones de las Naciones Unidas sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

## **JUNIO**

---

- ❑ Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio (BOE del 23), de modificación del Código Penal.
  - ✓ Suprime los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal.
  - ✓ Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

---

# BIBLIOGRAFÍA

---

## **DERECHO PENAL**

### **I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS**

BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español*, tomo I, vols. 1 y 2, Barcelona (Bosch) 2004.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho penal, parte general*, Madrid (Dykinson) 2004.

### **II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES**

AAVV, *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Univ. de Castilla-La Mancha 2005.

CGPJ, *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid 2004.

CUADERNOS PENALES, José M.<sup>a</sup> Lidón, n.º 1, *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Univ. Deusto 2004.

### **III. MONOGRAFÍAS DE LA PARTE GENERAL**

BUENO ARÚS, F., *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid (Civitas) 2005.

FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, Barcelona (Atelier) 2004.

GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico económico*, Madrid (Civitas) 2005.

JAKOBS, G., *Dogmática del derecho penal. La configuración normativa de la sociedad*, Madrid (Civitas) 2004.

MARTÍNEZ GUERRA, A., *Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad*, Madrid (Dykinson) 2005.

PIÑA ROCHEFORT, J.I., *Rol social y sistema de la imputación*, Barcelona (Bosch) 2005.

POLAINO NAVARRETE/POLAINO ORTS, *Cometer delitos con palabras*, Madrid (Dykinson) 2004.

QUINTERO OLIVARES, G., *Adónde va el derecho penal*, Madrid (Civitas) 2004.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores*, Madrid (Difusa) 2005.

ROMEO CASABONA, C.M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada (Comares) 2005.

SAINZ GUERRA, J., *La evolución del derecho penal en España*, Univ. de Jaén 2004.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona (Bosch) 2005.

#### **IV. MONOGRAFÍAS DE LA PARTE ESPECIAL**

BOIX REIG, J. (Dir.), *Estafas y falsedades*, Madrid (iustel) 2005.

JORGE BARREIRO, A., *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada (Comares) 2005.

MAYO, B., *La tutela penal de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Granada (Comares) 205.

PÉREZ RUA, M.P., *La acusación y denuncia falsas*, Pamplona (Aranzadi) 2005.

REQUEJO CONDE, C., *El delito relativo a la energía nuclear*, Pamplona (Aranzadi) 2005.

TIEDEMANN/ADÁN NIETO (Dir.), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Univ. de Castilla-La Mancha 2005.

VARONA PÉREZ, D., *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid (Dykinson) 2005.

#### **V. DERECHO PENITENCIARIO**

TAMARIT/GARCÍA/RODRÍGUEZ/SOPENA, *Curso de derecho penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2005.

**VI. CRIMINOLOGÍA**

BERISTAIN IPIÑA, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana*, Valencia (tirant lo blanch) 2004.

RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal*, Barcelona (Anthropos) 2005.

RIVERA BEIRAS, I., *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Barcelona (Antropos) 2005.

CID/LARRAURI, *La delincuencia violenta*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2005.

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

### **I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES**

AA.VV., (MUERZA ESPARZA, J. coordinador), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico-penales, procesales y laborales*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

RICHARD GONZÁLEZ, M., M., VALLS GOMBÁU, J.F., RIFÁ SOLER, J.M., *El proceso penal práctico: Comentarios, jurisprudencia, formularios*, 5.ª ed., ed. La Ley-Wolterskluwer, Madrid, 2005.

### **II. MONOGRAFÍAS**

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba penal: jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuricidad*, ed. Dijusa, Madrid, 2005.

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las faltas en el Código penal y el juicio de faltas*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana. (Evolución en el campo jurídico penal y ético)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, 2.ª ed., ed. Librería Jurídica Bosch, Barcelona, 2005.

DE DIEGO DíEZ, L.A., *Ocupación, conservación y destrucción de las piezas de convicción*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico constitucional*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

GÓMEZ CAMPELO, E., *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, ed. Universidad de Burgos, Burgos, 2005.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y LÓPEZ LÓPEZ, E., *Derechos procesales fundamentales*, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 2005.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación del modelo acusatorio formal*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

LORCA NAVARRETE, A.M., *El Jurado: experiencias y futuro en el décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005). La práctica adversarial del proceso penal ordinario de la Ley del Jurado en la más reciente teoría y jurisprudencia*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005.

PÉREZ RUA, M.P., *La acusación y denuncia falsas*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

SÁNCHEZ MONTENEGRO, J.C., *El recurso de revisión penal*, ed. Edisofer, Madrid, 2005.

TORO PEÑA, J.A., RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A., NAVARRO MIRANDA, E., VELÁSQUEZ MARTÍN, A., *Los Juzgados de violencia contra la mujer*, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

TRAVERSI, A., *La defensa penal. Técnicas argumentarias y oratorias*, ed. Aranzadi-Thomson Company, Pamplona, 2005.

### III. OTROS

CORDÓN MORENO, F., *Formularios procesales penales*, ed. Aranzadi, 2005.

DE PAULA BLASCO GASCÓ, F., LÓPEZ EBRI, G., MIRALLES GIL, V., NUÑO DE LA ROSA AMORÓS, J.A., *Treinta y cinco ejercicios completos de cuestionarios test para acceso a las carreras judicial y fiscal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TOMÉ GARCÍA, J.A., GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *Test de Derecho Procesal (civil y penal)*, ed. Colex, Madrid, 2005.