ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- De nuevo sobre la prisión provisional: las reformas de 2003. *Javier Ignacio Prieto Rodríguez* 11
- La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan. Razones para un debate acerca de su posible inconstitucionalidad. *Caty Vidales Rodríguez* 93
- El nuevo artículo 31.2 del Código Penal. *Francisco Javier Álvarez García* 115

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 145
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 153
- **Sentencia 186/2003 (Sala 1.ª, de 27 de octubre:** Redención de pena por el trabajo 153
- **Sentencia 198/2003 (Sala 2.ª, de 10 de noviembre:** Derechos de defensa y asistencia letrada 158
- **Sentencia 206/2003 (Sala 1.ª, de 1 de diciembre:** Valor probatorio de declaración ante Fiscal de menores 162
- **Sentencia 23/2004 (Sala 1.ª, de 23 de febrero:** Detención preventiva 165
- **Sentencia 24/2004 (Pleno), de 24 de febrero:** Tenencia ilícita de armas 167

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	179
— Sentencia 1183/2003, de 23 de septiembre: Circunstancias atenuantes	179
— Sentencia 1215/2003, de 29 de septiembre: Apelación de sentencia en juicio con Jurado	181
— Sentencia 1008/2003, de 3 de octubre: Tráfico de drogas	183
— Sentencia 1260/2003, de 3 de octubre: Imparcialidad del Juzgador (vulneración)	185
— Sentencia 1258/2003, de 6 de octubre: Incongruencia omisiva .	187
— Sentencia 1263/2003, de 7 de octubre: Incendio. Tentativa	189
— Sentencia 1289/2003, de 11 de octubre: Robo con intimidación	190
— Sentencia 604/2003, de 11 de octubre: Tráfico de drogas	192
— Sentencia 1333/2003, de 13 de octubre: Cosa juzgada	194
— Sentencia 1329/2003, de 18 de octubre: Estafa impropia	196
— Sentencia 1424/2003, de 28 de octubre: Responsabilidad civil .	199
— Sentencia 1433/2003, de 28 de octubre: Malversación de caudales públicos	200
— Sentencia 1403/2003, de 29 de octubre: Falsedad documental .	202
— Sentencia 1406/2003, de 29 de octubre: Derechos a la inviolabilidad domiciliaria e intimidad personal	204
— Sentencia 1429/2003, de 29 de octubre: Intervención de las comunicaciones	205
— Sentencia 1445/2003, de 30 de octubre: Prueba indiciaria	208
— Sentencia 957/2003, de 31 de octubre: Tráfico de drogas	209
— Sentencia 1412/2003, de 31 de octubre: Entrega vigilada	212
— Sentencia 1419/2003, de 31 de octubre: Multa (responsabilidad personal subsidiaria)	214

	<u>Página</u>
— Sentencia 1440/2003, de 31 de octubre: Modificación de conclusiones y principio acusatorio	215
— Sentencia 1431/2003, de 1 de noviembre: Imparcialidad del juzgador	216
— Sentencia 1461/2003, de 4 de noviembre: Responsabilidad civil subsidiaria	218
— Sentencia 1438/2003, de 5 de noviembre: Lesiones	220
— Sentencia 1443/2003, de 6 de noviembre: Falsedad documental. Estafa procesal	221
— Sentencia 1444/2003, de 6 de noviembre: Prescripción	224
— Sentencia 1240/2003, de 7 de noviembre: Nulidad de sentencia.	225
— Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre: Acoso sexual	227
— Sentencia 1648/2002, de 7 de noviembre: Quiebra. Delitos societarios	234
— Sentencia 1494/2003, de 10 de noviembre: Relación de causalidad	236
— Sentencia 1540/2003, de 21 de noviembre: Prueba testifical y convivencia “more uxorio”	238
— Sentencia 1451/2003, de 26 de noviembre: Entrada y registro. Efecto reflejo de la prueba ilícita	240
— Sentencia 1655/2003, de 3 de diciembre: Estafa	247
— Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre: Tráfico de drogas	248
— Sentencia 1690/2003, de 15 de diciembre: Intervención de las comunicaciones telefónicas	250
— Sentencia 1742/2003, de 17 de diciembre: Lesiones	254
— Sentencia 1708/2003, de 18 de diciembre: Legítima defensa. Miedo insuperable	255
— Sentencia 1501/2003, de 19 de diciembre: Receptación. Blanqueo de capitales	258
— Sentencia 1737/2003, de 24 de diciembre: Robo con violencia. Detención ilegal	261

	<u>Página</u>
— Sentencia 1125/2003, de 29 de diciembre: Tráfico de drogas ..	263
— Sentencia 1023/2002, de 19 de enero de 2004: Tráfico de drogas	265
— Sentencia 20/2004, de 19 de enero: Recurso de apelación. Procedimiento de la LOTJ	267
— Sentencia 67/2004, de 20 de enero: Cuestiones de competencia	269
— Sentencia 77/2004, de 21 de enero: Principio acusatorio	271
— Sentencia 35/2004, de 22 de enero: Robo con fuerza en las cosas.	273
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	 277
— Auto 136/2003, de 6 de marzo (AP Vizcaya): Admisión de querrela: Competencia territorial en el delito de injurias. Inaplicabilidad LEC.	277
— Auto 158/2003, de 11 de marzo (AP Vizcaya): Fraccionamiento de la pena de privación del permiso de conducir	279
— Sentencia 58/2003, de 24 de marzo (AP Valencia): Declaración en juicio oral de testigo indocumentado	280
— Sentencia 101/2003, de 31 de marzo (AP Sevilla): El Auto de cuantía máxima incluye la valoración de lesiones y daños materiales .	281
— Sentencia 238/2003, de 23 de abril (AP Vizcaya): Delito contra la propiedad intelectual en conexión con amenazas condicionales: competencia del Jurado	282
— Sentencia 270/2003, de 29 de abril (AP Madrid): Aportación de documentos en el procedimiento abreviado: momento procesal ..	283
— Sentencia 280/2003, de 6 de mayo (AP Madrid): Suspensión de juicio oral por inasistencia de letrado: delito de obstrucción a la justicia	285
— Sentencia de 8 de mayo de 2003 (AP Barcelona): ¿Es imprescindible para penar por el delito societario de impedimento de derechos sociales la causación de un perjuicio económico?	286
— Sentencia 219/2003, de 12 de mayo (AP Madrid): Consideración de drogadicción como eximento incompleta en delito de conducción temeraria y concurso de leyes con lesiones	288

	Página
— Sentencia 302/2003, de 12 de mayo (AP Madrid): Lesiones en accidente de tráfico. Culpa concurrente de peatones. Inaplicación del factor de corrección en jubilados	290
— Sentencia 224/2003, de 13 de mayo (AP Madrid): La situación del preso disfrutando de un permiso de salida no es equiparable a la privación de libertad a los efectos del tipo de quebrantamiento de condena	291
— Auto 177/2003, de 13 de mayo (AP Madrid): Responsabilidad civil: el representante del perjudicado menor de edad continúa actuando en el proceso a pesar de que su representado alcanza la mayoría de edad	293
— Sentencia 179/2003, de 22 de mayo (AP Madrid): Condena al conductor y propietario de vehículo no asegurado por una única falta del art. 636 del CP	294
— Sentencia 237/2003, de 26 de mayo (AP Madrid): La autorización judicial de entrada y registro en un domicilio se dio en relación a un delito contra la salud pública, pero de la práctica del mismo resultó la tenencia ilícita de armas	295
— Sentencia 290/2003, de 29 de mayo (AP Valencia): Ocupación de inmuebles: requisitos del tipo penal	296
— Auto 323/2003, de 9 de junio (AP Vizcaya): Citación edictal a juicio de faltas	298
— Auto 191/2003, de 16 de junio (AP Sevilla): Suspensión de la ejecución de la pena: la notificación personal al penado como requisito indispensable	300
— Sentencia 342/2003, de 17 de junio (AP Madrid): ¿Estafa procesal por omisión?	302
— Auto de 19 de junio de 2003 (AP Vizcaya): Deber de la Administración de peritar	304
— Sentencia 629/2003, de 19 de junio (AP Madrid): Venta de empresa y elusión de pago: alzamiento de bienes y no apropiación indebida.	305
— Auto 329/2003, de 25 de junio (AP Vizcaya): Competencia territorial: varias llamadas maliciosas a un teléfono móvil que se recibieron en diferentes partidos judiciales	308

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa 313

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal 319
— Derecho Procesal Penal 323

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DE NUEVO SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL: LAS REFORMAS DE 2003

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ

*Abogado - Doctor en Derecho
Profesor-Tutor del Centro de la Universidad
Nacional de Educación a Distancia de Tortosa
Curso 2003/2004*

SUMARIO

- I. CONCEPTO. NATURALEZA.
- II. FUNDAMENTO. FINES CONSTITUCIONALES.
- III. CLASES.
- IV. LEGISLACIÓN. REFORMAS POSTCONSTITUCIONALES.
- V. PRINCIPIOS.
 - 1. De legalidad.**
 - 2. Jurisdiccionalidad y arbitrio judicial.**
 - 3. Excepcionalidad.**
 - 4. Instrumentalidad.**
 - 5. Subsidiariedad.**
 - 6. Proporcionalidad.**
 - 7. Sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*.**
 - 8. De celeridad y preferencia en la tramitación del procedimiento y en la resolución de solicitudes relativas a libertad.**
 - 9. De mínima prolongación.**
 - 10. Principios acusatorio y de contradicción.**

11. Presunción de inocencia.

12. Del no castigo por medio de la prisión provisional.

VI. PRESUPUESTOS.

1. Presupuestos materiales. Fines legales.

2. Procedimiento. La audiencia del art. 505 LECrim.

3. Formales. Razonamiento del auto que decreta la medida. Notificación en caso de secreto de actuaciones.

VII. RECURSOS.

VIII. LÍMITES TEMPORALES. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA MEDIDA.

IX. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INJUSTA.

X. MEDIDAS ALTERNATIVAS.

XI. LA PRISIÓN PROVISIONAL, PENA A CUENTA. ABONO.

I. CONCEPTO. NATURALEZA

Las recientes reformas operadas en un instituto tan sensible en un Estado de Derecho que proclama como valor superior de su ordenamiento jurídico, entre otros, la libertad, cual el del ingreso en prisión del ciudadano que espera juicio, nos conduce a analizar nuevamente dicha figura, recordando algunas cuestiones, ahora bajo la perspectiva de las últimas reformas⁽¹⁾.

A caballo entre el derecho penal sustantivo y el proceso penal, se sitúa la “*prisión provisional*” (según la LECrim), o “*prisión preventiva*” (según los arts. 34.1 y 58 CP). La terminología utilizada sugiere contemplamos una situación anómala, perentoria, cautelar y falta tal vez de un auténtico fundamento que justifique la privación de libertad de una persona: provisionalmente se lesiona tan fundamental derecho (estado y ser natural del ciudadano). Todo ello con base en un juicio previo de probabilidad sobre la concurrencia de presupuestos materiales y fines que hoy la fundamentan, que puede o no confirmarse con sentencia condenatoria o absolutoria.

(1) PRIETO RODRÍGUEZ, J.I.: “La medida de prisión provisional: privación de libertad sin condena”, revista *Actualidad Penal*, 1998, marginal 498.

Consiste en la lesión, ínterin se tramita el proceso penal, del estado de libertad de la persona presumida inocente, sin existencia de previa condena. Inicialmente, sólo ésta justifica plenamente el menoscabo de aquel superior derecho. Sólo la determinación definitiva de la comisión de un delito y de su autor, fundamenta en principio el sacrificio de la libertad individual.

Participa de la naturaleza de las llamadas “medidas cautelares”. Así lo entiende el legislador, v.gr., en el art. 34 CP⁽²⁾. Se adopta judicialmente con objeto de asegurar la ejecución futura de la sentencia, aunque, a la vista de la nueva redacción del art. 503 LECrim éste no se configura como único fin de la prisión provisional. Es un “*mal que la sociedad adopta con el sospechoso de un delito, para evitar que éste quede impune*”⁽³⁾.

Como todo lo cautelar o provisional anticipa unas onerosas consecuencias, que *a posteriori* pueden carecer de justificación (caso de sentencia absolutoria, de apreciación de eximente completa de la responsabilidad criminal o de sobreseimiento del proceso).

En este aspecto ha insistido el propio TC: “*reconocido su carácter de simple medida cautelar que, sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso... es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el estatus de libertad personal del inculcado y ... es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental*” (STC 32/1987, de 12 de marzo).

Entre estos “actos de precaución” citamos además, junto a FENECH⁽⁴⁾, la citación cautelar (obligación del inculcado de comparecer ante el juez: arts. 486 y 488 LECrim) y la detención (privación de libertad, previa a la prisión provisional, del individuo que pasará a disposición judicial por hallarse en algunos de los casos previstos en la Ley: arts. 489 a 501 LECrim). Cabe mencionar junto a las anteriores, las recientes innovaciones —enmarcadas singularmente en el ámbito de lo que se ha dado en llamar “lucha contra la violencia doméstica”—, las medidas de prohibición de residencia, de acudir a determinados lugares o de aproximación o comunicación con la víctima previstas en el art. 544 bis LECrim, o las derivadas de la adopción de la denominada *Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Esta última no introduce medidas específicas sino que se articula como una protección integral basada

(2) “... prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”.

(3) CÓRDOBA RODA, J, y otros, *Comentarios al Código Penal*, tomo II (arts. 23-119), Barcelona, 1972, p. 155.

(4) FENECH, M., *El proceso penal*, Madrid, 1978, pp. 145 y ss.

en la adopción de prevenciones cautelares de orden civil, penal y asistencial, ya previstas en las leyes administrativas y las reguladoras de estos procesos⁽⁵⁾.

Tanto la detención como la prisión provisional conllevan una limitación al derecho a la libertad. Se diferencian en su duración, al prolongarse generalmente más la segunda. El plazo máximo de detención es de setenta y dos horas, transcurrido el cual el detenido quedará en libertad o pasará a la situación de prisión preventiva. En este estado puede permanecer mientras pende el proceso, sin perjuicio de los límites temporales previstos en el art. 504 LECrim. Desde esta perspectiva, FERNÁNDEZ ENTRALGO⁽⁶⁾ alude a la instrumentalidad de la detención respecto a la prisión provisional. La primera puede prolongarse un máximo de setenta y dos horas, a partir de las cuales la privación de libertad pasaría a constituir un delito de detención ilegal. Ello no quiere decir que sistemáticamente haya de apurarse el plazo: sólo puede prolongarse legalmente el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (arts. 17 CE y 520 LECrim). No es deseable se mantenga la viciosa práctica policial, tolerada e, incluso, fomentada por jueces, de apurar el límite citado si no resulta perjuicio. Tal proceder —prolongar innecesariamente el tiempo de detención— deviene inconstitucional y presuntamente delictivo⁽⁷⁾. A través del procedimiento de *habeas corpus* el detenido será inmediatamente puesto a disposición de la autoridad judicial que podrá decretar su libertad, permanezca en situación de detención o su prisión preventiva. La última se adopta siempre en un proceso penal, mientras que la primera puede y suele acordarse antes de la iniciación de éste.

Junto a estas instituciones, existen otras “*privaciones de hecho de libertad*”, cuya legalidad constitucional ha sido puesta en duda tradicionalmente: la llamada “*detención*” (permanencia de una persona en dependencia policial sin estar detenido), la obligatoriedad de someterse a la práctica de prueba de alcoholemia, retención del conductor ebrio, de los enfermos mentales para su internamiento, de menores para su puesta a disposición del Juzgado de Menores...

(5) Vid. al respecto, DE LAMO RUBIO, J., “La nueva Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio”. *Actualidad Penal*, núm. 42, marginal XLI.

(6) FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “*Detención y prisión provisional*”, en *Privación de libertad y Derechos Humanos*. “Jueces para la Democracia”, Barcelona, 1987, p. 67.

(7) Art. 530 CP. Se ha condenado por detención ilegal en caso de prolongación de la misma más allá del “*tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*” (STS de 25 de septiembre de 1993, 8 de febrero de 1994...).

Respecto a estas efectivas limitaciones del derecho a la libertad, que no constituyen nuestro objeto de estudio, recordar la doctrina sentada por el TC.:

“No es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad... queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la CE por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean... debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica” (STC 98/1986, de 10 de julio).

La prisión provisional es estrictamente aquélla adoptada judicialmente mediante auto razonado en un proceso penal y contra una persona respecto a la que existen *“motivos bastantes”* para creerla responsable criminalmente de un delito (art. 503.1.2.º LECrim). Junto a ello, hay que añadir la necesidad de concurrencia de alguno de los fines que la fundamentan y legitiman —hoy previstos en el art. 503.1.3.º y 2—. Es medida cautelar inscribible, junto a otras adoptadas en el seno de un procedimiento penal, en el registro central pendiente de creación, de ámbito nacional y dependiente del Ministerio de Justicia⁽⁸⁾. Aparece regulada, de acorde con su naturaleza procesal en el capítulo II del título VI de la LECrim (*“De la prisión provisional”*).

Pena privativa de libertad impuesta en sentencia firme y prisión provisional son formalmente diferentes. Lo establece expresamente el art. 34.1.º CP [*“no se reputarán penas: (...) 1.º La detención y prisión preventiva”*]. La pena es la consecuencia del delito, impuesta en sentencia condenatoria tras un previo proceso concluido. Se le asignan ciertos fines (de tratamiento, reeducación y reinserción de los delincuentes: art. 25 CE). A la segunda corresponden funciones propiamente cautelares: tradicionalmente, evitar la fuga del inculcado e impedir el ocultamiento de pruebas. A las que se han añadido los riesgos de evitar *“que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima”* y *“de que ... cometa otros hechos delictivos”*. Concluye, de no haber quedado sin efecto con anterioridad, al ganar firmeza la sentencia. Las diferencias parecen claras. Sin embargo, en la práctica, materialmente ambas consisten en sendas privaciones de libertad, en el ingreso del preventivo o del condenado en un establecimiento penitenciario. Esta similitud real y la posibilidad de iniciar el tratamiento penitenciario con el inculcado desde su ingreso en el centro y no después de una prolongada permanencia en prisión sin sentencia, lleva a defender la conveniencia de extender algunos beneficios previstos exclusivamente

(8) Disposición adicional segunda LECrim en su redacción dada por la disposición final primera de la LO 15/2003, de 24 de noviembre.

para condenados en nuestra legislación penitenciaria a preventivos. Una terapia eficaz o un tratamiento penitenciario adecuado ofrecen mayores garantías de éxito si se articulan desde un principio y no tras un largo periodo de tiempo durante el cual el interno ha permanecido privado de libertad, pero sin tratamiento, a la espera de una sentencia.

La prisión provisional no deviene cuestión ideológicamente indiferente⁽⁹⁾. Existen fundamentalmente dos posiciones: la que podríamos llamar “*ideología del orden*”, que propone una privación de libertad inmediata —a contar desde la detención— y prolongada, equiparando pena y prisión preventiva y asignándoles fines similares (de prevención general y especial). Rasgo propio del sistema inquisitivo puro. Y la que podríamos llamar liberal, propia del sistema acusatorio, que defiende el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar. En la dialéctica entre el derecho a la libertad personal/seguridad y paz sociales, se valora más uno u otro interés. El objetivo a perseguir ha de ser la agilización de los procedimientos penales. Hasta que ello no se logre, otorgando preferencia precisamente a la tramitación de procesos penales en los que se haya adoptado una medida cautelar, no puede justificarse, ni mucho menos aceptarse como habitual, el sacrificio del derecho a la libertad individual hasta que una sentencia lo justifique. Mientras no exista ésta, la privación de libertad no debe cumplir fines asignados a la pena, sino exclusivamente procesales o asegurativos. No puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, ni más allá de un plazo razonable. Quienes defienden la conveniencia de que el delincuente comience a sufrir la pena inmediatamente desde la ejecución del delito, la conveniencia de que el instituto analizado acabe con la inseguridad y rápida puesta en libertad de imputados, defienden una deformación de naturaleza específicamente cautelar de aquélla que carece de justificación en el marco constitucional vigente. Agilizar la tramitación de los procesos, con todas las garantías, sí; atribuir a una medida cautelar fines que constitucionalmente no la sustentan, cual hacen las últimas reformas, no.

La prisión provisional reclama —concreta la STC 128/1995, de 26 de julio, reproduciendo al STC 23/199, de 23 de marzo—:

— Como *presupuesto*, la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva.

— Como *objetivo*, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de tal medida.

(9) “... se refleja en la prisión provisional más que en ninguna otra institución jurídica —más incluso que en la propia pena— la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento”. MORENO CATENA, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (Obra conjunta con GIMENO SENDRA, V., y CORTES DOMÍNGUEZ, V.), Colex, 2003, 2.^a edic.

— Como *objeto*, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

La prisión provisional es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos. Representa hoy tal vez la más grave injerencia del poder estatal en la libertad individual, sin apoyo en una sentencia penal firme que la justifique. Se priva de tan fundamental derecho, con ingreso inicialmente en centro penitenciario, mientras pende un proceso penal, a quien no deja de ser presumido inocente.

II. FUNDAMENTO. FINES CONSTITUCIONALES

Resulta claro que esta privación sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente *imprescindible* para defensa de los bienes jurídicos fundamentales y siempre que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirlo. No debe prolongarse más allá de lo necesario.

La propia existencia de la prisión provisional ha merecido crítica negativa, partiendo de la primigenia tutela constitucional de la libertad, que aquella restringe.

En un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, “*la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales*”. La libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE corresponde por igual a españoles y extranjeros (STC 147/2000, de 29 de mayo, con cita de las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre; 115/1987, de 7 de julio).

Prosigue la STC 147/2000: de acuerdo con ese significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: “*Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”. Se trata de una formulación negativa, similar a la que define el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 CE, y que establece una reserva de ley para las restricciones legítimas de la libertad.

Precisamente por ello se cuestiona la propia existencia de tal prevención personal en un Estado de derecho, atendida la vigencia simultánea del principio

de presunción de inocencia. Al decretar la prisión, se parte de cierta presunción de culpabilidad, construida sobre “*motivos bastantes*” de un hecho delictivo y de la participación criminal del imputado. Se valora la privación anticipada de libertad que comporta, negativamente, hablándose de “*inmoralidad de la prisión preventiva*”⁽¹⁰⁾, de instituto contrario a la presunción de inocencia, de vulneración del principio de legalidad penal, etc. “*Imponer a un hombre una pena tan grande como es la privación de libertad, una mancha como es haber estado en la cárcel, y esto sin haber probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la Justicia*” (CONCEPCIÓN ARENAL). “*De una parte, hay que reconocer que repugna a cualquier conciencia el que se pueda privar de libertad a quien todavía se presume inocente aunque se le llame procesado, imputado, encartado, ...*”⁽¹¹⁾.

Estos autores parten de su concepción como privación de libertad del presumido inocente, con el consiguiente riesgo de que el proceso no concluya con sentencia condenatoria, con la posibilidad de que se vulnere un importante derecho innecesariamente. No olvidan la dialéctica “derecho a la libertad individual/ejercicio del *ius puniendi*” por parte del Estado. La efectividad práctica de éste último requiere que el inculpado esté a disposición de la autoridad judicial una vez dictada sentencia firme, que no oculte las pruebas existentes... Este cometido es el que tradicionalmente ha correspondido a la prisión preventiva, que se sitúa entre el “*deber estatal de perseguir eficazmente el delito... y el ... de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano*”, STC 41/1982, de 2 de julio.

En esta lucha entre el derecho a la libertad individual y derecho a la seguridad colectiva o *ius puniendi* efectivo ha de partirse de la inicial primacía del primero. Se acude a la privación de libertad sin sentencia porque existe un lento o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Si la inocencia o culpabilidad definitivas se determinaran rápidamente, cual se pretende v.gr. en el llamado “*Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*”, introducido por Ley 38/2002, de 24 de octubre, lógicamente la institución analizada se prolongaría mínimamente. No siendo normalmente el reo responsable del retraso en el funcionamiento de la justicia, no correspondiéndole el deber estatal de administrar una justicia eficaz, no puede partirse de la atribución de un mayor valor a los derechos colectivos en juego (seguridad, paz pública...), que al individual de libertad.

(10) CARRARA, F., “Inmoralidad del carcere preventivo”. En *Opuscoli di Diritto Criminale* IV, 1874, pp. 300 y ss. (traducción castellano TENIS, Bogotá, 1978, pp. 225 y ss.), cit. por FERNÁNDEZ ENTRALGO.

(11) MARTÍNEZ PARDO, V.J., “La prisión provisional. Régimen jurídico”. *Revista CIPP*, número 7, enero-junio 2001.

Sobre éste ha de construirse cualquier sociedad que pretenda autojustificarse, hasta el punto de que la regulación de la prisión provisional y la mayor o menor posibilidad de adoptarla constituye un termómetro de la tecnología política de una concreta sociedad.

En España, la libertad individual aparece configurada como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1.º CE). “*Toda persona tiene derecho a la libertad*” —derecho fundamental proclamado en el art. 17 CE y reiterado a nivel internacional, v.gr., en el art. 5.1.º CEDH⁽¹²⁾—.

No pueden establecerse limitaciones infundadas o arbitrarias, que lo conculquen directa o indirectamente.

En sede penal, sólo la determinación indubitada de la comisión de un delito y de su autor funda legítimamente la privación de libertad. Cualquier otra lesión a este derecho, reclama interpretación restrictiva y basarse en una finalidad amparada por la propia ley. La correspondiente a la prisión preventiva ha sido tradicionalmente cautelara: asegurar la finalidad del proceso, la presencia del inculcado al juicio o la eventual ejecución de la pena o, también, impedir la ocultación de medios de prueba. Estos eventuales objetivos, al mismo tiempo que la fundamentan, limitan la privación de libertad.

No comparto la opinión de quienes le asignan objetivos sociales de prevención especial (evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro) o general (retribución, castigo inmediato del culpable), contrarios a su propia naturaleza instrumental. No debe asumir cometidos específicos de las medidas de seguridad ni mucho menos de la pena, sin perjuicio de articular prontamente aquéllas cuando resultan necesarias. Entre otras razones porque el preso preventivo está amparado por el principio de presunción de inocencia, que de una forma u otra “*chocaría siempre, hablando en términos absolutos, con la prisión provisional*”⁽¹³⁾.

A pesar de su expreso reconocimiento a nivel internacional, en la Carta Magna (art. 17.4.º CE) y a nivel de legalidad ordinaria, contemplamos un mal necesario, cuya constitucionalidad es puesta en duda. Con finalidades estrictamente procesales, remedia, a costa de un sacrificio anticipado de la libertad, la problemática derivada de la imposibilidad de la rápida sentencia que desvanezca la duda, de una lenta administración de justicia. Esta función corresponde al Estado, al poder judicial y precisamente por ello es éste quien ha de velar

(12) “Toda persona tiene derecho a la libertad... Nadie puede ser privado de su libertad, salvo...”.

(13) CALVO SÁNCHEZ, M.C., “De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre”. *Revista Jurídica, La Ley*, tomo I, 1985, p. 1181.

prioritariamente por la observancia estricta de los principios inspiradores de la medida cautelar y el respeto a sus propios fines.

De admitir su constitucionalidad, continúa vigente la declaración ya contenida en el art. 9.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: *“Todo hombre es presumido inocente; si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.”*

Lo cierto es que, considerando insuficientes las finalidades apuntadas, el legislador se ha venido afanando en la búsqueda de nuevas bases sobre las que asentar el instituto, rebasando los cometidos asignados tradicionalmente.

No basta ni el delito, ni la participación, ni la gravedad de la pena, ni la frecuencia o alarma social. Hoy la concurrencia de alguno de los fines definidos en el art. 503, 1.3.º o 2 constituye condición imprescindible de su legalidad.

Destaca la STC 23/1999, de 8 de marzo, la insuficiencia, para justificar la prisión, de la remisión a la pena abstracta y a la alarma social. *“No puede entenderse suficiente fundamentación la que se esgrime, respecto a la gravedad del hecho de la pena que en abstracto le corresponde al delito imputado, ni tampoco la que se basa en la alarma social generada por su comisión, pues ello implica atribuir a la prisión provisional bien una finalidad de prevención general...; fines que sólo son legítimos y congruentes con la pena y no con la naturaleza cautelar de la prisión provisional, y con los límites que la misma impone el derecho a la presunción de inocencia del imputado.”*

III. CLASES

Se distinguen las siguientes modalidades de prisión provisional:

- Ordinaria, que a su vez puede ser comunicada o incomunicada.
- Atenuada, aludida en el art. 508 LECrim. Con anterioridad contenía una escueta referencia a la misma el art. 505 LECrim, y más amplia en la Ley de 10 de septiembre de 1931, que incorporó a la LECrim los arts. 472 y 473 del Código de Justicia Militar.

Prisión comunicada

La prisión ordinaria comunicada es la forma usual de cumplimiento. Ha de adoptarse como norma general frente a las otras modalidades, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

La principal diferencia entre pena privativa de libertad y prisión provisional radica en que ésta aparece presidida por el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE). Éste, a tenor del art. 5.º de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), presidirá el régimen penitenciario de los preventivos. Por

ello, la medida “*deberá practicarse en la forma que menos perjudique al... preso en su persona, reputación y patrimonio*” (art. 520.1.º LECrim).

Tales proclamaciones encierran simplemente declaraciones de principios. Realmente, “*la prisión provisional, cualquiera que sea la forma en que se practique, supone un perjuicio, en algunos casos irreparable, al menos en lo que respecta a la reputación de la persona*”⁽¹⁴⁾. Con relación al patrimonio, el daño es aún mayor, constatándose frecuentemente como el simple e impuesto incumplimiento por el paso por prisión deviene motivo de no reanudación del contrato de trabajo, despido, cese de relaciones sociales y surgimiento de situaciones de marginación... En la práctica, las consecuencias y efectos del ingreso en centro penitenciario, ya después de sentencia, ya con carácter previo, son similares.

El art. 6.º LOGP sienta la norma de la separación entre los penados y preventivos, previendo como preceptiva la existencia de centros destinados exclusivamente a presos preventivos (arts. 7.º y 8.º de la misma ley). Se prevé un régimen especial en los arts. 96 a 98 del Reglamento Penitenciario (RP), con posibilidad de permanencia del sometido a prisión provisional en régimen cerrado, por el tiempo necesario. En nuestro país, basta acudir a cualquier centro penitenciario para observar cómo sistemáticamente se incumplen tales indicaciones. A lo sumo existen secciones separadas, dentro del mismo establecimiento.

La finalidad de la prisión provisional se agota en la mera custodia, la retención del individuo a disposición de la autoridad judicial (art. 5.º LOGP), sin perjuicio lógicamente de que el preso preventivo pueda acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario (art. 3.4 RP). En principio, no cabe operar a este nivel ningún tipo de tratamiento, lo cual si bien es consecuencia de la propia naturaleza y fines de la institución abordada, puede resultar negativo especialmente en supuestos de larga duración de la medida. En ocasiones resulta necesario operar rápidamente una terapia sobre el reo (v.gr., tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales...), que hasta ahora se estimaban incompatibles con la medida, salvo que se adoptara la prisión atenuada. Expresamente el art. 508.2.º LECrim, sin necesidad de acudir al expediente de la prisión atenuada, admite esta posibilidad, como preveía la legislación anterior, aunque los jueces hicieran poco uso de dicha facultad.

Al preso preventivo le corresponden iguales derechos que al condenado, excepto aquéllos derivados específicamente de la condena. Los arts. 48 LOGP y 159 RP regulan los permisos de salida a internos, concedidos siempre con la aprobación judicial (la que entienda del proceso en que se imponga la medida

(14) ASENSIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*. Madrid, 1987, p. 142.

cautelar). El primer precepto alude a los llamados “*permisos extraordinarios*” de salida (en casos de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuges, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas, alumbramiento de la esposa y por “*importantes y comprobados motivos*”). El art. 159 RP no limita la posibilidad de permisos al preso preventivo aunque no concurrieran aquellas circunstancias.

En estos supuestos pueden adoptarse “*medidas de seguridad adecuadas*” tendentes a evitar la fuga.

Si los condenados tienen obligación de trabajar (art. 29.2 LOGP), los preventivos tiene el derecho a hacerlo, pero no la obligación (con excepción de su contribución a las tareas de limpieza e higiene). Así lo establece el párrafo 2.º del precepto mencionado: “*los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar*”. El art. 100 CP de 1973, tras la reforma operada por Ley de 25 de junio de 1983, establecía expresamente cómo el desaparecido beneficio de la redención de penas por el trabajo podía aplicarse a los “*reclusos que han estado privados provisionalmente de libertad*”. Tal novedad mereció crítica positiva al permitir la ampliación del beneficio a internos preventivos, que no eran culpables de la demora en la tramitación del proceso y que tenían derecho al trabajo y no a la ociosidad⁽¹⁵⁾.

El preso tiene derecho a comunicarse y recibir correspondencia escrita (arts. 524 LECrim y 46 RP), a comunicaciones íntimas, con familiares y de convivencia (art. 45 RP), a las comunicaciones telefónicas en determinadas condiciones (art. 47 RP) y, en definitiva, a procurarse a sus expensas las comodidades y ocupaciones que considere oportunas compatibles con el establecimiento (art. 522 LECrim). Puede ser visitado por ministros de su religión, médicos, parientes y personas con quienes mantenga relaciones de intereses, de conformidad con lo previsto en la normativa penitenciaria. No puede impedirse, en régimen de prisión normal o comunicada, la relación con su abogado defensor y procurador (arts. 523 LECrim y 48 RP), ni las comunicaciones con la autoridad judicial (arts. 524 y 49 RP). Toda medida extraordinaria de seguridad (aislamiento, restricciones de movimientos o comunicaciones por comportamientos violentos, rebelión o intentos de fuga) subsistirá el tiempo estrictamente necesario (art. 525 LECrim). Su permanencia en el departamento de ingresos no puede extenderse, salvo por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad, más allá de cinco días (art. 20.3 RP).

Si la persona que sufre prisión ostentada función o cargo público, queda automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras persista la situación de prisión provisional⁽¹⁶⁾.

(15) En este sentido, ASECIO MELLADO, J.M., op. cit., pp. 155 y ss.

(16) Art. 384 bis, en su redacción dada por LO 4/1988, de 25 de mayo.

La adopción y mantenimiento de ésta se configura como causa de incapacidad para ser jurado en el art. 9.º de la LO del Tribunal del Jurado.

Prisión incomunicada

Es posible que judicialmente se acuerde la incomunicación del preso preventivo, modalidad que conlleva una agravación en el cumplimiento de la privación de libertad, con mayor limitación derechos fundamentales, incluyendo el propio derecho de defensa. La incomunicación sólo “*durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros que la fundamentan*” (art. 509.2 LECrim). Persigue “*evitar la injerencia perturbadora del preso en la investigación*”⁽¹⁷⁾, impedir la ocultación o falseamiento de pruebas, “*para evitar la confabulación*” —rezaba el hasta ahora vigente art. 507 LECrim—.

Si no concurre tal peligro o ha transcurrido el tiempo necesario procede alzar la incomunicación, sin perjuicio de que se acuerde por segunda vez por otro plazo de cinco días, e incluso sea nuevamente acordada por tercera vez por un máximo de tres días (art. 509 LECrim). El abuso o prolongación innecesaria de la medida puede constituir delito, castigando el art. 131 CP a “*la autoridad judicial o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicar o prolongare la incomunicación de un detenido, preso..., con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales*”. Constituye delito la comisión de tal conducta por imprudencia grave (art. 532 CP).

Según el art. 19 RP el interno incomunicado ocupará celda independiente, será examinado por el médico, visitado exclusivamente por los funcionarios de prisiones encargados del mismo y sólo podrá comunicar con las personas expresamente autorizadas por el Juez de Instrucción. Podrá disponer de aparatos de radio o televisión, prensa escrita o recibir correspondencia, siempre que no disponga lo contrario la orden de incomunicación, debiendo el director del centro recabar autorización de Juez de Instrucción. Alzada la incomunicación, pasará al departamento de ingresos, donde deberá ser examinado nuevamente por el médico a la mayor brevedad.

La LECrim incorpora tales cautelas. Establece que el preso incomunicado no puede ser visitado por terceras personas —salvo expresa autorización del juez, siempre que no se frustre la finalidad de la prisión incomunicada, adoptando las medidas oportunas (art. 510.3 LECrim)—. No se le permite designar un abogado de su elección mientras permanezca detenido, sino que en todo caso le

⁽¹⁷⁾ MATTES, H., *La prisión preventiva en España*. Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU), 1975, p. 35.

será designado de oficio. No tendrá derecho a que se comunique a sus familiares la detención y lugar de custodia, ni a entrevistarse reservadamente con el abogado defensor tras la práctica de diligencias (art. 527 en relación con el art. 520 LECrim).

Estas limitaciones, derivadas del acuerdo judicial de incomunicación, han de interpretarse restrictivamente. Sólo se justifican por los fines propios de la medida cautelar. De esta forma, no siempre ha de prohibirse, v.gr., la comunicación de la detención y lugar de custodia a los familiares, sino sólo cuando resulte preciso⁽¹⁸⁾; no puede suspenderse totalmente las relaciones entre defendidos y abogados, sino exclusivamente la entrevista reservada (y no, por ejemplo, comunicaciones escritas)⁽¹⁹⁾. El preso incomunicado mantiene formalmente íntegro su derecho de defensa, aunque se limiten otros derechos fundamentales del mismo.

La posterior declaración de nulidad del acuerdo de incomunicación, por no concurrir los presupuestos legales, excesiva prolongación... puede afectar a las diligencias de prueba practicadas durante su permanencia (art. 11.2.º LOPJ).

En materia de prisión incomunicada (arts. 509 y 510 LECrim), las reformas operadas en 2003 encierran una auténtica regresión en la tutela de los derechos fundamentales, ya denunciada durante los trámites parlamentarios.

Aumenta peligrosamente la posibilidad de acordarla, con riesgo de generalizar una situación auténticamente excepcional.

Se puede prorrogar en diversos supuestos (entre otros, cuando se haya cometido un delito de forma organizada por dos o más personas) hasta un total de trece días. Sus presupuestos, duración y contenido aparecen concretados en los artículos de referencia:

— Su adopción es excepcional. Persigue como objetivo “evitar... se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”⁽²⁰⁾.

(18) ASECIO MELLADO, J.M., op. cit., página 176, alude, con base en la jurisprudencia emanada de las demandas interpuestas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos 8022/77, 8025/77 y 8027/77, *McNeich, O'Neill y Evais contra Reino Unido*, a la violación del derecho al respeto familiar que se derivaría de una ocultación completa a los familiares y allegados del hecho de la detención.

(19) Vid. al respecto arts. 46 a 48 RP.

(20) Fines peligrosamente ampliados en la definitiva redacción del art. 509 LECrim, por LO 15/2003.

Se amplían peligrosamente los presupuestos que pueden fundamentarla, justificándose ésta en el eventual *periculum in mora* de terceros implicados; en el temor de nuevos ataques a bienes de la víctima —sin concretar cuáles—, en la alteración, ocultación o destrucción de pruebas, o en la probabilidad de nuevos hechos delictivos.

— Se amplían los plazos:

§ Cinco días, que es el normal.

§ Puede prorrogarse hasta otros cinco días, cuando el procedimiento se refiera a delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes o cuando el delito se cometa “*concertadamente y de forma organizada por dos o más personas*”. No destaca este presupuesto el aspecto objetivo del hecho (v.gr., delito de terrorismo) sino las condiciones subjetivas del autor. La reforma 2003 permite la grave decisión de incomunicación ante supuestos de simple coautoría.

— Una vez alzada, puede acordarse en estos mismos supuestos, nueva incomunicación que no podrá exceder de tres días.

El acuerdo de incomunicación o cualquiera de su prórroga exige resolución judicial motivada.

Prisión atenuada

El hasta ahora vigente art. 505.2.º LECrim, en su redacción dada por Ley 16/1980, de 22 de abril, establecía cómo: “*los jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entraña grave peligro para su salud*”.

Esta modalidad es menos rigurosa en su cumplimiento que la ordinaria. Impide el ingreso del inculpado en el centro penitenciario, al permanecer en principio en situación de arresto domiciliario. El sujeto a ella puede ser autorizado para salir del domicilio durante varias horas al día por necesidades propias, para desempeñar una actividad laboral u otros motivos. Muchos de los perniciosos efectos que el internamiento preventivo en el establecimiento comporta pueden superarse con esta modalidad, de infrecuente adopción en la práctica.

La parquedad de dicho precepto no despejaba numerosas dudas. De su lectura parecía desprenderse que sólo en caso de enfermedad y riesgo de agravamiento con el internamiento se facultaba (no obligaba) al juez a acordar la atenuación. En tales casos, el justiciable tenía que valerse de dictámenes periciales. Sin embargo, estimando vigente la Ley de 10 de septiembre de 1931 —que incorporó a la LECrim los arts. 472 y 473 del Código de Justicia Militar de 1890, aunque no se integraran en su articulado—, procedía la prisión atenuada.

da sin limitarla a los supuestos de enfermedad. Podía adoptarse “*cuando a juicio del instructor deban atenuarse las condiciones de la prisión provisional*” (art. 472).

Se consideraba, de estimar vigente sólo el art. 505 LECrim, la atenuación requería siempre enfermedad. De considerar vigente la Ley de 1931, el arbitrio judicial para decretar la prisión atenuada era más amplio.

Defendimos en su día la última interpretación⁽²¹⁾ por ser la conveniente (atendidos los efectos positivos derivados de la suavización en el modo de cumplimiento: evitar pérdida del puesto del trabajo, el contacto con otros reclusos, la separación de la familia...). Se mantuvo por nuestros Tribunales (caso Ruiz Mateos, Audiencia Nacional, Enero de 1986, a quien se aplicó la medida sin concurrir enfermedad).

La reforma de 2003 profundiza en la regulación de la prisión atenuada.

La identifica en principio con el “*arresto domiciliario*” —término que desaparece en la redacción definitiva operada por la LO 15/2003—, con la vigilancia necesaria incluso cuando exista necesidad de salir del mismo por razones de tratamiento. Lamentablemente se exigen aquellos dos presupuestos (enfermedad y peligro para la salud con el internamiento penitenciario) de los que ya había venido prescindiéndose en la praxis.

Excesiva rigurosidad que además contraría la deseable conveniencia de la menor lesividad de toda medida cautelar⁽²²⁾.

Se articula como auténtica prisión provisional domiciliaria, no generalizable, de adopción excepcional. Ello no deja de llamar la atención, cuando la propia LO 15/2003 introduce la pena de localización permanente, potenciándose en otros ámbitos el uso de los modernos medios telemáticos.

La última norma introduce, como supuesto específico, la prisión atenuada para continuar tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes siempre que:

- El ingreso en prisión pueda frustrar el éxito de dicho tratamiento.
- Se sustituye la medida por ingreso en centro oficial u organización legalmente reconocida para continuar el tratamiento. Se excluye la posibilidad de tratamiento ambulatorio en libertad.
- Que el sujeto haya iniciado el mismo después de la comisión de los hechos delictivos y no antes.

(21) PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., op. cit.

(22) “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio” (art. 520.1 LECrim).

— Imposibilidad de salida del centro sin autorización del Juez o Tribunal, con lo que no se trata de una situación equiparable a la situación de libertad, sino una auténtica privación de la misma.

Nada impide, avalando lo antes al contrario el Reglamento Penitenciario [v.gr., art. 184.a) al menos en referencia a centros penitenciarios], se inicie dicho tratamiento en prisión y se continúe, también con sometimiento a prisión provisional atenuada, en centro no penitenciario.

La innovada posibilidad se configura como medida sustitutiva de la prisión provisional para cumplimiento de una medida de seguridad (así catalogada en el art. 96.2 2.º CP). Como tal, resultará de abono a efectos de cumplimiento de la pena impuesta, pues el sujeto a ella se encuentra igualmente privado de libertad, sin que le sea dado salir del centro sin autorización judicial.

De lege ferenda, defendemos la conveniencia de generalizar la posibilidad de arbitrar medidas de seguridad, combinando seguridad y terapia, desde el inicio del proceso, en sustitución de la prisión provisional, o mejor dicho, utilizando ésta como medida de presión para el buen éxito del tratamiento. Ello en relación con toda persona que lo precise y no sólo para tratamientos de enfermedad, desintoxicación o deshabitación. Siempre, que medie consentimiento del imputado.

La posibilidad de aplicar medidas de internamiento o no privativas de libertad antes de la Sentencia, aparecía prevista en la PANCP 1983, arts. 92 y 93 del Borrador de Anteproyecto del CP de 1990, y en los arts. 101 y 102 del Proyecto de Código Penal de 1992. A tenor de estos últimos:

“El Juez o Tribunal podrá decretar, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida en relación con el sujeto sometido a proceso penal por delito” (art. 101).

“El tiempo de duración de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior en ningún caso podrá exceder del plazo máximo señalado para prisión provisional.”

“Este tiempo se computará en la aplicación de la medida o en el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta, en su caso” (art. 102).

El art. 511 LECrim establece que para la efectividad de la orden de prisión se expedirán dos mandamientos: uno dirigido a la Policía Judicial o Agente Judicial que haya de trasladar al sujeto al centro penitenciario, y otro al director del establecimiento que deba recibir al preso. Todo ingreso no precedido de tal mandamiento, no puede llevarse a cabo, salvo los supuestos de presentación voluntaria que han de comunicarse con urgencia a la autoridad judicial (art. 15 LOGP y 16 RP).

Atendida la reforma operada en 2003 en el art. 529 LECrim hubiera resultado conveniente clarificar de una vez por todas las situaciones en que, con relación a su situación personal, puede encontrarse el imputado o procesado:

- Prisión, comunicada o incomunicada, normal/atenuada.
- Prisión eludible con fianza.
- Libertad provisional condicionada a la prestación de fianza. Nada impide que se mantenga la libertad, condicionada a la prestación de caución, fijando un plazo para su pago o prestación. De no hacerlo, materializar el ingreso en centro penitenciario (art. 529.1.º y Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1996. Caso MAREY).
- Libertad provisional sin fianza, manteniéndose la obligación *apud acta* de comparecer como obligatoria, a pesar de su escasa operatividad práctica, en el modificado art. 530 LECrim.

Entre la prisión con o sin fianza y la libertad provisional sin caución alguna, existen zonas intermedias, no suficientemente conocidas. La exigencia de prestar fianza, personal o material, para permanecer en libertad no debe ser entendida siempre como obligación temporal inmediata. En ocasiones resultará conveniente otorgar al perjudicado un plazo razonable para poder articular aquéllas.

Hay que distinguir igualmente entre una prisión provisional original y la subsiguiente al incumplimiento de las medidas de protección a la víctima previstas en los arts. 544 bis y 544 ter LECrim.

IV. LEGISLACIÓN. REFORMAS POSTCONSTITUCIONALES

A la prisión preventiva, aluden textos constitucionales e internacionales relativos a los derechos humanos.

El art. 17 CE parte de una amplia y solemne proclamación del derecho a la libertad: “*Toda persona tiene derecho a la libertad*”. Es la forma protegida y natural de ser y estar en la comunidad. Es la situación que cualquier constitución, ideología o poder ha de garantizar para legitimarse. La fundada protección de este derecho es uno de los principios inspiradores sobre los que se asienta la sociedad (art. 1.º CE).

Seguidamente el art. 17 C habla de excepciones al derecho (“*Nadie puede ser privado de libertad, sino...*”). Y es en este ámbito de la excepción cuando alude a la detención, más ampliamente que a la prisión preventiva. Respecto a esta última se limita a indicar que “*Por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*”. Ya en un plano constitucional se rechaza implícita o explícitamente la prolongación innecesaria de la privación e libertad sin condena, consagrándose además los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24 CE).

Internacionalmente son numerosas las alusiones a la medida:

— Arts. 3.º, 9.º y 11.1.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre de 1948, que recogen el derecho a la libertad de todo individuo, la prohibición de la arbitrariedad en la materia y el derecho a la presunción de inocencia.

— Art. 5.1.c) —configura como excepciones al derecho de libertad el arresto o detención de la persona que haya de ser conducida ante la autoridad judicial por existir sospechas de que ha delinquido, por razones fundadas de que delinquirá o de que huirá tras haberlo hecho—, 2.º, 3.º y 4.º del CEDH. Tales preceptos garantizan, entre otros, los derechos a ser juzgado en término razonable (y de no ser posible, a ser puesto en libertad, aunque fuere mediante fianza), a recurrir la decisión judicial determinante de la privación de libertad y a una indemnización cuando las condiciones de la detención no sean las legales.

— Art. 9.3.º, del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP), que reconoce el derecho de toda persona privada de libertad a causa de una infracción penal “*a ser juzgada dentro de un plazo razonable y ser puesto en libertad*” y proclama la no generalidad de la prisión preventiva y el derecho al recurso contra la orden de prisión.

— El art. 58 CP, heredero del art. 33 CP de 1973, sienta el principio de abono de la privación de libertad sufrida preventivamente a efectos de cumplimiento de la pena definitiva. A este escueto precepto precedió cronológicamente la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales.

Las alusiones al instituto analizado a lo largo del articulado de la LECrim (arts. 309, 389 bis...) y en otras normas procesales o relativas a instrumentos del proceso penal (arts. 8.º a 10 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva); art. 17 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, etc.) son frecuentes.

El artículo 28 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, analiza la medida cautelar de internamiento de éstos, con duración máxima de tres meses, prorrogable por otros tres, sentando la regla de abono para cumplimiento de la medida definitivamente impuesta.

Lógicamente, primando la naturaleza procesal sobre la sustantiva, la prisión provisional es objeto de amplia regulación singularmente en las leyes procesales. La LECrim le consagra el Capítulo III del Título VI del Libro II (*De la prisión provisional*), que agrupa los arts. 502 a 519. Éstos contemplan la judicialidad de la medida, requisitos, límites temporales, procedimiento, recursos, deber de motivación de la resolución que la acuerde, formas (atenuada e incommunicada), incomparecencia del procesado y requisitorias, formación de pieza separada... Hay que tener en cuenta igualmente el Capítulo IV del mismo

Título en cuanto se refiere al tratamiento de los detenidos o presos, y el Título VII del Libro II relativo a *La libertad provisional del procesado*.

El cambio político operado en nuestro país en la década 1975-1985 tuvo reflejo en la regulación de la institución, mostrando el legislador acusada sensibilidad al respecto. Prueba de ello fue la existencia de cuatro leyes en el período comprendido entre 1980 a 1988, que dieron distintas redacciones a los artículos indicadores de los requisitos para decretar la prisión y límites temporales de la misma.

— La Ley 16/1980, de 22 de abril, modificó los arts. 503, 504 y 505 LECrim, endureciendo su régimen frente a la regulación anterior, permitiendo la adopción de la medida en casos de delitos castigados con simple arresto mayor e, incluso, aunque la pena previsible fuera inferior “*teniendo en cuenta la alarma que haya podido producir el hecho, los antecedentes y circunstancias del inculpado o el fundado temor de que no comparezca al llamamiento de la autoridad judicial*”. Podía extenderse hasta la mitad de la pena con la que el delito apareciera sancionado. Para fijar ésta se valoraban “*las posibles circunstancias modificativas*”. La severidad de la norma condujo a un clima de inseguridad en las prisiones y al hacinamiento, a costa de presos preventivos.

— La LO 7/1983, de 23 de abril, interpretaba restrictivamente la institución, reclamando pena superior a la prisión menor y estableciendo límites concretos y máximos de duración de la medida (seis meses o dieciocho meses). Constituyó “*la reforma*” esperada. La norma, modeladora de un tratamiento de la institución más acorde con los principios que la inspiran, nació marcada por el temor a la inseguridad ciudadana que produciría su efectiva aplicación, a la vista de la imposibilidad de lograr una rápida tramitación de los procedimientos penales. En este sentido, la disposición final de la ley, en cuanto a límites máximos de duración de la prisión provisional (“*seis meses cuando la pena señalada al delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y dieciocho los demás casos*”), demoraba la entrada en vigor hasta los tres meses de su publicación.

Por sectores liberales, la reforma fue acogida favorablemente. Sin embargo, las capas conservadoras, el miedo por la inseguridad colectiva, los movimientos de excarcelación que se produjeron (debidos en buena parte a la reforma de 1983 en la materia, pero también a la operada en el CP por la LO 3/1983, de 25 de junio) se impusieron sobre esta regulación respetuosa con los principios de presunción de inocencia, excepcionalidad de la medida...

— Éstos no se respetaban de igual forma por la LO 10/1984, de 26 de diciembre, que modificaba nuevamente los arts. 503 y 504 y primer párrafo del art. 529 LECrim (“*La contrarreforma*”). Instauró la regulación vigente hasta la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Exigía inicialmente pena superior a la prisión menor. No obstante, *atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social... o la frecuen-*

cia ampliaba la posibilidad de decretar la medida, hasta el punto de permitir su aplicación a delitos castigados con pena inferior a la de prisión menor (incluso a los sancionados con simple arresto mayor).

Prolongó su duración máxima estableciendo plazos de tres meses (delitos castigados con arresto mayor), un año (castigados con prisión menor) o dos años (castigados con pena superior). Si no recayera sentencia en tan dilatados períodos de tiempo, la prisión provisional podía durar hasta dos y cuatro años.

Tal “*tratamiento jurídico de la prisión provisional le aproxima a la pena anticipada o a la medida asegurativa, sacrificando en aras de una demagógica satisfacción de la opinión pública, los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y a un enjuiciamiento dentro de un marco razonable*”⁽²³⁾. Adquiría vigencia la afirmación de TISSOT, citado en la Circular de 10 de octubre de 1933 del Ministerio Fiscal (G. 12) “*el verdadero carácter de la prisión preventiva todo el mundo lo conoce, pero pocas son las legislaciones que lo han consagrado*”.

— Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que afectaba a bandas armadas, terrorismo y rebelión. Introdujo el art. 504 bis LECrim, que incorporaba la aberrante solución de demorar la puesta en libertad decretada judicialmente por el plazo de un mes, cuando el auto fuera recurrido por el Ministerio Fiscal (imponiendo la voluntad de una parte acusadora sobre la judicial) en relación a determinados delitos. Naturalmente, tan inadmisibles modificaciones provocó la declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto por STC 71/1994, de 3 de marzo.

— Este último precepto no fue dotado de contenido por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que introdujo el art. 504 bis.2.º, con un claro objetivo: además de suprimir la exigencia de ratificación del auto de prisión, introducía —tras la denuncia periodística de lúdicos abusos en la variación tal vez arbitraria de la situación personal de determinados imputados, en proceso gestado contra miembros del Gobierno entonces regente— el principio acusatorio. Se instauró la necesidad de previa audiencia, con intervención del Juez, Ministerio Fiscal, partes acusadoras comparecidas y del imputado asistido de letrado, así como solicitud previa de parte acusadora como *conditio sine qua non* para decretar la prisión, o agravar las condiciones de quien gozara de libertad provisional. La reforma operada, a través de la insólita vía de la disposición final —segunda de la LO 5/1995—, puso fin a los omnímodos poderes de la autoridad judicial en orden a decidir sobre la situación personal del sujeto pasivo del proceso penal.

(23) FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre”. *Revista jurídica*, La Ley, tomo 1, 1985, p. 1079.

Afectó a los arts. 504 bis.2.º —de nuevo cuño—, 516 (desaparición de la exigencia de ratificación del auto de prisión dentro de las setenta y dos horas siguientes) y 539 LECrim (exigencia de previa solicitud del Ministerio Fiscal o parte acusadora y celebración de comparecencia para decretar la prisión o agravar condiciones del sometido a libertad provisional).

El art. 504 bis.2.º, acuñado en 1995, predecesor del actual 505, preveía la convocatoria de audiencia, para decretar la medida, llevando “*al campo de las medidas cautelares con mayor plenitud los principios acusatorio y de contradicción característicos del proceso penal moderno...*” (24).

A partir de su entrada en vigor la decisión sobre prisión, fuera o no eludible con fianza, requería solicitud de parte —vedando la posibilidad de aplicarla de oficio— y la necesidad de previa audiencia con necesidad de asistencia del Ministerio Fiscal y del imputado, y con facultad de acudir las demás partes personadas.

Las reformas de 2003

Se anticipan a la tantas veces anunciada y demorada reforma global de la LECrim, a la elaboración de una nueva Ley Procesal Criminal, como aconteció, dando prioridad al proceso civil, con la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La reforma en materia de prisión provisional venía exigida por Ley y por pacto. Por ley porque es obligado acatar la doctrina del Tribunal Constitucional, y porque ya venía exigida por la disposición adicional cuarta de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas (“*el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de modificación de la regulación de la prisión provisional*”). Proyecto efectivamente publicado en el BOCG de 28 de febrero de 2003.

Por pacto, por exigirlo el punto 17.d) del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por todos los grupos parlamentarios en Madrid, en fecha 28 de mayo de 2001. Se incorporaba como futura actuación, en el marco de una nueva LECrim “*la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”.

En efecto, se intenta poner fin a ese déficit de adecuación constitucional.

Se legisla en dos momentos, con reforma (LO 13/2003) y, prácticamente sin respiro, con complemento de la reforma (LO 15/2003), cuando no se conoce la primera, provocando desconcierto especialmente en juristas.

(24) Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

La Ley 13/2003, de 24 de octubre, que ya nace con remisiones legislativas a preceptos modificados (por ejemplo, remisión al art. 153 CP convertido en el art. 173 por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, y, por tanto, anterior a la primeramente citada) dio nueva redacción a los arts. 502 a 511, del Capítulo III del Título VI del Libro II, manteniendo la rúbrica tradicional (“*De la prisión provisional*”), así como a los arts. 529, 530, 539.3.º y 4.º y 544 bis LECrim, todos ellos agrupados bajo la rúbrica también mantenida “*De la libertad provisional del procesado*”, aunque es obvio que no se regula sólo la libertad provisional, sino también medidas limitativas de derechos (a conducir, a aproximarse o comunicarse con la víctima, a residir en determinado lugar, orden de protección para las víctimas de violencia doméstica...), incluyendo la privación de libertad.

La disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, proyectada para la reforma del Código Penal, no modifica sólo éste sino otras disposiciones legales. Altera nuevamente la redacción de los arts. 503, 504, 508, 509, 510 y 544 bis. La misma disposición previene la creación de un registro central de ámbito nacional, dependiente del Ministerio de Justicia, donde se anotarán las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares que se adopten en procesos penales. Pendiente de desarrollo reglamentario.

Da la sensación de que el Legislador, tras 25 años de vigencia constitucional, había olvidado en el último momento aspectos sustanciales.

Ambas leyes entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, sin *vacatio legis*, con nueva confusión para los ya confundidos aplicadores del Derecho.

Este recorrido legislativo, a salvo las últimas reformas de 2003 faltas de pasar “*el filtro constitucional*”, no fue suficiente para que el Tribunal Constitucional viniera considerando inadecuada, desde la perspectiva de las exigencias constitucionales, la centenaria regulación de la prisión provisional. Estimación de numerosas demandas otorgando amparo por vulneración del derecho a la libertad, en sede de prisión provisional, hacían tambalear el sistema legislativo vigente. Entre otras, la STC 156/1997, de 29 de septiembre, que recuerda cómo “*El hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva*”.

La STC 47/2000, de 17 de febrero (demanda de amparo interpuesta contra auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 1996; esto es, se tardó cuatro años en resolver el recurso), por la que el máximo intérprete de la Constitución plantea cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECrim, constituye la crónica anunciada de la no adecuación del instituto a la Constitución de 1978.

Esta sentencia insiste en la necesidad “*que se persigue con la adopción de la medida cautelar limitativa de libertad*”. Reitera que la falta de razonamiento lesiona no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino singularmente la propia libertad, al desconocerse el fundamento de su privación.

En este marco es evidente que cualquier reforma debía partir de la superior protección de uno de los valores en juego en el proceso penal (libertad frente a la seguridad). No debía modelarse el instituto con fines de política criminal, ni atribuirle funciones represivas o tendentes a calmar la alarma social.

Sin embargo, las reformas de 2003 se enmarcan en lo que se ha dado en llamar “*Derecho Penal de la seguridad*”. Ha primado, con la hipócrita apariencia de acomodación a los reclamos constitucionales, la seguridad (o la lucha contra la inseguridad ciudadana), desvirtuando en el fondo los fines de esta medida cautelar. Sin necesidad de remontarse al año 2002, el clima de necesidad de poner fin a la inseguridad ciudadana ha prevalecido en el año 2003. En éste se materializan reformas como la relativa al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (LO 7/2003, de 30 de junio); Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (Ley 27/2003, de 31 de julio); en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (LO 11/2003, de 29 de septiembre); o la más amplia reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre (reduciendo el límite mínimo de la pena de prisión; innovando penas y tipos delictivos...).

No constituía el momento social ni político más adecuado para reformar el instituto con criterios *pro libertate* y excepcionalidad, de acuerdo con la mayoritaria valoración negativa de su propia existencia y configuración. Se abordó la modificación, nuevamente “*a golpe de oportunismo político*”.

No puede seguir utilizándose la prisión preventiva como arma de política criminal.

Destaca un triple objetivo de la reforma. Se perseguía:

1. La adecuación del instituto a la doctrina del Tribunal Constitucional.

“La consecución de este objetivo resulta acuciante, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido imponiendo requisitos —con el tiempo cada vez más claros y exigentes— para que la institución de la prisión provisional sea respetuosa con el contenido del derecho a la libertad, tal y como viene consagrado en su artículo 17 de la Constitución, y del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2... Sobre la prisión provisional existe al día de hoy... un cuerpo de jurisprudencia constitucional que nuestros tribunales han de aplicar cotidianamente y que en algunos aspectos no encuentra su debido reflejo en la regulación legal de la institución. La mejor prueba de la urgencia con que debe ser acometida la labor de adecuar la ley procesal penal a los postulados del Tribunal Constitucional en este tema es que el máxi-

mo intérprete de la Constitución, en la sentencia 47/2000, elevó autocuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (Exposición de motivos de la LO 13/2003).

2. Fines de política criminal: mejora en la lucha contra la delincuencia habitual y organizada. Fin represivo, incompatible con su verdadera naturaleza cautelar y provisional.

3. Protección a la víctima. El instituto es, en principio, ajeno a dicho objetivo, sin perjuicio de que en casos precisos, se adopten, incluso como primeras diligencias, las medidas de protección oportunas, tal como previenen los arts. 13, 544 bis y 544 ter LECrim.

V. PRINCIPIOS

Configurada la medida como auténtica excepción al derecho de la libertad y tendente al aseguramiento de los fines del proceso, se mantiene la vigencia de los siguientes principios que han de inspirar tanto los requisitos determinantes de la adopción de la medida como la forma de su cumplimiento.

*“De acuerdo con ese significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE (...). Se trata de una formulación negativa, similar a la que define el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 CE, y que establece una reserva de ley para las restricciones legítimas de la libertad. La misma **reserva de ley** se prevé en el art. 17.4 CE, en su segundo inciso, para una modalidad específica de restricción a la libertad, la prisión provisional, imponiendo este precepto que sea la ley la que determine el plazo máximo de duración de la misma. En la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal declaró que la prisión provisional es una medida cautelar sometida al **principio de legalidad, excepcional, subsidiaria, provisional, y proporcionada al logro de fines constitucionalmente legítimos**” (STC 147/2000, de 29 de mayo).*

1. De legalidad

Nulla custodia sine lege.

Únicamente es posible decretarla con arreglo a lo que establece la propia LECrim, y leyes especiales que incorporen previsiones propias al respecto (por ejemplo, arts. 215 y ss. de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; art. 28 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores...).

“Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y forma previstos en la ley” (art. 17.1.º CE; art. 9.º de la Declaración Universal de Derechos

Humanos; art. 9.1.º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos...).

No es admisible la arbitrariedad. La prisión preventiva puede decretarse en tanto la ley lo permita, de tal forma que se articula como árbitro entre el derecho de la sociedad al aseguramiento del imputado y el derecho a la libertad individual de éste. Sólo cuando concurren los presupuestos previstos legalmente (en esencia, comisión de un delito grave, inexistencia de dudas sobre la participación del sometido a prisión y concurrencia de los fines que la justifican) puede acordarse la medida. Ninguna privación de libertad sin previa ley. La norma “ninguna privación de libertad sin previa ley” es aplicable también aquí, así como el principio de irretroactividad en cuanto la nueva norma sea más perjudicial. De las SSTC 32/1987 y 117/1987, de 8 de junio, cabe defender, en caso de duda en materia de sucesión de leyes, la más favorable a la libertad provisional. Se excluye lógicamente la potestad reglamentaria. La materia ha de ser regulada por LO, al afectar a un derecho fundamental.

“... La regla *nulla custodia sine lege* obliga que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se opera contra lo que la ley dispone (STC 127/1984; 34/1987, de 12 de marzo...). Se solapan así y coinciden en esta materia infracción legal y vulneración de la Constitución, de modo que la eventual superación del plazo máximo de la prisión provisional adquiere un rango constitucional (STC 56/1997, de 17 de marzo; 98/1998; 71/2000; 72/2000...). En consecuencia, no cabe que la interpretación judicial sobre el precepto legal que determina el plazo de la prisión provisional sea reconducida de manera mecánica al ámbito de una cuestión de legalidad ordinaria; al contrario, ya que en ese precepto se determinan las condiciones formales y materiales bajo la que procede la privación provisional de libertad, la interpretación al respecto mantenida por los Tribunales puede adquirir relevancia constitucional si, por su naturaleza, la misma desconoce los márgenes legales hasta el extremo de que desfigure los enunciados de la ley que resulta de aplicación”. “La prisión provisional sólo puede ser impuesta en la medida en que esté prevista expresamente por la ley, hasta el punto de que cabe formular la máxima *nulla custodia sine lege*” (STC 147/2000, de 29 de mayo). En las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4, se expresa que “el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma”, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: “En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita”. La interrelación entre los aparta-

dos 1 y 4 del art. 17 CE comporta en esta materia obligaciones tanto para el legislador como para el órgano judicial que la imponga en concreto, obligaciones que hemos mencionado en otras ocasiones y que ahora conviene recordar... La ley (dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales) desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde —aunque no sólo— se determina el tiempo “razonable” en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de 20 de julio). Pero a pesar de este carácter decisivo de la ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal ley ha de estar sometida a la Constitución. Por ello, hemos afirmado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal (SSTC 206/1991, de 30 de octubre; 3/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2), así como que el art. 17.4 CE no es una norma en blanco” (SSTC 8/1990, de 18 de enero; 206/1991; 13/1994, de 17 de enero).

“...la regla ‘*nulla custodia sine lege*’ obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los ‘casos’ a que se refiere el art. 17.1 CE), y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la ‘forma’ mencionada en el mismo precepto constitucional)” (STC 121/2003, de 16 de junio).

2. Jurisdiccionalidad y arbitrio judicial

Únicamente la autoridad judicial puede acordar la prisión provisional, según puede defenderse con base en el art. 25 CE (que prohíbe a la Administración privar directa o subsidiariamente de libertad) y 17 CE. Frente a la detención, medida adoptada generalmente por fuerzas y cuerpos de seguridad, aquélla siempre es competencia judicial. No de cualquier Juez, sino del ordinario penal, del que entienda del proceso, y en consecuencia se halle en mejor posición para valorar la concurrencia de los presupuestos que fundamenten la medida. Según el art. 502 LECrim “*podrá decretar la prisión provisional el Juez o Magistrado Instructor, el Juez que forme las primeras diligencias, así como el Juez de lo Penal o Tribunal que conozca de la causa*”.

A diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, cuya Constitución establece claramente el principio de judicialidad en la materia⁽²⁵⁾, la Constitu-

(25) Art. 13: no puede acordarse ninguna forma de detención ni cualquier otra forma de privación de libertad, sino mediante auto motivado de la autoridad judicial.

ción Española no establece dicha reserva judicial de forma clara. No obstante, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la propia legalidad ordinaria, nadie puede dudar cómo la *“prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales. Aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, es lo cierto que la doctrina de este Tribunal la ha afirmado reiteradamente desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada”* (STC 147/2000, con cita de las SSTC 41/1982; 108/1984; 56/1987; 3/1992; 66/1997..., 66/1997, entre otras).

Esta medida característica se ha señalado con relación a los procedimientos de extradición (arts. 8.º al 10 de la Ley 4/1985), en ejecución de la orden europea de detención y entrega (art. 17 de la Ley 3/2003, de 24 de marzo), y en el procedimiento para la exigencia de responsabilidad penal de los menores, instaurado por LO 5/2000, de 12 de enero, en el que si bien la dirección de la instrucción se atribuye al Ministerio Fiscal, éste ha de acudir al Juez de Menores para la adopción de la medida cautelar de internamiento u otras limitativas de libertad (art. 28 LORPM).

La decisión sobre la puesta en libertad es competencia exclusiva del Juez, no vinculado por las pretensiones de las partes acusadoras. Si bien, tras el sistema instaurado por la LO 5/1995, la previa solicitud de prisión provisional de, como mínimo, una parte acusadora se configura como presupuesto incondicional de su aplicación, la puesta en libertad obedece a decisión única de la autoridad judicial. Así se desprende de la STC 71/1994, al declarar la inconstitucionalidad del art. 504 bis.2.º LECrim, adicionado por la LO 4/1988, que demoraba la puesta en libertad cuando se formulara recurso por el Ministerio Fiscal en relación a determinados delitos.

Concurriendo los presupuestos y fines determinantes de la prisión, no deviene obligatoria su adopción, aun cuando lo solicite el propio querellante (art. 277 LECrim) o cualquier parte acusadora en la audiencia prevista en el art. 505 LECrim. No existe automatismo, y ello se desprende de las expresiones legales: *“Podrá decretar”* (art. 502 LECrim), *“podrá ser decretada”* (art. 503 LECrim)...

La medida —indicaba la Exposición de motivos de la LO 10/1984, de 26 de diciembre— no ha de aplicarse con automatismo, sino que la autoridad judicial tomará su decisión *“teniendo en cuenta las circunstancias del caso... para permitir que sea el órgano jurisdiccional quien valore, en la tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso, cuándo debe decretar la prisión preventiva y cuándo la libertad provisional del imputado”*.

Valoración de las circunstancias concurrentes, del hecho, de la entidad de la pena previsible y de la onerosidad de la medida que compete a la autoridad judicial (art. 502.3 y 3 LECrim).

El arbitrio judicial se extiende a determinar si para gozar de este beneficio el inculpado ha de prestar o no fianza. No es preceptivo el pago de ésta para librarse de la medida cautelar (art. 529 LECrim).

Si el Juez decide acordar la libertad provisional con fianza, para concretar su cuantía ha de valorar los criterios legales de naturaleza del delito, estado social del inculpado, expresión en la que hay que incluir su situación patrimonial⁽²⁶⁾ (especialmente para no impedir que el *status* económico del sujeto convierta la libertad provisional en beneficio inalcanzable), sus antecedentes y factores que aumenten o disminuyan el *periculum in mora* (art. 531 LECrim).

3. Excepcionalidad

“La excepcionalidad de la prisión provisional —reza la exposición de motivos de la LO 13/2003— significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonadamente detallada prevea”.

No ha de constituir la regla general. Reviste carácter restrictivo. Sólo debe durar *“lo que subsistan los motivos que la haya ocasionado”* (art. 528.1.º LECrim, que reitera la proclamación del art. 504.1.º en tal sentido). Debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines asignados. *“Debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena ni tener carácter obligatorio”* (Exposición de motivos de la LO 7/1983, de 23 de abril).

El principio aparece recogido en el art. 9.3.º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (*“no debe ser la regla general”*). Ha sido claramente mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Stögmüller*, Sentencia de 10 de noviembre de 1969; caso *Neumeister*, Sentencia de 27 de junio de 1968; *Maznetter*, Sentencia de 10 noviembre de 1969; *Wenholl*, Sentencia 27 de junio de 1968, y por el Consejo de Europa (Recomendación 80/11, de 27 de junio de 1980: *“debe considerarse como medida excepcional”*).

El art. 1.º RO Circular de 20 de marzo de 1916 (M.º Gracia y Justicia, G. 22) ya sentaba la *“conveniencia de que, inspirados en el verdadero propósito de la ley, restrinjan (los jueces) la prisión provisional a aquellos casos que sean absolutamente indispensables”*.

(26) Aunque específicamente no se aluda a tal criterio en la Ley.

También el Tribunal Constitucional:

“Al consistir la prisión provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” (Sentencia 41/1982, de 2 de julio), “es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el estatus de libertad personal del inculcado” (STC 32/1987).

“Este Tribunal ha declarado reiteradamente que esta medida cautelar tiene carácter excepcional... así como que la interpretación de las normas reguladoras de la misma debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, debiendo optarse en caso de duda por la menos restrictiva de la libertad” (STC 88/1988).

“La prisión provisional se caracteriza asimismo por ser una medida excepcional (...). La excepcionalidad de esta medida cautelar ha sido también reiteradamente reconocida por la doctrina de este Tribunal (...). En relación con la prisión que se puede sufrir en un procedimiento por delito, la STC 14/2000, de 17 de enero, ha indicado en este mismo sentido que la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar; así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro Ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal... y a la presunción de inocencia.

Conforme ya ha quedado indicado, en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (STC 3/1992, de 13 de enero) el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción” (...).

Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del *favor libertatis*... o del *in dubio pro libertate*..., formulaciones que en definitiva, vienen a significar que la interpretación o aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional *“deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional”* (STC 147/2000, de 29 de mayo).

Contradictoriamente con este principio, la realidad penitenciaria muestra el elevado número de internos preventivos en relación con el de condenados, mal ya puesto de manifiesto en la Circular de 10 de octubre de 1933 (Ministerio Fiscal. G. 12): *“De tales lazos estadísticos ha resultado una correlación desproporcionada entre los... que cumplen la sanción penal... y los procesados presos a resultas de la decisión de su proceso”* —y en la Circular de la FGE de 4 de noviembre de 1982—: *“la realidad social nos muestra la existencia de un considerable número de presos preventivos”*. En España —afirma FARALDO

CABANA ⁽²⁷⁾— “casi la cuarta parte de los internos en establecimientos penitenciarios se encuentra en espera de una sentencia definitiva... (lo que) es ciertamente demostrativo de que la prisión provisional es una medida cautelar excepcional en el plano teórico, pero absolutamente ordinaria en la práctica ordinaria de la instrucción penal”.

4. Instrumentalidad

Su fundamento y límite tradicionales radican en impedir que el inculgado se sustraiga a la acción de la justicia u oculte pruebas. Si no concurre el riesgo de evasión, la medida se convierte en una violación innecesaria de su derecho a la libertad.

Como medida cautelar tendente a asegurar la ejecución del fallo (cumplimiento de la pena privativa de libertad), dictado y firme éste concluye su misión, al igual que si el procedimiento termina de otra forma (sobreseimiento en cualquiera de sus modalidades).

Pretende asegurar el cumplimiento de una futura sentencia condenatoria. Si el proceso no concluye con fallo condenatorio, o con pena privativa de libertad o, en caso de concurrir, de duración inferior a la privación de libertad sufrida preventivamente, la medida ha resultado superflua, injusta y eventualmente generadora de responsabilidad personal y patrimonial de la Administración.

La instrumentalidad, tradicionalmente al servicio del *periculum in mora*, actualmente ha de servir precisamente a los fines consignados en los arts. 503.1.º y 2.º LECrim (evitar la fuga, no ocultación, alteración o destrucción de pruebas o protección a la víctima). También, aunque es ajeno a su naturaleza, cuando haya riesgo de reiteración delictiva.

5. Subsidiariedad

“El subprincipio de necesidad exige la justificación objetiva de la prisión provisional. Deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales... sino también si existe alguna otra alternativa menos onerosa para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión provisional, no supongan sacrificio de aquel derecho fundamental (la libertad con fianza, la retirada del pasaporte y demás medidas de control establecidas en las leyes)”.

⁽²⁷⁾ FARALDO CABANA, P., “El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional”. *Actualidad Penal*, año 2003, n.º 25, marginal XXIV, p. 636.

Se proclama en el art. 502.2.º LECrim: “*se adoptará cuando sea objetivamente necesaria.. y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*”.

La reforma de 2003, aparte de la posibilidad de cumplimiento del imputado adicto a estupefacientes en centro de internamiento⁽²⁸⁾, se muestra asaz parca a la hora de establecer medidas alternativas. La conveniencia de arbitrar éstas aparece ya recogida en la resolución (65) 11, de 9 de abril de 1965, del Consejo de Europa. Entre otras, menciona la vigilancia en casa; prohibición de ausentarse de un lugar determinado sin previa autorización judicial; comparecencia voluntaria ante la autoridad (judicial o policial) que se designe; retirada del pasaporte (que se contempla en el nuevo art. 530 LECrim como medida aseguradora del cumplimiento de la obligación *apud acta* y no como sustitutiva de la prisión provisional) o de otros documentos de identificación; la prestación de una garantía o la colocación de jóvenes delincuentes en instituciones especializadas.

El art. 28 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores articula, junto a la medida cautelar de internamiento, la libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Este principio reclama se opte por la medida alternativa menos restrictiva de la libertad.

6. Proporcionalidad

“... la proporcionalidad —que constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública— exige adecuación de la prisión provisional a determinados fines.

Esto significa que no toda finalidad justifica la privación de libertad del imputado o acusado durante un proceso penal, sino que esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionales legítimos... en segundo término, la proporcionalidad exige no sólo que la medida sea adecuada al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, sino que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone, sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida”⁽²⁹⁾.

(28) Posibilidad admitida en términos más amplios, con relación a personas que sufran cualquier enfermedad mental aunque no excluya ni disminuya intensamente sus capacidades cognitivas o volitivas, en el art. 286 del Código de Procedimiento Penal italiano.

(29) Exposición de motivos de la LO 13/2003.

Desde una doble perspectiva: atendiendo a los fines asignados al instituto en el art. 503 y a la hora de sopesar la pena previsible con la duración y naturaleza de la medida.

La medida debe ser proporcionada a la consecución de aquellos fines establecidos por el Tribunal Constitucional (STC de 29 de septiembre de 1997).

La prisión provisional mira al futuro, a la pena previsible. Debe existir proporción entre la privación preventiva de libertad del no condenado y el hecho delictivo; entre la previsible pena que pueda imponerse —valorando las posibles circunstancias concurrentes— y la duración de la medida.

No puede olvidarse constituye un anticipo provisional de la pena. El Juez deviene obligado a evitar su prolongación más allá de la duración de aquélla. Antes de acordarla, ha de plantearse si el sujeto va a sufrir efectivamente privación de libertad. Desde este punto de vista, no puede desecharse la posibilidad de aplicación al delincuente primerizo del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; sustitución de las penas privativas de libertad...

La importancia del principio de proporcionalidad ha sido resaltada por BARONA VILAR⁽³⁰⁾.

La proporcionalidad debe marcar el rumbo en cualquier decisión que se adopte en esta materia, cual la determinación del importe de la fianza en caso de prisión o libertad provisional condicionadas a la misma.

Especialmente se desoyen las exigencias de tal principio:

— Cuando se parte siempre del máximo previsto para el delito, de la pena abstracta máxima, sin valorar las circunstancias concurrentes (*ex art. 501.1.º “delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión”*).

La pena a valorar no es la teórica y mucho menos la más grave abstractamente atribuida al tipo delictivo. Ha de atenderse a la pena previsible en términos reales.

En este sentido, la Circular 2/1996 FGE:

“No puede olvidarse la doctrina del Tribunal Constitucional que ha precisado no puede atenderse a la pena en abstracto, sino en concreto, es decir

(30) BARONA VILAR, S., “El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional”, *Revista jurídica, La Ley*, año 8, número 1818, de 13 de octubre de 1987, para quien “*el legislador ha tenido en todo momento presente la necesidad de tomar en consideración... a la hora de determinar si procede o no decretar la prisión provisional y las restantes medidas cautelares*” el mismo.

tomando en consideración las posibles atenuantes o grado de percepción delictiva o de participación (STC 9/1994, de 17 de enero). Por lo que sí a la vista de la concurrencia de una atenuante (art. 66) la pena a imponer no puede ser superior a tres años, aunque la pena en abstracto sí puede rebasar ese límite, no será encuadrable en el supuesto en el inciso final del art. 503.2.”

Circunstancias indiciariamente concurrentes, que son sopesadas en otros ordenamientos (art. 278 del Código de Procedimiento Penal Italiano).

Tras la reforma de 2003, la única referencia lo es a la concurrencia de causa de justificación (art. 502.4.º LECrim). Ninguna se contiene lamentablemente a otras causas de extinción de la responsabilidad criminal, posibles atenuantes, grado de perfección delictiva o de participación, posible suspensión o sustitución de la pena...

— Cuando se reduce el límite mínimo a partir del cual procede la adopción de la medida de tres⁽³¹⁾ a dos años de prisión en el reciente art. 503.1.º1.ª LECrim.

— Cuando, aun tratándose de pena inferior, se permite decretar la prisión “*si el imputado tuviera antecedentes penales... derivados de condena por delito doloso*” (art. 503.1.1.º). O “*cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realizar sus actividades delictivas con habitualidad*” (art. 503, *in fine*).

Se trata de criterios, afectos de notoria ambigüedad y ajenos en principio a la prisión provisional, y que no necesariamente motivarán agravación de la pena previsible. En este sentido, se atiende al criterio de reincidencia genérica, cuando el art. 22.8 CP considera agravante únicamente la específica (delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza⁽³²⁾). La coautoría o la habitualidad no motivarán necesariamente la agravación de la pena.

Por ello, se sacrifica en la reforma de 2003 el principio analizado en pro de razones político criminales.

Al contrario, respeta este principio la prohibición de prisión ante delitos imprudentes, que sólo se menciona cuando se persiga evitar la comisión de

(31) “Prisión menor” continuaba rezando el hasta ahora vigente art. 503, habiéndose acudido a las tablas de conversión previstas en la disposición transitoria undécima de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre.

(32) FARALDO CABANA, P., op. cit., p. 638.

nuevos hechos delictivos (*“Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo sea doloso”*, ex art. 503.2.3.º LECrim).

7. Sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*

Debe modificarse si varían los criterios utilizados para su adopción. Tan pronto aparezca que el inculpado no es autor del hecho, que éste no reviste los caracteres de delito, que la medida se ha extendido suficientemente en el tiempo o que ha desaparecido el *“periculum in mora”* ha de modificarse la situación. Tan pronto desaparezca el fundamento para mantenerla, procede acordar la libertad del sujeto.

La declaración de los arts. 504 y 528 LECrim (*“La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”*), se complementa con el derecho a que la causa del privado preventivamente de libertad sea atendida con especial diligencia y con auténtica preferencia⁽³³⁾.

Para prolongar la situación de prisión es preciso se mantengan las razones que la hubieran ocasionado (STC de 2 de julio de 1982). Como toda medida cautelar y provisional, continúa esta Sentencia, está sometida al criterio o principio *rebus sic stantibus*, razón por la cual la variación de los presupuestos implica, si no la extinción, si la variación de la medida y su sustitución por otra.

El Tribunal Constitucional ha reiterado esta doctrina: si bien, *ab initio*, las circunstancias concurrentes pueden fundar la medida, *“en un momento posterior, el paso del tiempo obliga a considerar, no sólo si se han modificado estas circunstancias, sino también las personales conocidas en ese momento”*... *El paso del tiempo puede modificar las circunstancias objetivas que pudieron justificar que en un primer momento se acordara la prisión provisional y además obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores”* (STC 94/2001. En el mismo sentido STC 47/2000).

“La medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma. Debe poder deducirse de la continuación de la resolución que le acuerda, aunque en un primer momento estos fines puedan justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el delito” (STC 47/2000).

“Es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo que si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos,

(33) Exposición de motivos de la LO 10/1984, de 26 de diciembre.

como la gravedad del delito y posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto” (STC 142/2002, de 17 de junio).

Resultan por ello inadmisibles las decisiones judiciales que mantienen *ab initio* la prisión provisional “hasta que se celebre el juicio” o expresiones similares. Aun desaparecida la exigencia de ratificación del auto de prisión, la permanencia de la medida reclama su revisión periódica, lo que debía haberse contemplado específicamente como obligación en el texto legal.

Por el contrario, a salvo de la vigilancia para que no transcurran los plazos máximos de prisión, el transcurso del tiempo desde la adopción de la medida no se valora suficientemente por el legislador de 2003.

8. De celeridad y preferencia en la tramitación del procedimiento y en la resolución de solicitudes relativas a libertad

“El celo de la autoridad judicial en obtener la rapidez del procedimiento todavía ha de ser mucho mayor en las causas con preso, porque, de otro modo, y por aplicación de los arts. 17 y 24 CE procedería acordar su puesta en libertad” (STC 66/1997, de 7 de abril).

Ante el cúmulo de asuntos, existe una clara opción legislativa otorgando preferencia a la tramitación de determinados procesos, como acredita, v.gr., el art. 795 LECrim (“enjuiciamiento rápido”).

Rapidez y prisión provisional no se aúnan en el nuevo marco legal.

Tradicionalmente, el preso preventivo gozaba del derecho de preferencia en la tramitación del procedimiento: “derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia” (art. 504.3.º LECrim): “el ciudadano de un pueblo libre no debe espiar faltas que no sean suyas ni ser víctima de la impotencia o egoísmo de Estado”⁽³⁴⁾.

Este verdadero derecho del inculpado a exigir del Juez un pronunciamiento rápido sobre su situación personal aparece enérgicamente protegido en nuestro ordenamiento. La correlativa obligación derivada de este derecho ya aparecía recogida en el art. 2.º de la RO Circular de 20 de marzo de 1916 (M.º Gracia y Justicia, G.22):

“Procuren que en la tramitación y despacho de las causas en que haya presos se proceda con la más extraordinaria rapidez, no consintiendo que en

(34) Real Decreto aprobatorio de la LECrim.

ningún caso se excedan los plazos que para cada trámite marca la ley, cuidando de que en las carpetas de estos procesos se coloque un distintivo que en forma ostensible denote que hay presos en los mismos.”

Este derecho a la tramitación prioritaria, trasluce, v.gr., en el orden de suspensión de vistas establecido en el art. 188 LECivil (“*en todo caso, tendrá preferencia la vista relativa a causa criminal con preso*”). O en el art. 463 del Código Penal, al castigar la incomparecencia del citado en forma, Juez o miembro del Tribunal, Secretario, Ministerio Fiscal o abogado cuando, sin justa causa, provoque la suspensión de juicio “*en causa criminal con reo en prisión*”.

Los desaparecidos autos de ratificación del auto de prisión constituían en este sentido un recordatorio, establecían la obligación de revisar en determinado plazo el proceso en cuyo marco se adopta la privación de libertad de la persona presumida inocente.

El art. 5.3 CEDH proclama con claridad como “*toda persona arrestada o detenida... tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o a ser puesta en libertad durante el procedimiento*”.

No se consigna tal principio expresamente en el nuevo articulado. Antes al contrario, la “*máxima celeridad*” y preferencia sólo se predica en el art. 504.66.º LECrim (introducido por LO 15/2003), cuando ya han transcurrido más de las dos terceras partes de su duración máxima (hasta dos años, seis meses y seis días en caso de prórroga hasta cuatro años). Sólo entonces se otorga específicamente dicha preferencia y celeridad (para evitar a toda costa la puesta en libertad, más pensando en el desaparecido criterio “*alarma social*” que en el verdadero significado y naturaleza de la medida), cuando “*el Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia —transcurso de las dos terceras partes de la duración máxima de la medida— al Presidente de la Sala del Gobierno y al Fiscal Jefe del Tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad*”. Sólo entonces se proclama la preferencia respecto al resto de procesos.

Si se ha logrado alcanzar una (simulación)⁽³⁵⁾ de justicia rápida ante el Juzgado de Guardia, a costa del ilimitado horario de funcionarios, jueces, abogados..., hemos de concluir necesariamente que se ha renunciado intencionadamente a otorgar dicha primacía y presteza desde la incoación, en causas en que se sufra prisión preventiva. Prima nuevamente el objetivo de seguridad ciuda-

(35) Sobre crítica a la denominada “justicia rápida”, vid. PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El nuevo juicio de faltas (LO 8/2002, de 24 de octubre)*. Ejemplar mecanografiado. Resumen de la ponencia del autor en conferencia impartida en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, 12 de diciembre de 2002.

dana, ahora conseguido desvirtuando los fines propios de la institución analizada, y alertando cuando ésta está próxima a finalizar.

Ello no obvia concluir como el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas debe predicarse con mayor rigor en aquellos procesos en que se sufra prisión preventiva. La irrazonabilidad de la duración del proceso, con olvido de la privación de libertad simultánea, constituirá claro supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Sentencia de la sección cuarta de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 1999 que aúna dilaciones indebidas y prisión provisional).

9. De mínima prolongación

Como medida cautelar, que anticipa el sacrificio de un derecho fundamental sin título judicial firme autosuficiente (condena), la prisión provisional debe prolongarse lo mínimo posible.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente como el art. 17.4 CE encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en situación de prisión provisional más allá de un plazo razonable, atendidas las circunstancias del caso. *“El referido derecho fundamental guarda una estrecha conexión con el derecho a un proceso ‘sin dilaciones indebidas’... pero, como la lentitud de la justicia causa mayores males en el proceso penal, la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento... y la prisión provisional no debe sacrificar el derecho a la libertad más allá de lo indispensable”* (STC de 30 de octubre de 1991).

Debe desterrarse todo olvido de la prohibición del exceso.

Mal se compadece este principio con el mantenimiento, tras las reformas de 2003, de la posibilidad de prorrogar la medida hasta un máximo de cuatro años. Tal posibilidad, hoy por hoy nos parece sencillamente inadmisibile. Al igual que cuando en numerosos supuestos se permite la imposición de la medida para delitos castigados con penas inferiores a dos años.

Ello, a pesar de las declaraciones de principios incumplidos que incorpora el art. 504.1.º LECrim (*“durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos... y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”*), proclamación que reitera el art. 528.3.º LECrim (*“Todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la... prisión provisional de los inculpados o procesados”*).

Si la prisión provisional se ha prolongado en exceso, sin causa imputable del que la sufre, es preciso no cabe permanecer indiferente ante el sufrimiento del perjudicado ante una privación de libertad anticipada. La solución debe radicar, al igual que jurisprudencialmente se ha establecido para los supuestos de vulneración el derecho fundamental, a un procedimiento sin dilaciones inde-

bidas⁽³⁶⁾, en la vía de la atenuación que pudiera imponerse. En este sentido ASÚA BATARRITA⁽³⁷⁾, basándose en las ideas de WOLTER propone, *de lege ferenda*, la introducción de causas de exclusión o atenuación de la pena, de fundamento constitucional, en caso de grave vulneración de los derechos humanos durante la actuación policial o el proceso, mencionando entre otras el “*exceso de duración de la prisión preventiva*”.

10. Principios acusatorio y de contradicción

Tras la reforma operada por la disposición adicional de la LO 5/1995, de 22 de mayo, rige la máxima “*nulla custodia sine previo actore*”.

La decisión de adopción de prisión provisional queda sustraída de la voluntad unilateral del juez, aunque éste tenga la última palabra. No puede de oficio valorar unilateralmente los presupuestos y fines ni concluir la procedencia de acordar la medida. Se exige para su adopción solicitud previa de parte —principio acusatorio— y previa audiencia con asistencia de las partes —principio de contradicción—.

Si en la audiencia prevista en el art. 505 LECrim, ninguna de las partes acusadoras intervinientes reclama la adopción de la medida cautelar examinada, el juez deviene obligado a acordar la inmediata puesta en libertad del imputado detenido o a mantener ésta, cuando no lo estuviera.

Para decretar la privación de libertad debe preceder petición de parte precisamente acusadora, y no de la defensa. Es imaginable que ésta en algunos supuestos (por ejemplo, el internamiento preventivo de toxicómanos, previsto en el art. 508.2.º LECrim) interese la adopción de medida cautelar cuando no ha precedido previa solicitud de parte acusadora. El juez no puede, a la vista del tenor legal, acceder a la pretensión exclusiva de la defensa en orden a adoptar la medida.

Al igual que acontecía en la legislación derogada, no puede hablarse en puridad de estricto sometimiento al principio acusatorio, cuando no se establece claramente la prohibición de que el Juez vaya más allá de las pretensiones de las

(36) STS de 8 de junio de 1999, reflejando el sentir de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, manifestada en Pleno de 21 de mayo de 1999, donde, tras acudirse a una aplicación analógica de los arts. 58 y 59 CP, concluye “es indudable existe una analogía que permite fundamentar la aplicación del art. 21.6 porque todos los hechos posteriores que tienen un efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes de la pena. Lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia”.

(37) ASÚA BATARRITA, A., “Causas de exclusión o de la restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional”. En *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos* (Libro Homenaje al profesor Dr. D. Ángel Torío López), Comares, Granada, 1999, pp. 221 y ss.

partes acusadoras no sólo en orden a la prisión provisional sino también con relación a las condiciones que rijan la libertad provisional (con o sin fianza; cuantía de ésta; periodicidad de la obligación *apud acta* de comparecer...). Si bien se establece la necesidad de que exista solicitud de parte legitimada para la constitución, mantenimiento y modalización de la prisión provisional a lo largo del proceso, en interpretación literal del texto legal, el juez podría agravar las condiciones de la prisión o libertad provisional, exigiendo fianza más elevada, mayor número de presentaciones ante la autoridad judicial... Defendiendo la tesis de la posibilidad de que el órgano judicial vaya más allá de la cantidad de fianza exigida para libertad provisional, Auto de la sección 2.^a Audiencia Provincial de Tarragona de 27 de junio de 2003, valorando antes que la concreta petición de la única parte acusatoria, los criterios fijados en el art. 531 LECrim.

Pretendida la modificación de la prisión a lo largo de la causa por la única o todas las partes acusadoras, la autoridad judicial estaría obligada a acordarla.

11. Presunción de inocencia

En análisis judicial previo para determinar la concurrencia o no de los presupuestos de la prisión provisional, no desvirtúa en modo alguno este derecho, que proclaman los arts. 24.2.º CE, 11.1.º de Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2.º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos... Siempre planea la duda sobre si el que permanece privado de libertad es inocente.

Cualquier medida o tratamiento que quiera operarse sobre presos preventivos debe ser precisamente “*compatible con la presunción de inocencia*” (art. 64 LOGP).

La prisión provisional consiste sencillamente en la privación de libertad del presumido inocente.

Y “*la presunción de inocencia —establece la STC 156/1997, de 29 de septiembre— impone a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional ciertos límites infranqueables, y en tal sentido exige no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse... La apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de instrucción no significa establecer una presunción de culpabilidad del denunciado, sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos racionales que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida*” (STC 108/1994) ⁽³⁸⁾.

(38) “La presunción de inocencia aboga por el carácter excepcional de la medida, en relación con el único objetivo posible de la prisión provisional: asegurar la presencia del imputado en el proceso penal en relación con la ejecución. Ninguna otra finalidad es

Sin duda padece dicho principio cuando se previene la obligatoriedad de la medida, mediante presunción *iure et iure*, en caso de existencia de dos requisitorias en los dos años anteriores, sin exigencia de duración alguna en la pena previsible. Cuando, a la hora de definir los fines o presupuestos de la medida, se parte de conjeturas contrarias al imputado, cuales son la posibilidad de actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, la presunción de reiteración cuando el imputado actúe concertadamente con otra u otras personas, o realice actividades delictivas con habitualidad.

Si la presunción de inocencia reclama no sólo la existencia de prueba de cargo suficiente, sino también la obtención y práctica de los distintos actos de investigación con observancia de las exigencias constitucionales, el respeto a los derechos fundamentales..., constatada en fase de instrucción la vulneración de éstos y consiguiente conclusión en orden a su ilicitud..., no deben desplegar efecto alguno ni siquiera en orden a justificar la prisión preventiva. Ello, con absoluta independencia de las distintas tesis sobre el momento procesal y órgano judicial (instructor o decisorio) que deba concluir su nulidad⁽³⁹⁾.

esgrimible como justificación de la medida. El desvío del fin esencial la convierte en represión anticipada y constitucionalmente vedada". RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura Constitucional*.

(39) Nadie niega ya en España la imposibilidad constitucional y legal de valorar pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales —incurriendo además en presunto delito— por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes (arts. 24.2 y 14 de la CE y 11.1 LOPJ). No existe norma alguna que expresamente prohíba o rechace la posibilidad de examinar la nulidad antes del plenario. "La nulidad, si hubiere lugar a ella, operaría en la misma instrucción, dejando sin efecto, con las consecuencias que fueren, las diligencias tachadas de tal vicio" (Voto Particular a Auto TS 3 de febrero de 1993 de referencia).

La STS de 13 de julio de 1992 indica: "Sólo la prueba relativa a los hechos, producido con absoluto ajuste al ordenamiento jurídico, ha de ser tenida como tal. La llamada prueba prohibida ha de quedar, tan pronto se constate su naturaleza, expulsada del proceso".

La nulidad de actos de investigación, por supuesta vulneración de derechos fundamentales, puede y debe articularse en la propia fase de instrucción. El Juez debe expulsar de inmediato la prueba ilícita, o al menos valorar su posible concurrencia a otros efectos (v.gr., para valorar la sostenibilidad de una sentencia condenatoria).

Mantiene RODRÍGUEZ RAMOS ("Las intervenciones telefónicas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992) que "una interpretación de los arts. 11.1, 238.3 y 240 LOPJ, desde la perspectiva constitucional, exige concluir que nada más producirse o ser conocido por el interesado un vicio o vicios esenciales en la adopción o ejecución de una medida de intervención telefónica, pueden y deben plantearse su nulidad y su consecuente e inmediata ineficacia, a través de cualquier recurso viable y, de no existir ninguna, de una solicitud directa de nulidad".

El art. 44 LOPC habla de inmediatez de la denuncia.

Ello reviste importancia fundamental, singularmente ante la privación de libertad de una persona, y los principios de instrumentalidad y proporcionalidad que rigen la medida.

12. Del no castigo por medio de la prisión provisional

La institución no puede ser entendida como pena a cuenta, como anticipo del castigo futuro, ni debe asumir fines que son ajenos a la misma. No puede ser entendida como ejecución de pena privativa de libertad, a pesar de la coincidencia material, en su ejecución.

“Aunque la prisión provisional coincide materialmente con las penas privativas de libertad, ya que también consiste en una restricción de libertad, al tratarse de una medida cautelar no puede ser confundida ni plenamente identificada con la pena de prisión; con la prisión provisional no pueden perseguirse fines punitivos ni de anticipación de la pena” (STC 147/2000, con cita de la STC 128/1995).

“Su prolongación no puede servir —recoge la Sentencia TEDH 27 de julio de 1992— para anticipar una pena privativa de libertad.”

“Como regla de tratamiento —indica la STC 156/1997—, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se haya jurídicamente establecida. Y, con mayor razón proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.”

El principio del no castigo del preso preventivo, obliga a valorar en el momento inicial de su adopción y mientras se mantenga su onerosidad. Debe perjudicarse lo mínimo posible al imputado en *“su persona, reputación y patrimonio”* (art. 520 LECrim). Antes que adoptarla automáticamente, *“el Juez o Tribunal tendrá en cuenta... la repercusión que (la) medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias”* (art. 502.3.º LECrim).

VI. PRESUPUESTOS

Podemos distinguir entre requisitos materiales (atinentes al hecho, pena, delincuente, límites temporales y fines a perseguir), formales (relativos a la forma y contenido de la resolución, judicial que acuerde la medida) y procedimentales (exigencias derivadas del principio acusatorio, competencia y audiencia del art. 505 LECrim).

1. Presupuestos materiales. Fines legales.

El Tribunal Constitucional ha establecido no resultan suficientes los requisitos tradicionales de comisión de un delito acreditado en la causa, pena previsi-

ble superior a determinado límite y que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del hecho a la persona contra quien haya de dictarse el auto de prisión.

Precisamente la no exigencia de un fin concretamente perseguido con la medida, llevó al Tribunal Constitucional en la STC 47/2000, de 17 de febrero, a plantear cuestión de inconstitucionalidad de los derogados arts. 503 y 504:

“La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 CE, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto prima facie que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se exprese en la resolución que la acuerda.

La constitucionalidad de la prisión provisional exige el cumplimiento de determinados requisitos:

a) *Es necesario que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva, y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. En concreto, se ha señalado que estos riesgos a prevenir son la sustracción de la acción de la Administración de la Justicia, la obstrucción de la Justicia Penal y la reiteración delictiva”* (STC 94/2001, de 2 de abril). Añade la exigencia de resolución judicial motivada. En la misma línea, STC 23/2002, de 28 de enero.

Son los presupuestos que han de concurrir para que pueda acordarse judicialmente la prisión. La decisión requiere un juicio previo, serio y fundado en actos de investigación objetivos y no en meras sospechas, que determine, tanto en la parte acusadora como en el juez, de forma clara la conclusión sobre la indubitada concurrencia de aquéllos. La adopción de la prisión por falta de valoración de aquellos requisitos o su errónea apreciación puede generar responsabilidad criminal.

Están contenidos básicamente los arts. 503 y 504 LECrim, sin olvidar los límites generales previos que incorpora el art. 502 y las exigencias derivadas de los principios hasta ahora analizados.

Básicamente, la prisión provisional reclama la comisión de un delito, “*motivos bastantes*” (exigencia superior derivada de los meros indicios) para creer al sujeto pasivo de la medida responsable criminal del hecho y la concurrencia de uno de los fines previstos en el art. 503, párrafo 1.º (ordinal 3.º) y párrafo 2.º.

Respecto al hecho, se precisa además pena máxima igual o superior a dos años, elemento que analizaremos en el apartado 8.º

El art. 503 indica que podrá decretarse la prisión cuando:

1.º “*Conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena*” de determinada duración.

Un requisito probatorio y otro sustantivo. Respecto al segundo, no procede decretar la prisión preventiva ante una falta o infracción administrativa, aunque nada indique el legislador específicamente. No obstante, el art. 495 LECrim prohíbe incluso que, ante una falta, se acuerde la detención, medida privativa de libertad habitualmente menos onerosa. Si no procede ésta —menos onerosa—, resulta congruente afirmar el principio de la imposibilidad de decretar la medida estudiada ante una mera falta, tal como entendió en su día ASENCIO MELLADO⁽⁴⁰⁾. La expresión “*delito*” no admite interpretación extensiva.

Este presupuesto, junto con la prueba sobre la participación, constituye el *fumus boni iuris*, la constatación del delito y su autor.

Si concurre causa de justificación, la prisión provisional deviene improcedente (art. 502.4.º LECrim). Y lógicamente no cabe adoptarla “*cuando... se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito*”.

Incomprensible resulta no se aluda a la eventual concurrencia de causa de inculpabilidad o inimputabilidad, cuando pueden determinar la exención de responsabilidad criminal. No cabe olvidar la eventual conveniencia de arbitrar medida de seguridad *ab initio*.

2.º “*Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*”

No basta constatar el hecho ni la gravedad de la pena para privar a una persona de libertad. Resulta imprescindible probar o estimar fundada y objetivamente que es autor o cómplice de un delito. Tal requisito constituye una llamada a la prueba, a la concurrencia de datos objetivos y prácticamente concluyentes sobre la culpabilidad inicial de un individuo, al que se va a privar de libertad. El Ministerio Fiscal que postule la adopción de la medida o el Juez o Tribunal que la adopte, previamente deben efectuar una valoración del elemento probatorio, según su conciencia. Así debe interpretarse la exigencia legal de “*motivos bastantes*” no equiparable a sospechas, conjeturas o probabilidades.

El art. 273 del Código de Procedimiento Penal Italiano alude a “*graves indicios de culpabilidad*”.

Si para procesar deben incurrir indicios racionales de criminalidad (art. 384 LECrim) para decretar la privación de libertad se exige un plus, se exigen “*motivos bastantes*” que justifiquen la medida. Entre aquéllos y éstos la dife-

(40) ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Madrid, 1987, p. 112.

rencia radica en el estado de la prueba; los “*últimos apuntan a una sospecha más vehemente de que se ha perpetrado el hecho*: es necesario que sean más y más graves, que no sólo denoten una posibilidad racional... sino que permitan ya sostener desde un principio, en el sentido de una imputación meramente provisional, que la persona inculpada es responsable del delito⁽⁴¹⁾. No utilizamos el término “*pruebas*” en sentido estricto (la practicada anticipadamente en el acto del juicio oral con todas las garantías) sino como comprensivo además de los actos de investigación o diligencias practicadas en el sumario.

La presentación de querrela o denuncia no obliga sin más al Juez a decretar la prisión, aunque en ellas pueda contenerse la solicitud de que se decrete la medida (art. 277 LECrim), que el juez puede naturalmente adoptar o no. Tampoco resulta suficiente la sola declaración del sujeto activo del delito (el art. 406 LECrim establece la obligación de nuevas diligencias de prueba que acrediten lo confesado) o del sujeto pasivo. Se reclama eliminar la duda sobre la culpabilidad, valorando en esta fase inicial del procedimiento, simultánea o posterior al procesamiento, todos los elementos de los que se disponga.

3.º “*Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines.*”

No siendo suficiente ni la gravedad del hecho ni la participación criminal, las reformas de 2003 incorporan como principal novedad el requisito de persecución de alguno de los fines u objetivos que enumera el legislador. Su concurrencia resulta imprescindible para acordar la prisión. Se persigue acatar la doctrina del Tribunal Constitucional.

Son:

a) El tradicional del *periculum in mora*.

“*Se persiga... asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga*” [art. 503.3.º a)].

La concurrencia de dicho peligro, en fin, se verificará partiendo de una valoración conjunta de “*la naturaleza del hecho, gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, situación familiar, laboral y económica, así como la inminencia de la celebración del juicio oral*” [criterios mencionados en el art. 503.1.3.ºa)].

Todas estas circunstancias son objeto del interrogatorio previsto en el art. 388 LECrim (preguntas relativas al arraigo). La existencia de matrimonio, hijos, profesión, establecimiento mercantil abierto, unida a la ausencia de reincidencia, pueden manifestarse decisivas en orden a la no justificación de adop-

(41) MATTES, H., *La prisión preventiva en España*. Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU). 1975, p. 27, citando a SÁEZ LÓPEZ.

ción de la medida provisional, y ello aunque el delito fuera grave, tal como apunta GIMENO SENDRA, con cita de las Sentencias TEDH *Letelier* de 26 de junio de 1991, *Cloht* de 12 de diciembre de 1991 y *W.C. contra Suiza* de 16 de enero de 1996.

La Circular 2/1995, de 22 de noviembre, de la FGE apunta igualmente cómo “*para estimar la existencia de ese peligro de fuga o ocultación habrá que estar al sinfín de circunstancias que se resisten a una enumeración exhaustiva, y que pueden resultar indicativas a esos fines (arraigo familiar y social; domicilio conocido; estabilidad laboral; mayor o menor gravedad del delito; posibilidades reales de ocultación o fuga...)*”.

Lo que resulta claro —tal como proclamó el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 30 de enero de 1995— (decretando libertad bajo fianza de MARIO CONDE y ARTURO ROMANI), es que la gravedad delictiva y la desaparecida alarma social, son insuficientes por sí solas para restringir un derecho fundamental como el de la libertad.

La inmediatez del juicio parece jugar a favor de la adopción de la medida cautelar, singularmente en los supuestos de enjuiciamiento rápido. Cabe, no obstante, sostener lo contrario. A mayor proximidad del juicio, disminuye la posibilidad de fuga.

Se presume dicho peligro, cuando conste en el proceso la existencia de dos requisitorias para llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. Este requisito no opera automáticamente. Si “*a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones*”, el sujeto no ha dejado de acudir a los llamamientos judiciales, no procederá decretar la prisión por esta causa, singularmente cuando no existe límite respecto a la pena previsible.

b) Para preservar la pena (“*evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento*”).

No pueden equipararse tales conductas con los actos articulados en ejercicio del derecho de defensa, o con la falta de colaboración del imputado (por ejemplo, acogiendo a su derecho constitucional de no declarar).

El peligro de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba reclama sean de las relevantes para el enjuiciamiento; exista, no una mera presunción o facilidad de investigación, sino un “*peligro fundado y concreto*”. Para ello, deberá atenderse especialmente a la “*capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo*”.

La intervención de terceros reclama lógicamente la connivencia con la persona que deba sufrir la privación de libertad.

La realización de aquellas conductas motivará la correspondiente deducción de testimonio para prosecución, eventualmente, de delito contra la Admi-

nistración de Justicia, cuando concurran los correspondientes elementos típicos⁽⁴²⁾.

Ese riesgo de perjudicar la investigación, mediante las conductas descritas, podrá evitarse en gran medida, sin necesidad de acudir a la prisión, que constituye la “*última ratio*”, adoptando alguna de las medidas previstas en el art. 544 bis LECrim (singularmente, prohibición de residencia o de acudir a determinados lugares, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas). Si el párrafo 3.º del art. 544 bis LECrim, modificado por duplicado precisamente por las LO 13/2003 y 15/2003, previene que, en caso de incumplimiento de éstas, puede el Juez decretar prisión u otras medidas cautelares que impliquen mayor limitación de libertad, atendida la excepcionalidad y subsidiariedad de la que examinamos, sólo podrá fundarse exclusivamente en este fin cuando el imputado incumpliere tales cautelas, impuestas igualmente mediante celebración de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim.

En cualquier caso la consagración legal de este fin no permite la utilización de la prisión provisional con fines coactivos o de impulso de la instrucción sumarial, propiciando, v.gr., la obtención de declaraciones de los imputados. Tal proceder aparece proscrito procesalmente en términos genéricos en el art. 389 LECrim⁽⁴³⁾.

c) “*Evitar pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente contra los sujetos pasivos del delito de violencia familiar del art. 173.2 CP.*”

En realidad, este objetivo ya está contemplado en el fin previsto en el apartado 2.º (riesgo de comisión de nuevos delitos) que se refiere genéricamente a la posibilidad de comisión de nuevas infracciones penales, sin distingo, sin necesidad de primar especialmente concretas situaciones.

La expresión “*bienes jurídicos de la víctima*” es asaz ambigua. En puridad, prácticamente siempre podrá atentarse contra éstos. Esta indeterminación, unida a la falta de exigencia de pena mínima para decretar la prisión en este supuesto, permitirá inicialmente decretar la prisión provisional ante cualquier presunto delincuente.

No se incorpora ninguna referencia a la gravedad de dicho eventual atentado contra bienes jurídicos de la víctima.

Si lo que se pretendía era reforzar la protección de los perjudicados u ofendidos, con la atención puesta especialmente en el delito de violencia fami-

(42) Singularmente, art. 464 CP.

(43) “Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza”, sin perjuicio de su encuadre sustantivo en algunos de los delitos contra la integridad moral.

liar habitual, hubiera bastado con las medidas previstas en los arts. 544 bis y 544 ter LECrim, que pueden desembocar, en caso de incumplimiento, precisamente en la prisión provisional.

d) Evitar el riesgo de reiteración de “*nuevos hechos delictivos*”, por el mismo sujeto, siempre que se contemple pena igual o superior a dos años, y pueda concluirse su fundada participación en el hecho de que motive el procedimiento. El art. 5.1.c) CEDH fundamenta la privación de libertad en este supuesto en los siguientes términos: “*cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción*”.

En la expresión “*hechos delictivos*” cabría incluir, en deplorable interpretación extensiva, la comisión de futuras faltas, cuando por sí misma tal conducta no constituya delito, a la luz de las modificaciones introducidas por la LO 11/2003, de reforma del Código Penal (arts. 147, 234 y 244.1.º, entre otros).

La referencia a ese “*riesgo*” nos recuerda en cierto modo algún supuesto de estado de peligrosidad de la derogada Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. En cualquier caso, debe concurrir “*peligrosidad criminal*”, convencimiento más allá de la mera posibilidad, documentado científicamente en la medida de lo posible (informes psicológicos, valoración de situación personal, familiar e historial delictivo...) de comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro.

Ni las “*circunstancias del hecho ni la gravedad del delito, constituyen a priori criterios claros de la concurrencia de dicho riesgo*”. Los hechos graves (homicidios, lesiones...) no son objeto de reiteración habitualmente por la misma persona.

En este supuesto, la actuación concertada con otra u otras personas, siempre que medie organización para comisión de hechos delictivos, o cuando se constate habitualidad delictiva, no reclama la concurrencia del límite previsto en el ordinal primero. Surge la duda sobre si el legislador se refiere sólo al límite temporal o también a la exigencia de delito, permitiendo, v.gr., la prisión provisional ante la constatación de faltas realizadas con habitualidad.

Resulta criticable puedan desprenderse los anteriores extremos, sin más, de los “*datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial*”, sin exigencia siquiera de ratificación o contradicción ante el propio Juzgado.

A simple vista, la coautoría puede dar lugar a la prisión provisional sin más añadidos, salvo la fundada participación del sometido a ella en el hecho investigado. No se reclama en todo caso la presencia de delito. Bastaría la realización concertada y/o habitual de faltas. Dada la dicción legal, resulta suficiente la actuación delictiva, mediante *pactum sceleris* o la habitualidad, prescindiéndose por completo de la exigencia de una duración mínima en la pena previsible.

Se excluye, con relación a este último fin, el delito imprudente.

Parece claro que los fines contemplados en los anteriores apartados c) y d) se identifican con los propios de la prevención general y/o especial, así como la necesidad de protección a la víctima. Por muy fundados que sean, son ajenos a la prisión provisional, presidida por la presunción de inocencia. La lucha contra la criminalidad debe articularse mediante una pena pronta y eficaz, mediante recursos político-criminales, pero no a costa del sacrificio preventivo de un derecho fundamental. *“No se trata de una medida de aseguramiento del proceso sino de una medida de seguridad preventiva... Supone una perversión del instituto objeto de análisis la mutación que sufre desde su consideración como instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades instructoras a su previsión como instrumento de previsión y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la comisión de otros delitos⁽⁴⁴⁾.”*

Desaparece como presupuesto toda referencia a la *“alarma social”* —implícita en la relación que se establece entre prisión provisional y violencia familiar—. También a la frecuencia —implícita en parte en la habitualidad o en la comisión de forma organizada—, y que en el derogado art. 503.2.^a constituían criterios que podían fundamentar la adopción en la medida ante hechos castigados con pena inferior a la de prisión menor. El primer criterio se mantiene no obstante en el art. 28 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores en orden a la adopción de la medida cautelar de internamiento, normativa que debe ser interpretada de acorde con las exigencias constitucionales y el nuevo marco de la prisión provisional. Este criterio (*“irritación social”*) se introdujo en la Alemania nazi de 1935 y condujo a claros abusos, hasta el punto de ser suprimido del código procesal germano en 1950. Queda en nuestro derecho tardíamente desterrado en sede de prisión provisional. El Tribunal Constitucional afirmó reiteradamente su inidoneidad para fundar la adopción de la medida: *“La invocación de la alarma social que generan los hechos imputados... no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional... la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un proceso rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”* (STC 98/1997). En igual sentido, STC 47/2000, de 17 de febrero.

La prisión, no obstante, no deviene en ningún caso obligatoria, aun concurriendo todos los presupuestos que la legitiman, por muy grave que sea la pena previsible. No tiene carácter automático. En cualquiera de los supuestos contemplados, para decretarla, el juez debe valorar la repercusión de esta medida

(44) FARALDO CABANA, P., op cit., con cita de FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990.

en el imputado. Y en todo caso, se impone la valoración de las circunstancias personales, del hecho objeto de las actuaciones y la entidad de la pena a imponer.

La expresión “*circunstancias del hecho*” prima por su ambigüedad. En principio daría entrada a cualquier elemento que el Juez considerase digno de valoración. En cualquier caso, entiendo debe referirse a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal reflejadas en la forma de comisión del hecho, daños personales o materiales, peligrosidad del sujeto... sin olvidar nunca los fines específicos de la medida cautelar y los principios que la presiden.

2. Procedimiento. La audiencia del art. 505 LECrim.

La vigencia de los principios acusatorio y de contradicción en el seno de esta medida cautelar personal introducidas por la LO 5/1995, de 22 de mayo, se materializan a través de la audiencia prevista en el art. 505 LECrim, cuya celebración deviene imprescindible.

La solicitud de prisión debe articularse precisamente en dicha audiencia, resultando preceptiva la convocatoria del Ministerio Fiscal, de todas las partes acusadoras personadas y del imputado con su abogado. Obligatoria no obstante sólo resulta la presencia de la Autoridad Judicial, Secretario, Ministerio Fiscal y del imputado con su Abogado.

La audiencia debe celebrarse en el plazo máximo de setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición del detenido ante el juez.

— En cualquier caso el juez puede decretar la libertad provisional, por lo que la decisión sobre convocatoria de la audiencia compete en exclusiva al mismo. Si media solicitud de parte acusadora de convocatoria para la comparecencia previa de prisión, podrá rechazarla mediante auto fundado. En tanto conlleva denegación de prisión, tal resolución deviene recurrible. Sólo deberá convocar a las partes cuando entienda concurren los presupuestos que justifican la prisión. La solicitud de convocatoria de audiencia, no vinculará en orden a su celebración consecuentemente al juez, que puede decretar en cualquier momento, sin celebrar aquélla, la libertad provisional.

— Resultará preceptiva cuando se decrete la prisión o se trate de alterar las condiciones de libertad provisional del imputado, siempre que sean más perjudiciales. Nunca si se pretenden mejorar.

— En cuanto al desarrollo, tras la convocatoria, principiará por fase de alegaciones proposición de prueba a practicar en el acto o dentro de las setenta y dos horas desde la detención, y conclusiones.

Como novedades, la reforma de 2003 incorpora:

Debe celebrarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro del plazo de setenta y dos horas desde que el detenido es puesto a disposición de la autoridad judicial. Si realmente se convoca con urgencia, aumentarán las posibilidades de práctica de prueba, dado que la misma debe operarse dentro de dicho período, lo que no será posible si se convoca en las últimas horas.

Debería haberse eliminado la posibilidad de que el Juez pueda prolongar la detención otras setenta y dos horas, sin ubicar el término *a quo* del plazo de detención en el momento en que se produzca la efectiva privación de libertad. Corruptela que entiendo contraria al art. 17.2 de la Constitución.

— Necesidad de audiencia para decretar la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad con fianza.

— En el ámbito del enjuiciamiento rápido, su celebración se hace coincidir con la audiencia prevista en el art. 798 LECrim, que aglutina múltiples y excesivas finalidades, difícilmente compatibles con la serenidad exigida para decidir, acusar y defender (continuación del procedimiento; medidas cautelares; solicitud de apertura de juicio oral; resolución adoptándola; formulación de acusación y de defensa...).

— La facultad de proponer prueba y formular alegaciones a la defensa se reconoce exclusivamente si alguna parte acusadora interesa la prisión provisional o libertad con fianza. En caso contrario, ambas resultan innecesarias. Lo lógico sería aguardar al conocimiento del resultado de las diligencias que se practiquen dado que en función de éste, la acusación contará con mayores datos para articular la pretensión relativa a la situación personal del imputado que estime más adecuada.

— La audiencia puede no celebrarse dentro del plazo previsto, con carácter excepcional, y adoptarse de oficio la prisión por el juez (art. 505.5.º LECrim). Para este supuesto, aumentan las posibilidades de la autoridad judicial de decretar de oficio la prisión hasta su celebración dentro de un nuevo plazo de setenta y dos horas, de la segunda audiencia. Puede el juez decretar la medida no sólo cuando concurra *periculum in mora* junto a delito y motivos bastantes sobre participación del autor, sino también cuando concurren los presupuestos previstos en el art. 503 LECrim junto a cualquiera de los fines previstos. En el mismo sentido, para convertir la libertad provisional en prisión, con posterior convocatoria de audiencia (art. 539.4.º).

— Se aborda la problemática derivada de la puesta a disposición del detenido ante Juez o Tribunal que no conozca o haya de conocer de la causa. Éstos celebrarán idéntica audiencia, siempre que el detenido no pueda ser puesto a disposición del órgano competente. En este caso, “*una vez que el Juez o Tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado,*

tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda". No se exige ahora específicamente la presencia ni del Ministerio Fiscal ni de las partes acusadoras. Si se acordara la libertad por el Juez competente no habría mayor problema. En caso de decretarse la prisión, ¿contemplaríamos una simple ratificación formal de la decisión dictada anteriormente por Juez incompetente, a pesar de la desaparición del auto de ratificación en 1995? Si el Juez opta por el mantenimiento de la prisión provisional previamente decretada por Juez incompetente y, en mayor medida, si agrava las condiciones de la misma no resulta suficiente una mera ratificación. Reclama el principio acusatorio la presencia de las partes acusadoras interesando aquélla, agravamiento o atenuación de sus condiciones.

La necesidad de celebración/repetición de la audiencia ante el Juez competente podía haberse evitado extendiendo la posibilidad de celebración mediante videoconferencia o sistema similar, siempre que se garantice la contradicción y se dé cumplimiento a las exigencias derivadas del principio acusatorio⁽⁴⁵⁾.

— La audiencia no reclama la presencia física del Ministerio Fiscal. El párrafo 4.º del art. 306 LECrim prevé específicamente —en línea con la reforma operada simultáneamente en el art. 229 LOPJ— la intervención mediante videoconferencia o sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido. No hay razón para excluir de la presencia física a otras partes, incluso del propio imputado, cuando fuera imprescindible o conveniente, en las mismas condiciones. Singularmente, en los supuestos en que el detenido es presentado a autoridad distinta de la que tramita la causa, no parece descabellado acudir al mismo procedimiento de presencia virtual.

El Juez deberá pronunciarse al término de la audiencia y, en todo caso, en el plazo de setenta y dos horas desde la puesta del detenido a disposición judicial, sobre su situación personal. *“Si ninguna de las partes (acusadora) las instare, acordada necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.”*

3. Formales. Razonamiento del auto que decrete la medida. Notificación en caso de secreto de actuaciones

La motivación del auto que debe dictarse (art. 506 LECrim) constituye una exigencia tradicional, sin olvidar que es inherente al propio concepto de *“auto”* el deber de razonamiento y exteriorización del mismo. La RO de 13 de marzo de 1895, del Ministerio de Gracia y Justicia, ya recordaba el objetivo de la obligación de razonamiento del auto de prisión:

(45) Arts. 306, 325 y 731 bis LECrim y 229 LOPJ, en su redacción dada por la Ley 13/2003.

“Los acuerdos de más grave trascendencia para la tranquilidad, la reputación, la libertad y los intereses de los ciudadanos, y por ello con la motivación de la resolución se consigue que aquéllos conozcan los motivos de tales acuerdos y que puedan conocerlos sus defensores y contradecirlos si lo estiman oportuno. Los Jueces se autolegitiman para decretar la medida”.

Prohíbe esta orden el uso de fórmulas estampadas, exigiendo incluso consten *“en las actuaciones con letra manuscrita”*, pues *“aunque sea frecuente la analogía y aun la paridad de razones adecuadas en distintos casos para justificar... la prisión... no se puede ni debe excusar la indicación de los motivos particulares que cada vez determinen el ánimo de los jueces y Tribunales para adoptar este linaje de resoluciones”.*

Es reiterada la doctrina constitucional en la misma dirección:

“Se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que, cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho, máxime en el supuesto de prisión provisional. En otro caso, la conexión del art. 24 con el 120 3.º Constitución es evidente, y por ello se dijo en la sentencia 41/1982, de 2 de julio, que al ser la prisión provisional una privación de libertad, debe adoptarse mediante resolución judicial motivada. Su justificación es la posibilidad de la defensa del interesado, tanto por vía judicial ordinaria como constitucional” (STC 56/1987, de 14 de mayo).

“La motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales es una exigencia formal del principio de proporcionalidad, y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada” (STC de 29 de septiembre de 1997).

“Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional, deben expresarse en una resolución judicial motivada. Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) y que esta ponderación no sea arbitraria, en sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional” (STC 23/2002, de 28 de enero).

“Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta causa, los derechos fundamentales afectados... la restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento

de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho... Es esa finalidad cautelar y no represiva la que permite acordarla sin vulnerar la presunción de inocencia, subrayando después que la falta de expresión de ese fundamento justificativo afecta a la misma existencia del presupuesto habilitante, por lo tanto, al derecho fundamental proclamado en el art. 17 CE... Es indispensable “la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido” (STC 47/2000, de 17 de febrero).

En suma, el Juez debe constatar, sin olvidar que normalmente nos encontraremos en una fase procesal en la que actividad probatoria será inicial y precaria, concurren los requisitos determinantes de la aplicación de la medida, relativos al *fumus boni iuris* (existencia de delito y motivos bastantes para atribuirlo a la persona que la sufra), concurrencia de los fines constitucionales expresados, valorando la existencia de una pena grave, circunstancias del hecho, antecedentes, riesgo de nuevo ataque a bienes jurídicos o de reiteración, de acorde con los criterios legales instaurados. Deberá velar por el cumplimiento de los principios inspiradores de la prisión provisional. Si en este proceso de razonamiento referido al hecho, a su prueba, a la legalidad vigente, a la concurrencia de los fines hoy proclamados en el art. 503.3.º LECrim, surge la duda, habrá que optar por otra medida cautelar menos onerosa.

El plazo para dictar el auto elevando la detención a prisión, en los supuestos previstos en el art. 497 LECrim (detenidos por intentar cometer un delito; delincuente *in fraganti*, fugado contra quien se siga causa pendiente; procesado o condenado en rebeldía; procesado por delito al que corresponda pena superior a la de prisión menor o inferior si puede presumirse no comparecerá al llamamiento judicial; procesado detenido por su participación en un delito) es de setenta y dos horas, máximo de duración de la detención judicial. Plazo que rige lo mismo si la detención ha sido acordada por la propia autoridad judicial u otra cualquiera, iniciándose el cómputo desde el momento en que el detenido le hubiese sido entregado. El rebasar este límite, sin acordar la libertad o la prisión por auto motivado, puede ser constitutivo de delito (art. 530 y ss. CP).

En los supuestos del art. 498 LECrim (detención y/o puesta a disposición judicial del procesado fugado, rebelde o respecto al que se estime fundamentalmente no comparecerá al llamamiento judicial) se contempla la intervención de dos autoridades judiciales: el competente para conocer de la causa —el que haya dictado procesamiento previo y prisión— y aquél a quien es presentado el procesado detenido. En tales supuestos, el plazo de setenta y dos horas comienza a contar desde la entrega al primero del sujeto, debiendo el juez no competente limitarse a celebrar la audiencia prevista en el art. 505 LECrim y poner, en su caso, a disposición del competente la persona del detenido.

En caso de detención de personas ya condenadas (art. 500 LECrim), no procede acordar la prisión provisional, sino evidentemente la conducción al establecimiento o lugar de condena.

La doctrina se ha planteado sobre si el auto de elevación a prisión de la detención ha de venir precedido o, a lo sumo, ser simultáneo con el auto de procesamiento⁽⁴⁶⁾. En realidad, la polémica no debiera plantearse pues si “*desde que resultare del sumario algún indicio de criminalidad contra determinada persona*”, surge la obligación de dictar auto de procesamiento (art. 384 LECrim), y la prisión requiere la constatación de más que simples indicios racionales de criminalidad — “*motivos bastantes*”—, es obvio que antes de dictarse la prisión debiera existir ya procesamiento. La prisión debiera ser posterior o simultánea al procedimiento. Lo mismo cabe predicar respecto a la imputación en el ámbito del procedimiento abreviado. La ausencia de imputación/procesamiento, en tanto subsiste la prisión, debe asentarse sobre muy sólidos motivos, singularmente cuando prolongada ésta en el tiempo, no se articula aquélla prontamente.

La desaparición del auto de ratificación de prisión no implica prescindir de ésta en ulteriores resoluciones del procedimiento. Debe aludirse a la situación personal en el auto de procesamiento; en el auto de apertura del juicio oral en el ámbito del procedimiento abreviado (art. 783 LECrim); en el auto acordando la continuación del procedimiento en el denominado “*procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*” (art. 800 LECrim), o en este mismo proceso, en el auto que adopte cualquiera de las resoluciones previstas en los tres primeros ordinales del art. 779.1.º (art. 798.3 LECrim). Ratificaciones que cabe defender igualmente en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, a la vista de la remisión contenida en el art. 24.2.º de la LO 5/1995, de 22 de mayo, a la LECrim como norma supletoria, ya se entienda referido dicho reenvío a las normas de procedimiento común, ya a las del procedimiento abreviado.

El art. 506 exige auto tanto para decretar la prisión como para prolongarla, debiendo razonarse específicamente la necesidad y proporcionalidad de la medida, con referencia a los fines reseñados.

Como novedad se previene que, en caso de secreto, existe la obligatoriedad de seguir motivando el auto de prisión, distinguiendo, a efectos de notificación, dos momentos:

(46) ASENCIO MELLADO, J.M., op. cit. pp. 210 y ss.; MATTES, H. op. cit. pp. 25 y 26; SÁEZ JIMÉNEZ, LÓPEZ FERNÁNDEZ: *Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, tomo IV, vol. II, Madrid, 1968, pp. 565 y ss.

— Si persiste la situación de secreto, debe incorporarse a la resolución una sucinta descripción del hecho y el fin perseguido con la medida cautelar, omitiendo aquellos aspectos que justifiquen la decisión de no publicidad para las partes.

La STC 18/1999, de 22 de febrero, ya recordó cómo “*el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la investigación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al Juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarle todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquéllas... el Instructor bien hubiera podido dictar un auto de prisión en el que se hiciera referencia de forma escueta a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar... lo que no cabe es omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa*”.

— Alzado el secreto, deviene obligatorio notificar íntegra e inmediatamente el auto al imputado personalmente. A partir de ese momento, podrá ejercitar nuevo recurso, o, en su caso, ampliar los ya ejercitados en trámite para evitar duplicidad.

Se incorpora específicamente la obligación de notificar el auto a los perjudicados u ofendidos por si pudiera verse afectada su seguridad, en línea con la obligación de comunicar tales resoluciones sobre la situación personal del imputado (singularmente en casos de violencia doméstica), recordada con carácter general en el art. 15 de la Ley sobre ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Competencia

En principio, únicamente será competente para dictar el auto de prisión el juez o tribunal ordinario, que será el que conozca del asunto, el facultado para dictar auto de procesamiento, auto de conclusión de diligencias previas/imputación en el ámbito del procedimiento abreviado... Quedan a salvo los supuestos previstos en el art. 499 LECrim (cuando el detenido sea entregado a juez incompetente). Éste deberá decidir sobre la situación del privado de libertad siguiéndose a continuación el camino previsto en el art. 505 LECrim. El art. 502 LECrim se refiere por ello al “*juez que forme las primeras diligencias*”.

El Juez de Instrucción pierde la competencia para decidir sobre la situación del reo, una vez declarado concluso el sumario y abierto el juicio oral —en el procedimiento ordinario— o en la fase de plenario —en el ámbito del procedimiento abreviado—, momentos en que aquélla pasa al Juez de lo Penal o Tribunal que conozcan del asunto. Éstos conservan su competencia en lo relativo a la situación personal de los acusados, aunque se hubiera interpuesto recurso de

casación [art. 861 bis a), párrafo 3.º], o, aplicando analógicamente este precepto, de apelación.

VII. RECURSOS

El derecho al recurso contra la resolución judicial que acuerda la prisión adquiere el rango de fundamental en el art. 5.1.4 del CEDH, referido a cualquier arresto o detención, así como en el art. 9.4 PIDCP (“*Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tiene derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida con la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal*”).

Antes de la reforma de 2003, contra el auto decretando la prisión, en el procedimiento ordinario, cabía recurso de apelación admisible sólo en el efecto devolutivo (arts. 504 bis.2 *in fine* y 529.3.º), previo recurso de reforma (art. 222). Con relación al abreviado, se planteaban dudas sobre si la forma de combatir el gravamen era la reforma, el recurso de queja o el de apelación (arts. 785.8 y 787.1, en su redacción anterior a la Ley 38/2002, de 24 de octubre).

El art. 501 LECrim, que continúa vigente e inmodificado, faculta al propio afectado para “*pedir de palabra o por escrito la reposición del auto*”. De ejercer este derecho, el juez debería pronunciarse mediante nuevo auto, sobre la petición o reposición formulada por el afectado.

Si la medida es acordada por un Tribunal, el recurso a ejercitar será el de súplica, a interponer entre el propio órgano en el término de tres días y observando en su tramitación el procedimiento previsto para el de reforma (arts. 211 y 236 a 238 LECrim).

La tramitación de estos recursos debe tener carácter preferente y urgente, no siendo admisible la habitual demora que en su substanciación y resolución se observa en la praxis judicial. Existe el derecho fundamental a recurrir la prisión o libertad con caución, y también el correlativo a derecho a que el Tribunal se pronuncie con urgencia sobre la legalidad de la medida (art. 9.4.º PIDCP). Junto a los ordinarios, caben lógicamente los recursos extraordinarios contra la resolución que confirme el auto de prisión o su improcedencia, como la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, agotadas las vías internas.

Tras la reforma de 2003, cabe recurso contra los autos que decreten o prorroguen la prisión provisional, remitiéndose el art. 507 al 766 LECrim, que resume el sistema de recursos propios del procedimiento abreviado (reforma, apelación subsidiaria o por separado, o apelación directa, sin previo recurso de reforma). Habrá que designar testimonio de particulares, siendo recomendable la remisión de testimonio de toda la pieza de situación.

El art. 518 LECrim, sólo derogado en parte, continúa proclamando la admisión en un solo efecto de la apelación.

Aunque se proclame lo contrario, este recurso no goza de tramitación preferente. Se establece un plazo máximo de resolución de treinta días, cuando el máximo establecido en el art. 766 es de doce días (cinco/impugnación-designación de nuevos particulares, dos/remisión de testimonios y cinco/para resolución). Conviene recordar resultará preceptiva la celebración de vista ante la audiencia provincial si lo solicita el recurrente.

Los mismos recursos proceden contra el auto que fije fianza (art. 529.7.º LECrim).

Cuando medie declaración de secreto, el sometido a prisión, con o sin fianza, puede recurrir el auto inicial, de contenido parcial, que se le notifique. Y podrá formular nuevo recurso, “*cuando el auto íntegro le sea notificado*” (art. 507.2.º). Tal vez hubiera resultado conveniente, en aras a la economía procesal, proveer antes la posibilidad de ampliación del primero que la formulación de un segundo, sin menoscabo del derecho de defensa.

En el ámbito del procedimiento abreviado, se prevé la posibilidad de interposición de recurso contra la adopción o ratificación de la medida en el auto de apertura de juicio oral (art. 783.3).

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, caben los recursos previstos en el art. 766 LECrim⁽⁴⁷⁾ contra el auto que acuerde cualquiera de las decisiones previstas en los tres primeros ordinales del apartado primero del art. 779, que adopte medidas cautelares. Sin embargo, si la prisión provisional se adopta en el auto de continuación del procedimiento, la decisión deviene irrecurrible (art. 800). Esta previsión vulnera el derecho fundamental al recurso en materia de privación preventiva de libertad.

VIII. LÍMITES TEMPORALES. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA MEDIDA

El factor “*tiempo*” adquiere especial incidencia en la medida cautelar que analizamos en un triple sentido:

1. Partir de una norma general: mínima duración de la privación de libertad.
2. La determinación de un límite mínimo, partiendo de la pena previsible para el hecho objeto del procedimiento en la que se acuerde, a partir del cual es posible decretar la medida, y,
3. La determinación del plazo máximo de prisión, dando cumplimiento al mandato constitucional establecido en el art. 17.4.º.

(47) La lógica hubiera impuesto la remisión al art. 507 LECrim cuando la medida cautelar adoptada fuera la de prisión provisional.

La institución analizada se haya limitada en un triple sentido: Ha de prolongarse lo mínimo posible. Sólo es posible su adopción a partir de una mínima duración de la pena previsible, y no pueden superarse en ningún caso los plazos máximos fijados.

1.º Norma general: la menor duración posible. Plazo razonable.

Regida por el principio de mínima prolongación, la prisión ha de prolongarse lo indispensable, estando obligados todos los intervinientes en el proceso a acortar su duración. Lo establece el art. 504.1.º LECrim (“*durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos... y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*”). Lo reitera el art. 528 (“*sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado*”), incorporando en su párrafo tercero del art. 528 la obligación de todas las autoridades que intervenga en el proceso de “*dilatar lo menos posible la prisión provisional de los inculcados o procesados*”.

Para lograr este fin —mínima prolongación— existen dos vías: instar la pronta terminación del proceso mediante sentencia u otra resolución que le ponga fin, o mediante la puesta en libertad del reo. La primera solución ha de ofrecerla la propia Administración de Justicia, dejando a salvo las dilaciones imputables al procesado. La segunda es un remedio exigible legalmente y de obligada adopción, transcurridos determinados plazos máximos.

De estos preceptos y de la propia naturaleza de la medida se desprende la necesidad de la inmediata puesta en libertad del reo cuando no se mantengan los presupuestos materiales antes analizados (hecho, presunción de autoría y fines que deben perseguirse con la prisión). Y se desprende igualmente la obligación de no dilatarla aun existiendo éstos.

En todo caso, la segunda norma general radica en la razonabilidad del plazo de prisión.

Lo proclama el art. 9.3 PIDCP: “*Toda persona presa... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*”.

Lo reitera el art. 5.3 CEDH: “*Toda persona arrestada o detenida... tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, o a ser puesta en libertad durante el procedimiento*”.

Para valorar este criterio se atenderá a la complejidad de la causa, a la necesidad de evitar dilaciones —que deben evitar, procedan de quien procedan, tanto el Juez de Instrucción como el Ministerio Fiscal⁽⁴⁸⁾—; naturaleza y duración de la pena previsible, comportamiento del imputado; paralización de la

(48) A éste, singularmente en el ámbito del procedimiento abreviado, le corresponde “de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación”.

causa; demora en el cumplimiento de solicitudes de colaboración con la autoridad judicial, ya proceda de organismos públicos o privados⁽⁴⁹⁾. No sólo debe valorarse el comportamiento del ciudadano, sino también las equivocaciones o posturas de partes acusatorias. Por ejemplo, no puede tacharse de razonable aquella prisión provisional que se justifica en la inicial pretensión del Ministerio Fiscal de implicar a gran número de ciudadanos, complicando y atrasando la resolución de la fase de instrucción, para luego solicitar el sobreseimiento respecto a los mismos o gran parte de ellos.

Debe valorarse singularmente la auténtica obligación estatal de garantizar el desarrollo del proceso en un plazo razonable, como imponen los convenios internacionales. Si a través de sus medios personales y materiales, incluyendo al propio Ministerio Fiscal, el Estado no puede dar cumplimiento a dicha obligación, no resta otro camino que continuar con la tramitación del proceso, pero respetando el auténtico derecho del ciudadano a permanecer en libertad. Y esa obligación estatal no surge exclusivamente cuando estén próximos los plazos máximos de prisión establecidos en el art. 504 LECrim⁽⁵⁰⁾, sino desde el comienzo de la causa. Aquel deber estatal de celeridad y diligencia reviste mayor importancia, desde la perspectiva constitucional, que el cumplimiento de la ley y plazos en el denominado procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, a pesar de parecer otra la opción legislativa.

Tampoco puede olvidarse, a la hora de concluir la razonabilidad de la duración de la prisión, la evolución de la imputación. Si, como hemos mantenido, para procesar resultan suficientes menos indicios y para decretar la prisión, “*motivos bastantes*” de participación criminal, la prisión devendrá injustificada si en un plazo relativamente largo no está formalizado el procesamiento o la imputación.

Por todos, auto Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de noviembre de 1999, manteniendo cómo, tras el transcurso de un año, la prisión provisional deviene injustificada si no está formalizada la imputación:

“(Este Tribunal) *estima que la situación es crítica y que la falta de un rápido desenvolvimiento del procedimiento puede hacer de un momento a otro injustificado el mantenimiento incondicional de la medida cautelar al no estar ni siquiera formalizada la imputación. Por ello entiende el tribunal... que...*

(49) Si, a tenor del art. 118 CE, toda persona, pública o privada, jurídica o física, está obligada a colaborar con las demandas que verifique la Administración de Justicia, éste deber reclama mayor eficacia y rapidez en procesos en que se sufra prisión preventiva.

(50) Como parece entender la exposición de motivos de la Ley 13/2003: “Los plazos máximos de duración de la prisión provisional imponen, siquiera sea de manera indirecta o mediata, una carga a la Administración de Justicia penal para actuar sin dilaciones indebidas.”

próximo a cumplirse un año desde que fuera decretada, traspasado dicho límite, debe justificarse adecuadamente en fuertes razones jurídicamente válidas su mantenimiento”.

2.º Naturaleza y mínima duración de la pena previsible.

No procede la prisión provisional cuando el delito investigado aparece sancionado con pena no privativa de libertad, o cuando ésta no alcanza un mínimo temporal, legalmente determinado.

Aparte de las exigencias derivadas de los principios de instrumentalidad y proporcionalidad, la razón de establecer un mínimo —a partir del cual pueda decretarse la prisión— estriba en la conveniencia de disponer de un criterio objetivo a partir del cual pueda sospecharse fundadamente que el reo tratará de eludir la acción de la justicia, primer fin descrito en el art. 503.3.º LECrim. El legislador considera que a partir de una pena igual o superior a dos años de privación de libertad, aumenta el peligro de fuga.

Este límite cuantitativo que relaciona prisión preventiva y gravedad de la pena, ha sido frecuente en nuestra legislación. Desde las Leyes de Partidas (Partida Séptima, Título I, Ley XVI, que sentaba la obligatoriedad de la medida en caso de probar un delito castigado con pena de muerte, pérdida de miembro y otra corporal) hasta el Reglamento Provisional de la Administración de justicia de 1835 (exigía pena de privación de libertad por más de seis meses), RD de 30 de septiembre de 1853 (prisión mayor) y LECrim 1872 (pena superior a prisión mayor). La LECrim vigente venía aludiendo a “*pena superior a la prisión correccional*”. La Ley 16/1980, de 22 de abril, redujo el límite a arresto mayor, lo cual mereció crítica negativa, entre otras razones, porque resultaba difícil concurrir ante tal exigua pena *periculum in mora*. La LO 7/1983, de 23 de abril, así como la redacción hasta ahora vigente, introdujo inicialmente la exigencia de pena superior a la de prisión menor.

Insistimos en cómo a la hora de valorar esa pena previsible, no puede permanecer ajeno al juego de circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes, grado de ejecución del delito, título de participación, concurso, pluralidad de delitos, primariedad delictiva... La pena máxima prevista no es la prevista abstractamente, sino la prevista con el juego de tales circunstancias, la resultante de la aplicación sistemática del Código Penal.

Se mantiene no es función del Juez de Instrucción, en las causas en que el fallo corresponde a otro órgano judicial, valorar la concurrencia de aquellas circunstancias, sino instruir, contribuir a la formación del sumario. No obstante, las actuaciones del sumario, concreta el art. 299 LECrim van encaminadas no sólo a hacer constar la perpetración del delito sino también de “*todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes*”. Si en el desempeño de esta función, el Juez constata la presencia de cualquier circunstancia que fundadamente motivará la atenuación o agrava-

ción de la pena, no vemos inconveniente alguno en la obligación de sopesarlas a la hora de privar de libertad a un sujeto no condenado. Lo impone la proporcionalidad. El que la medida se prolongue más allá de la pena establecida en la sentencia supondría un claro error en la valoración del hecho, del autor y circunstancias ⁽⁵¹⁾.

El establecer el límite mínimo de pena superior o igual a prisión de dos años (art. 503.1.º) no equivale al automatismo de la decisión en torno a su adopción, a la imposición obligatoria de la prisión cuando concurren tales requisitos respecto a pena y autoría y concurren los fines constitucionalmente perseguidos con la medida.

En la redacción legal hasta ahora vigente resultaba posible la prisión provisional ante delitos castigados con pena de prisión menor o inferior. La LO 10/1984, de 26 de diciembre, introdujo la posibilidad de que la medida se acordara ante hechos castigados con pena de prisión menor o incluso inferior, sin que se concretara un límite mínimo. Es decir, ante cualquier delito, castigado incluso con pena de multa, en una interpretación estrictamente legal del texto legal. Entonces, las presiones políticas conservadoras impusieron esta redacción, acorde con una visión deformada y represiva de la institución.

Para decretar la prisión provisional tanto ante penas inferiores a prisión menor como para no decretarla en caso de penas superiores, en los arts. 503.2.º y 504, párrafo 2.º, se introducían los siguientes criterios: “*antecedentes del imputado*”, “*circunstancias del hecho*”, “*alarma social*” y “*frecuencia con que se cometan hechos análogos*”.

Los dos últimos desaparecen por completo de la nueva redacción legal, de acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional.

Adecuando las penas de la LECrim, a través de la tabla de conversiones prevista en la disposición transitoria undécima de la Ley 10/1995, antes de la reforma de 2003, la prisión era posible en los siguientes supuestos:

— Ante hecho castigado con pena de arresto de siete a quince fines de semana (arresto mayor en el CP 1973, en cuyo caso la medida no podía prolongarse más de tres meses).

(51) Además de las ya invocadas con anterioridad, la Circular de 4 de noviembre de 1982 FGE mantiene: “El Ministerio Fiscal a la hora de revisar la situación de los presos preventivos deberá tener en cuenta... si la sanción penal previsible se haya cumplida virtualmente (teniendo en cuenta atenuantes y agravantes, beneficios penitenciarios, edad, primariedad...)”.

En tales supuestos la prisión provisional devendría en todo caso improcedente, entre otras razones por la obligatoria sustitución de la pena de prisión inferior a seis meses, contenida en el art. 71.2 CP ⁽⁵²⁾.

— Hecho castigado con pena no superior a tres años: la prisión no podía prolongarse más de un año, prorrogable hasta dos.

— Hecho castigado con pena previsible superior a tres años de prisión: la medida no podía prolongarse más de dos años, prorrogable hasta cuatro.

— En caso de sentencia condenatoria recurrida, la prisión podía prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia dictada por el órgano el Juez o Tribunal *a quo*.

Tras las reformas de 2003, para decretar prisión provisional se precisa de delito cuya pena máxima sea igual o superior a dos años ⁽⁵³⁾, salvo algunos supuestos, por desgracia muy numerosos. Entre ellos, cuando el imputado tuviera antecedentes por delito doloso no cancelados ni susceptibles de cancelación (art. 503.1.1.º LECrim). Este dato, que faculta para decretar la prisión provisional, sin exigencia de límite mínimo alguno en orden a la duración de la pena previsible, vulnera entre otros, el principio de proporcionalidad. Obsérvese que aquel dato de antecedentes por delito doloso, no debe motivar necesariamente la apreciación de la agravante de reincidencia, ni, por tanto, traducirse en una exasperación de la pena. Se introduce con ello la desaparecida *agravante de reiteración genérica*, con el efecto añadido de motivar cumplimiento inmediato de la pena (ingreso en prisión) deformando la naturaleza y esencia de la medida que estudiamos. Objetivo: lucha rápida, con o sin sentencia, contra la delincuencia habitual, independientemente de su gravedad.

Para el cómputo de la pena se tendrán en cuenta las reglas sobre concurso real, ideal y delito continuado (art. 503.1.1.º, párrafo 2.º LECrim).

La razón de establecer este concreto límite mínimo puede obedecer a la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de prisión (art. 786 LECrim); límite normal de la aplicación del beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad ⁽⁵⁴⁾.

Lo cierto es que el límite penológico establecido, con posibilidad de decretar la medida ante cualquier delito grave o menos grave, sin olvidar que existen otros institutos (v.gr., la posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de

(52) Lógicamente, en su redacción anterior a la LO 15/2003.

(53) La reforma reduce el límite mínimo inicial.

(54) Art. 81.2.º CP.

la pena no superior a tres años⁽⁵⁵⁾, en caso de penados drogodependientes), constituye flagrante vulneración de los principios de excepcionalidad (la prisión puede convertirse en la regla general) y proporcionalidad (situación de privación de libertad aun cuando condenado por sentencia firme, no tendría por qué ingresar el sujeto en prisión).

Mayor vulneración de los principios que presiden la medida, cuando no se exige límite alguno en los siguientes supuestos, además del ya expresado relativo a antecedentes de carácter doloso:

— Cuando, partiendo de los “*antecedentes del sujeto*”, “*hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y búsqueda por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores*”, sin exigir sea imputable al mismo dicha situación [art. 503.1.3.º a) LECrim]. Encierra una presunción “*iure et iure*” de peligro de fuga, resultando en este caso preceptivo (“*procederá*”) la adopción de la medida.

— Cuando el imputado “*pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima*”, especialmente en los casos de la llamada violencia doméstica.

Se vulnera en este supuesto el principio de subsidiariedad, olvidando la inicial suficiencia de las medidas previstas en los arts. 544 bis y 544 ter LECrim.

— “*Cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades con habitualidad*” (art. 503.2, *in fine* LECrim).

Con esta excepción, se corre el riesgo de convertir en habitual lo que debería constituir la excepción (prisión provisional ante hechos castigados con pena inferior a dos años de prisión).

En este último supuesto, al igual que con carácter general cuando se persiga el fin de “*evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos*”, se excluye el delito imprudente.

Si la razón de establecer un límite penológico mínimo estriba en la conveniencia de disponer de un criterio objetivo a partir del cual pueda sospecharse fundamentalmente el *periculum in mora*, habida cuenta de las anteriores excepciones, descritas con ambigüedad, tras la reforma de 2003 no puede mantenerse que siga manteniéndose que con aquél se persiga tal objetivo. Es difícil imaginar la concurrencia de riesgo de fuga ante penas de dos años de prisión o inferiores, a las que alcanza con carácter general la posibilidad del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena impuesta, posibilidad de sustitución...

(55) No superior a cinco, tras la modificación introducida por LO 15/2003.

Las amplias posibilidades de adoptar prisión preventiva en estos supuestos, cuando la pena previsible puede ser inferior al mínimo penológico que aparentemente se establece (dos años), resultan contrarias a los más elementales principios que presiden el instituto. Hubiera resultado preferible mayor concreción en los delitos que puedan motivar la prisión provisional, estableciendo en todo caso un marco penológico mínimo, y atendiendo a delitos especialmente graves, mediante remisión, v.gr., al catálogo previsto en el art. 282 bis LECrim para la figura del agente encubierto.

Prima el arbitrio judicial —y consiguiente riesgo de arbitrariedad— en la nueva regulación, dotando al instituto de fines a los que realmente es ajeno. Todo ello, a la luz de las facultades otorgadas al Juez respecto al límite penológico mínimo, el carácter frecuentemente contrario a la presunción de inocencia de los criterios utilizados y su ambigüedad.

3.º Determinación del plazo máximo de prisión.

Sin olvidar en ningún momento el criterio de la razonabilidad a la hora de determinar el máximo de la prisión preventiva, también por ley, dando cumplimiento al mandato constitucional, se limita el plazo máximo de prisión, fijando topes concretos y máximos, fijados hoy en el art. 504 LECrim. Este precepto materializa el mandato constitucional contenido en el número 4.º *in fine* del art. 17 CE (*“Por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional”*. *“Es lógico que por su estrecha conexión con los derechos fundamentales de la Constitución Española se aluda expresamente al plazo máximo de duración de la prisión provisional y que éste se determine por ley”*; STC 41/1982, de 2 de julio).

La Ley 16/1980, de 22 de abril, fijó este límite máximo en la mitad del tiempo de la pena que presuntamente podría corresponder al delito imputado, equivalente al grado medio si no concurrían circunstancias modificativas, que, en todo caso, debían ser valoradas.

La LO 7/1983, de 23 de abril, distinguió entre plazos máximos normales y excepcionales. Los primeros eran de seis meses para delitos castigados con pena de prisión menor o inferior, y de dieciocho meses para delitos castigados con pena superior. Excepcionalmente, cuando el delito hubiera afectado gravemente los intereses colectivos, hubiera producido graves consecuencias en la nación, se hubiera cometido fuera del territorio de ésta o la causa revistiera especial complejidad, la duración máxima podía alcanzar los treinta meses, sin poder rebasar en ningún caso el límite de la mitad de la pena impuesta en sentencia recurrida.

La LO 10/1984, de 26 de diciembre, fijó los máximos normales en tres meses cuando al delito correspondiera pena de arresto mayor; un año, ante pena de prisión menor, o dos años, cuando fuese superior. Estos dos últimos plazos podían prolongarse hasta dos y cuatro años respectivamente.

La reforma 2003 selecciona, en este devenir legislativo, el plazo máximo de prisión. A la hora de fijarlos, valora como criterio no sólo la duración de la pena prevista para el delito imputado, sino también el motivo o fin que sustente la prisión provisional:

— Si estos fines son “evitar el peligro de fuga”, “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima” o la reiteración delictiva, ante pena prevista de seis meses a tres años u otras penas graves, la duración máxima de la medida puede alcanzar hasta un año, prorrogable hasta un año y seis meses. Ante pena prevista superior a tres años u otras penas graves, la duración máxima puede alcanzar los dos años, prorrogable hasta cuatro años.

— Si el fin perseguido es preservar la prueba relevante para el enjuiciamiento, evitando la ocultación, alteración o destrucción de la misma, la duración máxima de la prisión, con independencia de la pena prevista, una vez respetado el límite mínimo de pena de prisión igual o superior a dos años, es de seis meses.

En este último supuesto, si antes de agotarse tan dilatado plazo, se levantara la incomunicación o el secreto del sumario, debe razonarse específicamente la necesidad de mantener la prisión preventiva decretada con base en el logro de este fin. Parecen equipararse los objetivos conseguidos tanto con la incomunicación, como con el secreto y con la medida cautelar.

La posibilidad de prórroga para tres de los cuatro fines previstos parte de la premisa de concurrencia de “*circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos*”. La prórroga siempre se configura como facultativa, y únicamente puede acordarse “*una sola prórroga*” hasta los máximos legales. Ello no equivale a defender que siempre que se decrete prórroga deba apurarse el plazo máximo legal, como, vulnerando los principios rectores del instituto, se entiende en la praxis.

Lógicamente, con carácter preferente, habrá que atender a los plazos máximos que puedan fijar otras leyes procesales especiales:

— Art. 28 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que fija el máximo normal de duración de la medida cautelar de internamiento en tres meses, con posibilidad de prórroga, “*a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado*”, por otros tres meses.

— Seis meses ante delito para el que la ley señale pena de prisión de hasta dos años, o de un año cuando la pena previsible no sea superior a dos años, prorrogables hasta dos y cuatro años en la jurisdicción militar (art. 218 de la LO 2/1989, de 13 de abril).

— Cuando medie detención preventiva, en el procedimiento de extradición pasiva, “*la prisión preventiva se dejará sin efecto si transcurridos cuaren-*

ta días el Estado requirente no hubiera presentado en forma la solicitud de extradición por vía diplomática” (art. 10 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo).

La regulación introducida en 2003, más próxima a la “*contrarreforma*” operada por LO 10/1984 que a la introducida por LO 7/1983, es contraria a la naturaleza de la prisión provisional, convirtiéndola en pena anticipada, y atribuyéndole fines de prevención general y/o especial a los que el instituto es ajeno. El legislador renuncia a dotar de auténtica preferencia y celeridad, salvo cuando la privación de libertad se extienda más de las dos terceras partes de la duración máxima de la prisión provisional, a los procesos en que se haya adoptado dicha medida, en cuyo caso “*la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás*”. Antes que excepción, en sede de prisión preventiva la preferencia debe constituir la norma general. La regla de la rapidez y especial diligencia en la hipotética opción legislativa “*enjuiciamiento rápido de determinados delitos*” y procesos en que se haya adoptado prisión preventiva no admite duda desde la perspectiva constitucional.

Esta prolongación de plazos es desmesurada, desproporcional, obedece a la concepción de la prisión provisional como anticipo de la pena y no como medida cautelar, tendente exclusivamente a evitar la fuga, ocultación de pruebas y otros fines, que difícilmente pueden justificar tal alargamiento.

En cualquier caso, “*queda... clara la voluntad del constituyente, y, cumpliendo su mandato del legislador; de fijar plazos y, entiéndase bien, plazos efectivos*” (STC de 26 de diciembre de 1984). Transcurridos dichos plazos, la libertad provisional deviene obligatoria, sin que “*pueda estar condicionada por la imposición de una fianza, pues el art. 504 LECrim consigna imperativamente el deber de poner en libertad el acusado, transcurridos aquéllos*” (última sentencia dictada).

En caso de recurso contra sentencia condenatoria se mantiene el límite de la mitad de la pena impuesta, por lo que pueden superarse incluso los límites anteriores.

La incomparecencia injustificada del imputado ante el Juez o Tribunal, cuando fuere llamado (no ante el simple incumplimiento de la obligación *apud acta*), podrá motivar su ingreso o reingreso en prisión, aunque hubieran transcurrido aquellos plazos máximos.

El término *a quo* para cómputo de éstos se ubica en el momento de la detención o adopción de la prisión provisional por la misma causa (art. 504.5.º LECrim).

Se mantiene la exclusión del cómputo del plazo “*del tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia*”. Con ello, se admite la posibilidad de que tan dilatados periodos sean superados y que, incluso, la duración de la medida devenga indeterminada en función de

esas dilaciones, que no son necesariamente atribuibles al imputado. La LECrim excluye, exclusivamente, como exige la equidad y predecía la LO 7/1983, “*las dilaciones indebidas imputables al inculpado*” —que de esta forma podría retrasar intencionadamente el proceso para forzar su libertad provisional— sino todas aquéllas no imputables a la Administración de Justicia e, incluso, a otros órganos del Estado. Si esa dilación, no achacable al ciudadano presumido inocente es indeterminada en el tiempo, también puede serlo la duración de la medida.

No puede alcanzarse tan conclusión, puesto que supondría responsabilizar al ciudadano de un pueblo libre de la impotencia estatal, derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y desmesurada prolongación de los procesos penales.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional:

“Esta duración máxima, de carácter excepcional, sólo puede prolongarse cuando la causa sufriera dilaciones imputables al imputado, y esa prolongación se limitará a esa dilación” (STC de 26 de septiembre de 1984).

Hemos rechazado, por injustificadamente restrictiva en atención al significado prevalente de la libertad y al correlativo carácter excepcional de la medida cautelar la interpretación de la expresión “*Administración de Justicia como referida al concreto órgano judicial que decreta la prisión en un procedimiento de extradición —con la que se pretendía excluir del cómputo del plazo de la prisión provisional en una causa el tiempo de prisión provisional sufrido por otra—, afirmando que ello supondría hacer depender el límite temporal de la prisión de un elemento relativamente incierto, incertidumbre que resulta contraria al espíritu del texto constitucional*” (SSTC 121/2003, de 16 de junio; 305/2000...).

El adecuado ejercicio del derecho de defensa, con formulación de los recursos legalmente previstos —en improrrogables y breves plazos— no permite concluir la existencia de dilaciones atribuibles al imputado, a efectos del cómputo de los plazos máximos. “*No se puede compartir la tesis de que la presentación de recursos legalmente previstos se conciba, a priori, como una actitud obstruccionista, que permita al órgano judicial mantener que se han producido dilaciones indebidas imputables a la representación de la defensa... el derecho a los recursos forma parte a la tutela judicial efectiva... y en el marco de un proceso penal los recursos sirven igualmente al derecho de defensa..., sin que, por lo demás, su interposición tenga efectos suspensivos que retrasen el iter procesal*” (STC 121/2003).

La prórroga de los plazos máximos normales de prisión debe verificarse mediante auto debidamente motivado, anterior al transcurso del término legal fijado. Auto contra el que podrán formularse los mismos recursos que contra el

que inicialmente decreta la medida (art. 507 LECrim). La anormalidad inherente a la propia prórroga en sí misma considerada deberá justificarse en sólidas razones, describiendo la causa de la dilación y a quién es atribuible ésta a todos los efectos.

La STC 98/1998, de 4 de mayo, recoge la imposibilidad de prórroga tardía e inmotivada, sin que quepa prórroga implícita incluso en el supuesto de sentencia condenatoria (superación del plazo máximo legal, ante la vista de sentencia condenatoria recurrida).

En la misma línea, la STC 142/1998, de 29 de junio, rechaza la posibilidad de prórroga automática, hasta la mitad de la pena cuando se dicte sentencia: *“la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial... requiere una decisión judicial específica, que motive tan excepcional excepción con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad de enjuiciamiento en el plazo inicial acordado o que el acusado haya sido condenado por sentencia que haya sido recurrida). La prórroga... ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste la ignorancia del caso no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste...”*

No es constitucionalmente razonable la interpretación, según la cual el dictado de una sentencia condenatoria lleva consigo implícitamente la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta”.

En el mismo sentido, STC 144/2002, de 15 de julio ⁽⁵⁶⁾.

Con carácter previo al auto prorrogando la prisión provisional, debe celebrarse la audiencia prevista en el art. 505 LECrim. En el transcurso de ésta, para decretar la medida, será imprescindible que el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora interese la prolongación. Aunque tal afirmación no aparece expresamente prevista en el texto legal mana directamente de la vigencia del principio acusatorio.

(56) “En cuanto a la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión provisional decretada se requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en uno de los supuestos que legalmente habilitan para ello y que ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste la ignorancia del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste, sin que sea constitucionalmente razonable la interpretación según la cual la aprobación de una sentencia condenatoria, lleva consigo, implícitamente, la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta.”

Las posibilidades de alegaciones y prueba serán las mismas que para el acuerdo inicial de prisión, centrándose ahora en justificar las dilaciones, imposibilidad de enjuiciamiento, factor causante de la dilación... No basta la celebración de la audiencia, sino que es preciso que *“la resolución de prolongación de la prisión por encima del plazo inicial se dicte en fecha anterior a la expiración de este plazo”* (SSTC 103/1992, 142/1998 y ATC 447/1989).

“El respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el art. 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración” (STC 28/2001, de 29 de enero; 127/1984; 98/1998; y 142/1998).

El tiempo de cumplimiento de una pena por quien sufre prisión provisional, no queda excluido del cómputo para el plazo máximo de la medida.

“No puede considerarse, como se hace implícitamente en los autos, que en la situación de coincidencia temporal de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra, la prisión provisional no afecte realmente a la libertad... Es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (arts. 22.3, 29.2, 104, 154, 159 161 y 192 del Reglamento Penitenciario), el cumplimiento en calidad del penado se ve directa y perjudicadamente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional, no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos ni puede obtener la libertad condicional.”

“En caso de extradición, el plazo máximo de prisión, ordinario o extraordinario, no queda interrumpido mientras el demandante cumpla condena por otra causa que impida la entrega ya acordada en expediente de extradición” (STC 71/2000, de 13 de marzo).

Tampoco *“es posible computar el plazo máximo de prisión en función de cada uno de los delitos imputados en la misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto”* (SSTC 147/2000, 127/1984, 28/1985...):

IX. DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INJUSTA

El derecho a ser indemnizado a cargo del Estado por prisión provisional injusta, adquiere el rango de fundamental, en el art. 5.5 CEDH: *“Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones*

contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

En igual sentido, el art. 9.º PIDCP: *“El derecho efectivo a obtener una reparación... de toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa.”*

El que ha sufrido una privación de libertad injustamente ha sufrido un daño irreparable que va más allá de lo puramente material⁽⁵⁷⁾.

Si la privación de libertad ha sido producto de *“error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* —tal como sienta el art. 121 CE, que proclama la responsabilidad civil directa del Estado en tales supuestos— se establece no obstante el derecho a la reparación económica sustitutiva a favor del perjudicado.

El art. 294 LOPJ aborda específicamente la relación entre derecho a indemnización y prisión provisional injusta, después de que su art. 292 afirme como norma general el derecho a indemnización por *“los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial... (o que) sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”*. Aquel precepto indica en su apartado primero:

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho, ya en sentencia firme, ya en auto de sobreseimiento libre.”

La petición indemnizatoria prescribe al año. Habrá de hacerse efectiva dirigiéndola directamente al Ministerio de Justicia, contra cuya resolución cabe recurso contencioso administrativo (art. 293.2 LOPJ).

Para la fijación del cuántum indemnizatorio, según el mismo precepto, ha de atenderse al tiempo de privación de libertad y a los daños familiares y personales derivados de la misma.

Se deja a salvo en todo caso la posibilidad de proceder por vía criminal (decretar el ingreso en prisión cuando judicialmente se sabe no procede: delito de prevaricación) o civil contra las personas directamente responsables (Jueces, testigos falsos...) de la indebida privación de libertad.

(57) Sentencia AN, Sección Cuarta, de 22 de diciembre de 1999: *“La permanencia indebida en prisión produce daños materiales, porque la prisión comporta, en cualquier caso, desprestigio social, rotura con el entorno, además de angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor, aunque según las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, posibilidad o no de rehabilitar la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, huella dejada en la personalidad o conducta del que la ha padecido, su incidencia no sea la misma en todas las personas”*.

Con base en aquella redacción legal, tal como entiende MARTÍNEZ-CARDOS⁽⁵⁸⁾, a salvo concurrencia de delito en el órgano judicial, no es posible calificar la prisión preventiva del imputado ulteriormente declarado inocente, como supuesto de error o de supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No concurre cuando el Juez, en cumplimiento de la ley o en el ejercicio de las facultades que ésta le confiere, decreta la prisión preventiva. Ante una apariencia delictiva el titular del órgano jurisdiccional puede adoptar una medida cautelar de privación de libertad.

La doctrina entiende que una interpretación literal de la citada norma legal, conduce a concluir cómo sólo es posible esta indemnización cuando se dicte sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado⁽⁵⁹⁾.

No obstante esta restricción legal, que pasan por alto las reformas de 2003, la expresión “*inexistencia del hecho imputado*” debe interpretarse desde una doble perspectiva: objetiva y también subjetiva (inexistencia subjetiva del hecho).

En los supuestos indemnizables, con arreglo a esta interpretación “*quedarían comprendidos todos los supuestos de inexistencia física y jurídica de los hechos imputados: cuando no existieron ni tuvieron lugar; cuando aun habiendo ocurrido no son susceptibles de ser calificados como acciones en sentido jurídico penal (acciones realizadas en estado hipnótico, letárgico o movido por fuerza irresistible), como acciones típicas o... como acciones antijurídicas por concurrir alguna causa de justificación*”⁽⁶⁰⁾.

Si la prisión provisional no puede decretarse cuando el hecho “*no es constitutivo de delito*” o concurre una causa de justificación (art. 502.4.º LECrim) obvia es la improcedencia de decretarla.

Cuando se alude a inexistencia subjetiva del hecho, se incluyen los supuestos en los que el imputado fuera inimputable, concurriera causa de inculpación o cuando se acredite su inocencia.

En estos supuestos habrá responsabilidad, destacando MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ⁽⁶¹⁾, la relación entre la expresión legal del art. 294.1 LOPJ y el art. 954.4 LECrim.

(58) MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.L., “Prisión preventiva, obligación estatal de indemnizar” *Revista Jurídica*, La Ley, núm. 1906, de 16 de febrero de 1988.

(59) BARONA VILAR, S., y otros: “*Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*”. Valencia, 2000, 9.ª edición p. 467.

(60) MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.L., op. cit.

(61) Op. cit.

En estos supuestos de inexistencia subjetiva, existirá responsabilidad ante el decreto de prisión, con independencia de la antijuridicidad del hecho.

El art. 294.1.º LOPJ no incorpora una relación taxativa de supuestos indemnizables, tanto en los supuestos en que haya existido error judicial (valoración incorrecta de los requisitos para decretar la medida, detención de menor de edad...) o un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (prolongación innecesaria de la prisión provisional, por imputar un hecho más grave que el recogido en sentencia), aunque no se declarara la inexistencia del hecho.

La jurisprudencia ha ampliado los aparentemente estrechos límites de los presupuestos que hacen nacer la obligación de indemnizar:

La STS, Sala Tercera, de 11 de noviembre de 1993, tras declarar que *“la anormalidad de ese funcionamiento no implica desde luego referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño”* de la función judicial, dota a la obligación de indemnizar del carácter de responsabilidad objetiva, afirmando:

“La duración excesiva del procedimiento, concluido con una absolucón o sentencia condenatoria de contenido no privativo de libertad o privativo de ella de modo principal o accesorio, pero de muy escasa duración en relación con el tiempo sufrido en prisión preventiva durante el proceso, puede y debe calificarse de retraso constitutivo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia generador del derecho a la correspondiente indemnización de los perjuicios emanados de la privación de libertad, legalmente decretada sí, pero excesivamente prolongada en el tiempo”.

Acogiendo la obligación de indemnizar los daños en casos de inexistencia subjetiva del hecho, apunta la STS de 11 de junio de 1996 -Sala Tercera: *“La privación de libertad cuando posteriormente se declara la no participación en el hecho del imputado, del presunto culpable, infringe a éste un daño moral, que ha de ser reparado dando lugar a la pretensión indemnizatoria”.*

La Sentencia AN, Sección Cuarta, de 22 de diciembre de 1999, tras declarar procedente en el caso concreto la prisión preventiva, declara el derecho a ser indemnizado de una persona que sufrió privación de libertad durante aproximadamente dos años y tres meses, en causa seguida contra el mismo por presunto delito de homicidio. Considera la larga duración del proceso y a ello une la prolongada permanencia de prisión provisional, como funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Resume la postura claramente ampliatoria de la jurisprudencia a la hora de aplicar el art. 294.1 LOPJ:

“Aunque el art. 121 de la CE no se refiere expresamente a la prisión preventiva, el referido art. 294... ha regulado específicamente estos supuestos

(SSTS 27 de enero, 22 de marzo y 30 de junio de 1989, 23 y 24 de enero, 20 de marzo, 10 de mayo y 4 de diciembre de 1990...), si bien en general puede explicarse como una manifestación del error judicial, en algún caso puede conectarse con el funcionamiento anormal.

Según concreta el Tribunal Supremo en sus sentencias de 20 de marzo y 19 de junio 1990, son tres los requisitos para que procedan a la indemnización por prisión preventiva: 1. Que se haya sufrido prisión preventiva; 2. Que en la causa penal recaiga sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre; y 3. Que se hayan irrogado perjuicios al imputado... Con respecto al elemento material, la inexistencia del hecho... comprende tanto los casos de "inexistencia objetiva"... —inexistencia del mismo—, como los casos de inexistencia subjetiva del mismo —imposibilidad de participación—. En todo caso se exige... una declaración clara y concluyente" (STS 1 de diciembre de 1989)... "En cuanto a la posible inexistencia subjetiva o falta de participación en el hecho, la doctrina general mantenida por el Tribunal Supremo... ha sido que no es viable extender la virtualidad de este supuesto a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho; es decir, los supuestos de absolución por falta de prueba de la participación del interesado en los hechos."

Sin embargo, concluye la existencia de dilación indebida, singularmente en un procedimiento en el que se sufría prisión preventiva.

El art. 9.3 de la CE proclama la responsabilidad de los poderes públicos, entre ellos, obviamente el judicial. El incumplimiento del deber establecido en el art. 528.3.º LECrim⁽⁶²⁾ conlleva importantes perjuicios.

La indemnización a la que tiene derecho la persona privada indebidamente de libertad durante la tramitación del proceso penal, no debe entenderse exclusivamente en términos económicos. En la medida de lo posible, se defiende la "reparación in natura", acudiendo, v.gr., al abono.

En caso de sentencia condenatoria no debe rechazarse *a priori* la inexistencia del derecho a ser resarcido por la indebida prolongación de la medida cautelar, aunque la pena finalmente impuesta sea privativa de libertad e, incluso, superior a la duración de la medida cautelar. Al igual que la vulneración del derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas causan aflicción y sufrimiento añadido al imputado/procesado, o a cualquiera de las otras partes procesales, la prolongación de la prisión provisional del presumido ino-

(62) "Todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculpados o procesados", o la manifiesta infracción de los principios que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, presiden el instituto, deben generar la responsabilidad de la Administración.

cente, que causa como mínimo iguales daños, debe tener reflejo en la atenuación de la pena.

La reforma del 2003 no contempla este supuesto en su articulado. Ello aunque, merced a la pregonada “rapidez de la justicia”⁽⁶³⁾, es de suponer aumenten los errores.

De lege ferenda cabe ampliar al derecho a la indemnización a aquellos supuestos en que no se hayan respetado los principios de necesidad y de proporcionalidad, más allá de los supuestos de “inexistencia del hecho imputado”, “cuando concurra sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre”.

Es defendible el traslado de la previsión legal del derecho a ser indemnizado, contenida en textos internacionales, tutelado con el rango de derecho fundamental, a la LECrim.

X. MEDIDAS ALTERNATIVAS

El principio de subsidiariedad convierte en ineludible la obligación judicial de analizar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales, incluyendo los fines perseguidos, para decretar la medida, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho fundamental a la libertad. Otra opción que, asegurados el cumplimiento de los fines de la prisión provisional, no suponga sacrificio de aquel valor.

“La prisión provisional ha de aplicarse como última ratio y no es más que una técnica, entre otras, para garantizar el eficaz ejercicio del ius puniendi, y en cuanto es la de más grave incidencia, indudablemente, su configuración y aplicación ha de reservarse a los supuestos para los que otras técnicas legislativas alternativas no serían suficientes” (Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 11 de enero de 1996).

La LECrim, aun tras la reforma de 2003, se muestra parca a la hora de imponer alternativas expresas, que podemos hallar, aparte de acudiendo a la vía de una adecuada interpretación judicial de las normas con criterios *pro libertate*, en el Capítulo III del Título VI, y también en el título VII del Libro II. *De lege ferenda*, resultaría conveniente sistemáticamente la consagración de un título o capítulo completo a las “Medidas cautelares”, principiando por la regulación de la prisión preventiva, para aludir al resto de alternativas (entre ellas, las contempladas en el vigente art. 544 bis LECrim). Camino similar al seguido por el art. 29 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, precedido de la rúbrica (“*De las medidas cautelares*”).

(63) La justicia no ha de ser ni rápida ni lenta.

La resolución 11, de 9 de abril de 1965, del Consejo de Europa menciona entre otras la vigilancia en casa; la prohibición de ausentarse de un lugar determinado sin previa autorización judicial; comparecencia voluntaria ante la autoridad (judicial o policial que se designe); retirada del pasaporte, o de otros documentos de identificación; prestación de una garantía, internamiento de jóvenes delincuentes en instituciones especializadas...

El art. 5.3 CEDH, tras declarar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, añade cómo “*la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía, que asegure la comparecencia del interesado en juicio*”.

Podemos señalar las siguientes:

— Prisión provisional eludible con fianza. Se mantiene la privación de libertad hasta que se preste caución.

— Libertad provisional, que puede ser entendida como “*una situación intermedia entre la prisión provisional y el normal estado de libertad ciudadana del no inculgado*”⁽⁶⁴⁾.

La libertad provisional puede ser con o sin fianza. Puede defenderse la situación de libertad provisional, condicionada a la prestación de fianza, de tal forma que de no prestarla en el plazo que se señale el imputado ingresaría en prisión⁽⁶⁵⁾. Libertad provisional, en consecuencia condicionada a la prestación de fianza.

En la praxis, predomina el auto de prisión eludible con fianza, cuando, desde la perspectiva de la conveniencia de evitar el ingreso carcelario singularmente en presuntos delincuentes primarios sería defendible la “*libertad provisional condicionada a la prestación de fianza*” en el plazo que se determine.

La fianza viene regulada en los arts. 531 a 544 LECrim. Se admite la fianza personal, la pignoraticia o hipotecaria. En la práctica, es el precio que el reo y/o sus allegados pagan para obtener (comprar su libertad provisional), cuando ésta no ha sido decretada sin fianza. La posibilidad de su señalamiento aparece prevista tanto en la legislación interna como en la internacional⁽⁶⁶⁾. Para determinar su cuantía concreta, el juez ha de valorar (art. 531 LECrim) la “*naturaleza del delito*” (gravedad de la pena, circunstancias de comisión del hecho,

(64) BARONA VILAR, S., op. cit.

(65) Art. 529 LECrim “si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional”.

(66) Además del art. 5.3 CEDH, art. 9.3 PIDCP: “su libertad podrá estar subordinada a garantías”.

daños derivados del mismo), “*estado social*” (principalmente, situación económica), “*antecedentes*” y “*demás circunstancias que puedan influir*” desde la valoración de los fines asignados a la prisión.

La cantidad pecuniaria en que usualmente consiste la fianza se destinará a garantizar la comparecencia del reo ante el Tribunal durante el curso de la causa, de tal forma que, si llamado no comparece y no es presentado por el fiador, aquélla se adjudica al Estado.

Es conveniente resaltar el claro matiz económico que reviste aquí la prisión provisional. Mediante el instituto de la fianza, con frecuente vulneración del principio de igualdad ante la ley penal, los presos preventivos se clasifican en dos grupos: aquéllos que, por su posición económica podrán *comprar* su libertad provisional, y los que, careciendo de medios, permanecen en prisión por no poder depositar previamente cierta cantidad de dinero. No deja de contemplarse una discriminación derivada de la situación económica del reo.

Para evitar estos efectos (y otros, principalmente criminológicos negativos: necesidad de obtener medios lícita o ilícitamente para conseguir la libertad de un miembro del grupo), debe valorarse y conocerse anticipadamente (lo que no suele ocurrir desgraciadamente en la praxis judicial) el caudal económico del inculpado, fijando una fianza proporcional a éste.

No cabe entender en modo alguno es en todo caso preceptivo el señalamiento de fianza. Sólo ante delitos castigados con pena grave. Tampoco ha de mantenerse la misma o la concreta cantidad fijada indefinidamente en el tiempo, sino que es preciso eliminarla o disminuirla transcurrido cierto plazo desde su señalamiento (para lo que en todo caso está facultado el juez, a tenor del art. 539 LECrim). Esta cantidad de dinero, su cuantía y calidad “*no puede ser tal que por su relación con las circunstancias de los procesados resulten de imposible prestación*” (Circular de 10 de octubre de 1933, M.º Fiscal. G. 12).

— Libertad provisional con obligación *apud acta* de comparecer ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa. En garantía de esta obligación, el nuevo art. 530 LECrim faculta al Juez o Tribunal para “*acordar motivadamente la retención de su pasaporte*”. *De lege ferenda*, no hay inconveniente en ampliar la obligación de comparecer ante otras autoridades judiciales —en atención a la residencia del imputado fuera del partido del juzgado que tramite la causa— e, incluso, policiales.

— Libertad provisional con prohibición cautelar de residir en un determinado lugar; de acudir a determinados lugares; de aproximarse o comunicarse a determinadas personas, prevista en el art. 544 bis LECrim. Podríamos hablar de libertad provisional condicionada al respeto de las anteriores prohibiciones, hasta el punto de que el último párrafo del precepto alude a la posibilidad de acordar la prisión provisional, previa comparecencia del art. 505, en caso de incumplimiento.

Pueden adoptarse en el marco del mencionado art. 57 CP.

La posibilidad de acudir a alguna de estas medidas, en lugar de decretar la prisión provisional, viene avalada, aparte de por su carácter de última ratio, por la contemplación en el art. 503.1.3.º c) LECrim, como fin de ésta evitar que el imputado pueda atentar nuevamente contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los casos de violencia familiar.

— Orden de protección del art. 544 ter LECrim. En lugar de la prisión pueden adoptarse cualquiera de las medidas cautelares de carácter penal ya previstas en la legislación procesal o cualquiera de aquéllas de naturaleza civil, en el marco de la denominada orden de protección para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim).

— Prisión atenuada. En este caso se trata de auténtica medida de prisión provisional y no de medida sustitutiva o alternativa de aquélla. Pueden alcanzarse los fines perseguidos a través de la prisión provisional, mediante internamiento domiciliario, con medidas de vigilancia, sin necesidad de exigir la concurrencia de enfermedad grave o de que el internamiento en centro penitenciario entrañe peligro para su salud. Cabe en cualquier caso suavizar la exigencia de estos requisitos.

— La aplicación de cualquiera de las medidas de seguridad previstas en los arts. 96 y ss. CP, sin necesidad de defender que, en todo caso, se trate de medidas privativas de libertad, pudiendo resultar suficientes, al objeto de dar cumplimiento a los fines perseguidos por la prisión provisional, la adopción de medidas no privativas de libertad. *De lege ferenda*, cabe ampliar la solución hoy prevista en el art. 508.2 a otros supuestos, cuando indiciariamente concurren los motivos que pueden motivar la aplicación en sentencia de la correspondiente medida de seguridad.

— Retirada del pasaporte o de otros documentos de identificación, sin la necesidad de conectarlo con la obligación *apud acta* prevista en el art. 530 LECrim.

— La vigilancia o custodia familiar, contemplada como medida no privativa de libertad en el art. 105.1.e) CP.

— La expulsión de extranjeros, conforme a lo dispuesto en el art. 57.7.º de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, en su redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre.

El riesgo de esta medida radica en que la aplicación aislada de estas medidas de expulsión respecto a extranjeros por decisiones unilaterales de cada país puede motivar una renuncia no recomendable a la exigencia de responsabilidad criminal por los hechos contemplados.

— El art. 28 de la LO 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, menciona como alternativas al “*internamiento en centro, en el régimen adecua-*

do”, la libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

En definitiva, aun no mencionadas específicamente en la LECrim, cualquier medida menos radical, dando cumplimiento a la declaración contenida en el art. 502 LECrim, que la reserva para “*cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*”.

XI. LA PRISIÓN PROVISIONAL, PENA A CUENTA. ABONO

Teóricamente cabe diferenciar prisión preventiva y pena. La labor puede no resultar fácil cuando la propia legalidad asigna funciones inherentes a éstas (represivas, de prevención especial y general a aquélla). Formalmente ambas son diversas. Parten de fundamentos distintos: cumplimiento del castigo o aseguramiento de su ejecución, evitando la fuga o logro de cualquiera de los fines hoy previstos en el art. 503 LECrim. Ambas —pena y medida— se traducen en una privación de libertad onerosa y de efectos sociales normalmente irreparables. Por ello, el CP, a pesar de la indicación de que la prisión preventiva no se reputará pena (art. 34.1.º) posteriormente en los arts. 58 y 59 regula el abono de la misma, el cómputo del tiempo de privación de libertad a efectos del cumplimiento de la pena. Y es que la afirmación del CP “*no invalida en absoluto su carácter material de pena por el sufrimiento que entraña para el sujeto*”⁽⁶⁷⁾.

El art. 33.1.º CP, TR 1973 rezaba: “*El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad, para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta.*”

Los arts. 58 y 59 CP 1995 mejoraron sustancialmente las posibilidades de abono de la privación de libertad sufrida preventivamente durante la causa o de otras privaciones de derecho acordadas cautelarmente. De esta forma se valoraba el “*tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente*”, y no sólo el “*tiempo de prisión preventiva*” como rezaba la redacción anterior.

Si el tiempo de privación de libertad excediera de la duración de la pena impuesta en sentencia, aquél sería abonable a la que recaiga en cualquier otra causa, con el límite de contemplar hechos anteriores al “*ingreso en prisión*”. Se acoge así la doctrina jurisprudencial (SSTS de 28 de junio de 1910, 13 de noviembre de 1958, 1 de enero de 1991, 30 de octubre de 1992, 2 de julio de

⁽⁶⁷⁾ CÓRDOBA RODA, J., y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II (arts. 23.119). Barcelona, 1972, p. 155.

1993...) que defendía la tesis del abono de la prisión provisional sufrida en una causa a efectos de cumplimiento de la pena impuesta en otra, siempre que se tratase de hechos anteriores a la sentencia absolutoria, para no crear un “*sentimiento de impunidad, por saberse titular de un crédito o saldo positivo en sus cuentas con la Administración de Justicia (lo que) constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria... sin que haya razón alguna para denegar aplicación de tal abono en los demás casos, y concretamente cuando el hecho delictivo para el que se reclama el cómputo de la prisión provisional se produjo con anterioridad a la época en que se inició esta medida cautelar*” (STS 1679/1993, de 2 de julio) ⁽⁶⁸⁾.

Como antecedentes de estos preceptos HERNÁNDEZ GIL ⁽⁶⁹⁾ cita el Real Decreto de 9 de octubre de 1853: a los reos sentenciados a penas correccionales, salvo los reincidentes, reiterantes y declarados en rebeldía, se les abonará para el cumplimiento de la pena la mitad del tiempo que hubiesen permanecidos presos, incluso a los condenados a pena de multa. El CP 1870 guardaba silencio, declarando vigente el instituto en forma similar a la prevista en la Real Orden de 1853, el Decreto de 2 noviembre de 1879.

El art. 114 CP 1929 establecía que, con excepción de los multirreincidentes a quienes se abonaba exclusivamente la mitad de la prisión preventiva, ésta en su totalidad era de abono para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, cualquiera que fuese la naturaleza y duración de la pena impuesta.

La Ley de 17 de enero de 1901 estableció el abono de todo el tiempo de prisión preventiva para los condenados a penas correccionales (art. 1.º), extensible a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia para pago de la multa (art. 2.º). Se obligaba a los Tribunales y Fiscales a insertar en la parte dispositiva de la sentencia o conclusiones una referencia al abono (art. 4.º). El incumplimiento de este mandato puede dar lugar a recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1.º LECrim.

Con el instituto del abono pretende evitarse la duplicidad de penas, la reiteración en la privación de libertad, llámese a esta pena o medida cautelar.

Ante todo, y por evidentes razones de justicia material, se persigue la posibilidad de abono de las privaciones cautelares de derechos, singularmente cuando afecta al de mayor valor (libertad). Se impone la reparación *in natura*, antes que la compensación económica en caso de exceso. En el caso de que, a pesar

(68) En el mismo sentido, memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985.

(69) Cita varios. El art. 98 CP 1822 disponía “El tiempo que hubiera estado preso le será contado como parte de la pena”.

de ser totalmente improcedente su adopción, se incurriera en aquél (v.gr., prisión preventiva frente a una simple pena de multa; exceso del tiempo de prisión —posible a la vista de los injustificadamente dilatados plazos máximos de prisión hoy mantenidos en el art. 504 LECrim— en atención a la pena finalmente impuesta) el art. 59 CP —con reflejo parcial en el art. 960 LECrim— introduce una suerte de conversión a fin de posibilitar opere el abono. Aunque la pena impuesta sea de distinta naturaleza, se compensará éste en todo o en parte con las privaciones de derechos cautelarmente sufridas.

Con criterios orientativos, a la hora de aplicar tan singular norma, la autoridad judicial acudirá a buen seguro a la clasificación de las penas en función de su gravedad y naturaleza; a los plasmados en el art. 88 CP con relación a la sustitución de las penas de prisión, arresto de fin de semana ⁽⁷⁰⁾, o trabajos en beneficio de la comunidad; tabla de equivalencia de penas incorporada a la disposición transitoria undécima de la LO 10/1995.

Si a pesar de tales mecanismos, no resultara de abono la prisión provisional, o cualquier otro sacrificio innecesario de derechos durante la tramitación de la causa, siempre quedaría al afectado la posibilidad de exigir la responsabilidad de Jueces y Magistrados prevista en los arts. 405 y ss. LOPJ, o demandar al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, todo ello por prisión provisional indebidamente sufrido.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal, da nueva redacción al art. 58 CP, que queda redactado en los siguientes términos:

“1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.”

(70) Que desaparece como pena, en virtud de la reforma operada por LO 15/2003.

Altera la competencia territorial del Juez o Tribunal sentenciador, para acordar el abono, atribuyéndola al Juzgado de Vigilancia con el criterio territorial de “*centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal*”. En caso de ser acordado de oficio el abono, ha de entenderse igualmente la preceptividad de previa audiencia del penado.

Deja claro cómo el abono de la prisión provisional sufrida en otra causa, exclusivamente se admite cuando ésta sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que pretende abonarse, cerrando así la puerta al delincente en orden a disponer “*de una especie de cuenta corriente*” (STS 30 de octubre de 1992, citando memoria FGE 1985).

En la expresión “*tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente*” se incluye no sólo la prisión provisional propiamente dicha, sino la detención, lo que no puede admitir duda a la vista de la nueva redacción del art. 504.5 LECrim.

Se reitera la regla de la heterogeneidad del abono, convirtiendo la privación de libertad en crédito para cualquier pena, lo que no impide continuar hablando de error en la adopción de la medida, cuando la pena finalmente impuesta no fuese privativa de libertad.

LA LIBERTAD CONDICIONAL Y LA RETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES QUE LA REGULAN. RAZONES PARA UN DEBATE ACERCA DE SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat JAUME I*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL NUEVO ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO PENAL.
 - 1. El abono de la responsabilidad civil.**
 - 2. El arrepentimiento activo del terrorista.**
 - 3. La imposición de reglas de conducta.**
 - 4. La eficacia retroactiva de tales novedades.**
 - III. EL REFORMADO ARTÍCULO 93 DEL CÓDIGO PENAL. SU EFICACIA RETROACTIVA.
 - IV. REFLEXIÓN FINAL.
-

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, llamada —con más pretensión que acierto⁽¹⁾— de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, contiene una serie de novedades que inciden fundamentalmente en el régimen de cumplimiento de las penas. Para ello se reforman algunos preceptos del Código Penal (en adelante, CP), de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP).

Desde luego, son muchas e importantes las modificaciones que se introducen; no voy a ocuparme, sin embargo, de todas ellas, labor esta que, claro está, requeriría de un comentario más detenido que el que aquí va a efectuarse; por ello, no van a ser tratadas aquí cuestiones de tanta relevancia como la instauración del llamado período de seguridad, la elevación de la duración máxima de la pena de prisión o los plazos para alcanzar los beneficios penitenciarios. Voy a centrarme, por el contrario, en el aspecto de la reforma que, a mi juicio, plantea mayores dudas acerca de su compatibilidad con el texto constitucional. Me refiero a la disposición transitoria única, si bien hace necesario señalar que no es ésta la única disposición cuya constitucionalidad puede discutirse, como así lo ponen de manifiesto las diversas Enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de esta Ley⁽²⁾.

En virtud de lo allí dispuesto, se extiende la eficacia de lo previsto en los reformados artículos 90 y 93.2 del CP y los recién introducidos apartados 5 y 6 del artículo 72 de la LOGP a aquellas decisiones que versen sobre acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario y a la libertad condicional, *con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena*. En otras palabras, se vienen a endurecer los requisitos que permitirían la concesión de los dos últimos grados del cumplimiento de la pena y se le otorga —y de ahí el principal reparo que ofrece— un innegable efecto retroactivo de dudosa constitucionalidad. Pero, antes de llegar a esta conclusión que ahora puede parecer precipitada, es preciso detenerse aún brevemente en el alcance de los principales aspectos que se reforman. A tal efecto, y con el fin de conseguir una mayor claridad

(1) Denuncia, asimismo, tan desafortunada denominación, GONZÁLEZ PAS, C.P.: “Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio ‘de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas’. Examen de su constitucionalidad.”, en *Actualidad Penal*, n.º 40, 2003, p. 1010.

(2) Las mismas aparecen recogidas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, n.º 129.7, 25 de marzo y Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, n.º 130, 9 de junio 2003.

expositiva, se procede a diferenciar aquellas novedades que afectan al artículo 90 de las que van referidas al 93, ambos del CP.

II. EL NUEVO ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO PENAL

1. El abono de la responsabilidad civil

Por lo que al nuevo artículo 90.1 se refiere, se condiciona la concesión de la libertad condicional a la observancia de buena conducta y a la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Esta circunstancia no se entiende cumplida, y de ahí la novedad, en aquellos supuestos en los que el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito conforme a los criterios que, paralelamente, se introducen por medio de la reforma del artículo 72 de la LOGP; sin que se sepa muy bien si el no satisfacer tales cantidades indica una mala conducta o, en cambio, que el penado no cuenta con un pronóstico favorable de reinserción, alternativa esta última que, al menos, resulta menos perturbadora⁽³⁾.

A la vista de esta exigencia —calificada por RENART GARCÍA⁽⁴⁾, de esperpéntica, por cuanto que no puede establecerse relación alguna entre la conducta del sujeto y el cumplimiento de dicha obligación— habrá que concluir que el impago de dicha responsabilidad, la imposibilidad de hacerle frente en un futuro, o de ofrecer garantías para ello, impide la puesta en libertad del condenado sin ulteriores consideraciones en torno al pronóstico de reinserción social. Y, del mismo modo, obstaculiza su progresión al tercer grado o su clasificación en el mismo.

Desde luego, ningún reparo ofrece el hecho de que se potencie la defensa de los intereses de las víctimas resarciéndolas, al menos parcialmente, del daño que la comisión de un delito produce⁽⁵⁾. Se ha querido ver en ello la adopción de las modernas tesis de lo que se ha dado en llamar justicia restaurativa o

(3) En el mismo sentido, TELLEZ AGUILERA, A., “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5837, 14 de agosto de 2003, p. 5.

(4) RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid, 2003, p. 122.

(5) Vid. sobre esta nueva perspectiva el trabajo de TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*. Barcelona, 1995, *passim*. Vid., asimismo, MORALES PRATS, F., “Funciones del Derecho penal y sociedad civil”, en *Derecho y Proceso penal*, 1999, n.º 1, p. 25 y ss.

restauradora cuando lo cierto es que, a diferencia del supuesto que nos ocupa, tal corriente doctrinal propone la sustitución del sistema penal por otras vías extrajudiciales de resolución del conflicto ⁽⁶⁾. Pero si, como digo, es digno de elogio todo esfuerzo por compensar a quienes se han visto perjudicados por la comisión de un delito, no merece, en cambio, halago alguno la decisión tomada por el legislador.

En efecto, me parece harto discutible que el mantenimiento en prisión del autor del hecho delictivo basado únicamente en el mencionado impago, con desprecio hacia otros factores, pueda dar satisfacción a nadie. Es más, es profundamente evocador de una siempre repugnante prisión por deudas. No voy a entrar, porque ello excedería con creces los límites inicialmente establecidos, en si se trata o no de una medida discriminatoria por cuanto hace de peor condición a quienes carecen de recursos económicos para hacer frente a la responsabilidad civil originada por la comisión del delito; ni creo preciso insistir en el mandato constitucional que obliga a orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social sin perjuicio, claro está, de que no sean éstos los únicos fines que se le reconozcan ⁽⁷⁾.

Sí, en cambio, me parece más oportuno poner de manifiesto la incoherencia que se advierte en una primera y, quizás, por ello, precipitada lectura del nuevo apartado que se introduce en el art. 72 de la LOGP si se relaciona con la previsión que contiene el citado artículo, esta vez en su apartado cuarto, al disponer, recordemos, que *en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*. Consecuentemente con ello, ¿debe entenderse que la evolución del tratamiento no es favorable si la responsabilidad penal no ha sido satisfecha? Personalmente no creo que la exégesis conjunta de ambos preceptos deba abocar a una conclusión que puede acarrear tan injustos resultados ⁽⁸⁾.

Pero las incongruencias no acaban ahí. Algo no muy distinto es lo que ocurre si se relaciona este nuevo requisito con alguna de las previsiones contenidas en el CP. Y es que, como puede fácilmente deducirse, resulta de difícil

⁽⁶⁾ Véase el documentado trabajo de ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*. Valencia, 2000, p. 452 y ss.

⁽⁷⁾ Así se han pronunciado, entre otras, las SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 55/1996, de 28 de marzo; 75/1988, de 31 de marzo; y 120/2000, de 10 de mayo.

⁽⁸⁾ Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el sujeto actúa bajo la existencia de una eximente incompleta, que ha delinquido bajo unas determinadas circunstancias que muy difícilmente han de repetirse y respecto de quien es absolutamente favorable el pronóstico de reinserción.

armonización hacer depender la concesión del tercer grado penitenciario o de la libertad condicional de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito con la búsqueda de sustitutivos penales en la que tanto se afanara el legislador de 1995 y que, a decir de la doctrina, constituye una de las principales novedades del CP⁽⁹⁾. En efecto, si el recurso a tales sustitutivos deviene obligado por el descrédito, ya endémico, que padece la pena de prisión, dista de ser fácil la justificación de una medida como la que se comenta.

Con todo, la contradicción que se advierte alcanza su punto álgido si se relaciona con el artículo 81.3 del CP. Dicho precepto dispone que no podrá quedar en suspenso la ejecución de una pena hasta que se hayan satisfecho la responsabilidad civil originada. Es decir, el incumplimiento de tal responsabilidad impide la suspensión de la pena. Ahora bien, a renglón seguido se estipula, como no podía ser de otro modo, que el Juez o Tribunal pueda obviar esta condición en caso de imposibilidad total o parcial y una vez oídos los interesados y el Ministerio Fiscal. En consecuencia, la no satisfacción tiene unos efectos, cuanto menos, curiosos porque puede no obstaculizar la suspensión de la pena, pero sí imposibilitar el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

Si a ello se le añade la eficacia retroactiva que le concede la disposición transitoria única, tenemos, por lo que aquí interesa y sin perjuicio de que vuelva a referirme a ello con posterioridad, otro efecto igualmente paradójico. Y es que en algunos casos —cuando se trate de un delincuente primario y la pena que le corresponda sea inferior a dos años— dicho incumplimiento puede haberse tomado en consideración dos veces. Una, para negar la suspensión de la pena y otra, para concluir que no se ha observado buena conducta o que no presenta un pronóstico favorable de reinserción y, por tanto, que el sujeto no es merecedor, en palabras de la LOGP, de evolucionar en su tratamiento. Y ello, aunque siguiendo la consabida doctrina del Tribunal Constitucional, pueda no suponer afección alguna al principio *non bis in idem*, por obedecer a distintos fundamentos —prevención especial, en un caso y reinserción en otro—, no deja de ser político-criminalmente cuestionable.

Atendiendo a los perniciosos resultados que pueden producirse creo —y ello no es más que una opinión— que la previsión adoptada tiene un encaje demasiado forzado en el resto del sistema punitivo. Quizás el defecto señalado carezca de importancia si se contrapone a la problemática que subyace, es decir, a las legítimas expectativas de las víctimas. No obstante, de ser ésta la *ratio legis* bien pudiera tratarse de una medida innecesaria puesto que, si el legislador no está pensando en quienes no pueden hacer frente a la responsabilidad civil,

(9) GARCÍA ARAN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995*. Pamplona, 1997, p. 99.

sino en quienes no quieren hacerlo —y parece lo más probable dado el tipo de delitos que se enumeran⁽¹⁰⁾—, conviene no olvidar que, además del comiso, el ordenamiento jurídico-penal cuenta ya con un mecanismo más contundente y, si se me permite, mucho más eficaz: el alzamiento específico que se contempla en el artículo 258 del mismo texto punitivo⁽¹¹⁾.

2. El arrepentimiento activo del terrorista

El segundo aspecto novedoso que se introduce en el ya citado artículo 90.1 del CP, va referido exclusivamente a personas condenadas por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; referencia esta que, dicho sea de paso, por su imprecisión, debería haberse evitado en un texto cuyo confesado propósito es el de dotar de mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica, según puede leerse en la Exposición de Motivos que acompaña a la Ley objeto de este comentario. Si bien, a pesar de esta mención expresa, lo cierto es que las medidas adoptadas parecen ir exclusivamente dirigidas a los terroristas, lo que no deja de generar un desconcierto nada desdeñable.

Como es sabido, para la concesión de la libertad condicional no basta con observar buena conducta sino que se requiere, además, un pronóstico favorable de reinserción social. Pues bien, tratándose del tipo de delincuencia aludida, dicho pronóstico queda supeditado al abandono de la actividad delictiva y a la colaboración activa con las autoridades con alguno o algunos de los fines que se detallan; a saber, impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos del ya cometido, ayudar a la identificación, captura y procesamiento de otros responsables, obtener pruebas y, finalmente, impedir la actuación o el desarrollo de estas organizaciones o asociaciones. Paralelamente, se modifica en el mismo sentido la LOGP introduciendo un sexto apartado en el artículo 72 de la misma

(10) Adviértase al respecto que el mencionado apartado 5 del art. 72 LOGP obliga a aplicar esta norma singularmente a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; a los delitos contra los derechos de los trabajadores; a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; y, finalmente, a los delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código penal.

(11) Para un comentario de este artículo, véase por todos, VIVES ANTÓN, T.S., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Los delitos de alzamiento de bienes*. Valencia, 1998, p. 117 y ss.

que hace depender la progresión o clasificación en el tercer grado de cumplimiento penitenciario de esta circunstancia⁽¹²⁾.

La introducción de tal medida parece tener su origen en una incorrecta y, tal vez interesada, lectura del artículo 6.º de la Decisión marco de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Dicho precepto faculta a todos los Estados miembros a adoptar los mecanismos necesarios para que el abandono de las actividades terroristas y la tan deseada cooperación con las autoridades supongan una reducción en la pena. Nada se dice, sin embargo, de la virtualidad que pueda tener en relación con la obtención del tercer grado o de la libertad condicional ni, tampoco, que deba vincularse al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Es de lamentar, una vez más, el patente desdén que muestra el legislador por acompañar la reforma con otras figuras existentes; pues no olvidemos que, en este ámbito, al citado texto internacional ya da cumplimiento el actual artículo 579 que, con una redacción similar —que no idéntica— permite la rebaja de la pena en uno o dos grados.

En cualquier caso, y puesto que ha sido decisión del legislador que el desistimiento despliegue su eficacia también respecto a los últimos grados de ejecución de la pena, a ello habré de referirme. No voy a detenerme, porque ello sería conculcar la auto-restricción impuesta, en el juicio —mayoritariamente crítico⁽¹³⁾— que ha merecido ni, por los mismos motivos, está en mi ánimo cuestionar la conveniencia de este instituto. Por el contrario, y como ya se hiciera en relación con la responsabilidad civil, me propongo analizar las repercusiones sistemáticas que derivan de la introducción de tal medida.

Procede, en primer lugar, cuestionarse su compatibilidad con la ya aludida técnica premial que contempla el referido art. 579 CP. En este sentido, bien pudiera suceder que el abandono de las actividades terroristas y, en su caso, la

(12) Cuestiona esta duplicidad RENART GARCÍA por cuanto que, como muy bien dice no se entiende por qué se exige tal requisito respecto de la libertad condicional si, previamente, se ha de haber cumplido para la obtención del tercer grado. Achaca este error a la precipitación y ausencia de rigor por parte del legislador. RENART GARCÍA, F., *La libertad...*, op. cit., p. 163 y ss. Creo, sin ánimo de exculpar al legislador, que existe una explicación para este proceder y es que en virtud de la Disposición Transitoria única, dada la eficacia retroactiva que se le concede, puede ser de aplicación a quienes sin cumplir con esta exigencia se encuentran disfrutando del tercer grado y se le exija como condición para el acceso a la libertad condicional. A lo que añade TELLEZ AGUILERA que, de este modo, se permite que el Juez de Vigilancia Penitenciaria controle si se han cumplido los requisitos para la clasificación al tercer grado. TELLEZ AGUILERA, A., "La ley...", op. cit., p. 5.

(13) Véase, por todos, el magnífico trabajo de CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid, 1995, *passim*.

colaboración con las autoridades, haya sido tomada en consideración para operar una sustancial rebaja de la pena. Si es así, habrá que preguntarse si sólo por ello, el sujeto presenta un pronóstico favorable de reinserción social. En caso de que la respuesta sea afirmativa es prácticamente imposible de justificar, sin acudir a razones puramente retribucionistas, la exigencia que contiene el nuevo artículo 36 del CP y que obliga a cumplir la mitad de la condena cuando la pena impuesta exceda —que será lo más probable, dado el tipo de delincuencia ante la que nos hallamos— de cinco años. Si, por el contrario, no es así; es decir, si en su día se operó una atenuación de la pena, pero en el momento de acceder a la libertad condicional no se cuenta con un pronóstico favorable de reinserción, habrá que cuestionarse —lo cual dista de ser tranquilizador— la utilidad de esa privación de libertad. Ante tal disyuntiva no es de extrañar que esta nueva previsión haya sido calificada de “auténtico dislate”⁽¹⁴⁾.

Siguiendo con el ámbito de aplicación, habrá de determinarse el alcance de las obligaciones que se establecen en el nuevo precepto. Parece fuera de toda duda que quien pretenda el acceso a cualquiera de las dos últimas fases del cumplimiento de la condena ha de mostrar un inequívoco abandono de los fines y medios de la actividad terrorista en el momento en el que la decisión sobre tal extremo haya de ser tomada. No tan diáfana es, sin embargo, la interpretación en relación con el otro requisito. En efecto, nada se dice acerca de cuándo ha de darse la colaboración activa con las autoridades. Así, pudiera suceder que esta “buena disposición” del terrorista haya sido ya valorada para atenuar la responsabilidad penal y ahora permita el disfrute del tercer grado o de la libertad condicional, según los casos⁽¹⁵⁾. Desde luego, nada hay que objetar a tal solución desde la perspectiva del principio de legalidad⁽¹⁶⁾. Lo que ya ofrece mayores reparos es que quien en su día negó dicha colaboración, vea ahora frustrada su posibilidad de acceder a un régimen de semilibertad o de libertad condicional si se dan, por supuesto, el resto de condiciones legalmente establecidas.

(14) RENART GARCÍA, F., *La libertad...*, op. cit., p. 181.

(15) Se muestra partidario de esta opción RENART GARCÍA, F. *La libertad...*, op. cit., p. 180.

(16) Hay razones, no obstante, que permiten dudar de que efectivamente sea esa la *voluntas legislatoris*. No dejaría de ser sorprendente que saliesen beneficiados este tipo de delincuentes por medio de una reforma que, como acertadamente ha puesto de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC, consiste fundamentalmente en incrementar el límite máximo de cumplimiento de las penas y en restringir el disfrute de beneficios penitenciarios. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega* n.º 38, 2003, p. 22. Se estarían dando, en definitiva, inequívocas muestras de una preocupante esquizofrenia legislativa que poco contribuye a una política criminal claramente definida.

Pudiera entenderse, asimismo, que la ansiada colaboración es válida para la concesión del tercer grado o la libertad condicional siempre que se preste con anterioridad a que tal decisión se adopte y con independencia de la actitud del reo antes de la sentencia condenatoria. De ser así, habría que concluir que entre ambas instituciones —el desistimiento y la colaboración activa como causa de atenuación de la pena y como condición del pronóstico de reinserción favorable— no hay sino un mero parentesco que permite una virtualidad diferente atendida su también distinta naturaleza jurídica. Ahora bien, ello vendría a significar el sometimiento del penado a un chantaje de difícil aceptación y supone, en palabras de TÉLLEZ AGUILERA, “insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario” (17).

Pero es que, además, y por si los inconvenientes señalados no fueran suficientes, en la práctica puede provocar resultados absolutamente injustos al imposibilitar el disfrute de estas últimas fases de la condena a quienes más pudieran merecerlo. Piénsese en cómo podrá colaborar con las autoridades quien hace un tiempo, quizás dilatado dada la gravedad de las penas con las que se amenazan estas conductas, abandonó o se vio obligado a abandonar dicha actividad. Una de dos, o el sujeto está desvinculado de la organización —y, en buena lógica, no puede cooperar— o, está en condiciones de prestar el auxilio requerido, lo que demuestra bien a las claras que la desvinculación no es completa y, por ello, el pronóstico de reinserción no puede ser en modo alguno favorable. De ahí que en el Informe al Anteproyecto de esta Ley emitido por el Consejo General del Poder Judicial se insista en que esta previsión debe ser exigida únicamente a quienes estén en condiciones fácticas de colaborar.

Con ser importantes estas objeciones, no menores son los reparos que ofrece la ambigua redacción del último inciso del nuevo artículo 90.1. A tenor de lo allí dispuesto, el abandono de los fines y medios de la actividad terrorista y la colaboración activa con las autoridades *podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno de las actividades y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

No puede decirse, desde luego, que estemos ante un dechado de claridad y taxatividad. Antes al contrario, son dos al menos las cuestiones necesitadas de una respuesta.

(17) TÉLLEZ AGUILERA, A., “La ley...”, op. cit., p. 4.

En primer lugar, la acreditación a la que va referida el inciso transcrito parece aludir únicamente a quienes insertan sus delitos en una actividad terrorista; luego, ¿cómo han de acreditar el abandono de sus actividades quienes pertenecen, por simplificar los términos, al crimen organizado? La cuestión, lejos de ser puramente teórica, tiene una indudable importancia práctica puesto que de ello depende, no lo olvidemos, el pronóstico de reinserción social y, en consecuencia, la concesión o clasificación en el tercer o cuarto grado de ejecución de la pena.

En segundo lugar, he de manifestar mi ignorancia acerca de cómo debe entenderse esta fórmula en relación con los requisitos para la acreditación. La dicción literal propicia, al menos, tres exégesis diversas y, lógicamente, con consecuencias muy dispares.

Así, una primera lectura podría consistir en interpretar que la demostración de que el sujeto está desvinculado puede efectuarse de forma alternativa; esto es, bien, mediante una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas, abandono de la violencia y petición expresa de perdón a las víctimas; bien, por medio de los pertinentes informes técnicos. Bastaría, por tanto, una de las dos vías para obtener el requerido pronóstico de reinserción favorable.

La segunda interpretación posible pasa por entender la locución “así como” como conjunción. En otras palabras, para conseguir dicho pronóstico haría falta, además de los preceptivos informes técnicos, una declaración expresa de repudio y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas. De ser este último el entendimiento correcto, y mucho me temo que lo sea por el contexto en el que se inscribe esta reforma, sería muy de lamentar que el legislador estuviese forzando, al introducir un elemento ético-subjetivo, una reconversión ideológica precisamente, en un ámbito donde no es infrecuente la delincuencia por convicción. Pero, lo que es más preocupante, es que estemos asistiendo a una nada recomendable moralización del Derecho Penal, de cuyos riesgos ya advirtiera CUERDA ARNAU en relación con el derogado CP ⁽¹⁸⁾ y que haga depender la concesión del tercer grado o de la libertad condicional de una actitud de contricción interna —y, por ello, inaccesible para quien tiene que decidir acerca de su otorgamiento— que tanto rememora a un Derecho Penal de autor que ya creíamos superado y que, por otro lado, contrasta —lo que muestra un nuevo desajuste— con la objetivación que el Código de 1995 opera en la atenuante genérica de confesión a las autoridades frente al derogado arrepentimiento espontáneo.

Finalmente, en opinión de RENART GARCÍA, la ausencia de una fórmula imperativa permite concluir que estamos ante una cláusula abierta y que, en

(18) CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación...*, op. cit., p. 410 y ss.

atención a ella, cualquier forma de constatar una desvinculación con la actividad terrorista es válida constituyendo las hipótesis que se barajan meros ejemplos; si bien se deja constancia de la escasez de medios para evidenciar tal circunstancia⁽¹⁹⁾.

En cualquier caso, y con independencia de la opción que se escoja, es de lamentar la imprecisión y ambigüedad de esta cláusula. La falta de rigor y el escaso celo observado demuestran, a mi entender, un evidente menosprecio por las exigencias derivadas del principio de legalidad y ello, pese a lo que tan rotundamente se afirma en la Exposición de Motivos. Es más, de no ser por la gravedad del tema, parecería una burla que la justificación de la reforma y las novedades que contiene fueran tan antinómicas.

3. La imposición de reglas de conducta

La eficacia retroactiva prevista en la disposición transitoria única que se comenta alcanza también al apartado segundo del reformado artículo 90. Se introduce en él una novedad de dudosa conveniencia y de difícil justificación. Hasta ahora, y con discutible acierto, como ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de la doctrina⁽²⁰⁾, el artículo 90.2 facultaba al Juez de Vigilancia a imponer alguna o algunas de las llamadas reglas de conducta previstas en el artículo 105 CP, cuya naturaleza de medidas de seguridad no privativas de libertad resultaba contradictoria con la concesión de la libertad condicional.

Pues bien, el nuevo precepto se remite no ya al citado artículo 105, sino que nos reenvía a los artículos 83 y 96.3. Como es sabido, el primero de ellos contiene una serie de obligaciones que pueden ser impuestas al reo a quien le sea suspendida la ejecución de la pena. Además de los que expresamente se citan, se prevé que el reo cumpla los *demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado*. Por su parte, el segundo de los preceptos señalados enumera las medidas de seguridad no privativas de libertad, cerrando el elenco —y de ahí mi confusión— con una remisión expresa al resto de medidas contempladas en el ya citado artículo 105 CP.

Dejando al margen la similitud que puede observarse entre las reglas de conducta recogidas en unos y otros preceptos⁽²¹⁾, sorprende, a mi modo de ver,

(19) RENART GARCÍA, F., *La libertad...*, op. cit., p. 166 y ss.

(20) Por todos, MAPPELLI CAFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3.^a Ed. Madrid, 1996, p. 207.

(21) Sobre los nada desdeñables problemas aplicativos, véase RENART GARCÍA, F., *La libertad...*, op. cit., p. 130 y ss.

que se utilice una técnica legislativa tan perturbadora en un texto que, como ya se dijo, pretende dar un mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica. Suerte que ése era el objetivo porque, de no ser así no alcanzo a imaginar los intrincados vericuetos que deberían ser recorridos para elegir una medida adecuada al caso concreto.

4. La eficacia retroactiva de tales novedades

De todo cuanto antecede puede concluirse que las medidas que se incorporan por medio de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas constituyen un más que dudoso acierto político-criminal y, en consecuencia, ha de ponerse en tela de juicio su oportunidad y conveniencia. Ahora bien, como toda decisión tomada en este ámbito, es susceptible de debatirse y qué duda cabe de que pueden encontrarse argumentos —compartidos o no— que justifiquen la necesidad de tales medidas. Más ardua es la tarea, en cambio, cuando de lo que se trata es de encontrar razones que permitan afirmar que lo dispuesto en la disposición transitoria única es compatible con el principio de irretroactividad de las leyes penales consagrado en la Constitución.

Aparentemente pudiera parecer que no nos encontramos ante un caso de sucesión de leyes, por cuanto que es de sobra conocido el aforismo *tempus regit actum* y, por ello, todas las decisiones sobre acceso al tercer grado o libertad condicional que hayan de ser tomadas tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, han de adecuarse a sus exigencias. No obstante, como con razón han afirmado COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, ha de reconocérsele a éste un carácter relativo pues, de otro modo, podrían devenir consecuencias inconstitucionales⁽²²⁾. Y quizás no sea aventurado afirmar que el férreo mantenimiento de esta máxima constituye un argumento muy débil frente a quienes ven frustrada su expectativa de ser puestos en libertad cumpliendo —es importante no olvidarlo— todos los requisitos legales que estaban en vigor cuando se dictó la sentencia condenatoria.

Desde esta nueva perspectiva y, aceptando que estamos ante un endurecimiento *a posteriori* de las consecuencias legales de la comisión de un delito, no resulta impertinente cuestionar si la eficacia retroactiva otorgada no significa una vulneración material del mencionado principio. Al respecto conviene re-

(22) COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Manual de Derecho penal. Parte General*. 5.^a Ed. Valencia, 1999, p. 207. En este sentido, la STC 32/1987, de 10 de marzo, considera inconstitucional la aplicación retroactiva de una ley que ampliaba el plazo de prescripción.

cordar, como ya expuse en relación con una problemática distinta⁽²³⁾, que las garantías que del principio de legalidad derivan no deben ir referidas exclusivamente a los presupuestos de la infracción sino que se extienden a todos aquellos elementos de los que quepa deducir una condena penal o que puedan tener algún efecto sobre ésta.

Ésta es la opinión que, en reiteradas ocasiones, ha defendido la Corte Suprema de Estados Unidos —país en el que nuestro legislador parece inspirarse— cuando han sido sometidos a su consideración supuestos similares al que se comenta. En efecto, en *WEABER v. GRAHAM*⁽²⁴⁾, tuvo que reconocerse que la aplicación retroactiva de una ley que restringe el período de reducción de la pena, alterando para ello la fórmula por la que se determina el tiempo que ha de restarse por buena conducta⁽²⁵⁾, vulneraba la cláusula *ex post facto* y que, lógicamente, era contraria a lo dispuesto en el artículo I, parágrafo 9 de la Constitución americana⁽²⁶⁾. El principal argumento que se esgrimió entonces —y que entiendo reproducible a la cuestión planteada— era que, de hacerse así, se alteran sustancialmente las consecuencias del delito y se introducen cambios en el *quantum* de la pena⁽²⁷⁾ y, como ha ido perfilando la jurisprudencia de la Corte Suprema desde *CALDER v. BULL*⁽²⁸⁾, no sólo vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal la tipificación de una conducta tras su comisión; sino que igual vulneración se produce, como es el caso, cuando la ley posterior cambia la pena e infringe un castigo mayor.

Similar es, asimismo, la posición adoptada por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, en su Sentencia 21/1993, de 18 de enero, afirma que “el fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal se identifica con el

(23) VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Valencia, 2001, p. 138.

(24) 450 U.S. 24 (1981).

(25) La fórmula original preveía 5 días de reducción al mes durante los dos primeros años de privación de libertad, 10 días por mes durante el tercero y cuarto año, y 15 días a partir del quinto año. La nueva fórmula establece 3 días de reducción por mes durante el primero y segundo año de prisión, 6 días al mes durante el tercero y cuarto año, y nueve días desde el quinto año hasta el final de la condena.

(26) La evolución e interpretación de esta cláusula puede verse en LOGAN, W.A., “The *ex post facto* clause and the jurisprudence of punishment”, en *American Criminal Law Review*, 1998, p. 1261 y ss.

(27) En igual sentido, puede verse, CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS v. MORALES [514 U.S. 499 (1995)] y LYNCE v. MATHIS [519 U.S. 433 (1997)].

(28) 3 U.S. 386 (1798).

del principio *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido *a posteriori* con una calificación del delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho”. Y pocas dudas pueden albergarse respecto de que la permanencia en prisión por más tiempo que el legalmente establecido en el momento de dictarse la condena supone un incremento del castigo. En este sentido, se hace preciso recordar que la seguridad jurídica también ha sido definida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho⁽²⁹⁾. Por ello, no creo que estemos ante una esperanza ilusoria del condenado sino que, por el contrario, esta expectativa trae su origen en las exigencias legales vigentes al dictar la sentencia. Es más, como puede inferirse sin dificultad de lo dispuesto en el Fundamento Jurídico 4.º de la STC 20/2003, de 10 de febrero, para determinar la ley penal más favorable han de ser comparados no sólo los marcos penales, sino la totalidad de las previsiones de una y otra ley haciéndose referencia expresa en este pronunciamiento a los sustitutivos penales y a los beneficios penitenciarios aplicables al caso. Luego, con mayor motivo han de ser tomadas en consideración las disposiciones que afecten a la concesión del tercer grado y de la libertad condicional.

En efecto de entenderse, como hace la doctrina mayoritaria, que se trata de los últimos grados de ejecución de la pena, nos veríamos abocados a reconocer que el principio de legalidad en la ejecución de la misma debe desplegar toda su eficacia en estos supuestos. No obstante, a igual conclusión ha de llegarse si se estima que estamos ante una recompensa o un beneficio penitenciario —pues seguiría resultando afectado el *quantum* de la pena— o ante un derecho subjetivo del recluso, en cuyo caso vendría a contrastar con una discutida práctica judicial que tuvo lugar con motivo de la entrada en vigor del CP de 1995.

Como se recordará, se hizo entonces una interpretación restrictiva de la disposición transitoria segunda del CP de tal forma que era posible aplicar el nuevo texto punitivo, por ser ley posterior más favorable y, al mismo tiempo, mantener los beneficios de redención de penas por el trabajo, al considerar que la condena redimida crea una situación plenamente consolidada, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996, o forma parte del patrimonio penitenciario del penado, como puede leerse en la sentencia de dicho órgano de 13 de noviembre de ese mismo año⁽³⁰⁾.

(29) Así se afirma, por ejemplo, en la STC 36/1991, de 14 de febrero.

(30) Sentencias que, lejos de constituir supuestos aislados, son seguidas por una larga lista de pronunciamientos en idéntico sentido, como las SSTS de 22 de noviembre de 1996, 1, 14 y 24 de abril de 1997, 7 de mayo de 1997, 23 de junio de 1997, 8 de julio de 1997, 10 de septiembre de 1997, 19 de noviembre de 1997, 22 de diciembre de 1997, 1 de abril de 1998, 14 de mayo de 1998 o 10 de julio de 1998.

No es de extrañar que el proceder descrito mereciera un juicio negativo ⁽³¹⁾; si bien puede alegarse en su favor el hecho de que, a diferencia de lo que ahora sucede, resultasen favorecidos los intereses de los condenados. En esta ocasión, en cambio, se aplica el CP para determinar la pena correspondiente y, para tomar una decisión relativa a las últimas fases de ejecución de ésta, se ordena atender a la nueva ley que, como ha quedado expuesto, es más restrictiva. Así las cosas, no creo que resulte improcedente preguntarse si quien es merecedor de acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario o, en su caso, a la libertad condicional, pueda ver modificada su situación por la entrada en vigor —importante es destacarlo— al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado ⁽³²⁾, y en cuya virtud se exige, como se vio, el abono de la responsabilidad civil derivada del delito y, cuando de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales se trate, además de esto, un arrepentimiento activo.

La respuesta ha de venir, según creo, necesariamente condicionada por un correcto entendimiento del principio de legalidad. E innecesario debería ser recordar que el denominado principio de principios, en afortunada expresión de VIVES ANTÓN ⁽³³⁾, surge como verdadero límite al *ius puniendi* estatal ⁽³⁴⁾ y, en consecuencia, como una garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad de los poderes públicos. Sin embargo, y pese a que pocas dudas caben al respecto, no es esta la lectura que de dicho principio hace el legislador. En efecto, según se desprende de la Exposición de Motivos, se subvierte el significado del principio de legalidad concibiéndolo como un derecho de los ciudadanos —de los ciudadanos no delincuentes, se entiende— a que las penas se ejecuten; y, en el mismo sentido, se identifica el principio de seguridad jurídica con el derecho a la certeza de que la pena va a ser cumplida, arrinconando los fines constitucio-

(31) Cuestionan, en efecto la conveniencia de esta práctica DEL MORAL GARCÍA, A., “A vueltas con la redención de penas por el trabajo y el régimen transitorio del nuevo CP”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 258, 1996, p. 1 a 5; y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Un Código penal en democracia”, en *Tapia*, 1997, p. 25 a 33.

(32) No deja de sorprender que carezca de un plazo de *vacatio legis* una ley encaminada, como tantas veces se ha dicho, a dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica; y ello, pese a la profunda reforma que opera.

(33) VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Parte General. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 40.

(34) Sobre el origen y evolución histórica de este principio puede verse, entre otros, LAMARCA PÉREZ, C., “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 2, p. 35 a 82; MADRID CONESA, F., *La legalidad del delito*. Valencia, 1983, pp. 29 y ss.

nalmente encomendados a la pena de prisión. Esta torticera e interesada interpretación, que lamentablemente no constituye un hecho aislado como atestigua la inusitada hiperactividad legislativa que padecemos, parece justificarse en la siempre manida e incontrastable alarma social que despierta la comisión de delitos graves. Ahora bien, si el cumplimiento efectivo de las penas se sustituye por un cumplimiento íntegro, con las consecuencias que ello tiene, más que de alarma social deberíamos estar hablando de venganza social⁽³⁵⁾.

Pero si ya es desalentador —o al menos así me lo parece— que esta sociedad reivindique una respuesta punitiva más rigurosa frente a algunas manifestaciones de la delincuencia, aunque curiosamente frente a otras ha mostrado una total indiferencia⁽³⁶⁾, más preocupante me parece el hecho de que el legislador atienda la demanda de quienes acuden al Derecho penal como panacea de todos los males. No es este su cometido y, como ha explicado con todo acierto GONZÁLEZ CUSSAC⁽³⁷⁾, poco contribuye a corregir el malentendido la farisaica escisión de la sociedad entre buenos y malos, entre ciudadanos y delinquentes.

Personalmente, no creo que deba sacrificarse el principio de legalidad, ni ninguno de las garantías que de él se extraen, en aras a conseguir una mayor eficacia contra la criminalidad, por grave que ésta sea. La Historia se ha encargado de demostrar en reiteradas ocasiones que se trata de un error. En cualquier caso, esto no es más que una opinión. Si, por el contrario, y en este sentido parece apuntar la Ley que se comenta, en determinados casos quiere justificarse una respuesta penal más contundente —aun a riesgo de privar de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas, tal y como puede leerse en la Exposición de Motivos— en la búsqueda de una mayor seguridad debe reconocerse sin ambages, asumiendo con valentía los costos de esa decisión. En modo alguno creo pueda aceptarse que se introduzcan reformas de este calado invocándose, para ello, el principio de legalidad como garantía de la seguridad jurídica. Mayor burla es difícilmente concebible.

En este sentido puede resultar hasta grotesco que se utilice una cita de autorizada doctrina —y tan autorizada, pues pertenece a BECCARIA— en la que se declara que *el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la espe-*

(35) Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma...”, op. cit., p. 25.

(36) Piénsese, al respecto, en la relativamente reciente preocupación por la delincuencia socio-económica o medioambiental, por citar tan sólo algunos ejemplos.

(37) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Derecho penal y teoría de la democracia”, en *Cuadernos Jurídicos*, n.º 3, 1995, p. 11 y ss.

ranza de la impunidad o de su incumplimiento para, acto seguido, elevar a 40 años el límite máximo de cumplimiento e incidir en la línea abierta por el criticable y criticado artículo 78 CP.

La misma ironía se advierte cuando, con cita expresa de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española, en los primeros párrafos de la Exposición de Motivos se reconoce, entre otros, el derecho a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta. Cómo explicar entonces que se endurezcan las condiciones de acceso a los dos últimos grados de cumplimiento de la condena y ello se haga con efecto retroactivo. ¿Acaso no asiste este derecho a quienes están cumpliendo una condena y serían acreedores de este beneficio en atención a los requisitos vigentes en el momento en que fue dictada la sentencia? Y, siguiendo con los interrogantes, ¿puede suprimirse este derecho de todos los condenados porque unos pocos —los terroristas—, según se dice, los utilicen en su beneficio aunque, como denuncia GONZÁLEZ CUS-SAC⁽³⁸⁾, nadie lo haya advertido?

A la vista de cuanto ha sido expuesto, me parece ineludible invocar el principio de irretroactividad de la ley penal en relación con esta problemática.

Por lo que a la responsabilidad civil se refiere, no se me escapa que precisamente debido a esta naturaleza que mayoritariamente se le reconoce⁽³⁹⁾, pueda sustraerse a la eficacia del principio de irretroactividad⁽⁴⁰⁾ y regirse, consecuentemente, por lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, en cuya virtud, *las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieran lo contrario* y, evidentemente, así se hace. Pero, no es esto lo que se discute, sino las repercusiones penales que pueda tener la no satisfacción de la misma y que se traducen, en el

(38) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma...”, op. cit., p. 22.

(39) Véase, por todos, ROIG TORRES, M., *La reparación...*, op. cit., p. 83 y ss.

(40) Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional en el Auto 154/1997, de 19 de mayo. La misma línea ha sido seguida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las STS de 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997. Precisamente éste, el de la naturaleza civil, ha sido el principal argumento que se ha sostenido en la doctrina norteamericana ante una problemática similar. Me refiero a la entrada en vigor con efectos retroactivos de la *Mandatory Restitution Act* de 1996 que viene a remplazar parcialmente la *Victim and Witness Protection Act* de 1982. Puede verse, al respecto, SPOHN, M., *A Statuary Chameleon: the Mandatory Victim Restitution Act’s challenge to the Civil/Criminal Divide*, en *Iowa Law Review*. Iowa University, 2001, p. 1014 y ss. Una opinión diametralmente opuesta es la mantenida por CHASE; en efecto, para esta autora, la eficacia retroactiva de esta ley es claramente inconstitucional por violar la cláusula *ex post facto*. CHASE, I.J., “Making the Criminal Pay in Cash: The Ex Post Facto Implications of the Mandatory Victims Restitution Act of 1996”, en *University of Chicago Law Review*, 2001, p. 463 y ss.

presente caso, en un incremento del tiempo de estancia en prisión; lo cual supone —ni que decir tiene— un considerable empeoramiento de las consecuencias que derivan de una condena penal. Esto sentado, nada obsta a que el principio de irretroactividad de la ley penal sea plenamente aplicable y despliegue toda su eficacia en relación con la cuestión planteada.

Y lo mismo puede decirse respecto de quienes han sido condenados por delitos de terrorismo o aquellos otros cometidos en el seno de una organización criminal. En efecto, en poco puede contribuir a enmendar la desconfianza en la Justicia ni a pacificar los supuestamente soliviantados ánimos de los ciudadanos una Ley que, como la que se comenta, priva retroactivamente de los beneficios alcanzados a quienes se han hecho acreedores a ellos, por muy execrables que nos puedan parecer los crímenes que cometieron.

En este contexto conviene tener presente que la libertad condicional, y del mismo modo, el tercer grado de cumplimiento penitenciario, persiguen un fin muy concreto: favorecer la reinserción del penado. Partiendo de esta premisa, nada que no sea el pronóstico favorable e individualizado de reinserción debería ser valorado a efectos de decidir sobre su concesión y, mucho menos, factores ajenos a los requisitos legalmente establecidos en el momento en que se produjo la sentencia condenatoria.

A las razones expuestas —y aunque, por girar en torno al principio de legalidad, pudieran ser ya suficientes para dudar de la constitucionalidad de la Disposición Transitoria que se comenta— vienen a sumársele otras referidas esta vez al principio de igualdad. No me refiero únicamente a las dudas que, en relación con el referido principio, pueda suscitar el hecho de que se creen categorías de condenados —condenados por cualquier delito, condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y condenados por tales delitos que, además de haberse arrepentido, colaboren activamente con las autoridades— lo que parece contrario a un tratamiento penitenciario individualizado y que, aun obedeciendo a realidades distintas, tales circunstancias deben ser valoradas para determinar una mayor o menor pena y no, según creo, para decidir el disfrute de un régimen de semilibertad o de libertad condicional ya que, y aunque ello pudiera parecer una obviedad y, consecuentemente, debería ser innecesario insistir en esta idea, todos los condenados deben tener garantizado por igual el derecho a la reinserción. No creo —y aunque ello forma parte de otro debate— que el artículo 14 del texto constitucional autorice una cosa distinta.

Pero, como digo, no sólo esto puede contradecir la virtualidad del principio de igualdad, sino que igual afectación puede producirse si se repara en el hecho de que, dada la eficacia retroactiva de algunas de las reformas que en esta materia se introducen, es más que probable que dos personas condenadas por un mismo delito y habiendo observado ambos buena conducta y presentando también un pronóstico de reinserción favorable, tengan un tratamiento diferenciado

en cuanto al cumplimiento de la pena y, más concretamente, por lo que al acceso a los dos últimos grados de ejecución de la condena se refiere. Evidentemente este trato desigual está propiciado precisamente por la existencia de la nueva ley pero, según entiendo, sus previsiones deben guardar una proporción entre el posible daño que causan —la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley— y los pretendidos beneficios, si es que así quiere llamarse a lo que no es más que una involución hacia un puro retribucionismo.

Precisamente, enlazando con el aludido principio de proporcionalidad ⁽⁴¹⁾, hay otro argumento que, aunque de menor peso, no puede ser ignorado. En efecto, no resulta descabellado pensar que el juez, a la hora de dictar la sentencia condenatoria haya tenido presente, al señalar la pena concreta, el tiempo que el sujeto va a permanecer ingresado en una institución penitenciaria y, en consecuencia, haya calculado el tiempo que tardará en gozar de un régimen de semilibertad. Pues bien, sin abandonar el ámbito de las elucubraciones, si esto efectivamente ha sido así; es decir, si tales factores han sido tenidos en cuenta, bien pudiera suceder que el incremento del tiempo de permanencia en prisión que conlleva lo dispuesto en la mencionada disposición transitoria, resultase desproporcionado respecto del delito cometido. Y, por ende, que esa privación de libertad —ahora aumentada— fuese innecesaria desde las exigencias de la prevención especial pues, es preciso insistir en que se hace depender de factores tan ajenos a ésta como la satisfacción de la responsabilidad civil o la colaboración activa de los terroristas.

En fin, y con ello concluyo este apartado, considero absolutamente oportuna la reivindicación de una vuelta al principio de legalidad en unos tiempos, como los que vivimos, en los que la confrontación entre un Derecho penal garantista y un Derecho penal eficaz parece dirimirse en favor de este último.

III. EL REFORMADO ARTÍCULO 93 DEL CÓDIGO PENAL. SU EFICACIA RETROACTIVA

La Ley que se comenta agrega al artículo 93 del CP dos nuevos apartados en referencia únicamente a quienes fueran condenados por delitos de terrorismo ⁽⁴²⁾. Ahora bien, sólo uno de ellos, el segundo, es de aplicación retroactiva y, por ello, será éste al que habré de referirme; sin perjuicio de reconocer que la

(41) Vid., sobre el referido principio, el trabajo de CUERDA ARNAU, “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. I. Valencia, 1997, p. 447 y ss.

(42) Se dejan fuera, nuevamente, los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

cuestión que se orilla —la ejecución de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, en caso de incumplimiento— no está exenta de merecer importantes objeciones.

En atención a lo que se establece en el referido precepto, se permite que el Juez de Vigilancia Penitenciaria solicite los informes que acrediten si subsisten las condiciones que dieron lugar a la concesión de la libertad condicional. Por otra parte, se le faculta a que revoque la libertad concedida si el condenado hubiese delinquido, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le posibilitaron el acceso a dicha libertad. Igual consecuencia, por tanto, para comportamientos de tan distinta entidad.

Si comparamos esta previsión que, como queda dicho, se refiere únicamente a terroristas, con aquella otra —muy parecida— vigente para el resto de penados, llama poderosamente la atención el hecho de que en el primer caso se concedan unas mayores prerrogativas al Juez de Vigilancia Penitenciaria y ello se haga, precisamente, a través de una Ley que, como en la Exposición de Motivos puede leerse, pretende recortar el ámbito de discrecionalidad para conseguir, de ese modo, un pronóstico más certero de la pena a cumplir. Y, obsérvese que se hace respecto a los delitos que, según la filosofía que inspira la Ley, presentan una mayor gravedad.

Pero vayamos a lo que interesa. La disposición transitoria única hace aplicable este precepto a todas las decisiones que sobre esta materia se adopten a partir de su entrada en vigor prescindiendo, para ello, de cuando se hubiesen cometido el delito de que se trate o de cuando hubiese sido dictada la sentencia condenatoria. De este modo, en relación con los condenados por delitos terroristas, se permite que el Juez compruebe si perduran las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional. Nada hay que decir respecto de las dos primeras por cuanto que si se concedió dicha libertad era porque el reo había extinguido las tres cuartas partes de la condena y se encontraba en tercer grado de tratamiento penitenciario; luego, si se cumplieron en su momento, necesariamente deben seguir cumpliéndose ahora.

Más dudas se suscitan, no obstante, respecto de la tercera. Y es que la eficacia retroactiva y el juego conjunto de este precepto y del nuevo artículo 90, podría permitir una lectura según la cual les fuera revocada la libertad condicional de la que gozan a quienes no hayan satisfecho la responsabilidad civil emanada del delito o no presenten un pronóstico de reinserción favorable de conformidad con las nuevas exigencias que se introducen.

No creo, sin embargo, que ésta sea la interpretación acertada —de serlo, desde luego merecería un juicio crítico sin paliativos y una decidida condena—. Y no lo entiendo así porque sería constitucionalmente inaceptable. Además, aunque ello carezca de importancia tras la anterior afirmación, la dicción literal del precepto avala el entendimiento contrario al condicionar la revocación, amén de la inobservancia de las reglas impuestas o que se vuelva a delinquir, a

que se incumplan las condiciones que le permitieron (y no que le permitirían) acceder a dicha situación.

Cuestión distinta es que se llegase a revocar la libertad condicional y que, para acceder nuevamente a ella hayan de cumplirse los requisitos que en esta ocasión se adicionan. De ser así, se estaría utilizando la revocación como subterfugio para aplicar, otra vez retroactivamente, lo dispuesto en el artículo 90. En ese caso, las razones que, a mi juicio, avalan una enérgica discrepancia respecto de la aplicación retroactiva del referido precepto, y que ya han sido expuestas, son plenamente reproducibles en relación con esta otra problemática; si bien por la situación en la que se encuentra el condenado, creo que deben ser esgrimidas, esta vez, con mayor contundencia.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Si, como ha venido afirmando el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos⁽⁴³⁾, la seguridad jurídica es la suma de los principios de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada dicha suma *de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*, me parece que queda escaso margen para la duda de que la reforma penal que se comenta en poco contribuye a la consecución de la tan perseguida certeza, por mucho que así se nos haga creer en su Exposición de Motivos.

Lamentablemente, no estamos ante un caso aislado. En efecto, con tanta reforma y contrarreforma el ciudadano puede estar bien seguro —si eso es de lo que se trata, pues parece haber hecho fortuna la alusión a “Código penal de la seguridad”— de que el delincuente no va a saber cuál es la ley aplicable y, cuáles van a ser las consecuencias legales de su actuar; a no ser, claro está, que esté especialmente dotado para la adivinación o que se haga asesorar por quien sea capaz de vaticinar lo que el futuro legislativo pueda depararnos.

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio, Fundamento Jurídico décimo.

EL NUEVO ARTÍCULO 31.2 DEL CÓDIGO PENAL ⁽¹⁾

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cantabria*

La Ley 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha reformado el art. 31 del CP mediante la introducción de un número 2 en dicho precepto con el siguiente tenor:

“2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” ⁽²⁾.

Se trata de una regulación novedosa tanto en nuestro Ordenamiento como, en cuanto se me alcanza, en el propio de los países pertenecientes a nuestro área de cultura. En efecto, por primera vez se hace “responsable” de la satisfacción material de una pena (el que sea ésta de multa no es, en este sentido, trascendente) a alguien que no es “responsable” de la misma, y que, según algunas opiniones, no puede serlo, ya que como persona jurídica carece de capacidad de acción, de dolo, de culpabilidad y de pena ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a Miguel Prats y Canuts, celebradas en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona) entre los días 24 a 26 de marzo de 2004.

⁽²⁾ La entrada en vigor de este precepto no se producirá, en el caso de que ello ocurra, hasta el 1 de octubre de 2004.

⁽³⁾ Aunque sobre esta cuestión no puede afirmarse que haya, ni mucho menos, acuerdo; véanse entre otros BRICOLA, F.: “Il costo del principio ‘societas delinquere non potest’”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970, pág. 951; BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, págs. 129

Sin embargo, antes de entrar en el problema apenas esbozado creo necesario realizar la siguiente reflexión: no cabe duda que frente a la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas caben muchas respuestas ⁽⁴⁾, desde, y aludiendo sólo a algunos modelos, optar por afirmarla ⁽⁵⁾, hasta adoptar

y ss., y 143 y ss., y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, en *CPCri*, núm. 11, 1980, págs. 67 y ss.; *id.* “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *CPCri*, núm. 53, 1994, págs. 613 y ss., y también en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los Consejos de Administración. Responsabilidad de los subordinados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 79 y ss. En todo caso, y como avisa este último autor, las advertencias de la doctrina acerca de la falta de capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas, se llevan a cabo desde un cierto concepto de acción y de culpabilidad; es decir, que los referidos conceptos no son los únicos posibles y que no es ni mucho menos descartable el elaborar conceptos que cumplan correctamente con las exigencias, con las peculiaridades, que deben tener los aplicables a las personas jurídicas; véase también en este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Personas jurídicas y Derecho sancionador”, en *La nueva delincuencia*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, *passim*; *id.* “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual”, en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro...*, *cit.*, *passim*.

⁽⁴⁾ Y alguna es obligada si tenemos en cuenta, y hemos de hacerlo, la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, que propuso “la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”. En este sentido puede decirse que la tendencia existente en algunos países hacia la abolición de la vieja cláusula del *societas delinquere non potest*, no es más que una consecuencia del proceso de internacionalización del Derecho Penal [en este mismo sentido se pronuncia F. PALAZZO “Conclusiones finales”, en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo* (coordinadores Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín), Cuenca, 2003, pág. 314].

No obstante lo dicho, resulta prudente, tal y como ha expresado OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (“Las actuaciones en nombre de otro”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, I, págs. 25 y ss.): “... mantener una actitud de, al menos, acentuada suspicacia ante el fenómeno, históricamente expansivo, de las personificaciones”.

⁽⁵⁾ Este fue, como es sabido, el camino tomado por la legislación holandesa sobre delitos económicos, que posteriormente se reflejó en el Código Penal. Según su art. 51: “1. Los delitos se cometen por personas físicas o jurídicas. 2. En caso de delito cometido por personas jurídicas pueden ser perseguidas y sancionadas: 1.º La empresa 2.º La persona que realizó el delito o quien haya favorecido la comisión del mismo, o 3.º Contemporáneamente varios de estos sujetos”.

También el Código Penal francés de 1994 —art. 121.2— ha optado por afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (no de las agrupaciones sin personalidad, lo que se había considerado en el Proyecto de Código Penal francés del 1978), y lo ha hecho,

como criterio el *societas delinquere non potest*⁽⁶⁾ y salir al paso de la criminalidad cometida o aprovechando estructuras societarias, mediante cláusulas como la presente en el art. 31.1 del CP español⁽⁷⁾ (que en realidad no constituye un

aparentemente, con una mayor amplitud que en el Código holandés pues ha incluido tanto a las personas jurídicas de derecho privado como de derecho público, con excepción, en lo que se refiere a estas últimas, del Estado y siempre que el delito se lleve a cabo dentro de un servicio público y en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación; debe señalarse, no obstante, que no se ha producido una completa equiparación, en punto a la responsabilidad, entre personas físicas y jurídicas, ya que la imputación de estas últimas exige una específica contemplación en el tipo concernido. Sobre la legislación francesa puede verse PRADEL, J.: “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B. y SIMONS VALLEJO, R.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, págs. 133 y ss.; sobre la evolución del Derecho Comparado en lo que se refiere a la tendencia internacional a favor de la sanción penal de las organizaciones, véase, entre otros muchos, HEINE, G.: “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *id.*, págs. 54 y ss.

(6) Véase, en este sentido, la STS 2476/2001, de 26 de diciembre.

(7) “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Se trata de una regulación que a pesar de ser aplicable, únicamente, a delitos especiales propios y de tratarse, en verdad, de una cláusula de extensión de la autoría [véase a este respecto GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. II. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986, págs. 95 y ss., y BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983. Tomo V, Vol. 1.º (Libro I del Código Penal)*, Madrid, 1985, págs. 315 y ss.], la Jurisprudencia la ha extendido en alguna ocasión, con los efectos imaginables sobre el principio de legalidad, a delitos comunes; véase en este sentido la STS de 30 de noviembre de 1990, sobre delito ecológico, en la que se condenó al Director de una central térmica. En relación a esta Sentencia comentaba ZUGALDÍA ESPINAR (“Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *La responsabilidad penal de las sociedades...*, ob. cit., págs. 79 y ss.) que el art. 15 bis del CP 1973 (antecedente del vigente art. 31 del CP) no era aplicable al menos por tres razones: “a) En primer lugar, que el artículo 15 bis del CP no es de aplicación al delito ecológico, por ser un delito común; b) En segundo término, que el director condenado era efectivamente autor del delito ecológico, pero *no* por permitirlo el artículo 15 bis del CP, sino porque fue él ‘y así consta en los hechos probados’ quien ‘ordenó y permitió los vertidos’; c) en tercer lugar, y sobre todo, que el artículo 15 bis del CP *no sirve para completar la falta de acción típica*, sino sólo la falta de condiciones o relaciones personales de quien realiza la acción típica. Esto es: las personas físicas representantes de las personas jurídicas sólo pueden responder penalmente por sus *proprios actos* (realizados por sí mismas o a través de otros en autoría mediata),

verdadero expediente para resolver el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), o tratar de solucionar el problema al “modo italiano” dictando una ley de “medidas administrativas”⁽⁸⁾. Pero, en todo caso, lo que hace falta es adoptar un modelo y ser coherente al respecto, y no inclinarse, claramente, hacia una opción, discutible o no, y a continuación tratar de “resolver” el problema incidiendo en el momento de ejecución de la sanción y “traicionando” el primitivo modelo, que es lo que ha hecho el legislador español en la Ley 15/2003, de 25 de noviembre.

Además es preciso tener en cuenta lo siguiente: que los principios de *ultima ratio*, “fragmentariedad” y “subsidiariedad”⁽⁹⁾ son aplicables también al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, un entendimiento como el señalado exige, en primer lugar, un esfuerzo para comprender las reacciones del ordenamiento como un *continuum* que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de represión. Un planteamiento semejante requiere una comprensión unitaria del ilícito que sirva para algo más que para decir que la referencia de la antijuridicidad es a todo el ordenamiento jurídico por más que exista una específica penal, o que la otra cara del ilícito, la justificación, puede encontrar sus fuentes en cualquier rama del ordenamiento y no sólo en la estrictamente penal. Una teoría general del ilícito⁽¹⁰⁾, pues, del cual el penal sólo sería una parte y que serviría para

expresados a través de una *acción u omisión* (ya que es posible acreditar la posición de garante de quien es competente para poner fin a una situación lesiva o peligrosa para los bienes jurídicos), *dolosa o culposa*”; del mismo autor véase “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, *passim*.

(8) Ley de 20 de septiembre de 2000, núm. 300. Véase a este respecto, MUSCO, E.: “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, en *Revista Penal*, núm. 13, 2004, págs. 117 y ss., quien, por más que se trate de una ley de “medidas administrativas”, cuestiona la verdadera naturaleza jurídica de las sanciones previstas.

(9) Véase PALIERO, C.E.: “Il principio di effettività del Diritto penale: Profili politico-criminali”, en *Studi in memoria di Pietro Nuvolone. Volume Primo. Pietro Nuvolone: Profili in memoriam. Studi di Parte generale. Contributi per la storia dei sistemi penali*, Milano, 1991, págs. 416 y ss.

Para la consagración constitucional del carácter fragmentario y la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, véase la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

(10) En el mismo sentido de reclamar una teoría general del ilícito, véanse entre otros: LÜDERSEN, K.: “Alternativen zum Strafen”, en AA.VV. *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, págs. 488 y ss., y EUSEBI, L.: “Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale? Appunti contro il neoconservatorismo penale”, en *Dei Delitti e delle Pene*, núm. 3, 1994, pág. 93.

estudiar atentamente las relaciones entre los distintos medios de reacción frente al injusto, y en concreto:

1. Para establecer en qué condiciones es deseable que entre en acción uno u otro ordenamiento.

2. Para determinar cuáles son los límites, por arriba o/y por abajo, de cada uno de esos medios de reacción.

3. En qué casos el legislador puede utilizar unos u otros, terminando, así, con la teórica omnipotencia del legislador a la que sólo es posible poner freno con una concepción del bien jurídico en clave constitucional ⁽¹¹⁾.

4. Cuáles son las garantías específicas obrantes en cada uno de esos ordenamientos teniendo en cuenta su grado de afectación de derechos, e impedir, por ejemplo, que por medio de una pan-penalización se terminen extendiendo, como sucede ahora con las sanciones administrativas, a todo el ámbito sancionador las garantías propias del Derecho penal; garantías estas que pueden ser adecuadas para este ámbito del ordenamiento por su caracterización como afectante, directa o indirectamente, de la libertad, pero que sin embargo pueden ser inidóneas, o incluso suponer la inoperancia, en otras ramas del ordenamiento y entorpecer, por ello mismo, una adecuada política de escala en las respuestas sancionadoras ⁽¹²⁾, etc.

Ignorar esta “represión de escala” significa que el Estado infringe la obligación constitucionalmente establecida de protección de bienes jurídicos, ya que resulta evidente que su lesión o puesta en peligro resultará más complicada, más difícil, cuando para su salvaguarda se encuentre establecida toda una mara-

(11) Véanse a este respecto mis trabajos: “Bien jurídico y Constitución”, en *CPCri*, núm. 43, 1991, págs., e *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1979, págs. 11 y ss.

(12) Eso es, precisamente, lo que está sucediendo, en algunas ocasiones, en el ámbito de las sanciones laborales en el seno de las empresas. En este sentido hay que señalar que las garantías —directamente, y sin mucha reflexión, trasladadas desde el ámbito de lo penal al sancionador administrativo, y que han convertido la imposición de sanciones en algo francamente dificultoso— imposibilitan que la actividad inspectora, que es clave para la evitación de riesgos laborales y, por lo tanto, para la protección de intereses vitales tanto del trabajador como de la sociedad entera, funcione adecuadamente. Resultado: los índices de accidentes laborales con, a menudo, resultados de muerte o lesiones graves y un altísimo coste económico tanto para las empresas como para la Seguridad Social, están subiendo imparable y escandalosamente. Es decir, se ha construido un escenario tan garantista, tan garantista, que termina suprimiendo, o reduciendo gravemente, la posibilidad misma de garantizar la seguridad en el trabajo. El sistema se está muriendo de éxito.

ña de admoniciones y sanciones, que cuando ese cuidado haya sido consagrado a un solo medio de reacción como es el Derecho Penal⁽¹³⁾.

Este olvido de que el Derecho penal constituye la *ultima ratio* va a tener también, inmediatamente, efectos sobre el poder preventivo del Derecho Penal. Es decir, como indicaba WELZEL⁽¹⁴⁾ a nadie se le oculta que un recrudecimiento de la sanción, lo que se produce cuando se pone en primera línea al Derecho Penal, va a llevar consigo un paralelo recrudecimiento de la infracción “y del medio ambiente que participa de este mutuo recrudecimiento de pena e infracción”. En todo caso el enfrentamiento directo con el Derecho Penal va a causar un efecto psicológico de “acostumbrarse a”, lo que llevará consigo un relajamiento de los efectos preventivos. Sin embargo, cuando antes de llegar a la infracción penal el ordenamiento dispone de toda una batería previa de reacciones, el aseguramiento de la incolumidad del bien jurídico será, indudablemente, mucho más completo. En este último sentido hay que apuntar que el Estado social, el Estado asistencial, se halla obligado a establecer esa complicada y efectiva “tela de araña” delante de los bienes jurídicos para evitar su afectación.

Piénsese también que una adecuada “represión de escala” puede contribuir en buena medida a paliar muchos de los problemas de técnica legislativa que se presentan en el ámbito del Derecho Penal. Me estoy refiriendo ahora, por ejemplo, a los inconvenientes de legalidad en relación a las “normas penales en blanco”, o ese acudir a la estructuración de tipos delictivos dotados de, en

(13) Piénsese, por ejemplo, en el fraude fiscal. Pues bien, a cualquiera se le alcanza que sólo mediante el establecimiento de una adecuada política inspectora de empresas y particulares y un correlativo sistema de sanciones administrativas, será posible si no suprimir sí disminuir la incidencia del fraude fiscal. Una simple política represora penal conseguirá, en este ámbito, muchos menos efectos reguladores que la represión administrativa. Lo dicho en relación al fraude fiscal puede extenderse a una gran cantidad de delitos, como los relativos a fraudes alimentarios, medioambientales, publicitarios, etc.

Una y otra vez se vuelve a ver en este terreno que lo definitorio es la satisfacción de los intereses de clase de los grupos socialmente dominantes. Veámoslo volviendo al problema de los accidentes de trabajo: sólo cuando los sindicatos de trabajadores, por ejemplo —que, por cierto, también son responsables por su inoperancia en el aumento de la siniestralidad laboral—, plantean introducir en una lista negra para contratar con la Administración a las empresas en cuyo ámbito se hayan producido accidentes laborales como consecuencia del reiterado incumplimiento empresarial de las medidas de prevención de riesgos, solamente entonces, digo, los poderes públicos presionados por los intereses empresariales a los que representan se avienen a elegir entre dos males “el menos malo”, y aceptan, verdaderamente, controles represivos previos al penal.

(14) *Derecho penal alemán* (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 11.^a ed., Santiago de Chile, 1976, pág. 286.

ocasiones, escasa ofensividad —lo que, a veces, puede ocurrir con los delitos de peligro abstracto. En relación a estos supuestos, y otros similares, resulta evidente que si se hiciera entrar adecuadamente en juego a otros sectores del ordenamiento con preferencia al Derecho Penal, no sería en muchos casos menester el acudir al instrumento punitivo para la protección de los intereses en cuya salvaguardia se constituyen, lo que redundaría en beneficio de una mejor observancia de los principios penales.

Una última cuestión no baladí merece ser abordada en este apartado, y es la de ¿cuándo hay que hacer uso de la sanción penal? Para SILVA SÁNCHEZ⁽¹⁵⁾ “El bien jurídico penalmente protegible ha de ser, en primer lugar, un bien jurídico ‘merecedor’ de protección penal. El merecimiento de protección penal hace alusión a consideraciones de justicia: se trata de determinar en favor de qué realidades (de qué bienes jurídicos) es justo hacer uso de la protección penal”.

Pues bien, frente a la anterior argumentación de SILVA SÁNCHEZ entiendo que únicamente ideas de utilidad pueden aconsejar la protección de los bienes mediante la utilización de las sanciones penales; ideas de utilidad que van referidas tanto a la idoneidad de determinados medios protectores —junto a la inoperancia de otros— como al desenvolvimiento de la función pedagógica que corresponde ejercer al Derecho Penal. Ésta, considero, es la opción más adecuada en el marco de un Derecho Penal preventivo. El optar, sin embargo, por criterios como el de “justicia” supone claramente el acercamiento a un Derecho Penal retributivo alejado, por tanto, de los principios consagrados en nuestra Constitución.

Parece, sin embargo, que todo lo acabado de decir en relación al Derecho Penal como *ultima ratio* resulta perfectamente olvidado cuando se plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽¹⁶⁾. En efecto, da la impresión

(15) *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 288.

Hay que significar, y a pesar de la cita presente en el texto, que la posición de este autor no está ni mucho menos clara, porque junto a esa alusión a la idea de “justicia” como criterio rector, y que vuelve a reproducir en otro momento de su argumentación —“Deben, pues, respetarse los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima y renunciar a la protección penal cuando ellos lo impongan pese a que consideraciones de ‘justicia’ parecieran abonar la solución punitiva”, op. cit., pág. 289— introduce otros criterios con los que me puedo mostrar de acuerdo en este escrito, pero que aportan confusión a la hora de precisar la opinión del autor cuya obra ahora comento.

(16) Con lo que no se hace más que continuar con una perversión que posee ya una larga tradición en el Derecho penal contemporáneo; me refiero a la tendencia a elaborar una Parte General teóricamente aplicable a todos los supuestos penales, pero que continuamente resulta excepcionada en relación a categorías enteras de delitos: terrorismo, violencia doméstica, tráfico de drogas, y un largo etcétera.

que los empeños de los penalistas van dirigidos más a encontrar una fórmula que permita pasar del modelo de la responsabilidad individual al de la persona jurídica, que a hallar el mejor “remedio” para sancionar, y sobre todo para evitar, las infracciones cometidas en el seno de las sociedades. En este sentido hay que tener en cuenta que de lo que se trata es de encontrar modelos sancionadores capaces de intimidar lo suficiente como para evitar la comisión de determinados hechos, para lograr que los bienes jurídicos no resulten atacados. Pues bien, qué duda cabe que la sanción más intimidante de la que disponemos en el arsenal represivo es la pena privativa de libertad; qué duda cabe que la sanción más temida por los directivos de las sociedades, por los ejecutivos de las grandes empresas, es la pena privativa de libertad en combinación con fuertes penas de multa que, por su gran incidencia en el patrimonio particular, les extrañe del ámbito económico y social en el que están acostumbrados a participar, y qué duda cabe de que la pena privativa de libertad encuentra problemas incontables a la hora de intentar su aplicación a las personas jurídicas.

Así las cosas pareciera que la solución tuviera que venir por la vía de combinar distintos ámbitos represivos, el penal y el administrativo, para de esa forma lograr la máxima efectividad en la represión. Es decir, se trata de abandonar apriorismos y cejar en el empeño de, a toda costa y aun a riesgo de rebajar los niveles de represión, imponer penas a las personas jurídicas y encontrar mejores modelos de protección. Pues bien, como veremos a continuación, la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, transita en esta materia un camino desconocido y pervertido que origina un considerable debilitamiento de las barreras de protección y, de hecho, supone la despenalización de no pocas conductas, poniendo en evidencia el modelo sancionador edificado por un Gobierno conservador que, de manera desvergonzada⁽¹⁷⁾, se ha inclinado, en algunos casos, por la impunidad de comportamientos gravemente ofensivos de bienes jurídicos esenciales.

La nueva disciplina introducida en el número 2 del art. 31 del CP se caracteriza por las siguientes notas:

1.^a El supuesto de “transmisión” de la obligación de satisfacer el abono de la multa únicamente afecta a la persona jurídica; es decir, que en aquellos

(17) Aunque, eso sí, coherente. La afirmación viene a cuento por lo siguiente: la política criminal del Partido Popular en los ocho años en que ha estado en el Gobierno se ha caracterizado, entre otras cosas, por cejar en la persecución de los, tradicionalmente llamados, delitos económicos. De todo ello constituye un gran ejemplo lo sucedido en materia fiscal; en efecto, en el último Congreso de la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas y Tributos del Estado (Zaragoza, octubre de 2003) se denunció que las Inspecciones de Hacienda se estaban dirigiendo más a la revisión de las declaraciones efectuadas que a investigar las bolsas de fraude fiscal.

casos en los cuales el autor del delito fuera representante no de una persona jurídica sino de una física —“o en nombre o representación legal o voluntaria de otro”—, el fenómeno no se produciría. Ello es así porque si bien el núm. 2 del art. 31 del CP comienza diciendo que “En estos supuestos,…” con lo que parece abarcar tanto al que actúa como administrador de la persona jurídica como al que lo hace en nombre o representación de otro, finaliza afirmando que “...será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”; con lo que quedan excluidos los supuestos de representación legal o voluntaria de “otro” que no sea persona jurídica.

Pues bien, no alcanzo a comprender el porqué de la exclusión de la “representación de otro” del ámbito del precepto ⁽¹⁸⁾, como no sea el que, nuevamente, el legislador, al igual que ocurriera con la introducción del precepto en la reforma de 25 de junio de 1983, haya cometido un error de apreciación ⁽¹⁹⁾ o un olvido ⁽²⁰⁾; y no cabe, a mi entender, acudir a la analogía con el conocido argumento de que es “a favor del reo” y concluir que también es posible aplicar la “transmisión” en los casos en los que el representante no fuera de una persona jurídica sino de una física, y ello por la potísima razón de que el art. 4 del Código Penal veda la aplicación analógica (*in bonam o in malam partem*) excepto en los supuestos en los que exista una previsión legal expresa. En este sentido no hay que olvidar que, como afirma el Tribunal Constitucional, constituye interpretación analógica prohibida aquella que carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios (SSTC 142/1999,

(18) Aunque a esa comprensión pueda, quizá, contribuir una lectura atenta de un trabajo de RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “*Societas delinquere potest!* Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, en *La Ley*, núm. 4136/1996, págs. 1 y ss.; véase, también del mismo autor, *Secundariedad del Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001.

(19) Ésta es la opinión que, documentadamente, sostienen E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (“Las actuaciones en nombre de otro”, op. cit., págs. 39 y ss.) para quien “... lo sucedido muestra cómo el legislador carece de una concepción general sobre el tema, fruto de la insuficiencia de la reflexión científica sobre esta materia”, y L. GRACIA MARTÍN (El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. II. Estudio..., op. cit., págs. 173 y ss.) que afirma: “De este modo, guiados por la idea de que la finalidad del precepto del art. 15 bis es resolver el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de que en el caso de las personas físicas entrará la vía normal de responsabilidad (¿?), nuestros representantes políticos eliminan de nuestro ordenamiento toda canalización de la responsabilidad penal por actuaciones en lugar de una persona física, limitándola a la jurídica”.

(20) En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 57.

de 22 de julio, y 137/1997, de 21 de julio); viniendo dada esa falta de razonabilidad de la interpretación por su apartamiento del tenor literal del precepto en cuestión, y por la utilización de pautas valorativas ajenas a nuestro ordenamiento constitucional o modelos de interpretación y argumentación no aceptados por la comunidad jurídica (SSTC 127/2001, de 4 de junio; 195/2000, de 24 de julio, y 142/1999, de 22 de julio). Por tanto, no cabe duda que constituiría un apartamiento del tenor literal del precepto (que es lo que marca el límite de “lo posible” en la hermenéutica) entender que donde se dice “persona jurídica” “se dice” también “persona física”; eso es legislar y no interpretar un precepto.

Existe, además, una segunda argumentación para oponerse a la aplicación analógica en este caso, y es que así como en los supuestos tradicionales de aplicación de la analogía *in bonam partem* el efecto es el de, por ejemplo, trasladar al imputado la aplicación de una atenuante o un tipo privilegiado, es decir, aminorar su responsabilidad penal en una relación en la que están afectados, únicamente, el Estado, como titular del *ius puniendi* y sujeto activo de la pena, y el acusado, en el caso en estudio la cuestión es más compleja. En efecto, aquí de lo que se trata es de legitimar la traslación de una obligación (el pago de la multa) a un tercero (la persona jurídica), esto es, la constitución de una carga para la persona jurídica y no sólo la exención de la ejecución de la pena, en ciertos casos, al condenado. En conclusión, no nos encontramos ante un supuesto en el que se pueda afirmar que la aplicación de la analogía es únicamente favorable. Por otra parte, además, no debe olvidarse que el deudor solidario puede repetir sobre el patrimonio de los otros deudores, con lo que el teórico beneficiado con la aplicación analógica de la norma no lo sería tanto.

2.^a Que con esta cláusula el legislador ha roto el principio de que el condenado está sujeto al cumplimiento de la pena hasta que las pretensiones punitivas del Estado queden satisfechas ⁽²¹⁾; cumplimiento que puede efectuarse bien a través de las formas que pudiéramos denominar “normales” de ejecución teniendo en cuenta la naturaleza de la sanción, o a través de formas sustitutorias; cupiendo, en ocasiones y como es suficientemente conocido, la posibilidad

(21) En pocas resoluciones judiciales, en lo que se me alcanza, se hace expresa mención al principio de inderogabilidad de la pena; sirvan como excepción el AAP de Castellón (Sección 1.^a) núm. 98-A/2000, de 10 de abril, y SSAP de Madrid (Sección 15.^a) núms. 260/1997, de 28 de mayo, 324/1997, de 19 de junio y 335/1997, de 23 de junio, y SAP de Madrid (Sección 5.^a) 32/2002, de 11 de enero. También se hace eco del mismo la Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 6/1999, de 16 de diciembre, que manifiesta: “La responsabilidad personal subsidiaria sigue por lo tanto indisolublemente unida a la pena de multa cuya eficacia asegura, y se configura como un sustitutivo de la misma al que se acude como remedio para garantizar el principio de inderogabilidad de las penas y para evitar la impunidad que provocaría en otro caso la insolvencia del condenado a pena de multa”.

de suspensión de la ejecución ⁽²²⁾. Pero incluso en este último caso hay que afirmar que el condenado sigue sujeto al cumplimiento de la pena, en el sentido de que sobre él, personalmente, pesan toda una serie de obligaciones cuya falta de observancia puede provocar una forma alternativa de cumplimiento ⁽²³⁾, tal y como se recoge en los arts. 84 y 85 del CP.

Ciertamente que hay autores que sostienen que en el caso de la pena de multa cabe el pago de la misma por un tercero. Así ANTÓN ONECA asevera: “Por recaer sobre bienes no personales, no es esencialmente personal en su ejecución ⁽²⁴⁾; puede ser pagada por otro y transformarse en deuda civil. Esto no quiere decir que deba transferirse a los herederos del penado, como prescribía el Código de 1870, sino que cabe extenderla subsidiariamente a otras personas; por ejemplo: a los padres, por las infracciones que cometan sus hijos; a entidades sociales, por delitos de sus empleados, etc.” ⁽²⁵⁾. En contra de este planteamiento, sin embargo, se manifiestan autores como MANZANARES SAMA-

⁽²²⁾ Art. 80 del CP: “1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”.

⁽²³⁾ Art. 83 del CP: “1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre los siguientes:

1.º Prohibición de acudir a determinados lugares.

1.º bis. 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.

2.º Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

3.º Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

4.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

5.º Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

⁽²⁴⁾ De otra opinión SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1884, págs. 391 y ss.

⁽²⁵⁾ *Derecho penal*, 2.ª ed. (anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), Madrid, 1986, pág. 576; expresamente se muestra de acuerdo con este planteamiento LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Teoría de la pena*, Madrid, 1991, pág. 91.

NIEGO⁽²⁶⁾ y ROCA AGAPITO⁽²⁷⁾, que reivindican el principio de personalidad de la pena⁽²⁸⁾.

(26) *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona, 1983, pág. 112, para el cual: "... el pago por tercero es inadmisibles y si se aceptara por error, no sólo no habría extinguido la pena, sino que cabría incluso exigir la devolución de lo indebidamente abonado".

(27) *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Valladolid, 2003, pág. 389, quien rechaza la posibilidad de que el pago de la pena de multa pueda llegar a efectuarse por otras personas.

(28) Este principio de "personalidad de la pena" supone, y sigo en este punto a MARINI (*Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, págs. 921 y ss.) no solamente la prohibición de utilización de cierto tipo de sanciones en cuanto que, necesariamente, afectan a terceros no responsables de los hechos (por ejemplo, la muy utilizada en el genocidio palestino que está llevando a cabo el ejército judío y que consiste en demoler la casa —y en no pocas ocasiones el edificio— donde vive el autor de un acto de resistencia contra el ocupante israelí), sino también las directamente dirigidas contra esos otros; pero el principio de personalidad de la pena exige, asimismo, la adopción de determinadas cautelas en el ámbito de la ejecución penal. En este mismo sentido se afirma por la STC 125/2001, de 4 de junio, que "El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el art. 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio; 219/1988, de 22 de noviembre; 254/1988, de 21 de diciembre; 246/1991, de 19 de diciembre; 146/1994, de 12 de mayo; 93/1996, de 28 de mayo, y 137/1997, de 21 de julio], pero la existencia de responsabilidades penales de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos, ni la posibilidad de que su cooperación pueda ser reputada necesaria..." En esta declaración del Tribunal Constitucional, y sigo ahora a QUINTERO OLIVARES [*Curso de Derecho penal. Parte general, (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, 1996, págs. 58 y ss.], se están mezclando, o mejor confundiendo, dos aspectos distintos, aunque claramente relacionados, del principio de culpabilidad. El primero de ellos es el que se refiere a la inadmisibilidad de la responsabilidad colectiva [véase a este respecto el art. 33 del Convenio de Ginebra IV, de 12 de agosto de 1949, para protección de personas civiles en tiempos de guerra, Instrumento de ratificación de 4 de julio de 1952 (BOE núm. 246, de 2 de septiembre de 1952), según el cual "Nadie puede ser castigado por un delito que no ha cometido personalmente. Se prohíben las penas colectivas, así como toda medida de intimidación o de terrorismo". Declaración esta que tiene una singular importancia a la vista de lo preceptuado en el art. 10.2 CE], y el segundo a la exigencia de que "el contenido y la finalidad de la sanción se expresen en referencia al sujeto mismo y no a otros" [F. BRICOLA: *La discrezionalità nel Diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pág. 88; *id.* voz "Teoria generale del reato", vol. XIX, Milano, 1973, op. cit., págs. 51 y ss.; véase, asimismo, GROSSO, F.: voz "Responsabilità penale", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1968, págs. 712 y ss., especialmente notas (3) y (4)]. Planteado así, resulta evidente que el primer aspecto del problema resulta también afectado por el contenido del art. 24.2 CE, y el segundo por los arts. 10.1 y 25.2 CE.

En cualquier caso hay que señalar que aquí no estamos ante un supuesto en el que se produzca, sin más, un pago sustitutivo, que es el caso al que se refiere

En todo caso y como ha puesto de manifiesto BRICOLA (*La discrezionalità nel Diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, págs. 368 y ss.), la pena de multa, y dado que el sistema no cierra la posibilidad de que sea satisfecha por un tercero [FERRAJOLI, L. —*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, 1995, pág. 416— considera “aberrante” a la pena de multa precisamente porque es una pena “*impersonal* que puede pagar cualquiera”. Por el contrario, la jurisprudencia alemana cierra, al menos teóricamente, esta posibilidad y considera que el pago de la pena pecuniaria por un tercero integraría la forma particular de favorecimiento —§ 258, 2.º— consistente en sustraer a alguien de la ejecución de la pena —RG 30, 235—; ésta es considerada la opinión unánime en Derecho alemán, véase al respecto, H. H. JESCHECK: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., op. cit., pág. 705. En el mismo sentido, TRÖNDLE, H., pre. § 40, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, vol. II, ob. cit., págs. 65 y ss. manifiesta que, “Si se confirma el pago de la pena de multa por otro ya antes del hecho o de este modo se promete compartir la carga de la pena de multa, también en este caso concurrirá delito de favorecimiento, o —si en la promesa del partícipe ya habían previsto un hecho concreto— complicidad respecto de este hecho previo”; no concurriría, en cambio, el delito cuando se adelanta el dinero con cobro de intereses —préstamo— o cuando después de que el condenado ya ha pagado la multa, y sin que haya existido acuerdo previo, un tercero le compensa al condenado por la cantidad de dinero desembolsado], no puede llamarse pena retributiva al menos en cuanto al carácter aflictivo que esta última debe poseer para el sujeto afectado (situación esta que se modifica de forma evidente en el caso de tenerse que acudir, ante el impago de la sanción pecuniaria, al arresto sustitutivo). Todo ello no deja de plantear graves incertidumbres acerca de una posible inconstitucionalidad de esta sanción en relación con el principio de personalidad de las penas, ya que éste no sólo exige que la sanción se dirija hacia el sujeto “que constituye el centro de imputación del ilícito, sino también la necesidad de que el contenido aflictivo de la misma afecte directamente al reo” (BRICOLA —op. cit. y *loc. cit.*— alude también a la imposibilidad de evitar, lo que en muchas ocasiones ocurre, que la sanción afecte también a la familia. Aquí cabría plantear una interesante cuestión de orden civil en relación con las personas que habiendo contraído matrimonio lo ha sido en régimen de comunidad de bienes. En estos supuestos habría que sopesar hasta qué punto la sanción pecuniaria está gravitando sobre el patrimonio del otro cónyuge —véase, en este sentido, la STS 151/2002, de 15 de julio. Asimismo, FERRAJOLI —*Derecho y razón*, ob. cit., pág. 416— considera a la pena de multa como injusta, “en relación con el tercero, pariente o amigo, que paga y queda así sometido a una pena por un hecho ajeno”). Excluida la función retributiva y la preventivo especial —entendida como reeducación y reinserción— [JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., ob. cit., pág. 706, parece que sostiene la opinión de que la multa sí desarrolla funciones de prevención especial —en el mismo sentido se pronuncian FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2.ª ed., Bologna, 1994, pág. 529, al afirmar que la pena de multa tiene efectos de reeducación—, lo que únicamente resultaría aceptable si entendiéramos que la función preventivo especial se limita a una llamada de atención sobre las obligaciones que incumben al sujeto; pero más allá en el ámbito especial preventivo no se puede ir con la

ANTÓN ONECA, sino ante una verdadera transmisión de la obligación de satisfacer la pena de multa⁽²⁹⁾.

pena de multa] la única función que les cabe cumplir en nuestro sistema a las penas pecuniarias es la de prevención general de intimidación, finalidad esta que se ve claramente reflejada en nuestro ordenamiento por la posibilidad de imponer a dos sujetos que son coautores del mismo tipo delictivo, una cuantía distinta de pena pecuniaria atendiendo a su diferente patrimonio y con el objetivo de lograr que personas que poseen un nivel económico alto resulten intimidadas al saber que la pena que a ellos les será impuesta tendrá relación con esa mayor capacidad económica [GREBING, G.: “Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems”, en H.H. JESCHECK y G. GREBING: *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden Baden, 1978, págs. 86 y ss. y nota (347), entiende que “desde LISZT se recuerda una y otra vez que la función de la pena de multa debe ser la misma que la de la pena corta privativa de libertad: sirven para la confirmación de la autoridad de la norma infringida, para la intimidación, y resultan también apropiadas como recordatorio para conseguir del autor un retraimiento en el futuro; para la educación o mejora, por el contrario, no son apropiadas”].

(29) Que era, precisamente, la preocupación de MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: (*Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Madrid, 1996, pág. 48) cuando afirmaban: “El principio *societas delinquere non potest* veta la posibilidad de penalizar los comportamientos ‘atribuibles’ a las personas jurídicas... el respeto al principio de personalidad implica la necesidad de arbitrar medios, como el artículo 31 para que la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria sea castigada. Pero también para (pág. 47) evitar que ese castigo venga a recaer finalmente, por ejemplo, sobre los socios no responsables de la conducta delictiva. Si esto no es problemático en los casos de penas de carácter personal, sí lo es cuando tienen naturaleza pecuniaria. La solución pasa entonces por arbitrar mecanismo pre-penales que eviten esta aberrante transferencia de la responsabilidad criminal,...”.

Coincidiendo con esta preocupación se ha afirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 136/1999, de 20 de julio: “Inferir de la pertenencia a un órgano la participación en todas sus reuniones y decisiones y atribuir sin más individualizadamente a todos sus miembros la responsabilidad penal derivada de las decisiones adoptadas por el órgano, equivale, en rigor, a incriminar a los miembros de un colectivo por el mero hecho de serlo y, en última instancia, supone consagrar la responsabilidad penal de los colectivos, que la propia Sentencia recurrida se niega a admitir. En efecto, castigar a todos los que componen el grupo de personas del que ha partido la actividad delictiva, sin pruebas individualizadas de su participación efectiva, es tanto como castigar a alguien por algo que no ha hecho o por algo que no consta que ha hecho. En el ámbito penal, según una longeva tradición jurídica no caben responsabilidades colectivas, ni tampoco, como veremos, inversiones de la carga de la prueba acerca de la asistencia a las reuniones o de la votación a favor de los Acuerdos contrarios a derecho, como así sucede en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. El principio de culpabilidad en Derecho Penal exige que la imposición a alguien de una pena venga precedida por una atribución personal objetiva y subjetiva del comportamiento legalmente catalogado como injusto. Desde una perspectiva procesal, de nada serviría la contundencia del principio de personalidad de las penas en relación con los delitos que surgen de un colectivo si sus garantías pudieran ser esquivadas haciendo de la pertenencia formal al colectivo un indicio por sí solo suficiente de la responsabilidad penal individual de cada miembro del mismo”.

3.^a Que lo dispuesto en el nuevo art. 31.2 del CP viene a exceptuar lo previsto en el art. 53.1 del CP. En efecto, según este último precepto:

“Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente...”

De acuerdo con este precepto si el condenado no paga tendrá que afrontar una responsabilidad personal subsidiaria; no hay otra opción⁽³⁰⁾. Sin embargo, en interpretación del nuevo art. 31.2 del CP la falta de satisfacción de la pena de multa lo único que origina es que el Estado se dirija a la persona jurídica reclamando la satisfacción de la deuda, y una vez que esto haya sucedido el condenado queda liberado de su obligación. A esta conclusión hay que llegar, necesariamente, porque ya no hay pretensión que sostener, porque satisfecha la deuda ya no está justificada la adopción de nuevas medidas⁽³¹⁾.

Es decir, ya no hay “sanción de cierre” en relación al Administrador de hecho o de derecho condenado. La razón fundamental por la que se creó la

(30) En este sentido afirma SANZ MULAS (*Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, 2000, pág. 325): “Cierto es que todo sistema penal que pretenda hacer de la multa el centro del sistema punitivo, y un eficaz sustitutivo de la pena privativa de libertad, no puede prescindir de sanciones de apoyo cuando el sujeto rechace su cumplimiento y ésta no pueda hacerse efectiva a través de correspondiente procedimiento ejecutivo”.

Con idéntico parecer se pronuncia la Jurisprudencia, así para la STC 19/1988, de 16 de febrero: “La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción..., una determinada transgresión del ordenamiento penal”. En el mismo sentido se afirma por la STC 230/1991 que es una “exigencia ineludible que las resoluciones judiciales se cumplan; primero, en sus propios términos o, en caso de imposibilidad material o jurídica, acudiendo a expedientes previstos por la ley para ejecuciones subsidiarias de lo resuelto por Sentencia firme. A no otra cosa obliga el artículo 118 CE, en la medida en que... la ejecución de las resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva sin la cual el mencionado derecho fundamental quedaría, en la práctica, vacío de contenido... [la responsabilidad personal subsidiaria] pretende asegurar el cumplimiento de las sanciones de carácter pecuniario y con él la consecución de los fines de prevención general y especial del sistema penal”.

(31) Incluso se podría invocar en apoyo de esta interpretación el tenor del artículo 53.4 del CP: “El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado”. No utilizaré, sin embargo, este argumento porque, como más adelante se verá, razones de naturaleza jurídica me inclinan a pensar que la pena de multa a la que se refiere el art. 31.2 no es, en efecto, una “verdadera pena”.

responsabilidad personal subsidiaria⁽³²⁾ ha dejado de tener sentido, y el principio de inderogabilidad de la pena⁽³³⁾ ha sido apartado.

4.^a Que, en definitiva, el condenado a una pena de multa “dispone de la pena” en el sentido de que él decide si la va a cumplir o no, si la va a “transmitir” a la persona jurídica en cuyo nombre y representación actuó, si, en definitiva, va a ser la persona jurídica y no él quien la cumpla. Así, dado que el nuevo núm. 2 del art. 31 afirma que “si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”, esto quiere decir que si el autor del delito no la satisface y sí lo hace la persona jurídica, la pretensión punitiva del Estado se extingue⁽³⁴⁾.

Desde luego que no cabe, a la vista del tenor del nuevo art. 31.2 del CP, acudir a una interpretación del precepto como la que es obligada en el caso del art. 53.1 del CP en el sentido de que el condenado no dispone de la opción de pagar o no pagar la pena de multa. En efecto, de acuerdo con la regulación vigente en materia de ejecución de la pena de multa si el condenado no satisface voluntariamente la sanción ha de acudir a la vía de apremio, y sólo si no es hallado patrimonio, o crédito patrimonial, suficiente para hacer frente a la sanción se aplica el arresto sustitutorio. Pero esta interpretación no cabe en este caso cuando es el propio precepto el que dispone que la persona jurídica respon-

(32) Que según ROCA AGAPITO (*La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, ob. cit., pág. 305) “ha sido siempre la de procurar que las leyes y las sentencias que impongan penas pecuniarias se cumplan. Y actualmente también sigue teniendo ese fundamento: la inderogabilidad de las penas pecuniarias”.

(33) Que ciertamente no debe ser concebido en términos absolutos; véanse, a ese respecto, ROCA AGAPITO, L.: *La responsabilidad...*, cit., pág. 309, QUINTANO RIPO-LLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, 1966, pág. 409, y ROLDÁN BARBERO, H.: “Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, págs. 847 y ss.

Por otra parte hay que decir que “..., tampoco el constituyente español tomó en consideración expresa el principio penal de la inderogabilidad de la pena, y de él no puede decirse más sino que tiene el rango de principio general, sin reconocimiento constitucional expreso o implícito” (JAREÑO LEAL, A.: *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Madrid, 1994, págs. 155 y ss.)

(34) Véase, en este mismo sentido, el art. 1145 CC: “El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación”.

de directa y solidariamente ⁽³⁵⁾ del pago de la multa, pues ¿qué sentido tendría invocar el apremio cuando puede acudir inmediatamente a la ejecución sobre el patrimonio de la persona jurídica, quien es responsable solidario del pago de la multa? En este punto se muestra, precisamente, una de las consecuencias indeseables del nuevo sistema, pues ¿para qué acudir al patrimonio del culpable en un intento de realizar en él la pena de multa cuando se puede optar, más fácilmente, por materializar la pretensión punitiva en la persona jurídica? ¿acaso no es más sencillo y eficaz (desde un punto de vista puramente recaudatorio) actuar contra la persona jurídica? La posibilidad de dirigirse directa y solidariamente contra la persona jurídica para obtener la satisfacción del pago de la pena de multa va a determinar, con alta probabilidad, que la pretensión punitiva se trate de plasmar en la persona jurídica por las mayores facilidades que, en general, va a conceder para la ejecución de la pena ⁽³⁶⁾, con lo que se habrá pervertido todo el sistema.

Todo esto va a ocasionar un considerable debilitamiento en la protección de los bienes jurídicos. En efecto, hay que recordar que si el Administrador de la persona jurídica va a actuar conociendo el compromiso de ésta de acudir a satisfacer la multa en caso de que una sanción de ese carácter sea impuesta, los efectos intimidatorios de la pena, las finalidades de prevención general, se habrán visto frustrados, y el Administrador al verse “libre” de la amenaza penal será más “atrevido” penalmente con su conducta.

No debemos olvidar, igualmente, que en los supuestos de responsabilidad solidaria y directa el obligado solidario no tiene por qué esperar a que el acreedor se dirija contra él, sino que le es posible adelantarse al otro deudor (o a que

(35) Estamos ante una verdadera obligación solidaria si atendemos a las notas que, de acuerdo con lo que dispone el art. 1137 del CC —“La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar, íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”—, definen tal obligación: a) pluralidad de acreedores o deudores; b) unidad de objeto, y c) que un mismo hecho haya generado para todos los acreedores o deudores la obligación de que se trate. Véase en este sentido, CAFFARENA LAPORTA, J. en Cándido Paz Ares y otros (directores): *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid, 1991, pág. 117.

(36) En el caso de que esto no fuera así —por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuales la persona jurídica estuviera quebrada, en suspensión de pagos o en dificultades patrimoniales— existe, siempre, un “punto de retirada”: el acudir al patrimonio del conde-

el acreedor lleve a cabo su opción) y satisfacer la deuda ⁽³⁷⁾. De esta forma la “presión”, la “intimidación” de la pena sobre el Administrador resultará completamente anulada. El Derecho penal no podrá realizar sus fines y los bienes jurídicos sujetos, teóricamente, a su tutela se verán más indefensos.

Deben, asimismo, tenerse en cuenta importantes consecuencias procesales en la materia; me refiero a los casos de “conformidad con la pena” a los que alude el art. 801.2 LECrim ⁽³⁸⁾ o, en general, a todos los supuestos de “conformidad” en los que, obviamente, se llevan a cabo “negociaciones sobre la pena”. En todos ellos la posibilidad de disminución de la pena facilitará los casos en los que la sanción de pena de multa aumente su protagonismo. En este mismo sentido no deben obviarse los problemas de personación que origina la extensión a la persona jurídica de los efectos de la pena a los que se refiere el art. 31.2 del CP.

5.^a Pero no sólo el condenado sino también el Estado tiene capacidad para optar entre hacer cumplir la sanción al condenado o a la persona jurídica, ya que según el nuevo art. 31.2 puede dirigirse a cualquiera de los dos ⁽³⁹⁾. En estas condiciones ¿es acaso posible sostener que si el condenado no paga (ni voluntariamente ni por vía de apremio) y el Estado no quiere la ejecución sobre

(37) En efecto, en el caso de las obligaciones solidarias no hay razón alguna que impida a cualquiera de los obligados solidarios a dirigirse al acreedor satisfaciendo el crédito y viéndose libre, de esa forma, de su sujeción al pago de la prestación. Esto supone que el acreedor no puede rechazar, sin más, el pago realizado por cualquiera de los deudores, aunque él hubiera elegido ya entre los distintos obligados a uno determinado para que le satisficiera de su derecho de crédito; por ello, en el caso de que otro de los deudores solidarios se adelantase al elegido por el acreedor para el pago de la obligación, el acreedor sólo tendrá derecho a exigir una indemnización en el caso de que el cambio de deudor le hubiera podido llegar a irrogar algún perjuicio.

(38) En el ámbito de los “juicios rápidos” se incluyen, no debe olvidarse, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial [art. 795.2.h) LECrim], que son algunos de los que, desde el punto de vista criminológico, se cuentan entre los propios de los administradores de las personas jurídicas.

(39) Véase, en este mismo sentido, el art. 1144 del Código Civil: “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. En su comentario a este precepto afirma J. CAFFARENA LAPORTA (op. cit., pág. 137) que “Se conceden en el artículo al acreedor los llamados derecho de elección y *ius variando*. Una y otra facultad encuentran explicación en la propia esencia de la solidaridad pasiva. En ésta según el art. 1137 cada uno de los deudores debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación. Frente al acreedor todos y cada uno de los deudores deben la totalidad de la prestación y la deben como obligados principales. Es lógico por ello que el acreedor pueda dirigir su reclamación contra cualquiera de ellos y que asimismo pueda modificar el destinatario de la misma mientras no haya cobrado la deuda”.

el patrimonio de la persona jurídica, se podría acudir al arresto sustitutorio? Entiendo que elementales razones de seguridad jurídica (además de las que inmediatamente argumentaré) imposibilitan tal solución. No puede sostenerse que el condenado a una pena de multa ignore cuál sea el régimen de ejecución de la misma, o por mejor decir, que la decisión de si entrará o no entrará en prisión sea puramente aleatoria o dependa del puro capricho de un tercero (por más que éste sea el Estado). Tal planteamiento supondría conculcación del principio de legalidad en lo referente a la ejecución de las sanciones (arts. 25.1 CE y 3.2 del CP). Además no hay que olvidar que cupiendo, porque así lo expresa el propio art. 31.2 del CP, la posibilidad de que la denominada *vindicta publica* se satisfaga en el patrimonio de la persona jurídica, no estaría justificado afectar la libertad personal del condenado ⁽⁴⁰⁾. El principio de proporcionalidad se opone a esta solución.

Así las cosas cabe plantearse ¿cuál es la naturaleza jurídica de una teórica pena de multa cuando el condenado puede negarse a cumplirla sin temor a una

(40) No debe olvidarse, tampoco, la posibilidad de que la ejecución de la pena de multa adquiera una complicación añadida; me refiero al supuesto contemplado en el último inciso del art. 1144 del CC: “Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. En efecto ¿qué sucedería si dirigida la pretensión de cobro de la multa contra el obligado solidario aquélla no puede realizarse por entero por no haber suficiente patrimonio disponible? ¿cabe rechazar la ejecución parcial de la deuda? En mi opinión, lo que después resultará avalado por lo que argumentaré en materia de naturaleza jurídica de esta “pena de multa” impuesta a los administradores de las personas jurídicas, es perfectamente posible acudir a esa ejecución parcial (por similitud del supuesto con el contemplado en el precepto del CC aludido), por lo que, posteriormente, el Estado se verá preciso a dirigirse contra el “condenado” para ver completamente satisfecha su deuda. En este marco ¿sería aceptable que si no se haya valor dinerario suficiente en el patrimonio del condenado se acudiese al arresto sustitutorio?; y de aceptarse, que aquí no se hace, esta última posibilidad, el arresto sustitutorio ¿qué cantidad tomaría como referencia? ¿el total de la pena de multa impuesta o el resto que quedara después de efectuada, en parte, la ejecución de la deuda en el patrimonio del deudor solidario? Pareciera que la referencia debería ser hecha a la parte aún no abonada, puesto que de la otra ya satisfecha tiene que pregonarse el cumplimiento. En estas condiciones ¿cómo es posible sostener la viabilidad del arresto sustitutorio? Supongamos, además, que los responsables de la persona jurídica “ocultan” el patrimonio para hacer inviable la satisfacción de la deuda; en este caso además del correspondiente delito de alzamiento de bienes ¿nos hallaríamos ante una detención ilegal en autoría mediata en caso de mantener la tesis de la aplicación del arresto sustitutorio?

Por otra parte, y dado que el pago de la multa por el obligado solidario tendría efectos liberatorios ¿qué hacer si la persona jurídica tiene ya contraídas otras obligaciones y con el patrimonio existente no es capaz de hacer frente a todas ellas? ¿cuál sería la prelación de créditos en ese supuesto?

sanción?, ¿cuál es la naturaleza jurídica de una teórica pena de multa cuando el Estado puede optar entre dirigirse al condenado o a un tercero para que la abone?, ¿cuál es, en fin, la naturaleza jurídica de una teórica pena de multa cuando el régimen de su ejecución no es cierto? Es decir, el problema no consiste en precisar cuál sea la naturaleza jurídica de la “pena de multa” cuando le corresponde abonarla a la persona jurídica, sino si realmente, *ab initio*, nos encontramos ante una verdadera “pena de multa”, si la sanción que se impone al representante de hecho o de derecho de la persona jurídica por la comisión de un hecho supuestamente delictivo tiene la naturaleza jurídica de “pena”.

Pues bien, a este respecto hay que decir que si se considera que los principios de personalidad, de inderogabilidad y de legalidad son esenciales para la existencia de la pena, la de multa referida en el art. 31.2 no tiene la naturaleza jurídica de pena, sino que, en verdad, se trata de una sanción pecuniaria de naturaleza civil o administrativa.

6.^a La conclusión, sin embargo, va más allá de la mera consideración de que la pena de multa a la que se refiere el art. 31.2 no sea una sanción penal, sino que, ineludiblemente, la ausencia de una sanción de naturaleza jurídico-penal tiene que afectar a su presupuesto. Efectivamente, si definimos el Derecho penal, con v. LISZT⁽⁴¹⁾, como “el conjunto de aquellas reglas jurídicas estatales que al crimen, como presupuesto, asocian la pena, como consecuencia jurídica”⁽⁴²⁾, habrá que concluir que si no estamos ante una sanción que revista las

(41) *Tratado de Derecho penal* (trad. de la 18.^a ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña), 3.^a ed., T. I, Madrid, pág. 5; véase, también, la definición propuesta por IHERING, R. en *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, 1978, pág. 231.

(42) No es ésta la definición de Derecho Penal que tradicionalmente se atribuye a v. LISZT; en efecto la generalidad de la doctrina española ha tomado la definición de Derecho Penal efectuada por v. LISZT de la que figura en la traducción que se hiciera a principios del pasado siglo de la obra del penalista alemán (*Tratado de Derecho penal* (trad. de la 18.^a ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña), 3.^a ed., T. I, Madrid, pág. 5); como ejemplo de lo acabado de manifestar véanse: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, pág. 4; *id.*: *Compendio de Derecho penal*, I, Madrid, 1958, pág. 5; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pág. 33; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996, pág. 8, y COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. adecuada al Código Penal de 1995 por María Isabel Valdecabres Ortiz, Valencia, 1996, pág. 29. Sin embargo GURDIEL SIERRA —*Proyecto docente y de investigación*, Madrid, 1990, pág. 136 (inédito)— apunta, y estimo que con razón, que no es ésta la definición propuesta por v. LISZT. Efectivamente, el autor alemán definió el Derecho penal de la siguiente forma (LISZT, F. v. y SCHMIDT, E.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.^a ed., Berlín, 1927, pág. 1): “Strafrecht ist der Inbegriff derjenigen

características de “pena” difícilmente podemos hablar que la conducta a la que la sanción se asocia como “consecuencia jurídica” pueda ser considerada como “crimen”. Es decir, que estaríamos “fuera” del Derecho Penal.

7.^a Como consecuencia de todo lo anterior hay que determinar que quedarán despenalizadas, por falta de sanción penal que asociar, todas aquellas conductas realizadas por los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que lleven asociadas como pena, directamente o como producto de la degradación de la misma —casos de tentativa, de participación o de concurrencia de circunstancias—, una sanción de multa.

Es decir, a través de la inclusión de un núm. 2 en el art. 31 del CP se ha llevado a cabo una amplia despenalización de conductas en aquellas actividades en las que los protagonistas serán, con bastante frecuencia, personas jurídicas. O dicho de otro modo: se ha conseguido dar un verdadero “salto atrás” en la política criminal, de modo que, otra vez, el protagonista de los delitos patrimoniales en nuestro Código Penal será el “ladrón de gallinas”, y sin embargo las actividades delictivas llevadas a cabo a través de personas jurídicas quedarán, en demasiados supuestos, al margen de la represión penal⁽⁴³⁾.

staatlichen Rechtsregeln, durch die an das Verbrechen als Tatbestand sie Strafe als Rechtsfolge geknüpft wird”. La traducción correcta, siempre según GURDIEL SIERRA, sería la apuntada en el texto y no la tradicional según la cual: “Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”.

No se trata, como puede comprobarse, de una mera corrección que lleve a sustituir “reglas jurídicas establecidas por el Estado”, por “reglas jurídicas estatales” o “hecho” por “presupuesto”, sino que la definición tradicionalmente tomada por “la” de v. LISZT incurre en una importante incoherencia porque ¿cómo se va a asociar “el crimen, como hecho, a la pena”? Lo lógico, y en eso consistió la propuesta definitoria de v. LISZT, es que sea la pena la que se “asocie” al crimen que es el que constituye el presupuesto. Ésta es la idea que hace más de un siglo expusiera SILVELA; en efecto, decía este autor: “Lo primero que observamos es que este estado de privación o sufrimiento [la pena] no nace sino en consecuencia de un hecho anterior con el cual está unido, invariable y necesariamente: la razón o el porqué del uno, se encuentra en la existencia del otro; sin aquél no concebimos éste” (*El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, op. cit., pág. 253).

(43) Lo que no es deseable; y no lo es no porque sostenga que debe ser el Derecho Penal quien, necesariamente, se encargue de la represión de las conductas realizadas por los administradores de las personas jurídicas —ya más arriba me he manifestado en contra de esa posibilidad—, sino porque se trata de un caso de evidente falta de modelo y de una despenalización encubierta (no sé si consciente o no). Dicho de otro modo: nos encontramos ante la ausencia de una verdadera respuesta frente a conductas necesitadas claramente de represión.

8.^a Pero, incluso, aunque no se compartiera la opinión acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la pena de multa impuesta a los representantes de hecho o de derecho de las personas jurídicas, habrá que aceptar que con la inclusión del núm. 2 del art. 31 del CP se produce una considerable facilitación para desarrollar actividades delictivas en el seno de personas jurídicas, así como, en algunos casos, puntuales despenalizaciones.

En efecto, la confianza en que la persona jurídica respaldará con su patrimonio el pago de la multa, que no penderá así, al menos de forma inmediata y apremiante, sobre el patrimonio del condenado, no cabe duda que relajará los efectos preventivos generales de la pena. Especialmente si se tiene en cuenta que siendo responsable directo y solidario, la persona jurídica puede, como más arriba ya se manifestó, acudir, sin esperar que el Estado se dirija a ella, a satisfacer la sanción pecuniaria.

Pero, además, ha de tenerse en cuenta otra perspectiva: en efecto, no cabe duda que si con el Código Penal vigente la persona jurídica en cuyo nombre actúa un administrador se compromete a sufragar la posible pena de multa que pudiera corresponderle a éste por la comisión de un hecho delictivo, podríamos hablar de participación en el delito (al menos de complicidad sino de cooperación necesaria); pero ¿se puede llegar a la misma conclusión cuando es el propio Código Penal el que establece la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica? ¿no se estará, *de facto*, impulsando con la disposición criticada el atentado, impune, a bienes jurídicos?

9.^a Lo acabado de afirmar se pone más claramente de manifiesto en el momento en que nos interroguemos sobre cuál sea el fundamento de responsabilizar a la persona jurídica del pago de la pena de multa; y para responder a la pregunta puede servirnos como guía, por la aparente similitud de situación normativa, el fundamento de la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas por infracciones llevadas a cabo en sus establecimientos. Pues bien, según el art. 120 del CP:

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan 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 este supuesto la Jurisprudencia afirma que nos hallamos ante un caso de responsabilidad *in re ipsa*, basada en la obtención de los beneficios (SSTS

299/2002, de 15 de febrero ⁽⁴⁴⁾ y 2422/2001, de 13 de diciembre) ¿Podría llegarse a idéntica conclusión en el caso del nuevo art. 31.2 del CP? Veamos: el art. 120 del CP recoge un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria ⁽⁴⁵⁾ que requiere la existencia de una relación entre un principal y un subordinado, quien, en el ejercicio de sus funciones, incurre en infracción penal ⁽⁴⁶⁾; la cuestión está en que el fundamento de tal responsabilidad subsidiaria (la obtención de beneficios) se proyecta, obviamente, sobre el *quantum* indemnizatorio. No sucede así, sin embargo, en el caso del art. 31.2 del CP. En efecto, si bien la responsabilidad de la persona jurídica está condicionada a que el Administrador haya actuado “en nombre o representación” de la persona jurídica, sin embargo el aprovechamiento que haya podido obtener ésta por la actividad de aquél no se proyecta sobre el *quantum* a satisfacer, en su caso, por la persona jurídica; esto es así dado que la persona jurídica de lo que responde no es del pago de una responsabilidad civil sino de la satisfacción de la cuantía de una, teórica, multa penal, por tanto el cálculo de la misma tendrá que atenerse a lo preceptuado en el art. 50 del CP.

En definitiva, el fundamento de responsabilizar a la persona jurídica, directa y solidariamente, por los hechos de su Administrador no puede ser efecto, como ocurre en el caso de la responsabilidad civil subsidiaria, de la obtención del beneficio sino de otra causa.

10.^a ¿Cuál es, entonces, la naturaleza jurídica de esa “pena” de multa impuesta a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas? Ya he excluido expresamente en el apartado anterior la posibilidad de considerarla como responsabilidad civil. A la misma conclusión he llegado por lo que importa a su conceptualización como una verdadera pena criminal, tanto si se la contempla exclusivamente desde la perspectiva del representante como si se hace desde la de la persona jurídica; es decir, a mi modo de ver, no cabría la posibilidad de entenderla, al mismo tiempo, como pena en el primero de los

(44) Se afirma en esta Sentencia, recogiendo la doctrina presente en la STS 2422/2001, de 13 de diciembre, que: “la responsabilidad que regulaba el artículo 22 del anterior Código Penal —y la doctrina se mantiene vigente en la actualidad—, es una responsabilidad *in re ipsa* que tiene su razón de ser en el principio de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños, siendo patente la evolución del fundamento de esta responsabilidad que de estimarse en caso de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva...”

(45) Por más que en los últimos tiempos haya sido ampliado considerablemente su ámbito de la mano de una jurisprudencia interpretativa de los arts. 1902 y 1903 del CC; véase en este sentido, la STS 1188/1999, de 14 de julio.

(46) Véase, la STS 615/2002, de 15 de abril.

casos y como, por ejemplo, “consecuencia accesoria” (art. 129 del CP) o mera responsabilidad civil desde el punto de vista de la persona jurídica⁽⁴⁷⁾, y todo ello por, según ya se ha indicado, la imposibilidad de hablar de auténticas penas cuando la sanción no está adornada de los caracteres de personalidad e inderogabilidad.

En cuanto a la alternativa de considerarla, tanto para uno como para otro sujeto, como una “consecuencia accesoria”, entiendo que tampoco es posible. En efecto, sin entrar ahora en el espinoso problema de la naturaleza jurídica de las “consecuencias accesorias”⁽⁴⁸⁾, debemos tener en cuenta que en el art. 129 del CP se ha plasmado un sistema de *numerus clausus*⁽⁴⁹⁾, lo que impide que

(47) Esta naturaleza dual es la que se ha perseguido en la legislación italiana con la nueva disciplina sobre la responsabilidad de los entes colectivos (por más que, como se señaló más arriba, la tesis mayoritaria en la doctrina italiana es que a pesar del título de la nueva ley que se refiere a “responsabilidad administrativa”, estamos ante auténticas medidas penales), de forma tal que nos halláramos ante auténticas penas por lo que se refiere a las sanciones a imponer a los administradores, y delante de sanciones administrativas en lo que importa a los entes colectivos.

(48) Véase un resumen de las distintas posiciones que se mantienen en la doctrina española al respecto en BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., págs. 278 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal”, en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y otros (editores) *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 1128 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.²: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Derecho Penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs. 342 y ss., y TAMARIT SUMALLA, J.M.²: “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y otros (editores) *La Ciencia...*, págs. 1.158 y ss. Véanse, también, las SSTs 867/2002, de 29 de julio, y 56/1997, de 20 de enero; SAP de Sevilla (Sección 4.ª) núm. 460/2003, de 8 de septiembre; SAP de Sevilla (Sección 1.ª) núm. 31/2002, de 21 de enero; SAP de Lugo (Sección 1.ª) 33/2002, de 18 de febrero, y SAP Málaga (Sección 3.ª) núm. 220/2000, de 5 de septiembre.

(49) En este sentido se expresa, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR (“Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas. Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas”, en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pág. 334). Claro está que a las “consecuencias” a las que se refiere el art. 129 del CP hay que unir el comiso de los instrumentos y efectos del delito así como el de las ganancias obtenidas con el mismo (art. 127 del CP), que ya no constituye una pena por no haberse incluido en el catálogo del art. 33 del CP (SSTS 1030/2003, de 15 de julio y 1912/2000, de 7 de diciembre) aunque está sometido a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad (STS 1528/2002, de 20 de septiembre); véase también, en este sentido, PRATS CANUTS, M.: “Comentario al Art. 127 del CP”, en G. Quintero Olivares (dir.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pág. 612.

una sanción de multa pueda entenderse como “consecuencia accesoria”. Pero, además, las “consecuencias accesorias”, y sigo en lo que a continuación se dirá a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO⁽⁵⁰⁾, se vinculan formalmente con las penas de los correspondientes delitos —son “consecuencias accesorias” de la pena—; y esa exigencia de vinculación con una pena impide que consideremos “consecuencia accesoria” a una sanción que se ha travestido de pena —en su abstracta previsión legal— impuesta al administrador de hecho o de derecho, en “consecuencia accesoria” que ha de correr a cargo de la persona jurídica⁽⁵¹⁾.

Pues bien, queda la posibilidad de atribuirle naturaleza administrativa. Ciertamente hay autores que se resisten a la utilización de sanciones administrativas para castigar determinados comportamientos. Así ZUGALDÍA ESPIÑAR en una brillante contribución al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, afirma: “el recurso exclusivo a las sanciones administrativas para prevenir y sancionar los ilícitos de la personas jurídicas no me parece deseable, ya que la potestad sancionadora de la administración en el ámbito de la heterotutela (esto es, para proteger el orden social general) se puede justificar por evidentes necesidades de la práctica, pero debe tener como presupuesto actos puramente contravencionales: por el contrario, todo lo que suponga un ataque grave a las reglas mínimas de la convivencia social, en mi opinión, debe ser sancionado ‘dado su carácter fragmentario’ por el derecho penal, sea el autor de la infracción una persona física o una persona jurídica... Pero es que, en segundo término, dado que los principios de legalidad (STC de 14 de febrero de 1986) y culpabilidad (STC de 4 de julio de 1991) rigen en todo el Derecho sancionador, ora de personas físicas, ora de personas jurídicas (STC de 19 de diciembre de 1991)⁽⁵²⁾, la imposición de cualquier sanción [pena, medida de

(50) “Las actuaciones en nombre de otro”, ob. cit., págs. 1.129 y ss.

(51) Idéntico problema se plantea con el comiso que ha pasado, lo que ya se indicó más arriba, de ser considerado como “pena accesoria” en el viejo art. 48 del CP de 1973 a “consecuencia accesoria” en el Código Penal de 1995 —arts. 127 y 128—, lo que lleva consigo importantísimas consecuencias; véase, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “El comiso”, en *La Ley*, núm. 5495, de 5 de marzo de 2002, págs. 1 y ss.

(52) Dice así esa esencial resolución (STC 246/1991): “Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de ‘correcto’ el principio de la responsabilidad personal por hechos propios —principio de la personalidad de la pena o sanción— (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas”.

seguridad o sanción administrativa] exige determinar bajo qué condiciones una persona jurídica puede realizar acciones u omisiones (principio de legalidad) y convertirse en culpable (principio de culpabilidad), por lo que, sea cual sea el tipo de sanción que se elija para prevenir los ilícitos de las personas jurídicas, no se evita una necesaria redefinición de las categorías dogmáticas clásicas de la teoría jurídica del delito” (53).

Pues bien, este planteamiento no me parece aceptable por los siguientes motivos: **Primero** porque parte del establecimiento de una obligatoriedad de sancionar penalmente el ataque a determinados bienes jurídicos, que no tiene base ni material ni jurídica. Por lo que respecta a esta última, el texto constitucional sólo recoge obligaciones de penalización por lo que se refiere al patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE), y en relación a los supuestos del art. 55.2 CE; fuera de estos casos el legislador posee plena libertad para optar por el sistema de protección que considere más oportuno (54). Materialmente tampoco es aceptable el planteamiento porque, como he expuesto más atrás, “protección penal” no es igual, necesariamente, a “mayor o mejor protección”; los principios de intervención mínima y *ultima ratio* son los que deben regir estos supuestos. En este sentido sería perfectamente concebible que el homicidio constituyera una mera infracción administrativa, si ese mecanismo sancionador se constituyera en la mejor barrera para la protección de la vida. **Segundo**, porque presupone un concepto de bien jurídico (“reglas mínimas de la convivencia social”) que únicamente es funcional para resolver los extremos del problema y para rechazar intentos verdaderamente abusivos en la tipificación de conductas, pero que no está dotado del suficiente contenido material como para cumplir las funciones que tiene asignadas (especialmente la función “crítica”), que únicamente pueden ser debidamente cumplimentadas con un concepto constitucional de bien jurídico, porque solamente éste tiene suficiente

(53) “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, ob. cit., págs. 79 y ss.; véase, en cambio, BAJO FERNÁNDEZ, M.: “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-diciembre, 1981, págs. 371 y ss. Con independencia de la opinión acabada de exponer hay que tener en cuenta que el art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”, con lo que se vino a generalizar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

(54) Esta opinión fue velada, y muy equivocadamente, contradicha por la STC 53/1985, de 11 de abril. Véase, a este respecto, mi *Introducción a la teoría jurídica del delito*, ob. cit., págs. 17 y ss., donde se desarrolla una crítica a dicha Sentencia.

contenido y autoridad frente al legislador ordinario. **Tercero**, porque parece acudir a un concepto cualitativo para diferenciar entre delito e infracción administrativa, intento que, como se ha dicho tantas veces, está condenado al fracaso. **Cuarto**, cierto es, y así lo hemos significado más atrás, que el Tribunal Constitucional ha extendido al Derecho sancionador administrativo las garantías propias del penal, pero no lo es menos que las dichas garantías cambian de significado como consecuencia de su inclusión en uno u otro ámbito sancionador, lo que es obligado por el tipo de sanciones a emplear y la significación constitucional de las mismas (la libertad como sanción prototípica en el caso penal); por, en lo que ahora nos ocupa, la diferente cualidad de los sujetos participantes (individual en el caso penal y, también, colectivo en el administrativo) lo que determina un estatuto jurídico distinto; por, como consecuencia de lo anterior, la imposibilidad de establecer idénticos requerimientos en lo que se refiere a los elementos subjetivos y a la culpabilidad, etc.

11.^a Por último hay que tener en cuenta el problema de si la responsabilidad directa y solidaria a la que se refiere el art. 31.2 del CP es incondicionada o si, por el contrario, se encuentra sometida a la concurrencia de determinadas circunstancias. Se trata de una cuestión de no poca trascendencia puesto que en el caso de que llegáramos a la conclusión de que la aludida responsabilidad solidaria estuviera sujeta a condición, la ausencia de concurrencia de ésta nos abocaría a considerar que nos encontramos ante una verdadera pena (presidida por los principios de personalidad e inderogabilidad), con la consecuencia de que el impago, voluntario o forzoso, de la misma llevaría consigo la aplicación de las disposiciones sobre arresto sustitutorio. Es decir: que la consideración o no como pena de la sanción de multa impuesta al Administrador de la persona jurídica (esto es, el problema de la naturaleza jurídica), puede depender de las implicaciones de un tercero (la persona jurídica) en los hechos. Absurdo.

Pues bien, en referencia a la circunstancialidad o no de la responsabilidad de la persona jurídica, lo primero que hay que señalar es que ninguna referencia expresa se nos ha proporcionado con la nueva regulación. No ha sucedido así, sin embargo, en la legislación italiana, donde se contemplan expresamente los criterios de atribución de responsabilidad al ente⁽⁵⁵⁾, que se resumen en la fórmula “en interés propio o en el beneficio” de la entidad. Ante este problema

(55) “En realidad —dice MUSCO en “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, op. cit., pág. 118—, la responsabilidad administrativa de esta última [la entidad] no es fruto de un acontecimiento distinto, real y efectivo, conectado a la relación de causa y efecto al hecho delictivo. El hecho histórico queda siempre igual: cambian solamente las calificaciones jurídicas del mismo evento histórico que es el hecho delictivo por la persona física que lo ha cometido y el ilícito administrativo por la subjetividad colectiva”.

entendiendo que lo procedente es acudir a criterios de imputación⁽⁵⁶⁾ que impidan que ante una total ausencia de culpabilidad por parte de la persona jurídica (pensemos, por ejemplo, en actuaciones del representante impuesto judicialmente que actúa en contra de las expresas consideraciones de la persona jurídica), asuma ésta responsabilidades que sólo competirían, en realidad, al representante⁽⁵⁷⁾.

(56) Que pudieran ser los señalados por la legislación italiana o/y los derivados de la tradicional *culpa in vigilando*, es decir, la derivada de la ausencia de control sobre la actividad de los representantes, o *in eligendo*.

(57) Eso sí, en el caso de que en éste concurren, también, los necesarios criterios de imputación, lo que planteará especiales problemas en el caso del administrador de hecho de la persona jurídica; véase, a este respecto, GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, *passim*, y, especialmente, págs. 79 y ss.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Acoso sexual:

— STS 1460/2003, de 7 de noviembre 227

Alzamiento de bienes:

— SAP Madrid 629/2003, de 19 de junio 305

Apropiación indebida:

— SAP Madrid 629/2003, de 19 de junio 305

B

Blanqueo de capitales:

— STS 1501/2003, de 19 de diciembre 258

C

Competencia territorial:

— STS 67/2004, de 20 de enero 269

— AAP Vizcaya 136/2003, de 6 de marzo 277

— AAP Vizcaya 329/2003, de 25 de junio 308

Conducción sin seguro:

- SAP Madrid 179/2003, de 22 de mayo 294

Cosa juzgada:

- STS 1333/2003, de 13 de octubre 194

D

Delitos contra la seguridad del tráfico:

- SAP Madrid 219/2003, de 12 de mayo 288

Delitos societarios:

- STS 1648/2002, de 7 de noviembre de 2003 234
 — SAP Barcelona de 8 de mayo de 2003 286

Derecho de defensa:

- STC 198/2003, de 10 de noviembre 158

Detención:

- STC 23/2004, de 23 de febrero 165

Detención ilegal:

- STS 1737/2003, de 24 de diciembre 261

E

Entrada y registro:

- STS 1406/2003, de 29 de octubre 204
 — STS 1451/2003, de 26 de noviembre 240
 — SAP Madrid 237/2003, de 26 de mayo 295

Entrega vigilada:

- STS 1412/2003, de 31 de octubre 212

Estafa:

- STS 1655/2003, de 3 de diciembre 247

Estafa impropia:

— STS 1329/2003, de 18 de octubre 196

Estafa procesal:

— STS 1443/2003, de 6 de noviembre 221

— SAP Madrid 342/2003, de 17 de junio 302

F

Falsedad documental:

— STS 1403/2003, de 29 de octubre 202

— STS 1443/2003, de 6 de noviembre 221

I

Imparcialidad del juzgador:

— STS 1260/2003, de 3 de octubre 185

— STS 1431/2003, de 1 de noviembre 216

Incendio:

— STS 1263/2003, de 7 de octubre 189

Incongruencia omisiva:

— STS 1258/2003, de 6 de octubre 187

Intervenciones telefónicas:

— STS 1429/2003, de 29 de octubre 205

— STS 1690/2003, de 15 de diciembre 250

J

Juicio de faltas:

— AAP Vizcaya 323/2003, de 9 de junio 298

L

Legítima defensa:

- STS 1708/2003, de 18 de diciembre 255

Lesiones:

- STS 1438/2003, de 5 de noviembre 220
 — STS 1742/2003, de 17 de diciembre 254

M

Malversación de caudales públicos:

- STS 1433/2003, de 28 de octubre 200

Medición de la pena:

- STS 1183/2003, de 23 de septiembre 179

Miedo insuperable:

- STS 1708/2003, de 18 de diciembre 255

Multa (responsabilidad personal subsidiaria):

- STS 1419/2003, de 31 de octubre 214

N

Nulidad de sentencia:

- STS 1240/2003, de 7 de noviembre 225

O

Obstrucción a la justicia:

- SAP Madrid 280/2003, de 6 de mayo 285

P

Penal de privación del derecho a conducir vehículos a motor:

— AAP Vizcaya 158/2003, 11 de marzo 279

Prescripción:

— STS 1444/2003, de 6 de noviembre 224

Principio acusatorio:

— STS 77/2004, de 21 de enero 271

Principio acusatorio (modificación de conclusiones):

— STS 1440/2003, de 31 de octubre 215

Procedimiento abreviado:

— SAP Madrid 270/2003, de 29 de abril 283

Prueba indiciaria:

— STS 1445/2003, de 30 de octubre 208

Prueba pericial:

— AAP Vizcaya de 19 de junio de 2003 304

Prueba testifical:

— STS 1540/2003, de 21 de noviembre 238

— SAP Valencia 58/2003, de 24 de marzo 280

Q

Quebrantamiento de condena:

— SAP Madrid 224/2003, 13 de mayo 291

Quiebra fraudulenta:

— STS 1648/2002, de 7 de noviembre de 2003 234

R

Redención de penas por el trabajo:

- STC 186/2003, de 27 de octubre 153

Relación de causalidad:

- STS 1494/2003, de 10 de noviembre 236

Responsabilidad civil:

- STS 1424/2003, de 28 de octubre 199
 — STS 1461/2003, de 4 de noviembre 218
 — SAP Sevilla 101/2003, 31 de marzo 281
 — SAP Madrid 302/2003, de 12 de mayo 290
 — AAP Madrid 177/2003, de 13 de mayo 293

Responsabilidad penal del menor:

- STC 206/2003, de 1 de diciembre 162

Robo con fuerza en las cosas:

- STS 35/2004, de 22 de enero 273

Robo con intimidación:

- STS 1289/2003, de 11 de octubre 190

Robo con violencia:

- STS 1737/2003, de 24 de diciembre 261

S

Suspensión condicional de la pena:

- AAP Sevilla 191/2003, de 16 de junio 300

T

Tenencia ilícita de armas:

- STC 24/2004, de 24 de febrero 167

Tráfico de drogas:

— STS 1008/2003, de 3 de octubre	183
— STS 604/2003, de 11 de octubre	192
— STS 957/2003, de 31 de octubre	209
— STS 1663/2003, de 5 de diciembre	248
— STS 1125/2003, de 29 de diciembre	263
— STS 1023/2002, de 19 de enero de 2004	265

Tribunal del jurado:

— STS 1215/2003, de 29 de septiembre	181
— STS 20/2004, de 19 de enero	267
— SAP Vizcaya 238/2003, de 23 de abril	282

U

Usurpación de inmuebles:

— SAP Valencia 290/2003, de 29 de mayo	296
--	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 186/2003 de la Sala 1.^a del TC de 27 de octubre de 2003
(BOE 26 de noviembre de 2003) (Recurso de amparo 307/1999)**

REDENCIÓN DE PENA POR EL TRABAJO.

Art. 100 Código Penal de 1973

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera**

SÍNTESIS

Se anulan resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria relativas al cómputo del plazo de suspensión de la redención de penas por el trabajo debido a sanciones disciplinarias. El cómputo se hará desde la firmeza de la sanción, evitando así que el recurso contra la misma perjudique al penado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...)

Como ha quedado indicado, el motivo por el que el demandante de amparo fue dado de baja en el régimen de redención ordinaria, que hasta ese momento le venía siendo aplicado, fue la comisión de dos faltas

graves y no una mala conducta reiterada. Frente a las correspondientes sanciones que por dichas faltas le fueron impuestas, por Acuerdo sancionador de fecha 9 de mayo de 1997, interpuso recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que, de conformidad con el art. 44.3 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP) determi-

nó la suspensión de la ejecución de las sanciones hasta tanto se resolvieran dichos recursos, cosa que no ocurrió hasta el dictado del Auto de fecha 30 de septiembre de 1997. Por circunstancias no imputables al recurrente, el inicio del cumplimiento de las sanciones no tuvo lugar hasta el 10 de noviembre de ese mismo año, resultando totalmente cumplidas el 1 de diciembre de 1997 y produciéndose la cancelación de las mismas, de conformidad con lo previsto en el art. 260.1.a) del Reglamento penitenciario (RP) actualmente vigente, tres meses después, esto es, el 1 de marzo de 1998. Pues bien: el Juez de Vigilancia interpretó que de la normativa anteriormente reseñada se desprendería automáticamente, por imperativo legal, que la pérdida del beneficio en cuestión abarcaba el período de tiempo comprendido entre la imposición de las sanciones (9 de mayo de 1997) y la cancelación de las mismas (1 de marzo de 1998), es decir, diez meses aproximadamente.

El demandante de amparo alega que si no hubiera presentado contra las mencionadas sanciones los recursos que eran legalmente posibles y, en su lugar, hubiera procedido al cumplimiento inmediato de las mismas, su cancelación habría tenido lugar, a más tardar, en los meses de septiembre u octubre de 1997. La presentación de los recursos tuvo como consecuencia indeseable que la cancelación no se produjera hasta el mes de marzo de 1998; además supuso para el quejoso en amparo, por el mero hecho de ejercitar su derecho a interponer unos recursos, una permanencia en prisión de varios meses más al computarse la baja en redención no desde la fecha en que adquirió firmeza el acuerdo sancionador (30 de septiembre de 1997) sino desde la misma fecha de imposición de unas sanciones que todavía no eran firmes (9 de mayo de 1997) (...).

4. (...)

Sentado lo precedente, del estudio de la normativa aplicable en materia de redención de penas por el trabajo se desprende que, conforme a lo dispuesto en el art. 100 del Código penal de 1973 —norma aplicable en

este caso por resultar la más favorable, dada la desaparición del beneficio de la redención de penas por el trabajo en el Código penal de 1995— podían optar al mismo «desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a pena de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad». En ese mismo precepto se indicaba que no podrían redimir pena por el trabajo «1. Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito. 2. Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

Por su parte, el art. 65 del Reglamento penitenciario de 1956 —expresamente declarado en vigor por la disposición transitoria primera del Reglamento penitenciario de 1996 actualmente vigente «para el cumplimiento de las penas impuestas y que se ejecuten conforme al anterior Código penal»— establecía que la indicada redención, de naturaleza ordinaria, resultaba de aplicación a los reclusos que observaran buena conducta. Tal era el caso del recurrente hasta que fue dado de baja en la misma a causa de la comisión de dos faltas graves, supuesto para el cual el art. 73 del Reglamento de 1956 —igualmente declarado expresamente en vigor por la mencionada disposición transitoria— prevé que el indicado beneficio podía perderse por mala conducta o fuga o intentos de fuga, si bien en el primer caso podía recuperarse una vez invalidadas las anotaciones de las faltas cometidas; lo que, de acuerdo con lo a su vez previsto en el art. 260.1.a) del Reglamento de 1996, tiene lugar a los tres meses en el caso de comisión de faltas graves.

De dicha normativa se infiere, en primer lugar, que la aplicación a un condenado a

pena privativa de libertad del beneficio de redención de penas por el trabajo tiene una notable repercusión en la duración del cumplimiento de dicha pena y, por ende, en su derecho a la libertad ambulatoria una vez satisfecha la misma, toda vez que supone un acortamiento notable del tiempo pasado en prisión. De manera que la diferencia de tan sólo unos meses en situación indebida de baja en redención de pena, que el recurrente dice haber sufrido, se traduciría automáticamente en un aumento del período de tiempo que ha de permanecer en prisión en cumplimiento de la pena privativa de libertad a la que, en su día, fue condenado y, consiguientemente, en una demora de su derecho a ser puesto en libertad una vez cumplida dicha pena. La conexión entre la pretensión aducida y el derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 CE se hace, pues, evidente, con las consecuencias que más adelante señalaremos.

Por otra parte, del art. 260.1.a) del Reglamento penitenciario actualmente en vigor se deduce que las sanciones disciplinarias impuestas por una falta grave serán canceladas una vez transcurridos tres meses «desde el cumplimiento de la sanción»; lo que, en el caso que ahora enjuicamos, habría tenido lugar con fecha 1 de marzo de 1998. El cumplimiento total de las sanciones impuestas al actor, según los informes procedentes de la Administración penitenciaria que obran en las actuaciones, se había producido con fecha de 1 de diciembre de 1997, sin que las pequeñas discrepancias respecto de esas dos fechas mantenidas por el recurrente en la demanda merezcan ser ahora examinadas a la vista de la falta de acreditación de las mismas. No habría, pues, motivo alguno para discutir la fecha de cancelación de las indicadas sanciones según el Acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Castellón de 5 de marzo de 1998, pues el establecimiento de dicha fecha fue efectuado conforme a lo reglamentariamente dispuesto. Sucede, sin embargo, que ni en el Reglamento penitenciario actualmente en

vigor, ni en los preceptos del Reglamento penitenciario de 1956 expresamente mantenidos por su disposición transitoria primera, se hace indicación alguna respecto del “dies a quo” a partir del cual el sancionado por motivo de la comisión de una falta penitenciaria ha de causar baja en redención de pena ordinaria, dejándose por consiguiente sin respuesta la cuestión relativa a si por tal ha de tenerse la fecha del Acuerdo sancionador (9 de mayo de 1997) o, por el contrario, la fecha en que dicho Acuerdo sancionador adquiere firmeza (coincidente, en este caso, con el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de 30 de septiembre de 1997).

5. Ante dicho silencio normativo, debemos plantearnos si debe o no considerarse producida, por las resoluciones judiciales recurridas en amparo, la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Se dio validez a la decisión de la Junta de Tratamiento, de fecha 5 de marzo de 1998, con el sentido de considerar producida la baja en redención de pena del recurrente a partir del 9 de mayo de 1997, fecha del Acuerdo sancionador, y hasta el 1 de marzo de 1998, fecha de cancelación de las sanciones impuestas.

De las actuaciones obrantes a disposición de este Tribunal se desprende que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, en sus Autos de fechas 2 de junio y 13 de julio de 1998, consideró que el período de baja en redención de pena acordado por la citada decisión de 5 de marzo de 1998 se ajustaba a lo dispuesto en el art. 260 del Reglamento penitenciario de 1996. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón manifestó, en su Auto de 16 de diciembre de 1998 dictado en apelación, que, habida cuenta de que a tenor de la normativa aplicable no pueden redimir pena los condenados que reiteradamente observaren mala conducta durante el tiempo de cumplimiento de la condena, y de que no podía «predecirse precisamente un buen comportamiento del recurrente, en atención al contenido

de las resoluciones que han sido remitidas junto con el presente expediente», así como «de los plazos transcurridos desde que se impusieron las sanciones hasta que se cancelaron las mismas, esto es, tres meses después de su cumplimiento, en atención a lo dispuesto en el art. 260 del Reglamento penitenciario», no podía decirse que se hubiera producido en este caso vulneración de derecho fundamental alguno.

A la vista de la motivación contenida en las resoluciones acabadas de mencionar, debemos plantearnos si dicha motivación satisface o no las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. A cuyo efecto conviene recordar, en primer lugar, nuestra constante jurisprudencia dictada en el sentido de considerar que, cuando se trata de resoluciones judiciales que afectan al derecho a la libertad o al mandato contenido en el art. 25.2 CE, las exigencias de motivación fundada en Derecho se tornan aún más rigurosas (por todas, STC 112/1996, de 24 de junio, FFJJ 2 y 3); de manera que, en tales casos, se hace necesario que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (por todas, STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), debiendo por consiguiente entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el art. 24.1 CE (en este sentido, entre otras muchas: SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3).

A estas consideraciones preliminares debe añadirse que, tal y como recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, también hemos declarado en anteriores ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la indemnidad que garantiza que del ejercicio de la acción judicial

o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que las protagoniza (por todas, SSTC 140/1999 de 22 de julio, FJ 3, y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3). De manera que no puede compartirse la alegación planteada por el Abogado del Estado en el sentido de que de lo dispuesto en el art. 260 RP cabe deducir una fórmula de autoresponsabilidad del interno, con la que se pretendería evitar un uso indebido por su parte de los recursos y una paralización inadecuada de las sanciones impuestas por la vía de hacerle cargar con las consecuencias perjudiciales que para él pudieran derivarse de la interposición de un recurso improcedente, presentado con la finalidad de frenar la ejecutividad inmediata de dichas sanciones.

Frente a esto último cabe decir, en primer término, que del contenido del art. 260 RP no se infiere la existencia de una fórmula de la naturaleza sugerida por el Abogado del Estado ni, como ha quedado dicho, previsión alguna acerca del momento en que debe iniciarse el cómputo del período de baja en redención aplicable a un preso sancionado por falta grave. A ello debe añadirse que la interpretación que del art. 260 RP efectúa el Abogado del Estado no sólo no logra compaginar el ejercicio del derecho a recurrir con la efectividad de las sanciones impuestas —cuestión que, por otra parte, ya vendría resuelta por el art. 44.3 de la Ley general penitenciaria al disponer que la interposición de un recurso contra una resolución sancionadora tiene el efecto de suspender la efectividad de la sanción, salvo que, por tratarse de un acto de indisciplina grave, la corrección no pueda demorarse—, sino que lo que vendría a significar sería una primacía de la efectividad de las sanciones frente a un derecho fundamental, cual es el de acceso a los recursos legalmente posibles que entraría en contradicción con lo establecido en el citado art. 44.3 LOGP y en el art. 24.1 CE. Resulta evidente que la carga que

con dicha interpretación se impondría al preso que considerara la posibilidad de recurrir una sanción disciplinaria sería de tal magnitud, en tanto que equivalente a un alargamiento sensible de su permanencia en situación de privación de libertad al ser dado de baja en redención de pena por todo el tiempo que durara la tramitación del recurso, que el mero riesgo de ver desestimada su pretensión por los órganos judiciales tendría para él un efecto disuasorio del ejercicio del derecho fundamental anteriormente aludido, que resultaría incompatible con el contenido esencial del mismo. Por lo demás, no habría razón alguna para fundamentar la conclusión de que, a diferencia del común de los ciudadanos, los presos se vean sujetos a la indicada autolimitación ya que la misma no estaría contemplada en el contenido del fallo condenatorio, ni respondería al sentido de la pena o a lo dispuesto en la ley penitenciaria, únicas razones por las que, a tenor de lo previsto en el art. 25.2 CE, podría justificarse la imposición de restricciones al ejercicio de sus derechos fundamentales.

6. Hemos de concluir, en suma, que los órganos judiciales de instancia y de apelación han procedido, en el presente caso, a convalidar una resolución administrativa que afecta al derecho a la libertad ambulatoria del demandante de amparo acudiendo para ello a una base legal de la que en modo alguno puede extraerse un fundamento suficiente para ello. La dictada en sede de apelación habría hecho valer además, en apoyo de la decisión que en ella se contiene, una supuesta mala conducta reiterada del recurrente que no sólo no habría sido debatida en el procedimiento sancionador sino que ni tan siquiera habría sido tenida en cuenta por la Administración penitenciaria la que, una vez cumplidas las sanciones disciplinarias que le habían sido impuestas, procedió a dar de nuevo al recurrente de alta en redención de pena ordinaria. Las resoluciones administrativas no pueden estimarse cumplidoras del canon reforzado de motivación exigible en este caso, por afectar las mismas al dere-

cho a la libertad del recurrente, en la medida en que la interpretación mantenida en ellas repercute inexorablemente en un alargamiento indebido de su permanencia en situación de privación de libertad, con el consiguiente menoscabo del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

Como sostienen el demandante de amparo y el Ministerio Fiscal, la interposición por un preso de un recurso contra una sanción disciplinaria no puede traducirse en un perjuicio para el mismo, ni hacerle de peor condición que al interno que, en las mismas condiciones, no recurre contra idéntica sanción. Entender lo contrario sería tanto como penalizar, con un aumento del tiempo de baja en redención de pena, a quien no hace sino ejercitar un derecho fundamental, el de acceso a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a los recursos, en defensa de otro derecho fundamental, el de no estar privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley.

El propio art. 44.3 LOGP, al prever con carácter general que la interposición de un recurso contra una disposición sancionadora suspende la efectividad de dicha sanción, constituye una base legal de la que, por el contrario, cabe deducir que dicha suspensión abarca las consecuencias gravosas que para el sancionado pudieran derivarse de la ejecución inmediata de dicha sanción, entre las que figuraría la pérdida del beneficio de redención de penas por el trabajo durante todo el período de cumplimiento de la misma y hasta tanto no fuera cancelada. Únicamente esta interpretación resulta coherente con el derecho del sancionado a no verse perjudicado por motivo del ejercicio de su derecho a la interposición de cuantos recursos fueran pertinentes en términos de defensa de sus intereses, siendo asimismo la única compatible con las reglas de la lógica por cuanto, pese a no darse esta circunstancia en el presente caso, a ellas se opondría la conclusión de que el período de baja en redención de pena pudiera extenderse incluso cuando la tramitación de los recursos pre-

sentados contra una sanción de naturaleza penitenciaria se dilatara en forma excesiva por causas ajenas al recurrente, con la consiguiente repercusión en el período de tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad a que hubiera sido condenado.

Ha de declararse, pues, que el cómputo de la baja del demandante de amparo en reducción de pena a partir del día en que reca-

yó el Acuerdo sancionador, y hasta el día en que quedaron canceladas las sanciones que por el mismo se le impusieron, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al ser una decisión carente de base legal e indirectamente ocasionante de un efecto de disuasión del ejercicio del derecho a los recursos por parte de los internos en un centro penitenciario.

Sentencia 198/2003 de la Sala 2.^a del TC de 10 de noviembre de 2003 (BOE 11 de diciembre de 2003) (Recurso de amparo 6363/2000)

DERECHOS DE DEFENSA Y ASISTENCIA LETRADA.

Art. 24 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar**

SÍNTESIS

Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia letrada al haberse impedido la personación mediante Abogado y Procurador de quien se encuentra huido de la justicia en procedimiento de revocación de la libertad condicional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Como se relata más extensamente en los antecedentes de esta Sentencia, el demandante de amparo es un penado de nacionalidad italiana condenado a cinco años de prisión por un delito contra la salud pública, y a quien, después de permanecer en prisión algo más de tres años y tres meses, se le había concedido el beneficio penitenciario de libertad condicional, situación de la que

disfrutó hasta que fue detenido y, más tarde, constituido en prisión provisional por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla, dictado en unas diligencias penales en las que se investigaba un delito contra la salud pública. Incoado en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente expediente de revocación del beneficio de libertad condicional, dicho órgano judicial lo concluye pronunciando Auto revocatorio que no llegó a ser notificado al penado, ya que éste, des-

pués de que fuera puesto en libertad por el Juzgado de Instrucción, se sustrajo a la acción de la justicia, por lo que fue dictada orden para su búsqueda y captura.

Hallándose en ignorado paradero, el demandante, sin comparecer en persona o someterse con carácter previo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pretendió, no obstante, promover ante éste la defensa de sus intereses en el expediente de revocación del beneficio mediante una personación con Procurador y Abogado, personación que fue denegada por los órganos judiciales. Se invoca en la resolución judicial que cierra el proceso —el Auto de 6 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Cádiz— la doctrina que recogen nuestras SSTC 87/1984, de 27 de julio, FJ 5, y 149/1986, de 26 de noviembre, FJ 2, por las que se negó el amparo constitucional a procesados rebeldes que, sin comparecer ante el órgano judicial, pretendieron sin éxito la personación de su Procurador y su Abogado en la causa penal.

Entonces dijimos que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en todo caso y al margen del proceso legalmente establecido, sino que se ha de ejercer dentro de éste y con cumplimiento de los requisitos que cada caso requiera, interpretados de manera razonable y no pudiendo ser tales que, de hecho, supriman o cercenen de manera sustancial el derecho de defensa.

(...)

A este respecto es pertinente recordar que en la desestimación de aquellos recursos de amparo se tuvo presente, en primer lugar, que, tratándose de la fase sumarial de proceso por delito, la propia presencia del procesado rebelde (situación en la que se hallaban quienes había recurrido en amparo) «puede ser conveniente y aun necesaria para el esclarecimiento de los hechos» (STC 87/1984, de 27 de julio, FJ 5, y en igual sentido STC 149/1986, de 26 de noviembre, FJ 2), y, en segundo lugar, que es propio de nuestro proceso ordinario por delitos graves la suspensión del curso de la causa —en es-

pecial en lo pertinente al señalamiento y celebración del juicio oral—, una vez concluido el sumario y ya declarado en rebeldía el procesado al no hallarse a disposición del órgano judicial (arts. 840 y 841 LECrim.). Ello excluye que el acusado sea condenado en ausencia «y le permite ejercitar su derecho de defensa cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o sea habido». La Ley procesal, pues, es la que prohíbe terminantemente la celebración de un juicio en ausencia en esa clase de procesos, (...)

Ahora bien, en supuestos como el presente, el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia voluntaria o involuntaria del reo no viene impuesta por la literalidad de la norma legal. Tampoco puede afirmarse que se infiera de las reglas esenciales que disciplinan la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional, como una fase o incidencia que es del proceso penal de ejecución, en la que se dilucida el mantenimiento de los beneficios penitenciarios de quien ya no está amparado por la presunción de inocencia y sufrió la reprobación que implica la condena penal. En fin, la presencia del penado no se justificaría en particulares ventajas para la resolución de las cuestiones que pudiera plantear el penado en los recursos judiciales contra la revocación de su libertad condicional, recursos que, junto al conocimiento de las actuaciones, integrarían el núcleo de sus posibilidades procesales. De ahí que la cuestión que ahora nos ocupa presente rasgos que la singularizan respecto de las resueltas en las SSTC 87/1984, de 27 de julio, y 149/1986, de 26 de noviembre. Por ello la aplicación de la doctrina contenida en ellas a este caso no resulta satisfactoria.

6. Tendremos que avanzar, pues, para la adecuada resolución de la cuestión constitucional que se nos plantea. Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, y entre ellos los invocados por el demandante, no son absolutos, (...)

(...) por lo tanto, pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresa-

mente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5). Debe tenerse en cuenta, al efecto, que, con carácter general, en el proceso penal rige el principio de sujeción del acusado al procedimiento (art. 118 CE), y asimismo que quien ha sido condenado penalmente tiene un cualificado deber de comparecer al llamamiento del Juzgado o Tribunal, siendo en principio razonable una interpretación de las normas procesales que desanime acerca de la realización de posibles ausencias injustificadas, y es oportuno que insistamos aquí en el interés general que subyace en que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos.

Dicho lo cual, este interés debe modularse con relación al derecho de defensa, garantía esencial de un proceso justo, no debiendo olvidarse que, si bien la revocación de la libertad condicional se enmarca en el ámbito de ejecución de una pena, y, por tanto, no es una decisión sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afecta al valor libertad en cuanto que modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, y 8/2001, de 15 de enero, FJ 2). En esta fase de ejecución del proceso penal el Estado sigue ejerciendo el "ius puniendi", que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (STC 68/2002, de 21 de marzo, FJ 3), por lo que, aunque el reo ya no esté amparado por la provisional presunción de inocencia, el derecho a ejercer su defensa se mantiene todavía como uno de los elementos esenciales de un proceso equitativo, sin que, dada la orden de ingreso en prisión, la incomparecencia del penado pueda entenderse necesariamente como una renuncia voluntaria a su derecho de defensa, como se recordó en nuestra STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 15, en la que, con invo-

cación de las SSTDEH casos Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, § 38; Lala, 22 de septiembre de 1994, § 27; Guerin, de 29 de julio de 1998, §§ 44 y 45; y Omar, de 29 de julio de 1998, §§ 40 a 44, advertíamos que «cualquier otra sanción que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo».

En el presente caso los órganos judiciales impusieron al demandante, como condición previa para el ejercicio de su derecho de defensa, su personal comparecencia y sujeción ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Así pues, hemos de preguntarnos si la exclusión condicionada del derecho de defensa del demandante es respuesta proporcionada a su incomparecencia —teniendo en cuenta, por lo demás, que la propia personación del demandante conllevaba su inmediato ingreso en prisión—, pues las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable. Y es que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (...)

7. Sentadas las anteriores premisas, hemos de concluir que las resoluciones impugnadas no superan en este caso las exigencias del principio de proporcionalidad.

En efecto, el juicio constitucional de proporcionalidad ha de partir de la correcta identificación de los valores o bienes jurídicos concurrentes. En el presente caso tales valores o bienes jurídicos son, de un lado, el derecho de defensa (art. 24.2 CE) que invoca el demandante en su personal interés y, de otro lado, el innegable interés general de que un condenado penalmente quede a disposición de los órganos judiciales a fin del adecuado cumplimiento de su condena. (...)

Pasando al examen de las resoluciones impugnadas que rechazaron la personación

en nombre del penado, se advierte que la providencia de 29 de junio de 2000 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no contempla en su integridad los bienes jurídicos concurrentes, pues se detiene en la consideración de que la pretensión de personación del demandante constituye un inadmisibles fraude procesal y abuso del derecho. La providencia del mismo Juzgado de 7 de julio de 2000 se limita a remitirse a lo acordado por la anterior de 29 de junio. Por su parte, el Auto de 6 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Cádiz señala que en el caso que nos ocupa «la puesta del reo a disposición del Tribunal está justificada no por la buena marcha del procedimiento ... sino para el cumplimiento de su finalidad primordial», puesto que «ha dejado de ser un medio para asegurar que se logre el buen fin del juicio, para pasar a constituir un fin en sí misma, la realización de lo resuelto en él»; e indica, al efecto, que «el poder coactivo del Estado se ha manifestado en forma de sentencia y no hay más que llevar a cabo lo mandado por ella». Con tales consideraciones tampoco se satisfacen las exigencias constitucionales del principio de proporcionalidad, pues se concibe la presencia del reo como un mero deber dirigido a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, obviando con ello toda consideración acerca del invocado derecho de defensa, garantizado a través de la contradicción en el expediente de revocación de la libertad condicional.

Es precisamente por las razones que acaban de exponerse por lo que debemos llevar a cabo el expresado juicio de proporcionalidad. Ciertamente la medida cuestionada puede contribuir a la consecución de fines o bienes constitucionalmente protegidos, a «objetivos legítimos» (STEDH Khalfaoui, de 14 de diciembre, § 36) conectados con el interés general y a los que antes se hizo mención; mas ello no es suficiente a los fines del juicio de proporcionalidad, según se razona a continuación.

Así, no queda justificada la estricta necesidad de la medida (juicio de necesidad) en su relación con el derecho de defensa. En primer lugar porque, atendiendo al aspecto puramente procesal en relación con la determinación de si procede o no confirmar la revocación de la libertad condicional, es lo cierto que la personal presencia del reo no aporta particulares ventajas para su resolución (con lo que la condición impuesta tendría sólo como objetivo la inmediata ejecución de aquella decisión). En segundo lugar porque las exigencias legítimas de presencia del reo ante el órgano judicial pueden ser aseguradas o estimuladas por otros medios distintos al de la pérdida del derecho de defensa (SSTEDH caso Khalfaoui, de 14 de diciembre de 1999, § 44; caso Van Geyselgem, de 21 de enero de 1999, § 34; caso Krombach, de 13 de febrero de 2001, § 89), entre los cuales se significa por su eficacia que el evadido sea objeto de orden judicial de busca y captura, concurriendo además la perspectiva de que su ausencia le comporte la pérdida de beneficios penitenciarios o, en su caso, que incurra en nueva responsabilidad criminal por quebrantamiento de condena (art. 468 CP).

Por otra parte conviene señalar que, a efectos de neutralizar una posible interferencia fraudulenta de la representación del penado en los objetivos de averiguación del paradero de éste y su puesta a disposición judicial, propios del proceso penal de ejecución, cabe imaginar otras decisiones que, modulando las posibilidades de defensa, sin embargo no las hubieran excluido en su totalidad; como aquella que permitiera la personación y la presentación de escritos, y al mismo tiempo privara a la representación del penado del conocimiento del contenido de la ejecutoria en todo lo que se estimara necesario para evitar conductas procesales espurias.

Por las razones expuestas, y a la vista de las circunstancias descritas —las particulares del presente caso y del proceso judicial,

conviene insistir—, no cabe entender que exista una estricta necesidad derivada del interés general, atinente a la presencia del penado, que justifique la decisión judicial de excluir absolutamente el ejercicio del derecho de defensa de éste durante la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional.

En consecuencia la medida limitadora dispuesta judicialmente, y que se cuestiona en el presente recurso, es excesiva respecto de lo que constituye el fin legítimo de asegurar la presencia del reo, y por ello debe ser estimada como una reacción desproporcionada ante la impropia conducta procesal del demandante de amparo.

8. Los anteriores razonamientos nos conducen a considerar que las providencias

de 29 de junio de 2000 y de 7 de julio de 2000 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía, y el Auto de 6 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que denegaron al Procurador y al Abogado del demandante la personación en el expediente de revocación de libertad condicional, han lesionado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a no padecer indefensión, así como sus derechos de defensa y a la asistencia de letrado (art. 24.2 CE), al haberle impedido defenderse en el proceso judicial y ser asistido por el Abogado de su confianza. Por ello procede el otorgamiento del amparo de tales derechos fundamentales.

**Sentencia 206/2003 de la Sala 1.ª del TC de 1 de diciembre de 2003
(BOE 8 de enero de 2004) (Recurso de amparo 404/2001)**

VALOR PROBATORIO DE DECLARACIÓN ANTE FISCAL DE MENORES.

Arts. 24 CE; 714 LECrim.; 17 LO 5/2000

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

SÍNTESIS

Aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 de la LECrim. al acervo probatorio para formar la convicción del juzgador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de los de Granada de 31 de julio de 2000, por la que se condena al recu-

rente como autor de un delito de robo con intimidación, y contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de diciembre de 2000, que confirma aquélla en apelación.

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que la prueba de cargo en la que se sustenta la condena, concretamente, las declaraciones de un menor, copartícipe en los hechos, ante la policía y ante el Fiscal de Menores, no puede considerarse válida, dado que no se trata de diligencias sumariales, al no haberse prestado en ningún momento ante el Juez, y que en su práctica se vulneró la garantía de contradicción. Por ello, entiendo que no podían incorporarse al acto del juicio oral y que al fundarse en ellas la condena se vulnera la presunción de inocencia.

(...)

3. En el presente caso, del examen de las resoluciones judiciales impugnadas y de las actuaciones remitidas se desprende lo siguiente:

a) Tras ser identificado y detenido el menor Diego (que entonces contaba con quince años de edad), en relación con su presunta intervención en un robo cometido en una entidad bancaria, presta una primera declaración ante la policía el 3 de junio de 1998 (folios 125 y 126), en presencia de su Letrada y de su madre, en la que, tras serle exhibido el vídeo con las secuencias del atraco, reconoce que es él quien aparece llamando al timbre de la entidad bancaria e identifica al ahora demandante de amparo como uno de los individuos que sale de la Caja de Ahorros, contestando afirmativamente a la pregunta de la policía sobre si el citado individuo era Juan H. R.

b) Al día siguiente, 4 de junio de 1998, presta declaración ante el Fiscal de Menores (folios 127 y 128), igualmente asistido por su madre y su Letrada, en la que se ratifica íntegramente en las declaraciones vertidas ante la policía, constanding en el acta también unas manifestaciones de la madre, quien sostiene que su hijo «ha dicho los nombres porque ha tenido miedo de lo ocurrido y de la situación en la que se encuentra, pero que los nombres se los decía la Policía y él contestaba sí o no».

c) Con posterioridad, el día 16 de diciembre de 1998, el menor comparece ante el Magistrado Juez del Juzgado de Menores de Granada, asistido por su Letrada, y se retracta de sus anteriores declaraciones, manteniendo que él iba al banco a cambiar dinero y que a los individuos que entraron detrás de él, empujándolo, no los conocía de nada (folios 181 y 182).

Ese mismo día comparece, en calidad de testigo, ante el Juzgado de Instrucción, en presencia de los Letrados de los otros tres imputados, donde es interrogado en relación con una carta enviada por él a su Letrada e incorporada a las actuaciones (folio 113), en la que, retractándose de sus manifestaciones anteriores, afirma que los nombres se los insinuó la policía. En dicha declaración ante el Juez de Instrucción (folios 121 y 122) vuelve a manifestar que se limitó a decir sí a las preguntas de las policías que fueron las que le indicaban los nombres.

d) Finalmente, en el acto del juicio oral, en el que comparece en calidad de testigo, el menor nuevamente se retracta de sus iniciales declaraciones incriminatorias, que le fueron leídas, manifestando que no las recordaba y que declaró lo que le dijo la policía.

e) La Sentencia del Juzgado de lo Penal sustenta su conclusión condenatoria en la testifical del menor, entendiendo que, a la vista de la retractación del testigo en el juicio y tras serle leídas sus declaraciones anteriores ante la policía y el Fiscal de Menores en dicho acto y haber sido interrogado sobre las mismas, el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia a la prueba practicada en instrucción sobre la practicada en el plenario, por estimarla más creíble. A ello añade la existencia de otros indicios corroboradores, como la posesión de ciclomotores similares a los usados en el atraco, y el hecho de que el ahora recurrente en amparo pinta-se el suyo de otro color, sin duda para evitar ser reconocido.

(...)

5. (...)

Ante todo, es preciso señalar que la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor. Como señalábamos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la citada ley, en ella se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal (correspondiendo al Juez de Menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados.

Por otra parte, la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios estos recogidos y desarrollados en los arts. 2.1, 6.º y 7.º del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5.º, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad.

6. Sobre esta base, es de subrayar:

a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, ahora examinada, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad.

c) Ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los coparticipes en los hechos mayores de edad, pero «la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim. al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia

cia, si se cumplen las exigencias reseñadas, «el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la

condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas» (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas).

Sentencia 23/2004 de la Sala 1.ª del TC de 23 de febrero de 2004 (BOE 26 de marzo de 2004) (Recurso de amparo 4354/2003)

DETENCIÓN PREVENTIVA.

Arts. 17.3 CE; 496 y 520 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera**

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la libertad personal por prolongarse una detención preventiva más allá del tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. (...)

El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada [SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.a); 179/2000, de 26 de junio, FJ 2].

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico,

puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3). Durante el periodo de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. Sin embargo, el plazo máxi-

mo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7).

En la hipótesis de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8). En atención a tales plazos la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4).

3. A la luz de la anterior doctrina constitucional debemos examinar las circunstancias del caso. Consta que la detención policial del quejoso comenzó, según reflejan las diligencias policiales, a las 13 horas del día 10 de junio de 2003, estando motivada en una actuación de averiguación de un delito contra los derechos de los trabajadores. Ocurre esto después de que funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, asistidos por otros de la Inspección de Trabajo, encontraran, en un establecimiento regentado por el detenido, a varias trabajadoras extranjeras al servicio de éste sin que constaran sus contratos de trabajo y sin estar dadas de alta en la Seguridad Social, además de hallarse en situación de estancia irregular en España. El detenido fue trasladado inmediatamente a la Comisaría de la Brigada Provincial de Ex-

tranjería, donde, después de ser informado de sus derechos conforme al art. 520 LECrim., se le ofreció declarar a las 17:45 horas, momento en el que, asistido de Letrado, optó por guardar silencio. Aparece asimismo en el testimonio de las actuaciones policiales que a las 20:30 horas del mismo día fue extendida «diligencia de terminación y remisión», según la cual el Instructor policial habría ordenado que el detenido pasara a disposición judicial, así como el envío del atestado que incluía la declaración de una de las posibles perjudicadas y un informe de la Inspección de Trabajo. Sin embargo hay que decir que dicha diligencia no se ajusta a la realidad: la puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial se pospuso hasta el día siguiente, como lo evidencia el que el Letrado del detenido, poco después de su toma de declaración policial, promoviera el procedimiento de “habeas corpus” ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 en funciones de guardia, y que, denegada por dicho Juzgado la incoación del “habeas corpus” mediante Auto de 10 de junio de 2003, esta resolución judicial fuera comunicada «a las dependencias policiales donde se encuentra detenido Carlos S. V.» a través de fax remitido a las 20:52 horas de aquel día, tal y como viene recogido en diligencia del Secretario judicial.

4. Lo cierto y determinante es que, una vez que el detenido se negó a declarar —lo que ocurrió a las 17:45 horas del día 10 de junio de 2003—, no consta que la fuerza policial instructora tuviera pendiente, o que con posterioridad llevara a cabo, actuación alguna encaminada a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que motivaron la detención preventiva. Por otro lado, en el atestado se hizo constar que las diligencias policiales estuvieron terminadas a las 20:30 horas. No obstante, al quejoso se le retuvo en situación de detención policial hasta el siguiente día 11 de junio, en que fue puesto a disposición del Juzgado de guardia, decretándose entonces su libertad sin fianza tras prestar declaración.

En las circunstancias descritas, y no constando otras causas que justificaran la prolongación de la detención policial, ésta quedó privada de fundamento constitucional. En el instante de acabar las averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos, momento que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente (SSTC 86/1996, FJ 8; 224/1998, FJ 4; 224/2002, FJ 4).

En consecuencia, el primer motivo de queja merece ser estimado por este Tribunal, pues la detención preventiva de la que el recurrente fue objeto en la comisaría de policía se prolongó más allá del tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos que motivaron la detención, por lo que resultó infringida la garantía que el art. 17.2 CE le reconoce como titular del derecho a la libertad personal.

**Sentencia 24/2004 del Pleno del TC de 24 de febrero de 2004
(BOE 26 de marzo de 2004) (Cuestión de inconstitucionalidad 3371/1997)**

TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Art. 563 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se declara constitucional el primer inciso del artículo 563 del CP (“tenencia de armas prohibidas”) sólo a condición de que se interprete de acuerdo con unos criterios que se establecen en la sentencia (fundamento jurídico 8) y que se dirigen a separar el ilícito penal y el administrativo. Se recogen diversos votos particulares que entienden que el precepto debió declararse inconstitucional, sin entrar el Tribunal a realizar tareas de legislador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Planteado el debate en los términos que acaban de exponerse, conviene recordar, en primer lugar, que de la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de cuáles son

las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) es posible extraer, a los efectos que a la resolución de esta cuestión interesan, los siguientes principios:

a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, «esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley».

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones —STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7— que del art. 25.1 CE se deriva una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE en relación con el art. 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, «la remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la C.E. ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)».

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la des-

cripción que incorpora. En este sentido hemos declarado —como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3— «que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir “ex ante” el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)». Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran éstas quienes definieran de facto lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento —a través de mayorías cualificadas, en su ca-

so— quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones.

d) Finalmente, también hemos afirmado que la reserva de ley en materia penal no se extiende «a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos» (STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2) y que «el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo» (STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3).

3. La aplicación de las anteriores líneas jurisprudenciales a la resolución de la presente cuestión exige, en primer lugar, analizar cuál es el tenor de la norma cuestionada.

El primer inciso del art. 563 CP tipifica como delito y castiga con pena de prisión de uno a tres años «la tenencia de armas prohibidas», sin realizar ninguna especificación ulterior acerca de cuáles son éstas. Por tanto, nos encontramos ante un precepto con carácter de ley orgánica (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, gozando de tal carácter todos los preceptos excepto los señalados en la disposición final sexta), en el que la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas.

Sin tomar en consideración aquí las eventuales prohibiciones contenidas en normas internacionales, en cuanto a la normativa extrapenal interna, ha de recordarse que el art. 149.1.26 CE establece la competencia exclusiva del Estado respecto del régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos. En el ejercicio de dicha competencia, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus arts. 6.º y 7.º establece una habilitación legal en virtud de la cual «la Administración del Estado establecerá

los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización» (art. 6.1) y se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a las que se refiere el artículo anterior, a través de diversas vías, entre ellas, «mediante la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos» [art. 7.1.c)].

En desarrollo de la anterior habilitación, se promulgó el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas, cuyos arts. 4.º y 5.º regulan las armas prohibidas, estableciéndose en el art. 4 un catálogo de armas cuya fabricación, importación, publicidad, compraventa, tenencia y uso se prohíbe en todo caso, salvo la tenencia por los museos, coleccionista y otros organismos a los que se refiere el art. 107 del mismo cuerpo legal, estableciendo requisitos y condiciones para ello. Por su parte, el art. 5.º establece otra serie de prohibiciones respecto de la publicidad, compraventa, tenencia y uso de otras armas y otros objetos que no tienen tal carácter, si bien en estos supuestos la prohibición no es absoluta, sino que se exceptúa respecto de los funcionarios especialmente habilitados para ello (en los supuestos del núm. 1) y respecto de los particulares en los supuestos de los núms. 2 y 3.

Por último, la disposición final cuarta del Reglamento establece que «se considerarán prohibidas, en la medida determinada en los arts. 4.º y 5.º del Reglamento, las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualesquiera de sus apartados, mediante Órdenes del Ministro del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos».

En este punto, hemos de realizar una primera precisión desde una perspectiva estric-

tamente formal. Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo. En primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministro del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE. En esta línea, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26.j) de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que calificaba como infracciones leves de la seguridad ciudadana, entre otras, la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas «en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas», entendiendo que «Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es... conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución». Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4.º y 5.º mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563 CP, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal.

4. Sentado lo anterior, y partiendo de que la mera existencia de un elemento nor-

mativo no vulneraría, formalmente, la reserva de ley orgánica respecto de las normas penales que establecen penas privativas de libertad, hemos de examinar ahora si desde la perspectiva material se cumplen las exigencias inherentes al principio de legalidad.

Dado que el tipo se configura esencialmente en torno a un elemento normativo, por definición ello implica la referencia a normas cuyo posible conocimiento resulta indispensable para poder precisar el significado y alcance de dicho elemento y cuyo contenido pasa a integrar el tipo penal, contribuyendo a la configuración del hecho punible. Ahora bien, para que la utilización de elementos de tal índole sea constitucionalmente admisible las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento jurídico. En el presente supuesto, puede afirmarse que la definición de la conducta típica se complementa, como ha sido tradicional en nuestro ordenamiento, con la normativa extrapenal contenida en el Reglamento de armas que define cuáles son las armas prohibidas, lo cual colma la exigencia de predeterminación normativa.

Por otra parte, esa llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal —que, conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendida es la seguridad ciudadana (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas— y parece necesaria a la vista del objeto de la prohibición, dada la complejidad técnica y la evolución del mercado de las armas, al que se incorporan sin cesar nuevos tipos y modelos o se perfeccionan los existentes, lo que hace imprescindible la adecuación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa, para delimitar lo que en cada momento se considera prohibido, sin necesidad de una constante actualización de la norma penal, que

tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5).

También se establece con toda claridad en el precepto que la pena será de prisión de uno a tres años.

La única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal. El órgano judicial entiende que ello no es así, porque el art. 563 CP, en el inciso cuestionado permite que cualquier arma que la ley ordinaria o el reglamento al que la ley se remite decidieran prohibir pase a integrar el tipo delictivo, por el mero hecho de estar prohibida en la normativa administrativa, sin ninguna otra exigencia adicional que justifique el recurso a la sanción penal.

5. Ciertamente, la norma resultante de tal interpretación del precepto sería inconstitucional, en primer lugar, porque no podría afirmarse que fuera el legislador a través del instrumento de la ley penal quien definiera el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose a la regulación extrapenal para completar o integrar de forma instrumental un precepto penal abierto, sino que se haría posible que fuera el Gobierno, a través de un Reglamento, quien, de forma independiente y no subordinada a la ley, definiera por completo y con total libertad el tipo, vulnerándose así la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE, en relación con los arts. 81.1 y 17.1 CE.

Por otra parte, dado que con esa interpretación —como se señala en el Auto de planteamiento de la cuestión y destaca también el Fiscal General del Estado— no es posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo, que justifique la intervención del Derecho penal y la imposición de una pena privativa de libertad, se plantearía también un problema de

proporcionalidad de la reacción penal, que afectaría tanto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en cuanto comprensivo de la prohibición constitucional de penas desproporcionadas (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30).

En efecto, con esa interpretación se posibilitaría la sanción con una pena privativa de libertad de hasta tres años —susceptible de ser rebajada por el Juez en un grado en los supuestos del art. 565 CP, cuando «se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos», pero manteniendo incluso en ese caso la pena privativa de libertad— de conductas muy dispares en cuanto a su gravedad, por el mero hecho de incumplir la normativa administrativa, con independencia de la entidad de la infracción (de qué tipo de arma se trata, cuáles son las circunstancias de su tenencia...) y de si la misma ha tenido o no incidencia en el bien jurídico protegido por el tipo.

Si así fuera, el recurso a la sanción penal resultaría desproporcionado, en primer lugar, frente a todas aquellas conductas que, constituyendo tenencia de armas prohibidas por estar incluidas en tal concepto en la normativa administrativa, carecieran de potencialidad lesiva para la seguridad ciudadana, pues la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (principio de lesividad o exigencia de antijuridicidad material). En segundo lugar, también resultaría desproporcionado el establecimiento de sanciones penales cuando el recurso a la sanción administrativa fuera suficiente para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8), pues la sanción penal sólo resulta necesaria cuando no existen otras vías de protección alternativas en el ordenamiento jurídico menos restrictivas de

derechos y suficientes para obtener la finalidad deseada (principio de «ultima ratio»).

Ahora bien, tal aproximación al tipo penal, en la que la vinculación del contenido normativo del precepto al Reglamento de armas es absoluta e incondicionada, pese a constituir una interpretación posible del mismo, a la vista de su tenor literal, no excluye otras, que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente a cuál es el bien jurídico a cuya protección se orienta la norma, y a cuáles son los instrumentos de protección de dicho bien jurídico en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Por ello, antes de pronunciarnos acerca de la constitucionalidad del precepto, hemos de analizar si el problema de constitucionalidad que se plantea sigue existiendo una vez agotadas las posibilidades interpretativas del mismo.

6. En efecto, en virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, citando entre otras muchas las SSTC 93/1984, de 16 de octubre, 115/1987, de 7 de julio, 105/1988, de 8 de junio, 119/1992, de 18 de septiembre), habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera, si bien nuestra labor interpretativa tiene por objeto establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza «a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de

15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación «contra legem», pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador.

Las anteriores consideraciones nos llevan a rechazar como interpretación alternativa conforme a la Constitución la sugerida por el Fiscal, restringiendo la conducta típica a la tenencia de armas de fuego, porque no se trata de una interpretación de la norma, sino de la reconstrucción de la misma contraria a su tenor literal, sin que los argumentos históricos y sistemáticos que se esgrimen puedan sustentar tal interpretación. En efecto, si bien históricamente el Derecho penal español sólo consideraba punible la tenencia de armas de fuego, el legislador de 1995 eliminó la referencia a las armas de fuego, sustituyéndola por la de armas prohibidas, habiéndose rechazado en la tramitación parlamentaria una enmienda que sugería un cambio de redacción del precepto, de suerte que se tipificase la «tenencia de armas de fuego», en lugar de la «tenencia de armas prohibidas». De todo lo cual se deduce claramente que la voluntad del legislador no fue limitar el alcance del tipo a las armas de fuego, sino ampliarlo a otras armas que no tienen tal carácter, modificando la regulación histórica, por lo que el citado argumento lo que avala, en realidad, es la inviabilidad de tal posibilidad interpretativa.

Por otra parte, tampoco cabe afirmar que, pese a ello, por vía interpretativa se pueda concluir que es otra la voluntad de la ley, pues los argumentos que esgrime el Fiscal General, tanto en relación con otros preceptos penales, como respecto del régimen administrativo sancionador, ponen de relieve los problemas de proporcionalidad que podría presentar el precepto y proponen una regulación legal que los resolvería, pero no a través de una interpretación del mismo, sino de la creación de otra norma distinta,

ignorando un enunciado legal meridiana-mente claro.

7. Descartada la anterior interpretación, existen otras posibilidades interpretativas, apuntadas en la aplicación judicial del precepto cuestionado que, desde el respeto al tenor literal del mismo y a partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del ejercicio del «ius puniendi» (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3) permiten restringir su ámbito de aplicación, diferenciándolo del ilícito administrativo y haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Ciertamente, es deseable que el legislador trace de forma más precisa esa delimitación; ahora bien, las carencias detectadas en el precepto resultan superables de acuerdo con las pautas que a continuación se establecen.

La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas.

Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos «instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse», por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter

general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

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

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

con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión.

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

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

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON GUILLERMO JIMÉNEZ
SÁNCHEZ EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA
DICTADA EN LA CUESTIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3371/97,
AL QUE PRESTAN SU ADHESIÓN LOS
MAGISTRADOS DON PABLO GARCÍA
MANZANO Y DON VICENTE CONDE MARTÍN
DE HIJAS

(...)

2. La fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia incluyen en el contenido del art. 563 del Código penal unas precisiones para la configuración del tipo delictivo o conducta sancionada que resultan extrañas al tenor literal del precepto cuestionado.

La fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia frente a la que se formula el presente Voto particular, en opinión de quienes lo suscriben, son fruto de un esfuerzo no exento de voluntarismo ordenado a reconstruir la norma cuya constitucionalidad se ha cuestionado en términos tales que permitan excluir su oposición a las exigencias derivadas de la necesidad de respetar el postulado de legalidad penal.

Al efecto, y tras constatar la deficiente tipificación en el art. 563 CP del «delito de tenencia de armas prohibidas», puesto que el texto legal no especifica cuáles son dichas armas y fuerza para precisar el significado de la definición de la conducta a que se refiere a recurrir a normas extrapenales (FJ 3), la resolución frente a la que se mantiene la presente discrepancia afirma que, con apoyo en el principio de conservación de la ley, es posible salvar tal omisión considerando que la norma establecida por el art. 563 incluye los siguientes factores (FJ 8): 1) que el objeto al que se refiera la tenencia sean «materialmente» un arma; 2) que la tenencia de dicha arma esté prohibida «por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite»; 3) que el arma posea «una especial potencialidad lesiva»; 4) y que «su tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la convier-

tan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana».

Si bien cabe admitir que la integración del precepto contenido en el art. 563 CP con los dos primeros factores apuntados no resulta contraria a los principios de la hermenéutica jurídica, ni a la demanda de certeza en el contenido de las normas penales que el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE) lleva consigo (véanse, por todas, SSTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2, 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2, 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7, y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 5), parece obligado concluir que predicar lo propio de los dos últimos ha de considerarse difícilmente defendible. Por razonables y plausibles que sean las ideas a que responden las notas o precisiones que la Sentencia incluye en la tipificación efectuada en la norma penal (que, en definitiva, conducen a reducir el ámbito incriminatorio del precepto), son sin duda claramente extrañas al tenor literal del referido artículo, e incluso cabría considerar (al menos es planteable esta hipótesis sin excesiva violencia en el análisis de los textos que entran en juego) que han sido ya contempladas por el legislador, no al objeto de tipificar como delito la tenencia de armas prohibidas, sino con la finalidad de graduar la pena correspondiente a la comisión de este delito. En tal sentido puede no ser ocioso advertir que el art. 565 CP estatuye que «los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos».

3. El Tribunal Constitucional puede y debe, en aras del principio de preservación o conservación de la ley, interpretar conforme a la Constitución los textos legales que, siendo susceptibles de ser entendidos en sentidos diversos, sólo en alguno de ellos resulten conciliables con los principios y valores constitucionales.

Desde luego no cabe suscitar objeción alguna a la correcta afirmación que efectúa (citando la STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8) el FJ 6 de la Sentencia frente a la cual se formula el presente Voto particular de que, «en virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”».

Ello implica que, cuando quepa entender una norma cuya constitucionalidad sea cuestionada en términos tales que hagan desaparecer los reparos avanzados frente a ella, el Tribunal Constitucional debe consagrar dicho entendimiento realizando un fallo interpretativo cuya pauta exegética habrá de ser aceptada (en cuanto el intérprete último de la Constitución manifiesta que es el único recurso para salvar la validez del precepto) por todos los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial.

4. En el desarrollo de su función de intérprete supremo o último de la Constitución el Tribunal Constitucional no debe suplantar al legislador incluyendo en el Ordenamiento jurídico a través de sus pronunciamientos preceptos o desarrollos normativos que, en rigor, no responden a la interpretación de los textos legales sino a la introducción en ellos de precisiones que los rectifican o alteran.

Ahora bien, la posibilidad de imponer una interpretación «secundum Constitutionem» (o, lo que es lo mismo, adecuada a la Constitución) de una norma legal cuestionada requiere como presupuesto inexcusable que dicha interpretación se acomode a las normales pautas hermenéuticas de los textos legales, pues no cabe, como también precisa con indiscutible corrección el FJ 6 de la Sentencia de la que (en otros extremos) se discrepa, «tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril,

FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2)».

De conformidad con la concepción básica a la que responde el criterio expuesto ha de considerarse que excede claramente de las funciones propias del Tribunal Constitucional el incluir en la definición del tipo delictivo «tenencia de armas prohibidas» elementos o factores, como la especial potencialidad lesiva de dichas armas o su tenencia en circunstancias especialmente peligrosas para la seguridad ciudadana, que no se incluyen en el art. 563 CP y que, incluso, como ya ha quedado indicado, podrían considerarse en algún modo contemplados en el art. 565 CP a efectos de la graduación de la pena imponible por la comisión del delito. Esta complementación del contenido de la norma, que evidentemente no supone optar por una entre las diversas posibles interpretaciones de los términos literales en que la ha formulado el legislador, sino la adición al precepto de contenidos extraños al mandato legislativo, implica la asunción por el intérprete de la Constitución, no ya de la misión de imponer el respeto a los mandatos del constituyente por el legislador ordinario, sino la subrogación en la función propia de éste, arrogándose el Tribunal Constitucional tareas propias de un legislador positivo que sin duda resultan ajenas a su específica esfera de competencias.

5. La Sentencia frente a la que se formula este Voto debió declarar la inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del art. 563 CP.

Por todo lo expuesto, y al considerar que el tenor literal del art. 563 CP no respeta las exigencias inherentes al principio de legalidad penal (art. 25 CE), y que el fallo interpretativo que para salvar las consecuencias de ello efectúa la Sentencia frente a la cual se formula la presente discrepancia excede de los límites que configuran la jurisdicción

propia del Tribunal Constitucional, parece obligado concluir que el fallo pronunciado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97 debería haber declarado la inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del art. 563 CP.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA
MAGISTRADA DOÑA MARÍA EMILIA CASAS
BAAMONDE RESPECTO DE LA SENTENCIA
DICTADA EN LA CUESTIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3371/97

(...)

Recogiendo jurisprudencia constitucional consolidada (entre otras, STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3), la Sentencia parte de que «el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora» [FJ 2.b)]. Sin embargo, en su fundamento jurídico 4 la Sentencia afirma que el Reglamento de armas constituye la normativa extrapenal que complementa el tipo penal examinado, que esta llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido en el delito y que el precepto penal establece con toda claridad la pena que corresponde al delito. A ello agrega que «la única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición» (FJ 4). De esta forma, la Sentencia parece situarse en el marco de las exigencias que nuestra doctrina ha establecido en relación con las normas penales en blanco y su adecuación al derecho a la legalidad penal, ya que, a tal respecto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (entre otras, SSTC 127/1990, de 5 de julio; 118/1992, de 16 de septiembre; 62/1994, de 28 de febrero; 120/1998, de 15 de junio) que el derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1

CE exige, entre otros requisitos, que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y que quede satisfecha la exigencia de certeza, esto es, de «suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» [STC 127/1990, FJ 3.B)].

Pues bien, en mi opinión, el art. 563 CP ni contiene el núcleo esencial de la prohibición, ni la norma penal resultante de la interpretación conforme efectuada en la Sentencia de la mayoría satisface las exigencias de certeza.

El citado art. 563 CP no contiene el núcleo esencial de la prohibición toda vez que la determinación de las armas prohibidas queda remitida íntegramente a la normativa administrativa, por lo que no consigue evitar la calificación de inconstitucional que el fundamento jurídico 5 de la Sentencia vierte sobre la norma resultante de una interpretación que hiciera «posible que fuera el Gobierno, a través de un Reglamento, quien, de forma independiente y no subordinada a la ley, definiera por completo y con total libertad el tipo, vulnerándose así la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el art. 25.1 CE, en relación con los arts. 81.1 y 17.1 CE». La propia Sentencia reconoce que con esa interpretación, según también argumenta el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y el Fiscal General del Estado, no sería «posible apreciar ningún elemento diferencial entre el ilícito penal y el administrativo que justifique la intervención del derecho penal y la imposición de una pena privativa de libertad», con lo que «se plantearía también un problema de proporcionalidad de la reacción penal, que afectaría tanto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) como al principio de legalidad penal (art. 25.1

CE), en cuanto comprensivo de la prohibición constitucional de penas desproporcionadas (STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 22 y 30)» (FJ 5).

La Sentencia acepta en el citado fundamento jurídico 5 que el tenor literal del art. 563 CP admite esta interpretación del tipo penal, en la que la vinculación del contenido normativo del precepto a la normativa administrativa «es absoluta e incondicionada». Considera, sin embargo, que esa interpretación «no excluye otras que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente a cuál es el bien jurídico a cuya protección se orienta la norma, y a cuáles son los instrumentos de protección de dicho bien jurídico en el conjunto del Ordenamiento jurídico». Sentada esta afirmación enuncia una «interpretación constitucionalmente conforme» del art. 563 CP que, según dice en el fundamento jurídico 7, «ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta», convirtiendo en conclusión la hipótesis de que el núcleo esencial de la prohibición permanece en el interior del tipo penal; y añadiendo que esa interpretación constitucionalmente conforme debe también presuponer que «el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas». Arrancando de estos presupuestos, la argumentación de la Sentencia parece aislar el problema en que la norma penal incorpora un elemento normativo del tipo («prohibidas»), «cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas» (FJ 3). Pese a ello, se ve en la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva de los tres elementos que lo configuran: armas, prohibidas y tenencia.

En mi modesta opinión, ni los criterios de precisión que introduce ni, consiguientemente, las diferencias que la Sentencia implícitamente establece entre la norma penal y la normativa administrativa en su funda-

mento jurídico 8 están expresadas en el tipo penal, puesto que nada en él se dice acerca de que el arma deba poseer una especial potencialidad lesiva ni, menos, que, para constituir un ilícito penal, la tenencia de ese arma con especial potencialidad lesiva haya de producirse en condiciones o circunstancias tales que, en el caso concreto, la conviertan en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. La Sentencia reconstruye el tipo penal contenido en el art. 563 CP a través de la incorporación de elementos de precisión, en un esfuerzo sin la menor duda merecedor de encomio, pero que excede claramente el tenor literal del precepto y, con ello, la jurisdicción de este Tribunal, que así se convierte en legislador penal con la consiguiente quiebra del principio de reserva de ley que rige en este ámbito y del que, naturalmente, la Sentencia parte.

Pero además, por otra parte, la interpretación llevada a cabo por la Sentencia tampoco permite salvaguardar la garantía de las exigencias del derecho a la legalidad penal,

y, entre ellas, la esencial de certeza jurídica, ni establecer con la debida explicitud las diferencias que, en atención a los principios de intervención mínima, «ultima ratio» y proporcionalidad, deben observarse entre los diferentes ámbitos de actuación del ilícito penal y del ilícito administrativo.

En tal sentido, la restricción del ámbito del tipo penal operada por la Sentencia a través de la introducción de la exigencia de peligro no logra su objetivo de delimitar el ámbito típico del delito de tenencia de armas prohibidas de las infracciones administrativas, pues el peligro y su especial gravedad —tanto referido a las armas como a las condiciones de su tenencia— no son elementos ajenos a la normativa administrativa (arts. 155 y ss. del Reglamento de armas), por lo que difícilmente podrá residenciarse sólo en dichos factores la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo.

Por todo ello, nuestro fallo debería haber declarado la inconstitucionalidad y nulidad del art. 563 CP.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1183/2003, Sala de lo Penal del TS, de 23 de septiembre de 2003

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

Art. 66.1.2.ª Código Penal

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

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que la regla del artículo 66.1.2.ª del CP (equivalente al art. 66.4.ª en la redacción anterior a la LO 11/2003, de 29 de septiembre), relativa a la determinación de la pena en caso de circunstancias atenuantes muy cualificadas, es aplicable no sólo a las previstas con carácter general en el art. 21 del CP, sino también a las específicas, como la que contempla para los delitos contra el medio ambiente, el art. 340 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Recurren los dos condenados y el Ministerio Fiscal que formaliza un primer motivo al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha aplicado indebidamente la

atenuante genérica del artículo 21.5.º del Código Penal, en lugar de la atenuante específica del artículo 340 prevista para los delitos contra el medio ambiente.

1. El Ministerio Fiscal alega que los hechos se han considerado como delitos del

artículo 325 del Código Penal en relación con el artículo 326.a) del mismo texto legal. En ellos se contienen modalidades de delitos de riesgo y de peligro concreto o grave, lo que estima incompatible con la atenuante genérica de reparación del daño, que solamente está prevista para los delitos de resultado con daño o lesión concreta.

Sostiene que la circunstancia aplicable, es la específica del artículo 340 del Código Penal, que sólo contempla la rebaja en un grado y no en dos como ha estimado la Sala sentenciadora.

2. El legislador ha querido, por razones de política criminal, reducir las penas básicas establecidas para determinados delitos, en función del comportamiento del autor o autores, respecto de la reparación o disminución de los efectos y daños del evento o delito. El artículo 21.5 del Código Penal condiciona su aplicación, a que la reparación del daño ocasionado a la víctima o la disminución de los efectos del delito, se lleve a cabo, en todo caso, antes de la celebración del juicio oral.

La misma técnica atenuatoria se utiliza, con algunas variantes, en los supuestos específicos de delitos contra el medio ambiente, en los que el bien jurídico protegido y por tanto el que puede ser dañado, es de carácter colectivo o comunitario, como es el derecho al medio ambiente sano, consagrado en la Constitución, sin perjuicio de que, en casos concretos, si produjere un daño añadido para la salud de las personas, la pena se debe imponer en su mitad superior.

El artículo 340 del Código Penal, al atenuar la responsabilidad criminal de los auto-

res de delitos contra el medio ambiente, no establece barreras temporales, en función del desarrollo del proceso, sino que, de manera prácticamente ilimitada, permite establecer la pena en el grado inferior, a expensas de la reparación voluntaria del daño causado.

La norma genérica contempla, de manera más completa, todas las posibilidades de reparación de la víctima, sin tener en cuenta otros factores que lo de la mera temporalidad en la conducta de resarcimiento activo.

Nos encontramos ante un falso y aparente concurso de normas ya que los supuestos contemplados son, en nuestra opinión, diferentes. En todo caso la norma medioambiental es específica por lo que debe primar su aplicación sobre la genérica. De todas formas es preciso señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.4.º del Código Penal, no existe obstáculo alguno para que la atenuante específica pueda ser considerada como muy cualificada, lo que permite asimismo la rebaja en dos grados, ya que el precepto no distingue entre atenuantes genéricas y específicas.

En principio y teniendo en cuenta esta posición y admitiendo como más correcta la tesis del Ministerio Fiscal, no encontramos obstáculos para que pueda valorarse la atenuante específica como muy cualificada. Ahora bien, en este caso se mantiene la opción entre la rebaja en un grado o dos. Considerando las circunstancias del caso, que desarrollaremos en la segunda sentencia, estimamos que lo procedente es bajar un sólo grado.

Sentencia 1215/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de septiembre de 2003

APELACIÓN DE SENTENCIA EN JUICIO CON JURADO.

Art. 846 bis.c) apartado b) LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Alcance de la revisión que puede llevar a cabo el Tribunal de apelación cuando la sentencia es recurrida al amparo del art. 846 bis.c) apartado b), por infracción de ley en la calificación de los hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. (...)

En el caso que da origen al recurso que resolvemos, el Jurado, tras declarar probado que el acusado, que había entrado en la casa de la víctima con la escopeta hacia el suelo, la levantó y sin apoyarla ni apuntar disparó, declaró asimismo probado que el mismo no tuvo intención de matar a la víctima, produciéndose la muerte por acción imprudente y falta de cuidado del acusado, concluyendo que éste era “autor penalmente responsable de un delito de homicidio causado de forma imprudente del art. 142 del Código Penal, ya que el acusado no pretendía ni asumió la producción de la muerte de Carlos María”. Habiendo sido éste el veredicto del Jurado, es claro que el contenido de la Sentencia del Magistrado-presidente, de acuerdo con el art. 70 LOTJ, no podía ser sino el que fue, de suerte que puede afirmarse la ineludibilidad de la calificación del hecho enjuiciado como muerte causada por imprudencia. No puede decir lo mismo, sin embargo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida ante esta Sala. Habiéndose inter-

puesto ante dicho Tribunal recurso de apelación contra la Sentencia del Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, al amparo del art. 846 bis.c), apartado b) LECrim., por infracción de ley en la calificación jurídica de uno de los hechos enjuiciados —la muerte ocasionada por el acusado—, no podía ciertamente el Tribunal Superior censurar la declaración de hechos probados formulada en la primera instancia en lo referente a hechos exteriores u objetivos, cuya condición de acreditados o no dependía de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio oral que los jurados habían presenciado en irrepetibles condiciones de inmediación, pero sí podía censurar aquellas declaraciones del veredicto que, por versar sobre hechos de conciencia, constituían inferencias lógicas cargadas de juridicidad. Si el apartado b) del art. 846 bis.c) LECrim. autoriza que contra las sentencias citadas por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado se interponga recurso de apelación por infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos, ello quiere decir que el Tribunal Superior puede revisar esta calificación sometiendo a censura, naturalmente, la apreciación tanto del

tipo objetivo como la del subjetivo del delito que ha sido objeto de condena en la primera instancia y puede igualmente resolver que de los hechos objetivos declarados probados se deduce lógicamente que los mismos fueron realizados con conciencia y voluntad distintas de las afirmadas en el veredicto del Jurado. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia pudo realizar la indicada revisión no obstante la reserva que sugiere según la cual, no habiéndose ofrecido al Jurado en el objeto del veredicto la posibilidad de declarar que el acusado actuó con dolo eventual, no sería lícito crear en el momento procesal de la apelación una opción “contra reo” que el Jurado no tuvo a la vista. Semejante reserva aunque inspirada por el loable afán de tutelar al máximo el derecho de defensa y a ser informado de la acusación, no tiene un fundamento demasiado sólido. Con independencia de que declarando el Jurado, al precisar el hecho delictivo de que consideró culpable al acusado, que éste “no pretendía ni asumió la producción de la muerte” de la víctima, revelaba con bastante claridad que se había planteado, para rechazarla, la hipótesis de que el acusado hubiese disparado con la actitud interna propia del dolo eventual, lo decisivo para no aceptar la objeción del Tribunal “a quo” es que si el mismo tenía, como sostenemos, competencia para revisar la inferencia del Jurado que le llevó a juzgar imprudente la acción del acusado y para reputar ésta dolosa, la tenía sin duda alguna para calificar el dolo como directo o como eventual.

Entiende esta Sala que el Tribunal Superior de Justicia debió —puesto que pudo hacerlo— estimar el primer motivo del recurso de apelación del Ministerio Fiscal —tercero de los articulados por la Acusación Particular— y condenar al acusado como autor de un delito de homicidio doloso previsto y penado en el art. 138 CP. (...) es evidente que asiste toda la razón al Ministerio Fiscal cuando escribe que el Jurado, al declarar que la conducta del acusado fue meramente imprudente, “vulneró las reglas de la lógica

y del sentido común”. El carácter intencional de la acción se deduce necesariamente no sólo de la previa actitud del acusado —enfurecido sobre toda ponderación y dando pruebas de una desatada agresividad— sino sobre todo de este dato maximamente significativo: el disparo se produjo en el interior de la casa y a corta distancia de un numeroso grupo de personas lo que convierte en irrelevante el hecho de que no se apuntase antes de disparar; especialmente, podemos añadir, a corta distancia de la víctima como lo demuestra el diámetro de la herida, revelador de que el haz de perdigones proyectado por el disparo apenas había empezado a abrirse. En estas condiciones, sólo dos hipótesis caben racionalmente a la hora de deducir con qué conciencia y voluntad realizó el acusado la acción letal. O bien disparó deliberadamente contra Carlos María para producirle la muerte o al menos sabiendo que se la produciría, o bien disparó contra el grupo de personas que tenía enfrente asumiendo la vehemente probabilidad, rayana en la certeza, de que alguna o algunas serían alcanzadas. Tanto en uno como en otro caso, la solución jurídicamente correcta es afirmar el carácter doloso de la acción aunque en el segundo caso podría aventurarse la tesis del dolo eventual. Bajo ningún concepto es admisible se diga que el acusado actuó de forma imprudente y con olvido de las normas de cuidado que obligan a cualquiera. No son precisamente las normas de cuidado las que prohíben efectuar un disparo con una escopeta, a corta distancia, contra un grupo de personas. Procede, en consecuencia, estimar el único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y declarar que, en la Sentencia recurrida, se infringieron los arts. 142 y 138 CP al no estimar que, en la dictada por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, uno y otro precepto habían sido infringidos, el primero por aplicación indebida y el segundo por inaplicación igualmente indebida, y no corregir dichas infracciones mediante la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la primeramente dictada.

Sentencia 1008/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Al igual que otras sentencias recogidas en este mismo número de la Revista de Derecho Penal (véase el Índice Analítico), se ocupa ésta con el denominado “principio de insignificancia” y su eventual aplicación en el delito de tráfico de drogas. En este caso, se centra la resolución en desentrañar el sentido del concepto “antijuricidad material”, frecuentemente utilizado en este contexto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El único motivo del recurso se basa en el art. 849.1.º LECrim. Sostiene el Ministerio Fiscal que el tipo del art. 368 CP no requiere una lesión concreta, sino la creación de un riesgo abstracto para la salud colectiva. Consecuentemente la sentencia recurrida infringe este precepto en la medida en la que no justifica que la droga aprehendida carezca, por razón de la cantidad, de nocividad para infringir el bien jurídicamente protegido.

El motivo debe ser estimado.

La sentencia recurrida ha fundamentado su decisión en precedentes de esta Sala basados en el llamado “principio de insignificancia”, de acuerdo con el cual en supuestos de poca entidad cuantitativa de la droga “la antijuricidad de la conducta desaparece” (ver FJ tercero).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido uniformemente este criterio y en

nuestras más recientes decisiones hemos sostenido que la antijuricidad del hecho no se ve afectada por la reducida cantidad de la droga poseída o con la que se ha traficado.

En efecto, la cuestión se relaciona con el significado de la llamada antijuricidad material. Desde el punto de vista de la antijuricidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del art. 368 CP la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuricidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma —se sostenía— carece de

legitimación para corregir al legislador. Dicho con otras palabras: la teoría de la antijuricidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijuricidad formal. Interpretarla de otra manera implicaría otorgar al Poder Judicial funciones que sólo corresponden al Legislativo, como ya lo señalaban los padres de la teoría de la antijuricidad material.

Sólo en formulaciones posteriores la teoría de la antijuricidad material fue concebida como el fundamento que permitiría dar lugar a un principio general de la justificación o, dicho de otra manera, fundamentar una causa supralegal de justificación. Es en este sentido que se admitieron por una opinión doctrinaria minoritaria principios supralecales de justificación, como el principio de la ponderación de bienes, el del mayor beneficio que perjuicio, el del medio justo para la realización de un fin justo, etc. Sin embargo, a estos principios se les reconoció sólo un campo de acción limitado a los casos de estado de necesidad, es decir, de salvación de un bien en conflicto con otro, cosa que no ocurre en casos como el presente, en el que no se alega que con la acción imputada al acusado se haya resuelto un conflicto de tal naturaleza.

En las legislaciones más modernas estos supuestos han sido resueltos directamente por los respectivos legisladores por diversos medios técnicos. Sin embargo, en nuestro derecho vigente no existe un procedimiento legal que permita obtener el resultado perseguido por el recurrente. En consecuencia, lo que en realidad se invoca en el recurso es una circunstancia eximente no contemplada en el derecho positivo español. En efecto, la reducida lesividad del hecho permite en Alemania, bajo ciertas circunstancias, re-

nunciar a la persecución del delito, según lo prescriben los parágrafos 153 y ss. de la Ordenanza Procesal Penal. Pero, esta medida se prevé para delitos de mínima gravedad. No sería aplicable en el caso de un delito grave como es el tráfico de drogas. Por su parte el Código Penal austríaco contempla en su parágrafo 42 la posibilidad de eximir de pena al autor cuando el hecho no resulte merecedor de pena. Pero esta posibilidad se limita los delitos cuya pena sea de multa o de privación de la libertad no superior a tres años y, en todo caso, el daño y la culpabilidad hayan sido mínimos.

Todo ello demuestra que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de "lege ferenda", el "principio de insignificancia", pues la lesión jurídica, como tal, siempre es grave y, por consecuencia, significativa. De allí se deduce que la menor cantidad de droga no podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada, ni operar como causa supralegal de justificación, ni tampoco excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción individual. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de un posible daño reducido a la salud individual del receptor de la droga, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a la infracción de estas normas, ha considerado que el peligro abstracto de la fusión social del consumo es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Sentencia 1260/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de octubre de 2003

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR (VULNERACIÓN).

Arts. 24.2 CE; 5.4 LOPJ

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general sobre la exigencia de imparcialidad en el Juzgador, se constata su vulneración en el caso de autos al haber sido llamados a dicha sentencia dos magistrados de la Audiencia que en su día resolvieron el recurso interpuesto contra el auto de archivo de las actuaciones efectuando valoraciones concretas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La otra objeción del recurrente se apoya en el argumento de que la Audiencia, en el momento de enjuiciar los hechos de la causa, había formado ya criterio sobre los mismos al resolver el recurso interpuesto contra el auto de archivo de las actuaciones.

La sala de instancia, constituida entonces por dos de los magistrados que han dictado la sentencia recurrida, decidió mediante auto, en el que se lee: “El simple relato de hechos formulado en la denuncia, que son admitidos como ciertos por el denunciado al declarar, y la excusa no acreditada que éste ofrece para intentar justificar la no devolución del metálico, hablan ‘per se’ de la existencia de un presunto delito de estafa y no de un ilícito civil, de un simple incumplimiento contractual, pues, sin que sea dado prejuzgar, aparece claramente que fingiendo una solvencia y relaciones comerciales se ha inducido a engaño al sujeto pasivo, logran-

do realizar un acto de disposición de una elevada cantidad para la compra de un vehículo que jamás pensó entregarle...” (folio 94 vuelto).

Tercero.—El derecho a un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 CE, implica el derecho a un juez imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 6.1 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La imparcialidad del juicio es una exigencia que viene impuesta por la propia naturaleza de la función jurisdiccional, en tanto que actividad dirigida a la adquisición de conocimiento tendencialmente objetivo sobre hechos que resulten jurídicamente relevantes. Es por lo que reclama del juez y en el juicio una colocación equidistante respecto de las posiciones en conflicto y una actitud indiferente para con los intereses en presencia.

Según esto, la imparcialidad podría perderse tanto por razón de proximidad o identificación interesada con las pretensiones de cualquiera de las partes, como por haber tenido, antes y fuera del ámbito estricto del enjuiciamiento, un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser de prueba.

Para evitar la incidencia de esta segunda forma de afectación negativa de la imparcialidad judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir, sobre todo, de los casos Piersak y De Cubber) ha entendido que deberá evitarse que integren el tribunal que ha de juzgar un caso quienes hubiesen tenido, durante la fase de investigación, un tipo de intervención o implicación en ella que haga razonable temer que hubieran podido formar criterio sobre lo que sólo debería ser objeto del juicio verdadero y propio. De darse tal circunstancia las impresiones previamente formadas de ese modo ocuparían el lugar del resultado de una racional y equilibrada valoración del cuadro probatorio formado contradictoriamente en la vista pública.

Como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta Sala han tenido múltiples ocasiones de declarar, tal planteamiento general del asunto debe ser trasladado a cada supuesto, para evaluar el posible grado de incidencia sobre la imparcialidad objetiva del juez. Así, existe abundante jurisprudencia al respecto, de la que se hacen eco de forma sistemática sentencias de esta sala como las 274/2001, de 27 de febrero de 2001 y la 267/2001, de 22 de marzo.

A tenor del contenido de estas resoluciones, es claro, se trata de valorar el grado intensidad de la implicación de un tribunal en la actividad procesal de la causa precedente al juicio. Para ello es obligado deslindar dos tipos de casos. Primero, el de aquellos en los que lo resuelto es un recurso contra una resolución interlocutoria, de manera que la decisión pudo adoptarse sin necesidad de entrar en contacto directo con el material fáctico aportado por la investigación,

sin menoscabo, pues, de la imparcialidad objetiva. Y, en segundo término, el de esos otros en los que el órgano juzgador hubiera acordado un procesamiento o formulado una imputación "ex novo", o, en general, realizado alguna actuación capaz de comprometer efectivamente su juicio sobre la implicación del imputado en los hechos objeto de persecución.

Es obvio que en los supuestos de esta última clase la decisión habrá estado precedida de un análisis del resultado de la investigación, del mismo género que el necesario para verificar la concurrencia o no de datos hábiles para formular ulteriormente una hipótesis acusatoria. Lo que supone emitir una suerte de juicio anticipado que, dado el momento del trámite, de resultar favorable a la imputación, se inscribe funcional y teleológicamente en la actividad de la parte acusadora. Con ello, el resultado inevitable es que en tales ocasiones se produce cierto desplazamiento del juzgador del simbólico centro neutral del proceso que le corresponde, hacia el propio de una de las partes.

Cuarto.—El Fiscal reconoce que las objeciones del recurrente son ciertas, pero, al mismo tiempo, entiende que, dado que como él mismo acepta, no hizo objeción formal del modo de proceder que consta, carecería ahora de habilitación para recurrir por ambos conceptos. Pero no es posible compartir este punto de vista, porque el derecho fundamental a ser enjuiciado por un tribunal imparcial, que asiste a todo imputado, debe ser garantizado siempre de forma legal objetiva y no puede hacerse depender de una opción facultativa de este último.

Dicho esto, se trata de ver si el modo de proceder de la sala al decidir sobre el archivo, pudo hacer que los dos magistrados de la misma que luego contribuyeron a dictar la sentencia impugnada hubieran prejuzgado antes.

Al respecto, es preciso reparar en que lo resuelto mediante el auto a que antes se ha hecho mención no fue una discrepancia sobre el carácter posiblemente típico de una

conducta considerada en abstracto. Por el contrario, lo que allí se lee denota una valoración actual y en concreto de los rasgos de la acción atribuida al que ahora recurre. Del que se dice que realizó todos y cada uno de los elementos del tipo penal, conforme al que luego fue formalmente enjuiciado. En consecuencia, es patente que se produjo un verdadero juicio anticipado, realizado, por

tanto, en un momento impropio. Y que su resultado tuvo que condicionar y afectar negativamente a la imparcialidad objetiva del tribunal a la hora de dictar la sentencia definitiva. Es por lo que el motivo debe estimarse, a fin de que se produzca un nuevo enjuiciamiento del recurrente, por un tribunal de diferente composición.

Sentencia 1258/2003, Sala de lo Penal del TS, de 6 de octubre de 2003

INCONGRUENCIA OMISIVA.

Art. 851.3.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras puntualizar lo que ha de entenderse por “puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa” a efectos de incongruencia omisiva, la Sala aprecia la existencia de este vicio en la sentencia de instancia, condenatoria por delito contra la Hacienda Pública.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Los órganos jurisdiccionales tienen el deber de resolver prestando la debida tutela judicial a quienes acuden a ellos. La prestación de tal tutela judicial lleva consigo la necesidad de resolver todas y cada una de las cuestiones que le son planteadas a través del proceso correspondiente. Si tal no se hace, se incurre en el vicio procesal que venimos denominando incongruencia omisiva que, en cuanto al recurso de casación penal,

aparece recogida en el citado n.º 3.º del art. 851 de nuestra ley procesal.

La expresión “puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa”, que en este artículo se utiliza, viene siendo referida a lo que en esta Sala llamamos cuestiones jurídicas y el TC pretensiones. Con estas expresiones queremos decir que lo que ha de constituir el contenido mínimo de una sentencia penal viene determinado por los temas propuestos por las acusaciones y aquellos otros añadidos por las defensas. Si alguno de éstos no se resuelve la resolución es incongruente por defecto. Pero hemos de

precisar que, cuando hablamos de temas propuestos por las partes, nos estamos refiriendo a cuestiones jurídicas propiamente dichas, no a las argumentaciones usadas en defensa del punto de vista de la parte en relación a cada una de esas cuestiones, ni tampoco a las que hay que considerar no jurídicas sino de hecho. Estas últimas, las cuestiones de hecho, es decir, aquellas que se refieren a la forma en que ocurrió el suceso por el que se acusó, o a cómo se produjeron determinados hechos añadidos por las defensas, en el recurso de casación sólo pueden impugnarse por la vía del n.º 2.º del art. 849 o por la del n.º 1.º o 2.º del 851, aparte de lo relativo a la presunción de inocencia y de todas las posibilidades que para esta clase de recurso aparecen determinadas en el art. 850 en cuanto permiten impugnaciones en materia de prueba. En concreto, en la jurisdicción penal, las sentencias condenatorias han de resolver, por ejemplo, los temas relativos a la calificación del hecho como constitutivo de un delito o falta en relación a cada uno de los elementos constitutivos que hayan sido debatidos en el proceso, al grado de perfección de la infracción penal de que se trate (actos preparatorios, tentativa o consumación), al grado de participación (autoría, inducción o cooperación necesaria o no necesaria), si la responsabilidad ha de ser a título de dolo o de imprudencia, si hay o no causas de justificación o de exculpación o de inimputabilidad o excusa absoluta, si concurren circunstancias agravantes o atenuantes, si es o no adecuada o proporcionada la pena impuesta, también todas las cuestiones derivadas de la posible utilización de una prueba ilícita, etc.

2. En el caso presente nos encontramos ante dos delitos de defraudación a la hacienda pública en los que un elemento constitu-

tivo del mismo es la cuantía concreta de lo defraudado, no sólo porque hay un límite mínimo de quince millones de pesetas para que el hecho deje de ser infracción administrativa para convertirse en delito, sino porque, además, de dicha cuantía depende la de la multa a imponer y la indemnización a favor de la entidad pública defraudada.

Y en el impuesto de sociedades, la cantidad que anualmente ha de pagar al Estado la empresa correspondiente viene determinada por una cuenta que ha de hacerse y presentarse ante la administración tributaria, cuyo resultado viene determinado por diferentes conceptos en los que tienen particular relieve los ingresos y los gastos deducibles, con los que queda fijada una cantidad a la que se ha de aplicar el tipo de gravamen correspondiente con lo que se obtiene una cuota que es la que ha de pagarse al tesoro público.

Pues bien, entendemos que aquellas cuestiones de orden tributario, planteadas en el proceso penal para conocer cuáles han de ser esos ingresos y esos gastos deducibles, son cuestiones de orden jurídico que ha de resolver el tribunal penal ante el que se propusieron y debatieron. Si, como aquí ocurrió, hay cinco cuestiones, de las muchas propuestas, relativas a si determinadas cantidades debieron o no computarse a los efectos de concretar esos ingresos totales o los gastos deducibles, que fueron propuestas en el escrito de calificación provisional (folios 652 a 654 de las diligencias previas), y, leída la sentencia recurrida, advertimos que nada se dice en ésta sobre tales extremos, cuando asimismo tampoco cabe hablar en modo alguno de resolución tácita sobre ninguna de esas cinco cuestiones, nos encontramos, evidentemente, ante una incongruencia omisiva del n.º 3.º del art. 851 CP.

Sentencia 1263/2003, Sala de lo Penal del TS, de 7 de octubre de 2003

INCENDIO. TENTATIVA.

Arts. 16 y 351 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Califica al delito de incendio como de peligro hipotético o potencial y no de peligro concreto. Admite la posibilidad de tentativa acabada en el mismo, como sucede en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del recurso de casación interpuesto, por infracción de ley, alega vulneración del art. 351 del Código Penal de 1995, incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, por estimar la parte recurrente que en el incendio provocado por el condenado en ningún momento se puso en concreto peligro la vida o integridad física de las personas.

Apoya esta alegación la parte recurrente en cinco argumentos: a) por la hora en que se produjeron los hechos, la una de la tarde, difícilmente los habitantes de la vivienda podían haberse visto sorprendidos por el fuego; b) la intensidad del fuego no adquirió relevancia alguna; c) los habitantes de la vivienda no necesitaron abandonarla en ningún momento, lo que indica que no estuvieron en peligro; d) el medio empleado fue un simple mechero, aplicado a una cortina desde fuera de la casa, a través de una ventana, sin acompañarlo de gasolina o alcohol, por lo que no existió peligro real de propagación; e) el intento del acusado de provocar un incendio se efectuó en el curso de un altercado con los vecinos de la casa, familiares suyos, por lo que éstos se encontraban

plenamente advertidos y procedieron a la inmediata extinción del fuego.

El motivo no puede ser estimado, en los términos en los que se plantea. El delito de incendio no es un delito de peligro concreto, en sentido estricto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético o potencial, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro.

A esta modalidad de peligro ya se ha referido con reiteración nuestra doctrina jurisprudencial en el delito prevenido en el art. 364.2.º (administración de sustancias no permitidas a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano cuando generen riesgo para la salud de las personas), SSTS 22-06-2001, núm. 1210/2001, 20-01-2001, núm. 18/2001, 15-12-2000, núm. 1973/2000, 4-10-1999,

núm. 1397/1999, y también en materia de delitos contra el medio ambiente (STS núm. 388/2003, de uno de abril). Respecto del delito de incendio se refiere al peligro potencial la sentencia de 6 de marzo de 2002.

En este sentido ha de estimarse que el hecho de prender fuego a una cortina de una casa habitada, constituye una acción potencialmente idónea para propagarse y producir peligro para la vida e integridad física de las personas que en ella se encuentran, por lo que la acción del acusado debe subsumirse en el tipo aplicado por el Tribunal de Instancia.

Segundo.—Ahora bien, como señalan las sentencias de 26 de marzo de 1999 y 11 de diciembre de 2000, la consumación del delito prevenido en el art. 351 del Código Penal exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, por lo que ha de estimarse que en aquellos supuestos en los que el fuego ha sido extinguido de forma inmediata, sin alcanzar una mínima dimensión, el delito debe sancionarse como mera tentativa.

La tentativa requiere la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la in-

mediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de su voluntad.

En el caso actual concurren estos requisitos, pues la inmediata intervención de los ocupantes de la vivienda, ya advertidos por el altercado sostenido con el autor, y el hecho de que el fuego se ocasionase con un simple mechero, sin utilizar líquido propagador alguno, determinaron la extinción inmediata (siendo sofocado el fuego inmediatamente, según la expresión literal de los hechos probados), por lo que no se llegó a propagar en absoluto por causas independientes de la voluntad del autor.

Puede plantearse la pregunta de si en estos casos cabe una atenuación mayor que la ya prevista en el art. 351 Código Penal (atenuación especial, que sólo alcanza a un grado de la pena en los casos en los que el peligro causado sea de poca entidad). Esta Sala ya ha declarado en la sentencia núm. 1250/2002, de 5 de julio de 2002, que la respuesta debe ser positiva. “En efecto, el art. 351 se refiere a delitos de peligro creados mediante incendio que se puedan considerar consumados. Si el delito, por el contrario, quedó en tentativa será siempre de aplicación el art. 62” (STS 5 de julio de 2002).

En consecuencia procede estimar parcialmente el recurso y sancionar el hecho como tentativa acabada rebajando la pena en un grado.

Sentencia 1289/2003, Sala de lo Penal del TS, de 11 de octubre de 2003

ROBO CON INTIMIDACIÓN.

Art. 242 Código Penal

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

SÍNTESIS

La agravación del robo por el uso de armas “para proteger la huida” o “cuando el reo atacare a los que acudieren en auxilio de la víctima o

a los que le persiguieren” (art. 242.2 del CP) no significa que en los casos indicados no se encuentre ya plenamente consumado el robo, extendiéndose por tanto la agravación a actos de “agotamiento” del delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El art. 242.2 CP considera que la pena del robo se debe agravar cuando el autor del robo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieran. Esta disposición, sin embargo, no es determinante del momento consumativo del robo, sino del ámbito temporal al que se extiende la agravación del robo por el uso de armas. Su función, por lo tanto, no consiste en absorber como hechos posteriores copenados los delitos que el autor lleve a cabo en la fase de agotamiento, sin decir, posteriores a la consumación, y que, por tal razón son innecesarios para ella. Si se lo entendiera de otra manera sería posible dudar del acierto político criminal de esta decisión legislativa, puesto que no se percibe ninguna justificación para beneficiar al autor del robo con violencia con la exclusión de la pena de otros delitos cometidos para lograr agotar el delito de robo. Brevemente: el robo con violencia puede ser agravado por el uso de armas, aun cuando éstas fueran usadas después de la consumación.

En efecto, el momento consumativo del robo depende, en el derecho vigente, del apoderamiento del objeto del delito. Éste se produce cuando el objeto de la acción no puede ser recuperado por el titular sin ejercer violencia sobre el autor de la sustracción. Es claro que una vez que los autores tienen el dinero en sus manos se han apoderado de él, pues ya ejercen sobre el dinero su propio poder, al mantener una actitud defensiva de la situación antijurídica creada. Tanto es esto así en el presente caso, que sólo mediante el ejercicio de otro poder sobre el

autor fue posible recuperar la posesión del objeto.

La Sala no ignora que la jurisprudencia más antigua del Tribunal Supremo mantuvo la teoría de la “illatio” a los efectos de establecer el momento consumativo del robo. Tal decisión se basaba, probablemente, sobre todo en la gravedad de las penas con las que este delito se amenazaba en la ley antes de la reforma de 1983 (presidio menor en grado máximo). En una evolución posterior se estableció —sin embargo— que el momento consumativo estaba dado por la disponibilidad adquirida por el autor sobre el objeto de acción típica. De esta manera se daba entrada a la teoría de la “apprehensio”, que considera consumado el robo cuando el autor sustrae la cosa del poder de su poseedor. La aplicación de esta posibilidad no ha sido, sin embargo, totalmente uniforme, pues no siempre se ha tenido en cuenta, en primer lugar, que el poder de disponer sobre la cosa lo tiene el que la detenta y la defiende por medios violentos o mediante la amenaza de usarlos. En segundo lugar, en ocasiones, no se ha considerado que no existe ninguna razón plausible desde un punto de vista político criminal para extender el concepto de disponibilidad a los casos de disponibilidad definitiva o cómoda por parte del autor. Ya antes de que el autor haya puesto el objeto del robo a buen recaudo se presentan todos los elementos que justifican el merecimiento de pena. En este sentido se destacan las SSTs de 27-4-1982, de 22-11-99, de 3-7-1995 y el ATS de 25-2-1998.

Desde esta perspectiva la huida protegida con la amenaza de un arma y el ataque a los defensores de la posesión o las víctimas de la violencia, serán, en principio, actos pro-

pios del agotamiento del delito, pero no forma parte de la acción típica, que se reduce a la apropiación mediante violencia o intimidación. Dicho de otra manera: el art. 242.2 CP, no determina el momento consumativo del robo, sino el contexto del hecho en el cual la utilización del arma determina una agravación de la pena.

Por ello resulta claro, de acuerdo con el concepto de disponibilidad de la jurisprudencia, que la disponibilidad del dinero, en el presente caso, había sido adquirida por el

acusado, y que, por lo tanto, el delito estaba consumado cuando los autores privan de su libertad a una persona para usarla como escudo en su huida y para mantenerla con ellos mientras huyen. Aquí ya no se trata de protegerse de la persecución de los que defienden la propiedad. Se ha dado comienzo a un nuevo delito que afecta a un sujeto pasivo diferente y a un bien jurídico distinto, con una nueva decisión. Este nuevo hecho, por lo tanto, ya no está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 242.2 CP.

Sentencia 604/2003, Sala de lo Penal del TS, de 11 de octubre de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se rechaza el argumento de la falta de antijuricidad material en supuestos de tráfico de droga en cantidad insignificante, casándose la sentencia absoluta de instancia (se trata de 0,186 gramos de heroína de una pureza del 14,3%). Un criterio análogo encontramos, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo 1218/2003, de 29 de septiembre, 1293/2003, de 7 de octubre y 1330/2003, de 13 de octubre, próximas temporalmente a ésta que recogemos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El único motivo del recurso se basa en el art. 849.1.º LECrim. Sostiene el Ministerio Fiscal que el tipo del art. 368 CP no requiere una lesión concreta, sino la creación de un riesgo abstracto para la salud colectiva. Consecuentemente la sentencia recurrida infringe este precepto en la medida

en la que no justifica que la droga aprehendida carezca, por razón de la cantidad, de nocividad para infringir el bien jurídicamente protegido.

El motivo debe ser estimado.

La sentencia recurrida ha fundamentado su decisión en precedentes de esta Sala basados en el llamado “principio de insignifi-

cancia”, de acuerdo con el cual en supuestos de poca entidad cuantitativa de la droga “la antijuricidad de la conducta desaparece” (ver FJ tercero).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido uniformemente este criterio y en nuestras más recientes decisiones hemos sostenido que la antijuricidad del hecho no se ve afectada por la reducida cantidad de la droga poseída o con la que se ha traficado.

En efecto, la cuestión se relaciona con el significado de la llamada antijuricidad material. Desde el punto de vista de la antijuricidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del art. 368 CP la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuricidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma —se sostenía— carece de legitimación para corregir al legislador. Dicho con otras palabras: la teoría de la antijuricidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijuricidad formal. Interpretarla de otra manera implicaría otorgar al Poder Judicial funciones que sólo corresponden al Legislativo, como ya lo señalaban los padres de la teoría de la antijuricidad material.

Sólo en formulaciones posteriores la teoría de la antijuricidad material fue concebida como el fundamento que permitiría dar lugar a un principio general de la justificación o, dicho de otra manera, fundamentar una causa supralegal de justificación. Es en este sentido que se admitieron por una opinión doctrinaria minoritaria principios supralecales de justificación, como el principio de la ponderación de bienes, el del ma-

yor beneficio que perjuicio, el del medio justo para la realización de un fin justo, etc. Sin embargo, a estos principios se les reconoció sólo un campo de acción limitado a los casos de estado de necesidad, es decir, de salvación de un bien en conflicto con otro, cosa que no ocurre en casos como el presente, en el que no se alega que con la acción imputada al acusado se haya resuelto un conflicto de tal naturaleza.

En las legislaciones más modernas estos supuestos han sido resueltos directamente por los respectivos legisladores por diversos medios técnicos. Sin embargo, en nuestro derecho vigente no existe un procedimiento legal que permita obtener el resultado perseguido por el recurrente. En consecuencia, lo que en realidad se invoca en el recurso es una circunstancia eximente no contemplada en el derecho positivo español. En efecto, la reducida lesividad del hecho permite en Alemania, bajo ciertas circunstancias, renunciar a la persecución del delito, según lo prescriben los parágrafos 153 y stes. de la Ordenanza Procesal Penal. Pero, esta medida se prevé para delitos de mínima gravedad. No sería aplicable en el caso de un delito grave como es el tráfico de drogas. Por su parte el Código Penal austríaco contempla en su parágrafo 42 la posibilidad de eximir de pena al autor cuando el hecho no resulte merecedor de pena. Pero esta posibilidad se limita los delitos cuya pena sea de multa o de privación de la libertad no superior a tres años y, en todo caso, el daño y la culpabilidad hayan sido mínimos.

Todo ello demuestra que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de “lege ferenda”, el “principio de insignificancia”, pues la lesión jurídica, como tal, siempre es grave y, por consecuencia, significativa. De allí se deduce que la menor cantidad de droga no podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada, ni operar como causa supralegal de justificación, ni tampoco excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desa-

parece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción individual. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de un posible daño reducido a la salud individual del receptor de la droga, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a la infracción de estas normas, ha considerado que el peligro abstracto de la fusión social del consumo es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como estos del ámbito de la punibilidad.

Por último se debe señalar que el objeto de la acción en el delito de tráfico de drogas no constituye un elemento normativo del ti-

po, sino un elemento descriptivo del tipo mismo, pues se trata de una sustancia que debe ser determinada por medio de análisis químicos y por los efectos que realmente producen. Si se tratara de un elemento normativo serían los Tribunales, con independencia del sustrato fáctico del juicio, los que deberían establecer qué es droga y qué no es droga. La comparación con un caso que no ofrece dudas puede aclarar la cuestión: el objeto del hurto es una cosa mueble ajena. Mientras el juicio sobre la ajenidad requiere una valoración del Tribunal, la cosa es un elemento descriptivo que sólo debe ser constatado. En ciertos casos extremos, los límites entre elementos descriptivos y normativos del tipo pueden ofrecer dudas. Pero, el presente no parece ser uno de esos casos.

Sentencia 1333/2003, Sala de lo Penal del TS, de 13 de octubre de 2003

COSA JUZGADA.

Arts. 666.2.^a LECrim.; 5.4 LOPJ; 24.2 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez

SÍNTESIS

Apreciación en casación de la excepción de cosa juzgada, dado el rango constitucional del derecho al “non bis in idem”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Examinada la sentencia condenatoria dictada en el primer proceso penal que a juicio de recurrente produjo la cosa juzgada material puede comprobarse que el acusado es el mismo, que la parte querellante coincide con la que con el mismo carácter inter-

viene en las presentes diligencias, concretamente la entidad “Dicoprensa, S.A.”, igualmente puede comprobarse que como consecuencia de los dos procesos civiles se embargaron determinados bienes del ahora acusado, varios de los cuales coinciden en las diligencias de embargo practicadas, y asimismo puede comprobarse como en ambos procesos se solicitó la remoción del de-

pósito, diligencia que fue la misma para los dos procesos civiles y se realizó el día 18 de mayo de 1999, y fue precisamente en esa diligencia cuando se detectó la ausencia de varios de los bienes embargados y ello determinó que la parte ejecutante presentara sendas querellas por delitos de malversación de caudales públicos, una dio lugar a las Diligencias Previas que se convirtieron en Procedimiento Abreviado que culminó con sentencia condenatoria para el acusado Carlos Jesús por delito de malversación de caudales públicos y la otra dio lugar Diligencias Previas que se convirtieron en Procedimiento Abreviado que culminó con sentencia condenatoria para el acusado Carlos Jesús por delito de alzamiento de bienes, que es precisamente la que ha motivado el presente recurso de casación.

Es decir, que esa indebida disposición de los bienes embargados ha determinado una doble repuesta penal, y en la segunda sentencia cuya nulidad ahora se interesa, se absolvió por delito de malversación por no haberse realizado la diligencia de embargo directamente con el acusado, pero se le condena por delito de alzamiento de bienes.

Así las cosas, si el Tribunal de instancia, en vez de condenar por delito de alzamiento de bienes lo hubiera hecho por malversación de caudales públicos, no hubiera podido argumentar, para rechazar la excepción de cosa juzgada, que se trataba de delitos semejantes pero no idénticos del mismo sujeto activo.

Tiene declarado esta Sala, como es expone la STS 1606/2002, de 3 de octubre, que una vez promulgada la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, por lo dispuesto en su artículo 5.4, dado el rango constitucional del derecho a no ser sancionada una misma persona más de una vez por unos mismos hechos, es claro el acceso a la casación de la infracción de la cosa juzgada material en el ordenamiento penal, aun cuando lo ordinario es que estas cuestiones se planteen en la instancia. Con igual criterio se expresa el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, es indiscutible en base a dicha jurisprudencia la procedencia de la vía procesal escogida por el recurrente para invocar la concurrencia de cosa juzgada sobre los hechos objeto del presente procedimiento.

Tal derecho, que es una manifestación del principio “non bis in idem” en el ámbito del Derecho Procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra ley Fundamental, en relación con el artículo 14.7 del pacto de Nueva York, sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que dice literalmente, así: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro Derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

Es igualmente doctrina de esta Sala que los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en materia penal, la identidad del hecho y de la persona inculpada. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las sentencias 1606/2002, de 3 de octubre, la de 29 de abril de 1993 y la de 23 de diciembre de 1992, cuando afirman que han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a su vez, los límites de su aplicación. Tales elementos y límites son dos: identidad de hecho e identidad de persona inculpada. El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó —o absolvió— en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente. Por persona inculpada ha

de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado en el segundo proceso. A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción —sujeto activo—, ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación. Y la sentencia 111/1998, de 3 de febrero, declara que para que opere la cosa juzgada es preciso que haya: a) Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso; b) Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas, y c) Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes.

Examinados antes los dos procesos penales, en los que se aprecia coincidencia en la conducta desarrollada por el mismo acusa-

do, con identificación de situación y hechos, y aplicando la doctrina de esta Sala que se ha dejado expresada, debe estimarse el motivo al apreciarse la excepción de cosa juzgada, específicamente contemplada en el proceso penal como uno de los artículos de previo pronunciamiento, el previsto en el n.º 2.º del art. 666 de la LECrim., que constituye una consecuencia inherente al principio “non bis in idem”, el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE, como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, en relación con el art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13-4-77, según el que nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

Sentencia 1329/2003, Sala de lo Penal del TS, de 18 de octubre de 2003

ESTAFA IMPROPIA.

Art. 251.2 Código Penal (art. 531.2 Código Penal de 1973)

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

SÍNTESIS

Se ofrece una completa caracterización de la doctrina jurisprudencial en torno a la modalidad de estafa impropia conocida como “doble venta”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Los siguientes tres motivos formalizados, también al amparo del artícu-

lo 849.1 LECrim., se enderezan a denunciar la indebida aplicación del artículo 531.2 CP 1973 en su manifestación de la estafa específica de “doble venta”, que dispone que in-

currirá en las penas señaladas en el artículo 528 CP 1973 “el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado”.

Los tres motivos deben ser desestimados.

A) El octavo relaciona la indebida aplicación del artículo 531.2 con la vulneración de los artículos 25.1 y 9.3 CE (principio de legalidad) y con los artículos 609 y 1462 CC. Lo que el motivo pone en cuestión es la punibilidad de la doble venta cuando la primera no ha ido seguida de la entrega material o ficticia de la cosa vendida (hay título pero no “traditio”) conforme al Texto derogado. En el vigente artículo 251.2 la introducción de la frase “antes de la definitiva transmisión al adquirente” despejaría cualquier duda interpretativa. En la medida que la Audiencia ha condenado aplicando el artículo anterior entiende el recurrente que se ha vulnerado el principio de legalidad mediante la aplicación del Texto vigente a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

Ciertamente la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales. Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (artículos 609, 1095, 1462 CC) de forma que no consumándose la venta con la “traditio” el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código, Jurisprudencia tanto anterior como posterior a la reforma del artículo 531 por la Ley de 1983 (SSTS 17/12/76, 17/11/77, 19/05 y 18/10/78, 22/07/84, 25/02/85, 26/07/88, 26/05 y 15/10/90, 29/01/92, 19/06/97, 02/04/98, 20/07/00, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin “traditio” y venta a un segundo comprador,

por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos CC (SSTS 09/10/68, 15/04/70, 21/03/77, 11/06/79, 20/10/88, 30/03/90, 03/07/92, 14/02/94, 13/10/98, 28/06/02 n.º 1193, 19/11/02 n.º 1927, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código Civil el artículo 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 CC, que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis

que considera suficiente la venta en documento privado sin "traditio" posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de "doble venta". Como expone la reciente STS n.º 1193/02, de 28/06, con cita de la precedente de 14/02/94, "la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código Penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado", añadiendo que "si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo 1450 del Código Civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código Penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado". La STS n.º 1927/02, de

19/11, abunda en esta línea, con cita de la S 1193/02, argumentando que "los dos párrafos del art. 531 del CP, Texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato —título— no ha transmitido la cosa —modo—, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la "traditio", entendiendo que existe un derecho de crédito del "comprador" frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 531 (TR 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del art. 531 del Código Penal aplicable a los hechos".

De conformidad con esta línea precedente, por todas las razones expuestas, debemos concluir que en el presente caso se consumó el delito porque el vendedor tras enajenar al querellante en fecha 14/03/89 la vivienda unifamiliar n.º ... y percibir como parte del precio de la misma la suma de 7.000.000 de pesetas, que el comprador no ha recuperado, el 31/12/91 volvió a vender en escritura pública dicho inmueble a favor de una tercera persona, "quien llegó a pagar una cantidad extra de 3.000.000 de pesetas para conseguir el cambio de vivienda, de la ... a la ..., no logrando esta última hacerse con la propiedad a consecuencia de las acciones ejercitadas por el Banco y sin que este segundo inmueble fuera recuperado por su legítimo titular".

Sentencia 1424/2003, Sala de lo Penal del TS, de 28 de octubre de 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Art. 76 Ley de Contrato de Seguro

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Se resume la jurisprudencia relativa al problema de si responde la aseguradora en caso de que el vehículo de motor se utilice como instrumento del delito doloso (aquí, atropellar a la víctima).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el primer motivo por infracción de ley del artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la infracción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

La cuestión relativa a la posibilidad de que sean indemnizados con cargo al seguro obligatorio los daños causados dolosamente a un tercero, ha sido resuelta por esta Sala tras los acuerdos adoptados por los Plenos no jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997, habiéndose aprobado en este último que las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culpables cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado “con motivo de la circulación”. Esta doctrina parte de la idea, reflejada en la STS n.º 179/1997, de 29 de mayo, de que “el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor no constituye tanto un me-

dio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas frente al riesgo generado por la circulación de vehículos de motor, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso, siempre que el daño se haya cometido con un vehículo de motor y con motivo de la circulación. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.º y 2.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (con anterioridad al 8 de noviembre de 1995, la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) conforme a los cuales el Seguro Obligatorio cubre, dentro de los límites establecidos y con las exclusiones que la propia ley prevé ‘los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación’”. Se entendía de esta forma que lo que excluye el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado los daños resultantes de su conducta dolosa, pero no

indemnizar los causados a terceros, sin perjuicio del derecho de repetición, al que se hace referencia en otros preceptos.

En algunas otras sentencias, varias de ellas citadas por el Ministerio Fiscal en su documentado informe sobre la cuestión, ha sido recogida esta doctrina de la Sala, que debe considerarse consolidada, remitiéndonos a los argumentos y consideraciones contenidos en esas resoluciones. Entre ellas, la STS n.º 179/1997, de 29 de mayo; STS n.º 770/1997, de 24 de octubre; STS n.º 1310/1998, de 4 de noviembre; STS n.º 612/2002, de 8 de abril.

Como ya se señalaba en alguna de estas sentencias, podría pensarse que con el acuerdo adoptado se desplazaba en realidad el problema a la cuestión interpretativa de cuando nos encontramos ante un daño ocasionado “con motivo de la circulación”, lo que igualmente permite excluir determinados eventos dolosos en que el vehículo de motor es un simple instrumento del delito. En la última de las sentencias citadas se dice que, con este criterio, los casos conflictivos quedarían limitados a los supuestos de dolo directo proyectado sobre el resultado.

“Para estos supuestos”, se sigue diciendo, “estimamos que la solución puede obtenerse aplicando el criterio recogido en la

‘Convención Europea sobre la Responsabilidad Civil en caso de daños causados por los vehículos automóviles’, del Consejo de Europa (1973), cuyo art. 11 define las excepciones a la aplicación de la Convención, y se dispone que la cobertura del seguro quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo ‘exclusivamente’ como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose el vehículo como medio de transporte, es decir para desplazarse o circular por vías públicas o privadas abiertas a la circulación, se aprovecha para ocasionar deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula”. En este sentido se ha entendido que sólo quedan excluidos del concepto de daños ocasionados con motivo de la circulación aquellos que hayan sido causados utilizando el vehículo como un instrumento no circulante (STS n.º 612/2002), y así fue entendido también por esta Sala en un supuesto de atropellos cometidos dolosamente para facilitar la fuga del autor (STS n.º 770/1997). Quedarán incluidos por el contrario todos aquellos causados dolosamente aprovechando o utilizando para ello la circulación del vehículo.

La aplicación de esta doctrina conduce a la estimación del motivo, declarando, pues, la responsabilidad civil directa de la Compañía The Hartford, aseguradora del vehículo en cuanto al seguro obligatorio.

Sentencia 1433/2003, Sala de lo Penal del TS, de 28 de octubre de 2003

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Art. 435.2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

SÍNTESIS

No tiene consideración de “depositario de caudales o efectos públicos”, a los efectos de la aplicación del delito de malversación “impropia” previsto en el art. 435 del CP el mero empleado con contrato verbal en una Administración de Lotería, sin perjuicio de su responsabilidad por apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

1. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid afirma en el Fundamento de Derecho Primero de su sentencia que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de: b) un delito de malversación del artículo 435 del Código Penal en relación con el artículo 432 del mismo texto legal, por cuanto (el acusado) en calidad de empleado, en virtud de contrato verbal, de la Administración de Loterías n.º ..., sita en la c/ ... de Madrid, cuyo cometido era entregar décimos de lotería a diversas empresas y cobrarlos, considerados por tanto como caudales públicos, se hizo con el dinero cobrado y con parte de los décimos no entregados a las empresas, a las que iban a ser destinados.

Opone el recurrente a esta calificación que el Sr. Eusebio no es funcionario público a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.2, según el cual “se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”; ya que la actividad que desarrollaba en la indicada Administración de Loterías no procedía de ninguna de las indicadas fuentes.

Siendo la única persona que en este caso tendría título para acceder a la función pública doña Victoria, a quien se le otorgó la correspondiente concesión, pero no el acusado que era un mero empleado con carácter temporal.

Añadiendo que don Eusebio, por las razones expuestas, no estaba encargado de fondos públicos, por lo que no puede ser condenado en base al artículo 435.1.º del Código Penal.

2. Aunque el Tribunal de instancia no indica en cual de los tres apartados que contiene el artículo 435 en su actual redacción subsume la conducta del acusado, claramen-

te resulta del mismo que el sujeto activo del delito de malversación en el tipificado debe ser administrador, depositario o persona encargada por cualquier concepto de fondos públicos.

En este aspecto es doctrina constante de la Sala que deben incluirse en el mismo lo titulares de Administraciones de Loterías, que son nombrados por autoridad competente para realizar funciones públicas, cual son el administrar y gestionar fondos pertenecientes al Estado, con todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades que ello representa (sentencia de 6 de junio de 1989).

Ampliando el marco del sujeto activo, en la sentencia 601/1998, de 30 de abril, se considera incluido en el artículo 435.1.º del Código Penal al marido de la titular del establecimiento que trabaja en el mismo.

En la sentencia de 4 de diciembre de 1992 se extiende la aptitud a los supuestos de interinidad en la titularidad de la Administración, situación que así como su designación con carácter definitivo viene expresamente prevista en la normativa entonces vigente.

Extendiéndose también a los que como marido o hijo de la titular del establecimiento, se encargan de hecho de su administración.

3. Ahora bien, en el caso que ahora se analiza, según consta en la narración fáctica de la sentencia, don Eusebio era únicamente un empleado con contrato verbal de una Administración de Lotería, cuyo cometido consistía en entregar décimos de la misma a empresas determinadas y cobrar importe, que debía entregar inmediatamente a la titular.

En esta situación no puede ser considerado administrador o depositario de dinero o efectos públicos.

Ni tampoco encargado de los mismos ya que en ningún momento se le confiere la posesión jurídico penal del dinero y los dé-

cimos con un cierto poder de manejo y utilización, sino una mera detentación dirigida a un fin inmediato, entregar los décimos, cobrar su importe y devolver el dinero a la titular del establecimiento.

Considerar esta situación equiparable a la de administrador o depositario de bienes, supone una interpretación extensiva del tipo penal, vedada en este campo sancionador.

4. Ello implica que los Motivos Primero y Segundo del recurso deben ser estimados.

Pero la acusación particular como calificación única y el Ministerio Fiscal como alternativa, consideraron que la conducta del

acusado consistente en apoderarse en su propio beneficio de dinero y décimos de lotería que había recibido para su entrega por la titular de la Administración para la que prestaba sus servicios, por un valor superior a los treinta mil euros, constituye un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con los artículos 248, 249 y 250.6.º y 7.º del Código Penal.

Conducta que efectivamente se relata en los hechos probados de la sentencia, que no exige en el sujeto activo la condición de funcionario público o asimilado a ella, y que será objeto de sanción en la sentencia que a continuación se dicte.

Sentencia 1403/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2003

FALSEDAD DOCUMENTAL.

Art. 390 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se declara atípica la conducta del médico que, precisando él mismo tratamiento con opiáceos, extiende recetas a nombre de terceras personas, obteniendo así las mencionadas sustancias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

1. La cuestión planteada en el motivo tercero debe ser considerada en primer término, dado que se refiere a la concurrencia de los elementos del tipo del delito de falsedad documental. El presente caso exige, ante todo, analizar si la acción realizada tiene

las características propias de una falsedad documental, es decir si con ella el autor de la misma ha afectado de manera típica alguna de las funciones jurídicas del documento.

Es conveniente tener en cuenta que el Tribunal “a quo” ha expuesto los hechos probados de una manera defectuosa, dado que en el fundamento quinto de la sentencia ha introducido aspectos que hubiera debido

relatar en el apartado de los hechos probados. En efecto, por un lado ha admitido que el acusado sufre dolores que le causan las dolencias descritas y por otro, que esas dolencias debían ser tratadas mediante los opiáceos que se consignaron en las recetas objeto de este proceso. Esto último resulta claro, pues la Audiencia admitió que dicho acusado podía, muy fácilmente, obtener los opiáceos mitigadores de su dolencia (...), y señala especialmente que una de esas formas hubiera sido “recetándose los a sí mismo, utilizando las recetas específicas de estupefacientes de las que podía disponer sin impedimento alguno”.

Si se parte, entonces, de estos hechos probados, queda claro que se trata de unas recetas en las que el médico se recetaba un opiáceo a sí mismo, de manera médicamente indicada, sustituyendo el nombre del paciente, es decir ocultando la autoprescripción del medicamento.

Repetidamente se ha sostenido en nuestra jurisprudencia que la acción típica del delito del art. 390 requiere que se haya alterado alguna de las funciones del documento, es decir la funciones de perpetuación, de garantía y probatoria. Es claro que la función de perpetuación y de garantía no entran en este caso en consideración, dado que ni se ha destruido el documento, ni está en cuestión la autenticidad del mismo, es decir la pertenencia de lo declarado en la receta al médico que la suscribe. Problemático es, por el contrario, si la introducción mendaz del nombre de un paciente determina que se haya afectado la función probatoria del documento. En este sentido cabe entonces preguntarse si las recetas de estupefacientes del Ministerio de Sanidad y Consumo que han sido objeto de este proceso tienen la función

de probar la identidad del paciente tratado con estupefacientes o si, por el contrario, lo que quieren probar es que el uso de tales drogas haya sido destinado a un paciente que realmente requiera el tratamiento que se prescribe por el médico. Evidentemente este último es el entendimiento correcto que se debe dar a unas recetas cuya principal función es la de permitir controlar el uso de drogas, que, por sus potenciales efectos sobre la llamada salud pública, son de uso prohibido y que, sólo cuando concurran circunstancias que acrediten una necesidad terapéutica, serán excepcionalmente de empleo autorizado.

En el presente caso, las circunstancias excepcionales de carácter médico aparecen plenamente comprobadas por el Tribunal “a quo”, dado que, como se dijo, no sólo se llegó a establecer que el uso era terapéuticamente indicado, sino que, por tal razón, no se tuvo ninguna duda de que el acusado habría obtenido tal receta de otro médico o inclusive hubiera podido autorrecetársela. Precisamente este hecho explica que el recurrente no haya sido acusado por un delito de tráfico de drogas. Es decir, que la receta extendida por el acusado estaba formal y materialmente justificada y la introducción mendaz del nombre de otro paciente no tiene una significación que perturbe la función probatoria de la misma. Al respecto carece de importancia que se desconozca la motivación por la que el recurrente ha introducido el nombre de otro paciente, toda vez que el hecho no es típico por no darse el tipo objetivo del delito.

El resto de los motivos carecen ya de relevancia, dado que, excluida la tipicidad objetiva, sólo cabe la absolución del recurrente.

Sentencia 1406/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2003

DERECHOS A LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA E INTIMIDAD PERSONAL.

Art. 18 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

No entraña vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria ni tampoco del derecho a la intimidad personal la ocupación e intervención de documentos obrantes en una sucursal bancaria, atendidas su naturaleza y finalidad, y el objeto o ámbito sobre el que se realizó.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En tercer lugar, tampoco cabe apreciar que la ocupación de determinados documentos por la representación de la Entidad bancaria en el despacho que ocupaba el acusado por su condición de [...] de la sucursal vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2.º de la Constitución Española), pues es claro que el puesto de trabajo en una entidad comercial abierta al público no constituye domicilio o morada del empleado que lo ocupa exclusivamente durante su jornada laboral.

Tampoco puede hablarse de violación del domicilio de una persona jurídica, pues fueron los propios representantes de la persona jurídica titular del establecimiento, la entidad bancaria, los que con motivo de la denuncia y de la desaparición del [...], procedieron al examen de la documentación obrante en la oficina, incluido lógicamente el despacho del [...], para determinar el estado de las cuentas y el importe de la apropiación. No cabe estimar, en consecuencia, que

fuese la representación de la persona jurídica la que violase su propio domicilio.

Cuarto.—El problema más complejo es el de determinar si esta documentación se ha obtenido vulnerando el derecho fundamental a la intimidad personal del recurrente (art. 18.1.º de la Constitución Española), derecho obviamente más amplio que el de la inviolabilidad domiciliaria, vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española), y que puede extenderse a otros ámbitos o lugares cerrados ajenos al concepto de morada o residencia, concretándose en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados para desarrollar actividades o guardar documentos u objetos excluyendo la observación de los demás, como pueden ser los archivos o cajones de su propia mesa de trabajo.

Es claro que la tutela de este derecho no puede alcanzarse extendiendo desmesuradamente el concepto de domicilio, para exigir en todo caso la autorización judicial que el art. 18.2.º de la Constitución impone formalmente para la entrada y registro domici-

liarios. Por ello debe examinarse caso a caso si la actuación realizada ha supuesto materialmente la invasión de un ámbito estrictamente privado de intimidad o bien ha sido justificada y proporcionada en relación con las circunstancias concurrentes, la naturaleza y finalidad de la intervención, y el objeto o ámbito sobre el que se realiza.

Teniendo en cuenta que, en caso de duda, lo procedente y más prudente es interesar siempre la autorización judicial, que puede extenderse a lugares cerrados de naturaleza no domiciliaria (art. 87.2 LOPJ, autorización para la entrada en domicilios y “lugares de acceso dependiente del consentimiento del titular”). La obsoleta regulación de nuestra Ley de enjuiciamiento criminal, necesitada de una urgente reforma en esta materia, como en tantas otras, no contribuye desde luego a esclarecer el problema.

Quinto.—En el caso actual no cabe estimar la concurrencia de una intromisión ilícita en la intimidad del recurrente ni vulneración, por tanto, de su derecho fundamental, tomando en consideración las circunstancias concurrentes, la naturaleza y finalidad de la intervención, y el objeto o ámbito sobre el que se realizó.

En efecto el recurrente había abandonado su puesto de trabajo y oficina como consecuencia de la denuncia formulada por uno de los clientes del Banco que ponía de relieve gravísimas irregularidades en su actuación como empleado de confianza de la entidad. Resulta por tanto justificado y proporcionado que los servicios internos de la entidad financiera procedan al examen de la totalidad de la documentación obrante en la sucursal sobre las operaciones bancarias con los clientes de la entidad, incluida la conservada en la oficina del [...], para conocer con exactitud la situación creada, y responder, en su caso, ante los clientes perjudicados.

Consta que la documentación intervenida se refería en todo caso a operaciones bancarias con clientes de la entidad, incluidas las que el acusado no contabilizaba y cuyos justificantes guardaba en los archivadores y en la mesa de su despacho. Dado que en ningún momento han resultado afectados o intervenidos documentos de carácter personal, ni que se refiriesen a actividades privadas del recurrente, sino exclusivamente la documentación perteneciente al ámbito de negocio de la empresa, ha de concluirse que no se ha producido la violación denunciada del derecho fundamental a la intimidad.

Sentencia 1429/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2003

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

Art. 579 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Interpretación de las exigencias que entraña el control judicial en la ejecución de la intervención telefónica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La recurrente no cuestiona la proporcionalidad, necesidad o motivación de la medida, limitándose a plantear la nulidad de la intervención telefónica basándose en dos aspectos, ambos relacionados con el control judicial en la ejecución. De un lado, el incumplimiento de la obligación que se contiene en el auto autorizante relativa a la entrega cada diez días de las cintas originales. De otro, en la falta de entrega de las cintas antes de acordar la prórroga, lo que implica, según entiende, que no pudo existir control sobre la medida toda vez que se desconocía el contenido de las conversaciones grabadas hasta ese momento.

Es claro que el Juez que ha acordado la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas debe mantener controlada la ejecución de la medida. Ha señalado el Tribunal Constitucional en este sentido (STC n.º 205/2002, de 11 de noviembre), que “el control judicial efectivo de la intervención es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, integrándose en el contenido esencial del derecho (STC 49/1999, de 5 de abril, F 11), y que la falta de control judicial puede ocasionar su lesión si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril, F 6)”, o si la policía los incumple (STC n.º 167/2002, de 18 de setiembre), o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (SSTC 166/1999, de 27 de setiembre, F 3; 202/2001, de 15 de octubre, F 7).

Sin embargo, la ley (artículo 579 de la LECrim.) solamente establece unos plazos máximos, de tres meses prorrogables por iguales períodos, por lo que, en principio, el

Juez actúa correctamente si se mueve dentro de ese marco legal. Nada le impide señalar otros plazos inferiores, pero en este caso dependerá exclusivamente de su decisión el mantenerlos o modificarlos en función del resultado y circunstancias de la investigación. Por otra parte, el incumplimiento por parte de la Policía de los plazos establecidos en la resolución judicial para dar cuenta periódicamente del resultado de la intervención, no supone una irregularidad constitucional o de legalidad ordinaria en el control judicial que provoque necesariamente la nulidad de la intervención (STS núm. 697/2002, de 22 de abril y STS n.º 2102/2002, de 13 de diciembre), debiendo atenderse a su relevancia en el caso concreto, desde la comprobación de la existencia o inexistencia de un auténtico control, en cuanto que el conocimiento que el Juez debe tener del estado de la investigación pueda resultar negativamente afectado por tal incumplimiento.

En el caso actual, las intervenciones iniciales se acordaron mediante autos de 22 y 28 de marzo, comunicando la Policía al Juez mediante oficio de fecha 28 de marzo el resultado de la intervención hasta ese momento. Y mediante el oficio de fecha 19 de abril no sólo se ponen en conocimiento del Juez, detalladamente, las incidencias habidas en la investigación, sino que se precisa que las cintas no se entregan al no haber finalizado la transcripción. El Juez no efectuó requerimiento alguno a la Policía, probablemente por considerarse suficientemente informado, de modo que la omisión de la entrega de las cinta cada diez días no supone una falta de control sobre el resultado de la investigación, pues se informa adecuadamente al Juez, permitiéndole adoptar una decisión de forma razonada en uno u otro sentido.

En cuanto al segundo aspecto dice la recurrente que el auto acordando la prórroga es nulo habida cuenta que no se entregaron las cintas originales con anterioridad a la re-

solución judicial, por lo que el Juez no pudo conocer el resultado de la intervención antes de decidir sobre la justificación de la prórroga que se le solicitaba.

En lo que se refiere al control judicial en relación con las decisiones en las que se acuerda la prórroga de la intervención telefónica, es preciso que el Juez conozca el estado de la investigación, como paso previo a autorizar el mantenimiento de la invasión del derecho fundamental. Sólo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el necesario juicio de proporcionalidad previamente a su decisión. Pero eso no significa que sea exigible, rígidamente y en todo caso, que haya procedido con anterioridad a la audición de las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a los mismos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la STC n.º 82/2002, de 22 de abril, en la que expresamente se afirmó que no era necesaria la entrega de las cintas al Juez de instrucción con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, “pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo”. También esta Sala ha seguido el mismo criterio en la STS n.º 1729/2000, de 6 de noviembre, en la que se dice lo siguiente: “Las solicitudes de prórroga debidamente fundamentadas (folios 27, 35, 46 y 67) y las resoluciones judiciales habilitantes, en las que se hace expresa mención a dichas previas solicitudes, y se justifica razonadamente la concesión de lo interesado como medio de comprobación de actividades criminales tan graves como lo son el tráfico de drogas (folios 29, 36, 49 y 72), pone de manifiesto que los Autos cumplen la exigencia de motivación, sin que sea requisito inexcusable para ello la audición de las cintas sobre conversaciones ya grabadas a los sospechosos, pues de la

misma manera que para la intervención inicial es suficiente con una solicitud de la Policía en la que se objetiven los datos y se dé razón de las sospechas fundadas o indicios en virtud de los cuales se interesa la intervención telefónica sin que sea obligado para el Juez la comprobación material de dichos motivos que aconsejan o exigen la adopción de la medida, igual ocurre cuando de prorrogarla se trata, siendo suficiente para ello, a juicio de esta Sala, con que los funcionarios policiales proporcionen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el Juez pueda fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad a que antes nos referíamos”. En el mismo sentido la STS n.º 422/2003, de 20 de marzo.

Por lo tanto, lo trascendente es que el Juez esté suficientemente informado del estado de la investigación y de sus incidencias, de forma que pueda valorar adecuadamente la necesidad del mantenimiento de la medida. No supone una nulidad de la resolución el que no se hayan entregado previamente las cintas, o que no se hayan facilitado las transcripciones, siempre que en los oficios se contenga la información necesaria. No resultaría proporcionada la sanción de nulidad basada en la falta de entrega de las cintas originales o de las transcripciones de las conversaciones con carácter previo a la decisión sobre la prórroga, cuando su contenido se adelanta suficientemente en los oficios dirigidos al Juez por la Policía que efectúa la investigación y ejecuta la medida, proporcionando unos datos que necesariamente van a ser contrastados con posterioridad con el contenido exacto de las cintas, no sólo cuando se aporten las transcripciones policiales, sino al proceder a su comprobación bajo la fe del Secretario Judicial o a su audición en la fase de instrucción o en el plenario, como viene a decir con acierto el Ministerio Fiscal en su extenso y razonado informe. Ello, naturalmente, sin perjuicio de las medidas procedentes en caso de que se comprobara una actuación inadecuada por parte de los agentes policiales.

Sentencia 1445/2003, Sala de lo Penal del TS, de 30 de octubre de 2003

PRUEBA INDICIARIA.

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Requisitos que ha de reunir la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Denuncia, en primer término, la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. En su desarrollo argumentativo, consciente de la utilización para la convicción de prueba indiciaria, se centra en negar eficacia probatoria a cada uno de los indicios que el tribunal tiene en cuenta para afirmar la convicción sobre los hechos y sobre la participación en los mismos del acusado. Olvida el recurrente que la prueba indiciaria exige, como requisito esencial, la pluralidad de indicios convergentes en su dirección acreditativa, por lo que no es posible articular la impugnación desde la crítica a la capacidad deductiva de cada indicio, sin examinarlos de forma conjunta.

En efecto, la prueba indiciaria es una prueba hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. El análisis de la jurisprudencia permite destacar su distinta valoración. Así, si en la STC 174/85, de 17 de diciembre, se afirmó que “la prueba directa es más segura y deja menos márgenes de duda que la indiciaria”,

hoy son muchas las construcciones, dogmáticas y jurisprudenciales, que afirman una mayor seguridad de la prueba indiciaria, correctamente empleada, pues la acreditación del hecho-consecuencia resulta de la racionalización del engarce existente entre el indicio y la presunción, que supone una mayor seguridad frente a otras pruebas directas, como la testifical, en la que la base la proporciona la credibilidad del testigo. Por otra parte, la exigencia de una estructura racional en la prueba indiciaria se ha trasladado, también como exigencia, a toda actividad probatoria, al requerirse que la valoración de la prueba sea racional (cfr. 717 LECrim.) y que se exprese en la sentencia a través de la necesaria motivación (art. 120 CE).

El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria.

a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de

deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración.

b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto al acreditamiento del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción, etc.

c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes.

La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio “in dubio pro reo”.

e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos —indicios— se deducen otros hechos —consecuencias—. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el órgano jurisdiccional que aplica la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador —función de autocontrol—, verificando los indicios que emplea, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra.

Sentencia 957/2003, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri**

SÍNTESIS

Frente al criterio de la Audiencia Provincial, entiende aquí el Tribunal Supremo que la mera convivencia matrimonial no es suficiente para fundamentar la coautoría del delito de tenencia de drogas prohibidas y tampoco cabe hablar de comisión por omisión, pues los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1.º En el apartado 3 del Segundo Fundamento de Derecho de la sentencia recurrida se hace un resumen de los hechos referentes a Cristina, y así se afirma que es la arrendataria de una vivienda en la que convivía con el acusado Evaristo, y que en el salón del mentado domicilio y encima de la mesa que ocupa el espacio central se encontraban los recipientes que contenían droga, así como dinero, balanzas, utensilios y productos destinados a “cortar” las sustancias tóxicas y posibilitar su distribución.

Por tanto, según el Tribunal de instancia, puede afirmarse que en un espacio visible de la vivienda sujeta al control funcional de Cristina se encontraban los medios instrumentales, la sustancia tóxica y los efectos económicos provenientes de la distribución a terceros de las referidas sustancias, y el número y disposición de aquellos efectos no hacen creíble la afirmación exculpatoria según la cual, la actividad de distribución de drogas por parte de Evaristo se hacía sin conocimiento concreto y definido de Cristina.

En el Fundamento cuarto de la sentencia, tras afirmarse que el carácter de autor de Evaristo ofrecía pocas dudas, por haber realizado personalmente la acción típica, se señalan las mayores dificultades que plantea la atribución del hecho a Cristina, en cuanto que no realiza de forma activa el tipo, sino que su aportación tiene un contenido estrictamente omisivo. Considera el Tribunal de instancia que el elemento nuclear se centra en la existencia o no de una posición de garante de Cristina, que le impone el deber jurídico de evitar la lesión del bien jurídico protegido, y se entiende en la sentencia que Cristina, como arrendataria de la vivienda en la que se comete el delito, ostenta el control funcional en el plano jurídico y factual sobre los hechos que acaecen en el espacio físico domiciliario y máxime cuando los mismos se producen en ámbitos comunes y es-

trictamente perceptibles como el salón, y no hizo uso de las facultades que le confería el título arrendaticio para impedir que en el espacio arrendado se cometieran actos específicos de tráfico de drogas.

Concluye el Fundamento cuarto, con cita de la sentencia de esta Sala 1877, de 7 de diciembre de 2003, que Cristina, incumpliendo los deberes jurídicos de su posición de garante, no llevó a cabo la actividad exigida por el ordenamiento penal para evitar la lesión del bien jurídico cuya protección le estaba funcionalmente encomendada, y que por tanto existió un favorecimiento del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes atribuible en términos de estricta autoría a Cristina.

2.º El primer motivo del recurso de casación de Cristina se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 849.1 de la LECrim., por cuanto entiende la recurrente que la sentencia impugnada infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra la Constitución en su art. 24.2.

Se considera que se ha lesionado tal derecho por entender que no existe actividad mínima y suficiente, razonablemente de cargo necesaria para acreditar la culpabilidad de Cristina. Se señala en el recurso que de la lectura de la sentencia y a la vista de todo lo actuado en el presente proceso, se desprende que el único elemento existente para imputar primero a Cristina y condenarla después, es su convivencia con Evaristo. A parte de tal dato, no hay prueba ni indicio alguno en todo lo actuado que implique a Cristina en los hechos enjuiciados, ni siquiera mínimamente.

Pone de relieve la recurrente que en el relato de hechos probados la única referencia que se hace de ella es que el domicilio habitual de Evaristo en el que se ocuparon la droga y demás efectos, lo comparte con su compañera sentimental Cristina, siendo ésta la titular del arrendamiento.

Critica la recurrente la argumentación de la sentencia, que considera que el lugar de la vivienda y la disposición en que se encontraron las sustancias tóxicas y utensilios para su manipulación son elementos suficientes para determinar la culpabilidad de Cristina y señala que no ha quedado acreditado que cuando Cristina salió de casa para ir a su trabajo, los objetos y sustancias se encontraban en el mismo lugar y situación en que fueron hallados por la Comisión Judicial al practicar el registro.

Se pone de relieve también en el recurso que no hay un mínimo precedente que relacione a Cristina con actividades ilícitas, ya que carece de antecedentes penales o policiales y ni siquiera hay dato sobre sospechas, ni ha sido objeto de seguimiento o investigación policial de ninguna índole. Todos los indicios y pruebas obrantes en autos revelan que Cristina es una persona que trabaja actualmente y desde el año 1997 en un bar de Eibar, nueve horas al día, seis días a la semana. Obra también en autos un informe de la Tesorería General de la Seguridad Social en el que aparecen datos de alta en la misma por primera vez en enero de 1990.

Se afirma en el recurso que no existe prueba alguna de que Cristina poseyera la droga y demás utensilios, ni mucho menos que los manipulara, ni siquiera que conociera las actividades de Evaristo.

Entiende la recurrente que las afirmaciones del fundamento cuarto de la sentencia, relativas a que el aporte de Cristina tenía un contenido estrictamente omisivo, chocaban formalmente con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y cita diversas sentencias en las que se señala que la simple convivencia matrimonial no es suficiente para fundamentar la coautoría del delito de tenencia de drogas prohibidas, y que la responsabilidad penal tampoco se podría fundamentar en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa un delito, y que ni siquiera el conocimiento que uno de ellos tenga del tráfico de que realiza el otro es

suficiente para, sin más asumir una conjunta condena, pues no puede olvidarse que, según el art. 261.1 de la Ley Procesal Penal, se encuentra exento de la obligación de denunciar “el cónyuge delincente”. Se menciona en el recurso la doctrina de otras sentencias, según la cual la posesión compartida para el tráfico y lucro común no puede basarse en el solo dato de la unión conyugal y la convivencia bajo el mismo techo y en el hecho del mayor o menor conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realiza el otro.

3.º El Ministerio Fiscal, en el dictamen emitido tras la instrucción, consideró admisible y estimable el primer motivo del recurso de casación de Cristina, basándose en la doctrina de esta Sala, según la cual no basta la convivencia para por este solo dato llegar a la culpabilidad de quien no se confiesa participe de la ilícita posesión o tráfico de drogas, por lo que es necesario que, saliendo de una mera actitud de pasividad, se participe en alguna actividad que por su tendencia pueda ser calificada de facilitación de tráfico o consumo, sin que pueda fundarse la responsabilidad en la comisión por omisión del delito, ya que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito, ni tampoco basarse en el conocimiento que uno de los cónyuges tenga del tráfico que realice el otro.

4.º En relación a los temas planteados en el recurso, la doctrina de esta Sala manifestada, entre otras, en las sentencias de 26-7-1993, 17-9-1993, 30-12-1993, 14-2-1994, 17-5-1994, 14-10-1994, 16-12-1994, 17-5-1996, 11-2-1997, 15-4-1997, 1877/2000, de 7 de diciembre y 1460/2000, de 9 de septiembre, se ha pronunciado en los siguientes términos:

La titularidad de un derecho sobre la vivienda no implica que el sujeto activo del mismo se convierta en corresponsable de los delitos que comete en su interior otro ocupante del domicilio. Se pronunció en tal sentido la sentencia citada de 9 de septiembre de 2002 en un supuesto de convivencia de

un matrimonio en una vivienda, de la que era titular la esposa.

La convivencia matrimonial o estable en pareja no determina que se extienda la acción delictiva cometida por uno de los cónyuges al otro, si no consta que participara en ella.

El cónyuge o pareja que soporte a ciencia o paciencia el tráfico de drogas realizado por el otro en la vivienda común, sin denunciarlo, no incurre en comisión por omisión del delito, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 261.1 de la LECrim., no había obligación de denunciar al esposo o esposa delincuente, y que los cónyuges no son garantes de que el otro no cometa el delito.

No cabe admitir presunción de participación en el delito de tráfico de drogas por el hecho de la convivencia matrimonial o en pareja con la persona ejecutora del hecho delictivo, debiendo por tanto probarse que el cónyuge de éste realizó actos que el legislador incorpora al núcleo del tipo.

Para que pueda extenderse la responsabilidad por un delito de tráfico cometido por uno de los cónyuges al otro que con él convive, será necesario que éste, sabiendo de una mera actitud de pasividad, participe en alguna actividad que por su tendencia pu-

diera ser calificada de facilitación de tráfico o consumo.

5.º Por aplicación de la doctrina precedentemente expuesta y de conformidad con lo dictaminado por el fiscal, el motivo primero del recurso de casación de Cristina debe ser acogido, puesto que no existe prueba de la participación de la recurrente en la actividad de tenencia de droga con finalidad de tráfico desarrollada en su vivienda, y no puede basarse su autoría en el hecho de que fuera la titular del domicilio donde se encontró la droga, ni en el hecho de que conviviera en la vivienda como compañera sentimental con el traficante de drogas confeso Evaristo, ni cabe derivar su responsabilidad criminal de una posición de garante, que le obligara a impedir la comisión del delito en el domicilio de que era arrendataria, pues si la posición de garante se ha reconocido por esta Sala en la sentencia citada de 7 de diciembre de 2002, en un padre respecto a una hija a la que permitía vender droga en el domicilio de que él era arrendatario, en cambio se ha negado tal posición de garante por la jurisprudencia al cónyuge titular de la vivienda respecto a las actividades de tráfico de estupefacientes desarrolladas por su compañero en la misma.

Sentencia 1412/2003, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2003

ENTREGA VIGILADA.

Art. 263 bis LECrim.

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

SÍNTESIS

La circulación o entrega vigilada adoptada por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 263 bis.1, no requiere un auto judicial de convalidación posterior.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La falta de respuesta judicial a pretensiones deducidas por la defensa se refiere a que la Audiencia no razonó y motivó la denuncia consistente en la vulneración de los artículos 579, 583 y concordantes LECrim., “al no haberse producido la detención de los envíos postales al llegar a España por Auto judicial sino mediante autorización del Ministerio Fiscal por vía de la entrega controlada”. Es cierto que no existe una motivación específica y concreta sobre esta cuestión, sin embargo también lo es que la Audiencia se refiere a la remisión controlada de los sobres a España donde se recabó y obtuvo autorización de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, siendo autorizada por la Autoridad Judicial su apertura, lo que contesta a la cuestión planteada, debiendo recordarse a estos efectos que tampoco es preciso contestar puntualmente a cada uno de los argumentos empleados por la defensa. Ésta interesa como pretensión la nulidad de la prueba así obtenida y la Audiencia responde a ello en los términos mencionados. No obstante, dicha pretensión se suscita como cuestión de fondo en el motivo tercero, lo que en cualquier caso permite su subsanación en el recurso de casación, según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lo que se sostiene es que una vez los envíos en territorio español no se cumplieron las prescripciones legales previstas en los artículos 579, 583 y concordantes LECrim. El argumento de la defensa consiste en entender que el Juez de Instrucción debió dictar un Auto acordando la detención de la correspondencia enviada con independencia

del trámite de apertura posterior a la misma en su presencia, conforme a lo previsto en los artículos 579 y 583 mencionados en relación con el último párrafo del artículo 263 bis. Pero este planteamiento tiene un punto de partida equivocado cuando asimila detención de la correspondencia a entrega controlada de la misma, pues se trata de dos previsiones del Legislador distintas y que tienen un cauce procesal diferente, como distinta también es la cobertura legal de uno y otro procedimiento. En rigor la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, no es equivalente a la detención de la correspondencia privada, no sólo por tratarse de una norma especial sino porque el “modus operandi” procesal y la finalidad misma de dichas medidas no coinciden. La circulación o entrega vigilada, que se asienta en Tratados internacionales, tiene su específica cobertura legal en el artículo 263 bis LECrim., sin perjuicio de respetar en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 LECrim., pero ello no quiere decir que sea necesario un Auto judicial para convalidar la actuación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal conforme al apartado 1.º de dicho precepto, y así se desprende del párrafo 2.º del apartado 3.º que ordena que los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones otorgadas y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. La garantía judicial se satisface con la intervención posterior del Juzgado en las actuaciones y, específicamente, en la diligencia de apertura.

Sentencia 1419/2003, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2003

MULTA (RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA).

Art. 53.3 Código Penal

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

SÍNTESIS

El art. 53.3 del CP debe interpretarse en el sentido de que la suma de la pena privativa de libertad impuesta y la responsabilidad personal que corresponda por la multa impagada no superen los cuatro años de privación de libertad. En consecuencia, al imponer al sujeto una pena de prisión de cuatro años, ya no cabe fijar adicionalmente una responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El segundo motivo de su recurso, formalizado por infracción de ley del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 53.2 del Código penal, e inaplicación de lo dispuesto en su párrafo tercero, ha merecido el expreso apoyo del Ministerio Fiscal, y en definitiva, debe ser estimado.

La imposición de un arresto personal subsidiario en caso de impago de una multa no constituye una facultad discrecional que se deja al arbitrio del Tribunal cuando la pena de prisión no supere los 6 años —4 años en el art. 53 CP 1995—, sino que se trata de una disposición legal de obligado cumplimiento, salvo en los supuestos legalmente exceptuados, que se contraen a aquellos casos en que se supere ese número de años, incluyendo en el cómputo, a estos efectos, los días de arresto sustitutorio por impago

de la multa (vid., en tal sentido, S 20 de febrero de 1998).

Como ya ha señalado una jurisprudencia uniforme de esta Sala, la limitación impuesta al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, se aplica también a las penas impuestas por otros delitos en la misma sentencia e incluso a la suma de varias penas privativas de libertad cuyo resultado supere los cuatro años de prisión.

El art. 53.3.º del Código Penal de 1995 establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena de multa privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es “superior” a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionali-

dad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesoria como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

Es por ello que la doctrina de esta Sala (Sentencias núm. 872/1993, de 13 de abril de 1993, núm. 886/1993, de 14 de abril del mismo año, núm. 119/1994, de 1 de febrero de 1994, o núm. 629/1996, de 26 de septiembre de 1996, entre otras), según se lee en la Sentencia 803/2000, de 16 de mayo, ha estimado, en relación con el Código Penal anterior, que “cuando la pena privativa de libertad no alcance los 6 años, si existe arresto sustitutorio de una pena de multa, dicho arresto no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, a los seis años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 6 años y 1 día que el que lo fue a

pena, por ejemplo, de 5 años y 11 meses, sin arresto sustitutorio aquélla y con un posible arresto sustitutorio ésta que pudiera exceder en su cómputo de los 6 años y 1 día” (STS 872/1993), lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad, doctrina que resulta igualmente de aplicación respecto del Código Penal de 1995, al subsistir las razones que la fundamentan, pero referido a los cuatro años que determina el precepto.

En consecuencia el art. 53.3.º del Código Penal debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal.

Ello implica necesariamente que, en supuestos como el actual en los que la pena privativa de libertad impuesta es precisamente de cuatro años, no procede imponer el cumplimiento de responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad, pues en cualquier caso se superaría el citado límite legal, lo que conlleva la estimación del motivo de recurso.

Sentencia 1440/2003, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2003

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES Y PRINCIPIO ACUSATORIO.

Art. 788.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Sentido y alcance de la norma del art. 788.4 de la LECrim. que garantiza el derecho de defensa ante la modificación de la acusación en conclusiones definitivas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Refiriéndonos, por tanto, al primero de esos motivos, según el orden que acabamos de establecer, Octavo en el del Recurso, el mismo se plantea con base en el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 24.1 y 2 de la Constitución Española, por violación del principio acusatorio y del derecho de defensa, al haber admitido la Audiencia extender la acusación definitiva a hechos y delitos por los cuales no se solicitó la apertura del Juicio Oral.

Olvida el recurrente que la propia Ley procesal contempla la posibilidad, para el Procedimiento Abreviado como lo es el presente, que tras la modificación de las Conclusiones iniciales de las Acusaciones se conceda un plazo a la Defensa para que "... pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes" (art. 788.4 LECrim.), con lo que no se está sino confirmando algo que resulta evidente, cual es que la verdadera determinación del objeto del proceso, en el ámbito penal, no se completa definitivamente hasta el trámite de Conclusiones definitivas, sin que se pueda atribuir, en ningún caso, al Auto de apertura del Juicio oral semejante eficacia.

Y acontece que, en el caso que nos ocupa, la Sala de instancia dio pleno y exacto

cumplimiento a tal previsión legal, como se aprecia con la lectura del Acta del Juicio Oral.

No pudiendo afirmarse, en modo alguno, la violación del principio acusatorio, rector de nuestro sistema penal, toda vez que se produjo la oportuna acusación, al tiempo de dichas Conclusiones definitivas, en términos y con un alcance que posibilitan sin objeción el resultado condenatorio con el concreto contenido con el que se produjo.

Y otro tanto ha de decirse, asimismo, respecto del derecho de defensa que asiste al acusado, por cuanto, conocedor de los términos en los que se produjo la acusación, pudo previamente discutir la integridad de los hechos sobre los que la misma se apoyaba y acreditar a ese respecto lo que a su derecho interesase, ya que esos hechos fueron, todos ellos, objeto de debate en Juicio.

Prueba evidente del sólido criterio de la Audiencia en este punto es, no sólo el rechazo que manifestó a la pretensión de las Acusaciones de introducir nuevos elementos tendentes a la construcción de una supuesta continuidad delictiva para el delito de prevaricación, sino también la correcta argumentación que en el Fundamento Jurídico Primero de su Sentencia ofrece para justificar el porqué admite una Acusación que se basa en hechos ya debatidos, en tanto que rechaza otra precisamente porque supone una introducción extemporánea de nuevos contenidos fácticos.

Sentencia 1431/2003, Sala de lo Penal del TS, de 1 de noviembre de 2003

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR.

Arts. 24.2 CE; 5.4 LOPJ; 852 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho al Juez imparcial al haber formado parte del Tribunal que dictó la sentencia recurrida un magistrado que también lo había

hecho en el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia recaída en la Jurisdicción de menores por los mismos hechos y contra otro partícipe.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. En el motivo 1.º, por la vía del art. 5.4 LOPJ (pudo utilizarse la más específica del art. 852 LECrim.), se alega violación del derecho a un proceso con todas las garantías, también del art. 24.2 CE en su vertiente del derecho a un juez imparcial.

Se funda en que uno de los magistrados autores de la sentencia recurrida (...), ya había formado parte del tribunal que dictó sentencia sobre los mismos hechos en el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que había condenado a Luis Antonio en la Jurisdicción de Menores.

Como ya hemos anticipado, hay que estimar este motivo que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal.

2. Cuando hay una vinculación más o menos estrecha de un juez con un asunto concreto puede dudarse de la imparcialidad de éste. El concepto de imparcialidad judicial siempre hace referencia a la persona del juez, por lo que siempre tiene carácter subjetivo. No obstante, suele distinguirse entre imparcialidad subjetiva, la que tiene en cuenta las relaciones del juez con las partes, su abogado, procurador, familiares, etc., e imparcialidad objetiva, la que considera el contacto anterior del juez con el objeto del proceso, por haber intervenido antes en otras actuaciones judiciales referidas a los mismos hechos.

Conviene tener en cuenta el fundamento de la posible pérdida de esta imparcialidad objetiva para poder interpretar el contenido de este derecho en su aplicación al caso concreto.

Tal fundamento radica, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Huma-

nos (casos Piersack, De Cubber, Handsdrildt, Castillo Algar, etc.), de nuestro Tribunal Constitucional y de esta misma Sala del Tribunal Supremo, en la necesidad de que el sujeto investido de poder judicial para resolver un determinado asunto ha de ser ajeno a ese asunto, pues un contacto anterior con el mismo, siempre que sea relevante, puede deteriorar la confianza de los ciudadanos respecto de esa actuación de ese juez en ese caso concreto, porque, como ha dicho esta Sala en su sentencia de 22 de noviembre de 2001 (n.º 2181), “en este aspecto incluso las apariencias pueden tener importancia, ya que de ellas depende la confianza que los tribunales, en una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y, en especial, a los procesados”.

Limitándonos a esta pérdida de parcialidad en el sentido objetivo antes mencionado, hay que afirmar la vulneración de ese derecho a un proceso justo cuando el juez, que ha dictado resolución en un determinado asunto, como tal juez en ese mismo asunto, o en otro referido a los mismos hechos, antes había actuado de forma que pueda sospecharse que ya ha formado criterio o prejuicio sobre el mismo.

El problema radica en concretar qué actuación anterior sirve para contaminar a un juez de modo que las partes pudieran tener sospechas fundadas en datos objetivos acerca de la realidad de que ya tienen prejuizado el asunto.

3. En el caso presente, como bien dice el recurrente, ese contacto procesal anterior con el hecho, llegó a sus máximos niveles, pues el magistrado ponente en el Tribunal que enjuició al aquí recurrente fue el mismo que había presidido aquel otro que años antes había dictado sentencia en el recurso de

apelación contra otra sentencia de un Juzgado de Menores que había condenado al joven Luis Antonio, quien había acompañado al aquí procesado, Alonso, en los mismos hechos.

Es claro que los hechos de la anterior condena en la Jurisdicción de Menores fueron los mismos que ahora son objeto del presente proceso. La actuación de aquel menor (Luis Antonio) y de este mayor (Alonso) fueron coordinadas en ese mismo suceso que se calificó luego, conforme a la misma norma sustantiva penal, como una agresión

sexual cometida por ambos en una actuación conjunta.

Y no es obstáculo para estas consideraciones el que, como consecuencia de las diferentes edades de ambos encausados, uno haya sido juzgado ante la Jurisdicción de Menores y otro lo haya sido ante la Audiencia Provincial en el ejercicio de una "jurisdicción para mayores", en este caso a través de un procedimiento ordinario por la gravedad de los delitos por los que se venía acusando.

Sentencia 1461/2003, Sala de lo Penal del TS, de 4 de noviembre de 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.

Art. 120.3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Tras analizar los requisitos exigibles para declarar la responsabilidad civil subsidiaria se estima el recurso interpuesto por la Junta de Galicia contra la sentencia que en tal calidad la había condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En un único motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., sostiene que no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Junta, pues aunque estuvieran transferidas las responsabilidades en cuanto a edificios y por lo tanto se tratara de un edificio de su propiedad, el delito se cometió en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional y la vigilancia en ese aspecto es responsabilidad exclusiva del Estado.

(...)

La sentencia de instancia considera que el hecho se cometió en un centro de titularidad pública perteneciente a la Junta de Galicia, a la que le han sido transferidos las funciones y servicios en materia de medios materiales y económicos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, entre los que considera incluidos la obligación de dotar a dichos edificios de la infraestructura necesaria y medidas de seguridad, activa y pasiva, para el adecuado funcionamiento del servicio. El edificio de la

Audiencia, donde ocurren los hechos, carecía en ese momento de cualquier instalación o dispositivo de seguridad, tales como pórticos de detección, cámaras u otro adecuado para facilitar la función de vigilancia que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La sentencia declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Galicia en aplicación del artículo 120.3 del Código Penal.

Este precepto dispone que “son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan 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”.

Los requisitos que se desprenden de la anterior disposición en orden a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o de otras Administraciones Públicas por la comisión de una infracción delictiva por terceros, según ha señalado esta Sala (STS 860/2003, de 13 de junio), son los siguientes: 1. Que se cometan en un establecimiento del que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos. 2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible. 3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser pues, la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se tratan de resarcir.

Es cierto, como se dice en la sentencia impugnada, que el Real Decreto 2166/1994, de 4 de noviembre, transfirió a la Junta de Galicia “... las funciones y servicios que, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma desempeña la Administración del Estado para la provisión de los medios ma-

teriales y económicos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, incluidos los Juzgados de Paz”, comprendiéndose dentro de estas funciones, entre otras, la adquisición y gestión de patrimonio mobiliario, inmobiliario y enseres para los órganos judiciales con sede en Galicia, y la preparación, elaboración y ejecución de los programas de reparación y conservación de los edificios judiciales y su inspección en Galicia. Esta disposición constituyó a la Junta de Galicia en la obligación de aportar a la Administración de Justicia los edificios necesarios, con las características y calidades imprescindibles para un correcto funcionamiento, de manera que se pudieran cumplir adecuadamente las previsiones contenidas en las leyes procesales, y en lo que nos interesa aquí, concretamente, deberían estar provistos de lugares adecuados para la estancia y custodia de detenidos y presos, así como para la permanencia de los testigos en lugar a propósito, tal como está previsto en el artículo 704 de la LECrim., así como cualquier otra que resulte necesaria conforme a lo previsto en la ley. En particular, su obligación alcanzaría a aportar lo que resulte adecuado en lo que a materiales o enseres se refiere, según el estado de la técnica, para prever las posibles contingencias relacionadas con la seguridad, en el desarrollo de las funciones relacionadas con la Administración de Justicia, que no es preciso ni adecuado enumerar aquí.

Sin embargo, no le corresponde a la Junta de Galicia la competencia relacionada con los cuerpos responsables de las funciones relacionadas con la seguridad, pues como se desprende de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, para esta función resultan competentes las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado, como efectivamente ocurría en el caso actual, en que estaba encomendada a la Guardia Civil.

Se dice en la sentencia impugnada, que el edificio “... carecía de cualquier instalación o dispositivo de seguridad tales como pórticos de detección, cámaras u otro adecuado”

(...) “facilitando la función de vigilancia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. Sin embargo, como bien dice el Ministerio Fiscal, no se precisa qué mecanismos cuya instalación hubiera omitido la Junta de Galicia hubieran evitado la comisión del delito u hubieran permitido a las Fuerzas encargadas de la vigilancia personal evitarlo mediante su actuación. Pues la introducción en el edificio de la Audiencia de un bote de ácido sulfúrico, utilizado como instrumento de la agresión no hubiera sido detectada por un pórtico detector de metales, ni tampoco por las cámaras que eventualmente pudieran haber sido instaladas, ni tampoco parece resultar de las características de los hechos que éstos hubieran resultado dificultados de alguna forma por la observación que, a través de dichas cámaras, se hubiera podido hacer con anterioridad de la acusada o de la víctima, que por otra parte, especialmente la primera, estaban a la vista de los agentes de la Guardia Civil presentes en el lugar en funciones de vigilancia y seguridad. Así resulta del hecho probado, en el que se declara que la acusada sorteó la

presencia de la pareja de la Guardia Civil, “que se hallaba en la planta primera en funciones de vigilancia del edificio público”.

Por otra parte, el hecho tiene lugar en el rellano de las escaleras que conducían a la primera planta, de manera que tampoco lo hubiera evitado o dificultado la existencia de un lugar adecuado para la permanencia de los testigos, cuya inexistencia por otro lado no consta acreditada.

En definitiva, no se aprecia que la omisión imputable a la Junta de Galicia en cuanto a la dotación de medios materiales adecuados para facilitar las funciones de vigilancia y seguridad encomendadas a las Fuerzas de Seguridad del Estado en el edificio de la Audiencia Provincial haya operado de manera influyente en relación con la comisión del delito imputado a la acusada, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción, como exige el artículo 120.3.º del Código Penal, por lo que no resulta procedente declarar su responsabilidad civil subsidiaria.

El motivo se estima.

Sentencia 1438/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2003

LESIONES.

Art. 617 Código Penal

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

SÍNTESIS

De manera sucinta traza la sentencia el sentido de la separación entre las dos faltas recogidas en el artículo 617 del CP: lesiones y malos tratos de obra.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el tercero de los motivos del recurso se alega error en la apreciación de la prueba documental. La Defensa se re-

fiere a los informes del médico forense de fecha 27 de abril de 2002, respecto de las lesiones sufridas por dos de las personas agredidas en el hecho B), de los hechos pro-

bados. En esos informes se hace constar que dichos perjudicados no han necesitado ninguna asistencia médica y que no acudieron al médico. De la consideración de estos informes médico-forenses deduce el acusado que se debería haber calificado las lesiones como una falta del art. 617.2 CP.

El motivo debe ser desestimado.

La tesis de la Defensa consiste en afirmar que la línea divisoria de los tipos de las faltas del art. 617 es la necesidad de la asistencia médica. Pero, este criterio carece de todo apoyo en el texto legal, dado que en el art. 617 se han introducido dos tipos penales, uno de los cuales requiere una lesión, mientras el otro especifica que la acción no debe haber producido ese resultado. El concepto de lesión corporal tiene una significación decisiva en la distinción de ambos tipos. Al respecto debemos señalar que el concepto de lesión es común a la falta del art. 617.1

CP y del delito de lesiones. La diferencia entre las lesiones de la falta y las del delito se refiere sólo a su gravedad no al concepto. El umbral mínimo de la gravedad que corresponde al delito está dado por la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Pero, ello no significa, como lo evidencia el art. 617.1 CP, que sólo se dé el concepto de lesión cuando se haya requerido un tratamiento médico, como lo sostiene la Defensa del recurrente. Lesión, en tanto resultado típico básico, común al del delito y la falta de lesiones, es todo malestar corporal o daño no irrelevante de la integridad corporal generado por una acción de maltrato.

Desde este punto de vista, es claro que la calificación jurídica realizada en la sentencia es correcta, pues el acusado no sólo ha maltratado a otros, sino que, además, ha causado un malestar corporal al propinarle un par de puñetazos a uno y una patada a otro de los afectados.

Sentencia 1443/2003, Sala de lo Penal del TS, de 6 de noviembre de 2003

FALSEDAD DOCUMENTAL. ESTAFA PROCESAL.

Arts. 250.1.2.º y 394 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Si el documento presentado en juicio como medio engañoso es de carácter público concurrirán los delitos de falsedad y estafa procesal; si, por el contrario, aquél tiene naturaleza privada (como sucede en este caso) habrá un concurso de normas a resolver con arreglo al criterio de la alternatividad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito

de falsedad en documento público en concurso medial con un delito de estafa procesal en grado de tentativa. El hecho consiste en la falsificación de un documento con el

anagrama de una determinada empresa y la presentación del mismo en un juicio matrimonial para engañar al Juzgador sobre los ingresos del acusado, en perjuicio de su esposa, engaño que no llegó a consumarse.

El primer motivo de recurso alega vulneración de la presunción de inocencia. Estima el recurrente que no existe prueba de cargo de su autoría del documento falsificado.

La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la presunción de inocencia puede ser desvirtuada tanto a través de pruebas directas como de pruebas de carácter indiciario (sentencias de 25 de enero de 2001, núm. 1980/2000, 12 de mayo, núm. 649/1998, 14 de mayo, núm. 584/1998 y 22 de junio, núm. 861/1998 de 1998; 26 de febrero, núm. 269/1999, 10 de junio, núm. 435/1999 y 26 de noviembre, núm. 1654/1999 de 1999; 1 de febrero, núm. 83/2000, 9 de febrero núm. 141/2000, 14 de febrero núm. 171/2000, 1 de marzo núm. 363/2000, 24 de abril núm. 728/2000, y 12 de diciembre núm. 1911/2000 de 2000).

En el caso actual el hecho de que el acusado presentase el documento, la acreditación de su falsedad, la disponibilidad única del documento por el acusado, el hecho de que fuese a él a quien se refiriese de modo personal y directo el contenido documental y a quien beneficiaba de modo exclusivo, constituyen indicios que acreditan que es la única persona interesada en la falsificación y asimismo la persona que ha aportado los datos que obran en el documento falsificado, de lo que puede racionalmente inferirse que participó como coautor de su falsificación.

Como señala una reiterada doctrina jurisprudencia el delito de falsedad no es de propia mano, por lo que la responsabilidad en

concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre la falsificación (Sentencias de 1 de febrero y 15 de julio de 1999, 27 de mayo de 2002, núm. 661/2002 y núm. 313/2003, de 7 de marzo entre otras muchas).

Procede en consecuencia desestimar el presente motivo como vulneración de la presunción de inocencia.

Segundo.—La desestimación del motivo no puede extenderse a la infracción de ley que se denuncia subyacentemente, que debe ser examinada y acogida conforme a la doctrina de la voluntad impugnativa.

El documento falsificado no constituía un documento público, pues se trataba de un supuesto informe de una empresa privada en el que se hacía constar que los ingresos del acusado iban a ser inferiores en el año 1994, por una serie de razones relativas a la actividad de la empresa. Se trata, en consecuencia, de un documento privado, pues se presenta como supuestamente emitido por una empresa privada.

Los documentos públicos, en sentido amplio, son los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley (art. 1216 del C. Civil), es decir los documentos notariales, los judiciales y los administrativos. Estos últimos se integran, a efectos penales, en la categoría de documentos oficiales (S.T.S. 10 de noviembre de 1993), por lo que puede decirse, aún admitiendo la artificialidad de la distinción, que en el delito de falsificación se califican como documentos públicos, en sentido estricto, los documentos notariales y los judiciales.

Se consideran documentos oficiales “los que provienen de las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas,

Provincias o Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales” (Sentencia de 25 de mayo de 1994).

En el caso actual es claro que no nos encontramos ante un documento público ni oficial, sino ante un documento de carácter privado, al proceder de una empresa privada. Tampoco es un documento mercantil pues no acredita la celebración de un contrato o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, al tratarse de un mero informe o certificación relativo a los ingresos futuros de un supuesto empleado.

En consecuencia debe estimarse parcialmente este primer motivo relativo al delito de falsificación y sancionarse el hecho, en segunda sentencia, como falsificación de documento privado.

Tercero.—El segundo motivo, primero de los referidos al delito de estafa en la numeración del recurrente, se articula por error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2.º. Se apoya en la declaración de D. Donato para negar la falsificación del documento, pues se afirma que dicho testigo ha reconocido que no comunicó expresamente al Juzgado que el documento era falso, por lo que si no existió falsedad tampoco concurrió el engaño típico de la estafa.

El motivo carece de fundamento pues una declaración o testimonio no tiene la naturaleza de documento fehaciente a efectos de este cauce casacional. Es el Tribunal sentenciador, que dispuso de inmediación, el competente para valorar el conjunto de cada testimonio. Y en este caso el Tribunal ha deducido del conjunto de dicho testimonio la falsedad del documento, que ha sido ratificada por otras pruebas diferentes como el informe grafológico.

Cuarto.—El tercer motivo, segundo de los referidos al delito de estafa en la numeración del recurrente, se articula por infrac-

ción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECrim. El motivo se apoya en el anterior para argumentar que si no concurrió falsedad tampoco concurre el engaño integrador de la estafa. Dada la desestimación del motivo anterior por error de hecho este motivo queda sin fundamento.

Sin embargo, la parcial estimación del primer motivo tiene también efectos sobre la sanción por estafa procesal. Como hemos señalado el acto falsario consiste en la falsificación de un documento privado, no de un documento público. El tipo delictivo de la falsedad en documento privado, art. 395 del Código Penal de 1995, incluye un elemento tendencial o elemento subjetivo del injusto que encamina la acción a la producción de un perjuicio (“para perjudicar a otro”), lo que implica que en estos supuestos el tipo de la falsedad ya incorpora el desvalor de la defraudación intentada mediante ella. En consecuencia nos encontramos ante un concurso de normas en el que debe sancionarse, conforme al principio de alternatividad, la conducta más gravemente penada (SSTS 29 de octubre de 1982, 24 de marzo y 27 de abril de 1988 y 10 de marzo de 1993, entre otras), que en el caso presente es la falsedad dado que la estafa procesal no llegó a consumarse (pena de la falsedad en documento privado seis meses a dos años y de la estafa procesal intentada, reduciendo la pena en un grado, seis meses a un año).

Procede, en consecuencia, la estimación parcial de este motivo sancionando exclusivamente el hecho con la pena prevenida para la falsedad en documento privado, que absorbe la estafa intentada.

Quinto.—Una solución diferente, de concurso medial entre la falsedad y la presentación en juicio de elementos documentales falsos, podría haberse aceptado caso de plantearse la acusación conforme al art. 461.2.º. Pero esta norma no se ha propuesto por la acusación, por lo que procede la estimación parcial de los recursos en los términos anteriormente expresados.

Sentencia 1444/2003, Sala de lo Penal del TS, de 6 de noviembre de 2003

PRESCRIPCIÓN.

Art. 131.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Se aborda el problema del cómputo del plazo de prescripción de las faltas cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito, diferenciando al respecto dos supuestos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—El cuarto motivo alega prescripción de la falta por la paralización del procedimiento en dos ocasiones por más de seis meses por encontrarse la causa pendiente de señalamiento.

Como señala la sentencia de 3 de octubre de 1997, núm. 1181/1997, para el cómputo del plazo de prescripción de las faltas cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito, debemos distinguir dos supuestos diferenciados. El primero se refiere al plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción hasta que se dirija el procedimiento contra el culpable. En estos casos las faltas prescriben a los seis meses, sin que a ello sea óbice la presentación posterior de una querrela por supuesto delito (STS 1181/1997), o la deducción posterior de un testimonio (STS 879/2002, de 17 de mayo), pues si la falta prescribió por el transcurso de seis meses desde su comisión sin que se hubiese iniciado procedimiento alguno contra sus autores, la formulación ulterior de una querrela o la deduc-

ción de un testimonio calificándola como delito no puede revivir una responsabilidad penal que ya se ha extinguido por imperativo legal. En consecuencia si la sentencia definitiva declara el hecho falta, habrá de considerarlo prescrito por estarlo ya cuando el procedimiento se inició.

Un segundo supuesto diferenciado se produce cuando la iniciación del procedimiento penal ha interrumpido legalmente el término de prescripción. En este caso existe otra posibilidad diferente de apreciación de la prescripción, por paralización del procedimiento. Ahora bien una doctrina consolidada de esta Sala (SS 25 de enero y 20 de abril de 1990, 27 de enero y 20 de noviembre de 1991, 5 de junio de 1992, 318/1995 de 3 de marzo o 481/1996 de 21 de mayo, entre otras), estima que, una vez iniciado el procedimiento, para el cómputo del término de prescripción por paralización del mismo habrá de estarse al título de imputación, de manera que si el procedimiento se sigue por delito no actúan en el ámbito de su tramitación los reducidos plazos de prescripción de las faltas —por razones de seguridad jurídi-

ca y por exigirlo así el principio de confianza— aun cuando finalmente la sentencia definitiva sancione el hecho como falta.

Noveno.—Por otra parte ha dicho con reiteración esta Sala que cuando de infracciones especialmente vinculadas se trata, como sucede en este supuesto específico en que la tramitación de la falta en el ámbito de un procedimiento por delito venía condicionada por la imperatividad del enjuiciamiento conjunto, no cabe apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 febrero 2000 o 3 de julio de 2002, S 31 de octubre de 2002, núm. 1798/2002).

En estos supuestos, hemos declarado que en el enjuiciamiento conjunto y simultáneo de hechos, que son calificados unos de delito y otros de falta, no puede realizarse una valoración del plazo de prescripción de la infracción constitutiva de falta con independencia del objeto del proceso integrado por una pluralidad de acciones, con distinta calificación (SSTS 3 de diciembre de 1993 y 17 de febrero de 1997).

El instituto de la prescripción, como renuncia del Estado del derecho a juzgar en

razón a que el tiempo transcurrido borra, de alguna manera, los efectos de la infracción, no puede ser aplicado a supuestos como el planteado en el recurso en el que los hechos enjuiciados se integran por una pluralidad de acciones típicas, unos constitutivos de delito y otros de falta, que requieren un enjuiciamiento conjunto (STS 14 de febrero de 2000).

En el caso actual nos encontramos en el segundo de dichos supuestos, pues las diligencias penales por el conjunto de las agresiones se iniciaron de inmediato, por lo que la falta no se encontraba prescrita cuando comenzó el proceso penal. En tal supuesto la demora del procedimiento en las dos ocasiones en que la causa se encontró pendiente de juicio oral por más de seis meses, habiéndose suspendido el primer juicio precisamente a petición del letrado de la recurrente, no determina la prescripción de la falta pues en estos supuestos el plazo de paralización que determina la prescripción, según doctrina jurisprudencial consolidada, es el de los delitos perseguidos en el propio procedimiento pues no siempre los procedimientos por delito podrán tramitarse y señalarse con la misma celeridad que los juicios de faltas.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Sentencia 1240/2003, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2003

NULIDAD DE SENTENCIA.

Art. 851.5.º de la LECrim.

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

SÍNTESIS

Anulación de la sentencia de instancia por aplicación del motivo de casación del art. 851.5.º de la LECrim. al haberse incluido indebidamente la firma de una magistrada que no formó parte del Tribunal que conoció del juicio, faltando en cambio la de uno de los integrantes de esa Sala.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En los cuatro Recursos objeto de nuestro análisis, se plantea una cuestión que, por su naturaleza, merece ser abordada con carácter previo a todas las restantes, puesto que, de la admisión de las pretensiones que, acerca de ella, interesan los recurrentes, se derivaría la anulación de la Sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a su dictado, para que, por el mismo Tribunal que conoció del Juicio, se proceda a la nueva confección de la Resolución.

Dicha cuestión no es otra que la de la indebida suscripción de la referida Sentencia por Magistrada que no formó parte del Tribunal ante el que se celebró el Juicio Oral correspondiente a dicha Resolución, junto con la omisión inicial en dicho documento de la firma de uno de los integrantes de esa Sala.

(...)

Segundo.—(...) hemos de concluir en la procedencia de la nulidad de la Sentencia de instancia y ello con base en las siguientes consideraciones:

A) En primer lugar, hay que comenzar afirmando que no concurren, en realidad, las causas de Casación alegadas por los recurrentes en fundamento de su pretensión, toda vez que:

1) Carecen de carácter sustantivo los preceptos de la Ley procesal, citados como infringidos, indebidamente por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que requiere obligatoriamente esa naturaleza sustantiva para los artículos cuya indebida aplicación, o inaplicación, a través de tal cauce se alega.

2) Asimismo, no puede propiamente hablarse de verdadera indefensión de las partes, en los términos establecidos para la nulidad de los actos procesales en el artículo

238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el hecho de que la Resolución tan sólo incorporase las firmas de dos de los tres Magistrados que compusieron el Tribunal que conoció del enjuiciamiento de los hechos objeto de las actuaciones, ni porque a éstos se añadiera la de otra Magistrada que no formó parte de ese Tribunal.

3) Y, por último, no se incumple tampoco el debido respeto al principio esencial de inmediación, integrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, pues el mismo se refiere a la tarea de percepción de la prueba practicada y sometida a posterior valoración por quienes directamente presenciaron esa práctica, y no a defecto en la confección o dictado de la Sentencia con ausencia de uno de los miembros de ese Tribunal.

B) Sin embargo, atendiendo a la expresa y evidente voluntad impugnativa que late en la formulación de todos los Recursos y en el ánimo que mueve a los recurrentes, cuando aluden al grave defecto en que incurre la Sentencia de instancia, sí que se aprecia la concurrencia de la causa formal de Casación, contemplada en el número Quinto del artículo 851 de la Ley de ritos cuando se refiere a aquel supuesto en el que "... la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley..."

Semejante circunstancia de tan infrecuente aplicación en la práctica, supone ni más ni menos que la no concurrencia al acto esencial y solemne del "dictado" del pronunciamiento que resuelve sobre los extremos sometidos al enjuiciamiento del Tribunal, del número de Juzgadores previstos, a tal efecto, en la Ley.

Se trata, en consecuencia, del respeto lógico a un requisito trascendental que no puede calificarse de mero defecto de carácter formal, susceptible de posterior subsanación, como entendió la Audiencia en el caso que nos ocupa, ya que el momento procesal en el que la Sentencia "se dicta" no es otro que el de la suscripción de la misma y su

posterior notificación a las partes. Lo que aquí aconteció con la sola firma válida de dos Magistrados, al no poderse tener en cuenta la de la Magistrada no formó parte de quienes realmente celebraron el acto del Juicio Oral y formaron la voluntad decisoria del pronunciamiento alcanzado.

No estamos, en modo alguno, ante un aspecto irrelevante sino frente a una omisión tan definitiva como la que significa que la Resolución que se notificó, con inicial vocación de firmeza y sin perjuicio de la interposición de los Recursos que contra la misma cupieran, no había sido leída y, por lo tanto asumido su íntegro contenido, por uno de los Jueces que intervinieron en la deliberación, votación y fallo de la misma, según es preceptivo y deja constancia, como único medio para su comprobación, la estampación de su firma.

Lo que nos impide aceptar una tal situación como algo intrascendente, a pesar de la consciencia de los traumáticos e indeseables efectos procesales que afrontar la verdadera importancia de ese defecto conlleva.

Tercero.—En consecuencia y por las razones expuestas, procede la estimación, en

cuanto a esta circunstancia, de los Recursos planteados por los condenados contra la Resolución de instancia, debiéndose casar y anular dicha Sentencia, a fin de que, por los mismos Juzgadores que conocieron del Juicio que le dio origen, se proceda a dictar nueva Sentencia, en la que se subsane el grave defecto advertido, en orden a la participación en la Resolución de todos los integrantes del Tribunal enjuiciador, sin que resulte necesaria, por otra parte, la celebración de un nuevo Juicio, como alternativamente se interesa en los Recursos, toda vez que, de acuerdo con el principio de conservación de los actos procesales válidos, es de advertir que el defecto reseñado se produce tan sólo al tiempo del dictado de la Resolución, y con el fin de evitar, asimismo, inconvenientes molestias y dilaciones que añadir a las, por desgracia, ya ocasionadas en la tramitación de este procedimiento, máxime cuando, además, el núcleo esencial del material probatorio sobre el que los Juzgadores “a quibus” centraron su valoración es el constituido por los documentos obrantes en las actuaciones, tan sólo complementado por las declaraciones que constan en el propio Acta del Juicio ya celebrado.

Sentencia 1460/2003, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2003

ACOSO SEXUAL.

Art. 184 Código Penal

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

SÍNTESIS

A propósito de un caso muy difundido en los medios de comunicación, se analizan los elementos del delito de acoso sexual, rechazándose la concur-rencia simultánea de lesiones psíquicas en virtud del Acuerdo de 10 de octubre de 2003, recogido en el n.º 11 de la Revista de Derecho Penal. Hay dos Votos Particulares que coinciden en entender que debió condenarse por lesiones discrepando en que en uno de ellos se entiende que no concurren los elementos del delito de acoso sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—En el motivo sexto, formalizado por infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la falta de concurrencia en los hechos probados por la sentencia recurrida de los requisitos del tipo penal que ha aplicado, concretamente previstos en los apartados primero y segundo del art. 184 del Código Penal.

El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Como dice la Sentencia de esta Sala, la número 1135/2000, de 23 de junio, que es la única que, hasta el momento, ha interpretado este tipo penal, ha sido la Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo

de su dignidad, enfatizado en el art. 10 de la misma.

La tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

Estudiemos ahora los elementos que deben concurrir para que nos encontremos ante una conducta de acoso sexual, tras la modificación operada en el Código Penal, por la citada Ley Orgánica 11/1999. Son los siguientes: a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión.

Con respecto al primer requisito, se exige, como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. Esta Sala Casacional ha declarado que tal requisito queda cumplido “cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado”, de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre.

En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca. Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual, propiamente delictivos en otros apartados del mismo Título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción. Desde esta perspectiva, el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto en donde se penaliza, y que la ley diseña como el entorno laboral, docente o de prestación de servicios, cualquiera que sea la continuidad de los mismos, con una amplia fórmula que engloba todos aquellos ámbitos en donde se producen las relaciones humanas más necesitadas de protección.

(...)

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo (petición de favores sexuales) es un elemento sustancial al delito que enjuiciamos, y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del Código Penal de 1995, encontrándose fuertemente matizado tras la reforma de 1999, al punto que la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado acoso ambiental, y no propiamente ya el constitutivo de abuso de superioridad (prevaleciéndose el culpable de una situación de abuso de superioridad), que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal (esto es, con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación). Dicho ámbito es definido por el legislador como una “relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual”. El fundamento del denominado “acoso ambiental” hay que buscarlo en la mayor pro-

tección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de tales ámbitos, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.

(...)

El cuarto requisito exige que con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Desde luego la ley penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, un situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio “gravemente” se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante. Servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal.

(...)

Ahora bien, la Sala sentenciadora ha entendido que los hechos eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad, del apartado segundo del art. 184 del Código Penal, bajo la tesis de una superioridad jerárquica del [...] sobre la [...], que no se justifica de modo alguno. En efecto, del texto invocado (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), que aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, resulta relación alguna de superioridad entre

miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales de una entidad local. El [...] solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el art. 41.14, del personal de la Corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la policía municipal, pero no es superior jerárquico del resto de concejales que con él forman la corporación municipal; las relaciones con éstos se disciplinan en el art. 43 con el carácter de atribuciones delegadas, que no entrañan la estructura jerárquica que requiere el tipo penal aplicado, en tanto que el art. 184.2 del Código Penal exige que se “hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica”, y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a Luis Antonio de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico.

Octavo.—Daremos ahora respuesta casacional al recurso de Elsa, constituida como acusación particular en esta causa. Se formaliza por dicha acusación particular dos motivos de contenido casacional, ambos viabilizados por el cauce autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero que plantean un mismo tema: la aplicación del art. 147.1.º del Código Penal, considerando que las lesiones psíquicas sufridas por la querellante son constitutivas de un delito tipificado en el precepto invocado, que se penalizaría en concurso ideal con el delito de acoso sexual por el que fue condenado Luis Antonio en la instancia.

En función del cauce impugnativo elegido por la recurrente, es obligado el respeto

más escrupuloso a los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora. En los mismos, se describe la situación psicológica de Elsa, tras la primitiva comisión delictiva, como de ansiedad y depresión, que forman un cuadro de trastorno adaptativo mixto de la personalidad, lo que le origina una baja laboral que se produce el día 22 de septiembre de 2000 y se prolonga durante 187 días. Ahora bien, el Tribunal de instancia termina por consignar en el “factum” lo siguiente: “la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció Elsa”.

Tal expresión fáctica no permite, en consecuencia, la estimación del motivo; primeramente, porque no se ha determinado con la suficiente exactitud ni el diagnóstico de su ansiedad, ni su duración, ni siquiera el tratamiento médico necesario para su curación: en ningún momento la resolución judicial recurrida se refiere a ese tratamiento, con una mínima especificación, por lo que al preguntarnos por dicho tratamiento, la respuesta negativa nos debe llevar inexorablemente, como así sucedió en la sentencia de instancia, a la absolución del acusado al faltar tan ineludible componente fáctico, que no puede ser “recreado” en contra de reo; en segundo lugar, porque tales consecuencias psíquicas son ordinariamente secuelas derivadas de la acción delictiva, indemnizables como tales como responsabilidad civil inherente al delito, y en el caso, se cifró el alcance cuantitativo por dicho concepto en la suma de 12.000 euros. Recientemente esta Sala, reunida en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 10 de octubre de 2003, trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas en delitos relacionados contra la libertad sexual, cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, que se penalizaría en concurso delictivo, o bien podría ser considerado una consecuencia directa de

la acción del autor, en tanto que un ataque de esas características conlleva ya de ordinario una lesión etiológicamente inmersa en el mismo que quedaría englobado en el propio desvalor de la acción, no siendo sus consecuencias más que indemnizables por la vía de responsabilidad civil. Esta última posición fue la dominante en citada Sala General que acordó que “las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3.º del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”. El mencionado acuerdo es traspolable, “mutatis mutandi”, al caso que ahora resolvemos, en tanto que la Sala sentenciadora en su fundamentación jurídica, completando el relato factual de su resolución, vuelve a insistir sobre la poca consistencia probatoria con la que construir un delito de lesiones psíquicas, y así dice: “necesitaríamos saber con certeza cuál ha sido el mismo [se refiere al resultado típico correspondiente a un delito de esa clase de lesiones] y además tener seguridad sobre la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido”, y ni siquiera aparece claro el mismo tratamiento médico, en tanto que dicho Tribunal se interroga por su verdadero alcance y existencia: “es importantísimo saber cuál fue en concreto el tratamiento médico, pues el tipo penal excluye los supuestos de pura y simple prevención u observación, ya que precisa la constancia con plena seguridad, de una intervención médica activa que objetivamente sea procedente, pues de otra forma quedaría en manos de la víctima la calificación del hecho”. De forma, pues, que tales párrafos incluidos en la fundamentación jurídica, pero con plena y absoluta vocación fáctica, completan el relato histórico de la sentencia recurrida, e impiden tener por probado uno de los requisitos del tipo penal descrito en el art. 147.1.º del Código Penal, en tanto que ni siquiera el

tratamiento médico (ni su relación causal) aparecen para la Sala sentenciadora como plenamente acreditados.

En definitiva, solamente resulta concluyente una secuela que ha sido correctamente indemnizada por la Sala sentenciadora en la suma de doce mil euros, a favor de la víctima, que aquí debemos mantener, y que no ha sido cuestionada.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ
MANUEL MAZA MARTÍN

Primero.—(...)

Considero, por consiguiente, inadecuado conforme a Derecho e incompatible con la literalidad del precepto penal, así como con el espíritu que guió al Legislador en la elaboración de la norma, extender el carácter punible de la conducta, en el supuesto del delito de Acoso sexual, a quien pretende no la mera obtención de una satisfacción sexual, sino el restablecimiento de unas relaciones afectivas rotas, en las que se integra el elemento sexual junto con otros componentes de naturaleza afectiva y relacional.

Ello no significa, por supuesto y como más adelante comprobaremos, que la preexistencia de esa relación, o la búsqueda de establecerla, haya de justificar cualquiera clase de comportamiento dañoso para la persona destinataria del deseo, pero sí el que nos hallamos fuera de los comportamientos reprochables desde la formulación del artículo 184 del Código Penal.

Recordemos, a este respecto, que la simple agresión a la dignidad de una persona, sin la concurrencia de intencionalidad de naturaleza sexual ni de resultado lesivo concreto y siempre que sea realmente grave, se encuentra ya castigada, con pena de prisión de seis meses a dos años, en el artículo 173 del texto punitivo vigente, al referirse a quien “... infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral...”

Todo lo anterior máxime cuando tampoco, a mi juicio, se cumple, en el supuesto de autos, no sólo la vinculación jerárquica entre el querellado y la querellante, miembros electos ambos de un órgano democrático municipal, sobre la que se sustenta la aplicación del supuesto agravado del artículo 184.2 que aplicó la Audiencia y ahora desautoriza esta Sala, sino ni tan siquiera el requisito legal, necesario para la presencia del tipo delictivo básico, relativo al ámbito de actividades en el que el delito, para ser tal, forzosamente ha de cometerse, cual es el de la "... relación laboral, docente o de prestación de servicios..."

Obviamente excluidas las vinculaciones laborales o docentes, se asienta la condena en la existencia de una relación "de prestación de servicios". Y afirmar que entre una [...] electa y el [...] regidor de la Corporación municipal se dé esa clase de vinculación, de nuevo, en mi opinión, supone un forzamiento del recto sentido de los términos del precepto, incompatible con el debido respeto al principio de legalidad penal. (...)

Segundo.—Pero asimismo, al igual que hubiera debido estimarse el Recurso del condenado en la instancia, con base en los argumentos dichos y con el alcance ya expresado, también considero que merecería estimación el Recurso de la Acusación Particular, cuando interesa la condena por un delito de Lesiones psíquicas, del artículo 147 del Código Penal, sufridas por la persona de la querellante.

Concurren para ello todos los elementos establecidos en la norma, a saber:

a) El empleo de medios o procedimientos por parte del acusado, hábiles para la causación de la lesión, en el amplio sentido en el que el propio precepto permite tener en consideración, cuando se refiere a "cualquier medio o procedimiento" y que, en el presente caso, consistieron en las actitudes y comportamientos, públicos y privados, teni-

dos por el querellado contra la recurrente, con desprecio reiterado a su dignidad y al respeto personal que merecía.

b) La indudable intención lesiva de esa conducta, motivada por la frustración causada por el rechazo manifestado por la víctima a proseguir la relación sentimental interrumpida y apoyándose además en el conocimiento, por su autor, de la fragilidad psíquica de la mujer, anteriormente puesta de manifiesto ante él.

c) El resultado consistente en menoscabo de la integridad mental de la querellante, debidamente constatado por los informes médicos obrantes en las actuaciones.

d) La necesidad objetiva de tratamiento médico-psiquiátrico dispensado a la lesionada para su curación, más allá de la primera asistencia o de la simple vigilancia o del mero seguimiento facultativo del curso de la lesión, al que igualmente se refirieron los peritos médicos.

e) La relación de causalidad, también pericialmente afirmada, entre la conducta del querellado y ese resultado lesivo padecido por la querellante. (...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. DIEGO
RAMOS GANCEDO

I. (...)

De este modo, surge con toda evidencia el resultado lesivo y la objetivación de la necesidad de tratamiento médico para su curación, elementos requeridos por el tipo; así como, sin duda, la relación de causalidad necesaria entre el resultado típico y la acción del acusado que genera dicho resultado. Y, en lo que atañe al elemento subjetivo, ninguna duda me cabe de que, asimismo, concurre el dolo requerido, al menos en su modalidad eventual, máxime cuando en el propio "factum" se hace constar "el deterioro notoriamente perceptible" de la víctima, quien "no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas..." acude en busca de

ayuda a los psiquiatras y psicólogos que se citan en el relato histórico.

(...)

III. Es cierto que la reunión plenaria de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrada el 10 de octubre de 2003 adoptó el acuerdo que se menciona en el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia de la que discrepo.

Pero, en mi opinión, dicho acuerdo no es aplicable al caso presente.

Es claro que en el supuesto de autos no estamos ante ninguna agresión sexual consumada, ni siquiera intentada, agresión que, por la misma gravedad que tal acción entraña en la dignidad y autorrespeto de la mujer como ser humano en su “yo” más íntimo, que se ve afrentado y pisoteado por el sujeto activo para conseguir satisfacer sus apetitos lascivos utilizando, además, violencia o intimidación; es claro, entiendo, que esa agresión sexual en cuanto tiene de genuina humillación y desprecio a la víctima en una faceta tan sensible y relevante de su intimidad, tiene que ocasionar, por regla, un daño a la salud psíquica de la víctima, como consecuencia “natural” de una acción tan brutal y degradante, y que esa derivada lesión psíquica ha de incluirse ordinariamente en la antijuridicidad de la acción delictiva que la provoca por ser consustancial a ésta, resultando absorbida por el ilícito principal, o consumida en éste. Pero en el caso del acoso sexual, la gravedad de la acción, es decir, la antijuridicidad de la conducta en cuanto merecedora del reproche a que se hace acreedor el agente, es manifiestamente de menor entidad que la de una violación, sobre todo en el tipo básico y que, también por regla, el daño psíquico que en su caso pueda ocasionar no resiste la comparación con el que lleva aparejada una agresión sexual, por lo que, en definitiva, considero que en caso de mera solicitud de favores sexuales una le-

sión anímica de importancia no resulta consecuencia “natural” de la acción típica, como sí acaece en la violación, de suerte que cuando efectivamente se produce tal lesión y ésta reviste cierta entidad, surge de modo autónomo el delito de lesiones junto al de acoso sexual.

Esta conclusión viene reforzada por el argumento que sostiene el acuerdo del Pleno de Sala ya citado, según el cual, las penas establecidas para los delitos de agresión sexual que, en el caso de violación, se extienden hasta los doce años de prisión con un mínimo de seis, son lo suficientemente graves y afflictivas como para estimar que el legislador ha previsto, a la hora de señalarlas, el daño psíquico que por lo común que esas conductas ocasionan, por lo que, desde esta perspectiva penológica, el castigo del culpable abarcaría tanto el hecho mismo del atentado violento a la libertad sexual como las consecuencias lesivas en la salud mental de la víctima.

Sin embargo, a mi juicio, esta argumentación no puede predicarse del delito del art. 184.1 C.P. que sanciona el hecho con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. La diferencia penológica es tan clamorosa que no se necesitan mayores explicaciones para concluir que, también desde este punto de vista, el desvalor de la acción que ataca y violenta dos distintos valores jurídicamente tutelados por diferentes normas sustantivas, en mi opinión, impide que la global conducta sea absorbida, aplicando el principio de consunción, precisamente por el tipo penal al que la ley sanciona con pena más liviana. Por el contrario, a mi entender, estaríamos en presencia de un típico supuesto de concurso delictual, en el que un solo hecho constituye dos infracciones autónomas que deben ser sancionadas conforme a las disposiciones (art. 77 CP) que regulan tal figura jurídica.

Sentencia 1648/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2003

QUIEBRA. DELITOS SOCIETARIOS.

Arts. 261 y 390 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que la introducción de datos falsos en los balances que el administrador está obligado a presentar en un procedimiento concursal no puede ser penada por el delito de falsedad societaria previsto en el artículo 390 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. En el tercer motivo de casación, por último, que se ampara también en el art. 849.1.º LECrim., se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del art. 290 CP porque, según se dice, “el balance presentado por los acusados en la suspensión de pagos de ‘Pindaya, S.A.’ es un balance falso”. Tampoco este motivo de impugnación puede encontrar una favorable acogida. La falsedad a que se refiere la parte recurrente consiste en la diferencia que se advierte entre el mencionado balance, en que se atribuía a la sociedad un superávit de 27.750.975 pesetas, y el presentado por la Intervención en la suspensión de pagos, que reflejaba un déficit de 176.144.428 pesetas. Esta diferencia que, como dice la parte recurrente, hubo de ser presentada como insolvencia provisional lo que era una situación de quiebra, no ha sido considerada bastante en la Sentencia recurrida para subsumir el hecho en el tipo de delito societario previsto en el art. 290 CP por estimarse que, en el

caso, concurren dos circunstancias que impiden hablar de falseamiento doloso de la realidad contable de la empresa: una es que las limitaciones e incertidumbres con que tropezaba la confección de un balance correcto por parte de la sociedad fueron debidas a la actitud del querellante, consejero de la sociedad supensa, que no entregó oportunamente a sus consocios los documentos contables que tenía en su poder; otra es que la señalada diferencia entre uno y otro balance es atribuible a los distintos criterios de contabilidad aplicados por los administradores de la sociedad y los interventores. Con independencia del efecto destipificador que quepa atribuir a ambas circunstancias en una conducta que se pretende incardinable en el delito descrito en el art. 290 CP, —efecto especialmente discutible en el caso de los llamados “distintos criterios de contabilidad”— es lo cierto que la más clara razón para no aplicar dicha norma a los hechos probados es el difícil encaje de los mismos en el delito societario cuestionado. La conducta típica en este delito, realizable únicamente por los administradores, de he-

cho o de derecho, de una sociedad, consiste en falsear “las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero”. El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un “*numerus apertus*” en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado. No es fácil admitir, como hemos dicho, que entre tales documentos deba ser incluido el balance que los administradores de una sociedad están obligados a presentar en los procedimientos de quiebra o concurso o en los expedientes de suspensión de pagos, por lo

que la inclusión de datos falsos en dichos balances no debe dar lugar, en principio, a la aplicación de la norma penal invocada en este motivo del recurso, aunque se trate, sin duda alguna, de una de las falsedades ideológicas cometidas por particulares que pueden ser objeto de represión penal. Y ello porque, siendo esta acción el elemento objetivo del tipo previsto en el art. 261 CP, que tiene una clara relación de especialidad con respecto al descrito en el art. 290 CP, no parece acorde con la regla 1.ª del art. 8.º CP —ni con el principio de legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE— castigar una conducta específica con arreglo a una norma genérica cuando la pena de prisión establecida en ésta —de uno a tres años— es más grave que la conminada para dicha conducta —prisión de uno a dos años— en el precepto que especialmente la prevé. No consideramos, en consecuencia, que se haya infringido el art. 290 CP al no subsumirse en el tipo de delito societario penado en dicho artículo la acción de los acusados a que se refiere la queja casacional deducida en el tercer motivo del recurso, esto es, la inclusión de datos, que resultaron no ser ciertos, en el balance que aquéllos presentaron en el expediente de suspensión de pagos de la entidad “Pindaya, S.A.” de la que eran administradores toda vez que, con independencia de otras razones, el principio de especialidad se oponía a dicha subsunción y la norma especial eventualmente aplicable no fue invocada por la Acusación en la instancia ni, por supuesto, su aplicación ha sido objeto de debate en este recurso. Se rechaza el tercer motivo del recurso y éste queda desestimado en su integridad.

Sentencia 1494/2003, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2003

RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

A propósito de un delito de lesiones, se analiza con claridad el problema de la relación de causalidad (y de imputación objetiva) entre la conducta y el resultado típico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

Tiene declarado esta Sala como es expone la Sentencia 1611/2000, de 19 de octubre, que la teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad

natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se

realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “auto-puesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (confr. entre otras SSTs de 12 de febrero de 1993; 21 de diciembre de 1993; 26 de junio de 1995; 28 de octubre de 1996, 1311/1997, de 28 de octubre; 1256/1999, de 17 de septiembre; 1611/2000, de 19 de octubre y 1671/2002, de 16 de octubre) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

En el presente caso, la cuestión de la causalidad natural no ofrece la menor duda: de acuerdo con la fórmula de la teoría de la condición (“*conditio sine qua non*”), si el acusado no hubiera golpeado a la víctima, ésta no habría sufrido las lesiones y secuelas

que se describen en el relato de hechos que se declara probado.

Tampoco da lugar a dudas que golpear a otro constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado. Sin embargo, es precisa una mayor reflexión respecto de la cuestión de si la extirpación del bazo es la realización del peligro creado por la acción. Al respecto la Sala debe alertar respecto de cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de la previsibilidad del resultado. El resultado puede ser previsible y, sin embargo, no ser la concreción del peligro. En realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado. Dicho de otra manera: se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se pudiera encontrar, como se sostiene en el motivo, sometido ya a una situación de riesgo, como consecuencia de una alegada enfermedad que sufría la víctima de los hechos. Pero lo que resulta claro, y así se infiere de las pruebas practicadas, especialmente de los dictámenes médicos emitidos, es que la extracción del bazo no aparece en este caso como la concreción de los efectos de una posible enfermedad que padeciera el perjudicado, sino como la realización del peligro implícito en los brutales golpes con los puños y piernas y especialmente las fuertes patadas que le dio en el tronco lo que determinó las graves lesiones y la extirpación del bazo. Esta conclusión puede ser fundamentada también desde el ámbito de protección de la norma, dado que las normas que protegen la integridad corporal y la vida no dejan fuera de protección, respecto de los peligros provenientes de las agresiones, a los que pudieran padecer enfermedades, es decir a quienes están sometidos a un riesgo futuro de cierta indeterminación en el tiempo.

En el caso objeto de este recurso, como se ha dejado expresado, la causalidad aparece con claridad meridiana. Es patente que, existió una causalidad natural, de no mediar los puñetazos y especialmente las fuertes patadas no se hubieran producido las lesiones y secuelas padecidas por el perjudicado. La acción realizada por el recurrente ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento. Por último, el resultado producido es concreción de la acción, pues las lesiones y secuelas, y entre ellas la extirpación del bazo, se producen a conse-

cuencia de los golpes propinados por el acusado, no por una posible enfermedad que pudiera padecer el lesionado.

No existe, pues, situación alguna que pueda considerarse similar o próxima a una de autopuesta en peligro por parte de la víctima que ninguna culpa ha tenido en la realización de los hechos, que no los ha provocado, y menos en la agresión sufrida, habiendo quedado perfectamente establecida la relación causal entre agresión y resultado de lesiones y secuelas sufridas por el perjudicado.

Sentencia 1540/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de noviembre de 2003

PRUEBA TESTIFICAL Y CONVIVENCIA "MORE UXORIO".

Arts. 416 y 707 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

No estando expresamente prevista en la Ley la convivencia "more uxorio" como dispensa al deber de declarar, no cabe apreciar vulneración del derecho al proceso con todas las garantías para el hecho de que el Tribunal no extendiera "motu proprio" la advertencia de la dispensa legal al referido deber a todos los supuestos de convivencia extramatrimonial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La cuestión que se plantea, en consecuencia, es la de determinar si constituye una prueba inconstitucionalmente obtenida la declaración de la compañera sentimental de un acusado, víctima de una agresión sexual, por el hecho de no haber sido advertida por el Tribunal de la dispensa le-

gal de su obligación de declarar. Adviértase que no se analiza la cuestión desde la perspectiva de un supuesto en que se invoque por el testigo una relación análoga con el matrimonio para afirmar su facultad de negarse a declarar contra su compañero sentimental, sino que la cuestión planteada se reduce a determinar si el Tribunal debe extender "motu proprio" dicha advertencia a todos

los supuestos de convivencia extramatrimonial, y si, en el caso de que no lo haya hecho, la prueba así obtenida es inconstitucional.

Para resolver esta cuestión debe partirse de que el párrafo último del art. 24 de la Constitución Española establece que “La Ley regulará los supuestos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Pues bien, la Ley no ha incluido los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art. 416.1.º de la LECrim., o en cualquier otro precepto legal. Cuando el Legislador ha apreciado, en el ámbito de la jurisdicción penal, la conveniencia o necesidad de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables, o convivencia “more uxorio”, con los del matrimonio lo ha establecido así expresamente, como sucede por ejemplo en el art. 23 del Código Penal de 1995 (circunstancia mixta de parentesco), en el art. 153 del Código Penal de 1995 (violencia doméstica), en el art. 424 (atenuación del cohecho), en los arts. 443 y 444 (abusos sexuales de funcionario) o en el art. 454 (encubrimiento entre parientes), preceptos en los que se asimila a los cónyuges con las “personas ligadas de forma estable con análoga relación de afectividad”. Pero esta asimilación no tiene carácter general y el Legislador la ha excluido, por ejemplo, en el art. 268 Código Penal de 1995 (excusa absolutoria entre parientes).

En consecuencia, al no establecerse dicha dispensa en la Ley, como previene la

norma constitucional (art. 24 “in fine”), no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el Tribunal no la incluya entre los supuestos en que debe informar al testigo de la exención de su obligación de declarar. Y, por tanto, la prueba así practicada no constituye una prueba obtenida inconstitucionalmente, sino una prueba de cargo válida.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

Cuarto.—Cuestión distinta, obviamente, es la conveniencia de establecer esta asimilación, de “lege ferenda”, para evitar situaciones discriminatorias. Como también lo sería el supuesto en que el propio testigo invocase la fundamentación material de la dispensa (su derecho constitucional a la intimidad, por ejemplo) para exculpar su negativa a declarar, invocando a título análogo la exculpación prevenida por el art. 454 del Código Penal de 1995 para los supuestos de encubrimiento entre parientes, que el Legislador ha extendido expresamente a las personas unidas por una relación de afectividad análoga a la del matrimonio.

Pero, a los efectos aquí examinados, ha de establecerse que la mera omisión por el Tribunal de la comunicación de una exención o dispensa que la Ley no establece, no vicia la declaración testifical practicada, por lo que la declaración de la víctima de la agresión sexual, compañera sentimental del acusado, constituye en el caso actual una prueba de cargo válidamente obtenida.

Sentencia 1451/2003, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2003

ENTRADA Y REGISTRO. EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

Arts. 11.1.º LOPJ; 545 y 551 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

Doctrina general sobre los requisitos que debe reunir el consentimiento dado a una entrada y registro que, al no concurrir en el caso de autos, determina la nulidad de la practicada policialmente sin autorización judicial y sobre la prohibición de valoración de las pruebas derivadas: la declaración del imputado sólo puede valorarse como prueba de cargo jurídicamente desconectada de la actuación inconstitucional si, atendiendo a las circunstancias del caso, esta valoración no puede ser considerada como una explotación o aprovechamiento ilegítimo de la violación constitucional, lo que ordinariamente concurrirá cuando la confesión tenga lugar después de la expulsión de la prueba ilícita del proceso penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La autorización o licencia que el consentimiento significa para que los funcionarios policiales penetren y registren el domicilio de una persona debe estar absolutamente desprovista de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo. Es decir, el consentimiento ha de estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño (art. 1265 del Código Civil), pues si tales rigurosas exigencias son requeridas para las relaciones contractuales, mucha más severidad habrá de aplicarse cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental del in-

dividuo (sentencia de 11 de diciembre de 1998, núm. 1576/1998, entre otras).

El consentimiento prestado debe ser correctamente informado y terminantemente libre. El titular del derecho debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial; y debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad con que debe tomarse la decisión.

Cuarto.—Esta Sala ha prestado especial atención a los casos en que la supuesta autorización se concede por quien se encuentra detenido en poder de las fuerzas policiales, en unas condiciones anímicas que han sido calificadas como de “intimidación ambien-

tal” (STS de 13 de junio de 1992), poniéndose también de manifiesto la eventual “coacción que la presencia de los Agentes de la Autoridad representan —quíerese o no— en cuyo supuesto se carece de la serenidad precisa para actuar en libertad” (STS de 20 de septiembre de 1994). La doctrina de esta Sala ha establecido que el consentimiento otorgado en esas condiciones es un consentimiento viciado y carente de eficacia, y ha insistido con reiteración en que en la situación de detención del interesado, únicamente podrá otorgarse validez al consentimiento cuando éste se presta con asistencia del Letrado defensor a que todo detenido tiene derecho de acuerdo con los artículos 17.3 y 24.2 de la CE, y 520 de la LECrim., porque la presencia del Abogado, que interviene precisamente en defensa de los derechos del detenido, se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre dicha decisión.

(...)

Quinto.—Pero la eventual intimidación que pueda sufrir una persona a la hora de permitir la entrada y registro de su domicilio por la fuerza policial no se vincula de manera exclusiva al hecho de la detención y al “ambiente intimidatorio” que tal situación supone, pues es ciertamente posible que la actividad coactiva se lleve a cabo en momentos previos a la formalidad de la detención, de tal suerte que, si así sucediera, tan viciado de nulidad estaría el consentimiento así obtenido en un caso como en el otro.

(...)

Sexto.—En el caso actual nos encontramos ante unas circunstancias que configuran un supuesto paradigmático de coacción o falta de voluntariedad. La propia Sala sentenciadora declara expresamente acreditado que tras montarse el dispositivo policial rodeando la casa a las siete de la mañana, la fuerza actuante, que iba asistida por el Grupo Puma de la seguridad ciudadana, requirió la presencia de un responsable, el acusado

hoy recurrente de nacionalidad marroquí, quien “ante la evidencia de haber sido sorprendida su actividad y de estar rodeado el edificio, evidencia por sí misma comprobable” consintió la entrada de la policía suscribiendo una autorización que le fue presentada por la fuerza policial.

No es necesario atender a las manifestaciones del recurrente, quien desde su primera declaración judicial niega haber prestado su consentimiento para la intrusión policial, alegando además que fue encañonado, que la supuesta autorización la suscribió ya en la Comisaría y que no entendió su contenido por estar en castellano cuando él es extranjero y su idioma materno es el árabe, para apreciar que de los propios datos que constan en el atestado sobre la hora, naturaleza y circunstancias de la operación policial se deriva que no nos encontramos ante un supuesto de prestación libre y voluntaria del consentimiento, sino ante la creación de un ambiente intimidatorio que vicia la supuesta renuncia al derecho constitucional.

Es cierto que formalmente el afectado no fue detenido hasta después de haberse producido la entrada, pero también lo es que el amplio dispositivo policial que rodeaba la casa, fácilmente perceptible como señala el Tribunal sentenciador, unido a la hora intempestiva en que se realizaba la actuación policial y a la naturaleza misma de la intervención, configuran uno de los supuestos más claros que ha contemplado esta Sala, en los que la actividad coactiva se lleva a cabo en los momentos previos a la formalidad de la detención. No cabe hablar de libre y voluntario consentimiento, en sentido constitucional, en semejantes condiciones.

Séptimo.—Como hemos señalado el consentimiento prestado debe ser correctamente informado y terminantemente libre. En el caso actual no concurre ninguna de dichas condiciones.

Desde la perspectiva de la información hemos dicho que el titular del derecho debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere,

así como de las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial, información que se le debe proporcionar en términos suficientemente asequibles. En el caso actual no constan los términos en que se le proporcionó dicha información, pues la supuesta autorización consiste en un escueto impreso policial que no contiene información alguna de derechos.

Por otra parte cuando el acusado fue informado posteriormente de sus derechos como consecuencia de su detención solicitó expresamente que le fuese proporcionado un intérprete, según consta en el folio 15 de las actuaciones (información de derechos de Mustapha El M.), y sus declaraciones posteriores se prestaron siempre con intérprete, pues se trata de un extranjero, natural del Reino de Marruecos y con nacionalidad marroquí. Aun cuando pueda estimarse que conocía algo el idioma español, lo cierto es que un acto de tanta trascendencia como la renuncia voluntaria a un derecho constitucional tan relevante como la inviolabilidad domiciliaria requería al menos, para garantizar el conocimiento de su contenido y efectos, la intervención de intérprete como se hizo en las declaraciones posteriores o una mínima información en el idioma del afectado, que no se produjo.

Desde la perspectiva del consentimiento debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad con que ha de tomarse la decisión. Y es claro que la naturaleza de la actuación policial, con lo aparatoso del dispositivo montado, a primera hora de la mañana, con intervención de varias unidades y rodeando manifiestamente el edificio para evitar expresamente cualquier fuga, creaba un ambiente de coerción, lícito pues la policía en estos supuestos de supuesta delincuencia organizada debe ser coercitiva y actuar con la necesaria contundencia, pero inapropiado para expresar con voluntariedad la renuncia a un derecho constitucional.

Octavo.—Si se acude al atestado policial se pone de manifiesto, con toda claridad y contundencia, la infracción constitucional.

En efecto, en el folio primero de las diligencias se contiene una detallada información sobre los antecedentes de la actuación policial, que permite constatar que ésta se preparó concienzudamente durante varios días, lo que hace incomprensible que se prescindiese deliberadamente de solicitar la preceptiva autorización judicial de entrada y registro. Si se practicaron vigilancias durante varias jornadas, es obvio que hubo tiempo suficiente para interesar el mandamiento judicial.

(...)

Como se puede fácilmente constatar, pese a tratarse de una actuación aparentemente delictiva cuya investigación exige necesariamente la entrada y registro de un domicilio, se prescinde de poner los hechos en conocimiento de la Autoridad judicial competente y de solicitar la pertinente autorización judicial de entrada y registro, acordándose que sea la propia comisión policial la que, por sí misma, efectúe las diligencias procedentes en el interior del domicilio, incluida la detención de sus habitantes, obviando las disposiciones constitucionales sobre inviolabilidad domiciliaria.

Para soslayar la necesidad de autorización judicial, la fuerza policial actuante portaba un escueto impreso, con los correspondientes espacios en blanco, en el que el titular del domicilio “autoriza voluntariamente” la entrada policial, que es el que se presentó al titular para su firma. Presentación con la que, además, se induce a error pues en el ambiente de coerción creado por la intervención, la presentación por la policía al titular de la vivienda de este documento para su firma puede tomarse como la notificación de un mandamiento judicial de entrada, más que como una autorización voluntaria.

No nos encontramos, en consecuencia, ante un supuesto de libre y voluntario consentimiento según lo previsto en nuestra Constitución, sino ante un artificio que impide la intervención y el control jurisdiccional mediante una autorización supuestamente voluntaria policialmente programada de antemano.

Este modelo de actuación policial es poco diligente, pues al prescindir de las garantías propias de la intervención judicial, pone en peligro la efectividad de la operación arriesgándose a provocar la nulidad de todo lo actuado. Es indicativo de una defectuosa práctica profesional, pues se deja la entrada y registro al supuesto arbitrio del titular de la vivienda, cuando debería ser ordenada judicialmente y practicada en todo caso. Y afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria pues configura un supuesto nuevo de entrada y registro policial de un domicilio, añadido a los constitucionalmente establecidos, que consiste en la autorización del titular policialmente inducida y predeterminada.

El motivo, por todo ello, debe ser estimado. La entrada y registro policialmente realizados sin autorización judicial y sin razón alguna que justifique que no se haya solicitado el mandamiento, vulneraron el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, como sostiene el recurrente.

Décimo.—Procede, en consecuencia, analizar los efectos de esta vulneración sobre la prueba de cargo practicada.

Dispone el art. 11.1.º de la LOPJ que: “En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

(...)

La prohibición abarca la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental y también aquellas otras que, habiéndose obtenido legalmente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1.º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan “indirectamente” de dicha vulneración.

La justificación de este denominado “efecto dominó” (SSTS de 15 de diciembre de 1994, 19 de junio de 1999, núm.

457/1999, 31 de enero de 2000, núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000, núm. 1850/2000, 18 de julio de 2002, núm. 1203/2002, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia de este “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6 de octubre de 1999, núm. 1380/1999).

(...)

Undécimo.—(...)

El efecto expansivo de la prohibición de valoración de las pruebas inconstitucionalmente obtenidas únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, salvo determinados supuestos excepcionales admitidos por nuestra doctrina jurisprudencial en congruencia con el derecho comparado en los que puede apreciarse la ruptura jurídica de la conexión (por ejemplo el descubrimiento inevitable, STS 4-7-1997, núm. 974/1997). Pero en cualquier caso se trata de excepciones a la regla general de exclusión.

Como destacan las resoluciones anteriormente citadas, es necesario poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independiente” (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no deben surtir efecto alguno en el proceso, como regla general, por expreso mandato legal.

(...)

Duodécimo.—(...)

La regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a través del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exi-

gencias constitucionales es reconocida por el Tribunal Constitucional en la propia sentencia del Pleno que estableció la doctrina de la conexión de antijuridicidad (STC 81/98, de 2 de abril).

Así en esta sentencia el Tribunal Constitucional proclama enfáticamente que “la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 851/1994, fundamento jurídico 5.º; 861/1995, fundamento jurídico 3.º; 181/1995, fundamento jurídico 4.º; 49/1996, fundamento jurídico 5.º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 CE”.

En consecuencia son erróneas las interpretaciones de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” que la interpretan en el sentido de convertir la excepción en regla. La regla general, en los supuestos de pruebas derivadas de una infracción constitucional, sigue siendo la prohibición de valoración.

Decimotercero.—Partiendo de esta regla general la cuestión que resulta más controvertida es la de determinar si la admisión por el acusado de los hechos descubiertos inconstitucionalmente constituye una excepción a la regla general de exclusión, y en su caso cuáles son los supuestos en los que puede utilizarse esta prueba derivada como prueba de cargo hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y con qué requisitos. Sin vulnerar con ello, en el ámbito constitucional, el marco de protección de los derechos fundamentales y en el ámbito de la legalidad ordinaria, lo prevenido específicamente por el art. 11.1.º de la LOPJ.

Lo primero que debe señalarse es que la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, con anterioridad al vuelco jurisprudencial operado en el Tribunal Constitucional a través de su sentencia 81/98, de 2 de abril, que estableció la doctrina de la co-

nexión de antijuridicidad, era por lo general contraria a aceptar que los supuestos en que el acusado admitiese los hechos descubiertos inconstitucionalmente constituyesen una excepción a la regla general de exclusión de las pruebas reflejas o derivadas de una violación constitucional. Y ello por estimar razonada y razonablemente que esta admisión venía ordinariamente determinada por los descubrimientos realizados mediante la violación del derecho fundamental.

Decimocuarto.—Por ejemplo en la STS Sala 2.ª de 5 de junio de 1995, se resume la doctrina jurisprudencial sobre esta materia señalando, que “El efecto reflejo establecido en el citado art. 11.1 de la LOPJ por aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*‘The tainted fruit’*) o, genéricamente, doctrina de ‘los frutos del árbol envenenado’ (*‘The fruit of the poisonous tree doctrine’*), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina (representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 de febrero, 2783/1993, de 13 de diciembre, 311/1994, de 19 de febrero y 2054/1994, de 26 de noviembre), ha configurado a través de las notas siguientes: 1.ª) No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. 2.ª) Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como ‘hallazgo inevitable’ (SSTS 298/1994, de 7 de febrero, y 2054/1994, de 26 de noviembre). En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio. Si no se produce tal efecto, la consecuencia no es otra que la de determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para reputar enervada la verdad interina

de inculpabilidad en que la presunción de inocencia consiste”.

Como puede apreciarse las únicas excepciones admitidas a la regla general de exclusión en este reiterado cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo son la fuente independiente (“independence source”) si es posible establecer una desconexión causal, y el hallazgo inevitable (“inevitable discovery”), que en la sentencia de 4 de julio de 1997, núm. 974/1997, se condiciona a la buena fe. Pero no se cita como excepción adicional la admisión por el acusado de los hechos inconstitucionalmente descubiertos.

(...)

Decimosexto.—El análisis de esta cuestión con posterioridad a la STC 81/98 debe efectuarse recordando, en todo caso, que la problemática de las prohibiciones probatorias en el proceso penal no constituye una mera cuestión procesal sino que responde al núcleo central de las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos en el marco de un Estado de Derecho constitucional. Si los Poderes Públicos, tras violentar un derecho constitucional fundamental, pueden explotar o aprovecharse de dicha violación en perjuicio del ciudadano por el mero hecho de que éste haya admitido, en el curso de su defensa, el hecho consumado que constituye el resultado manifiesto de la infracción, se quiebra la confianza en que se sustenta el pacto constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia parte de la consideración de que la apreciación sobre la ruptura del nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada (STC 81/98).

Pues bien, partiendo de la larga experiencia de este Tribunal ha de estimarse que la cuestión acerca de si la declaración del imputado admitiendo hechos inconstitucionalmente descubiertos constituye o no una confesión libre, voluntaria e informada, que

pueda romper el nexo con la vulneración constitucional y ser admitida como prueba de cargo válida, constituye una cuestión a la que no se puede dar una respuesta única y automática, tanto en sentido positivo como negativo, pues es necesario diferenciar diferentes supuestos.

En primer lugar han de examinarse los supuestos paradigmáticos, a los que parece referirse el Tribunal Constitucional, en los que el acusado en el acto del juicio oral reconoce libre y voluntariamente su culpabilidad, admitiendo su participación en los hechos delictivos con pleno conocimiento de que la prueba inconstitucionalmente obtenida no se puede utilizar en su contra.

Éste es el supuesto que ha servido de fundamento para la construcción de esta excepción a la regla general de exclusión en el precedente más significativo del derecho comparado, el caso Wong Sun vs. US resuelto por el Tribunal Supremo de los EEUU, citado por la generalidad de la doctrina como antecedente de la incorporación de esta excepción a nuestro ordenamiento por el Tribunal Constitucional.

(...)

(...) en estos supuestos, cabe aceptar que la voluntariedad de la confesión, las garantías que revisten la declaración en el juicio (STC 86/95 de 6 de junio, STC 181/199, de 27 de septiembre, STC 239/99, de 20 de diciembre, STC 8/2000, de 17 de enero) y, esencialmente, el conocimiento por el acusado, jurídicamente asesorado por su defensa, de que no le es exigible una explicación sobre el descubrimiento inconstitucional pues éste no puede ser utilizado como prueba en su contra, permiten constatar que su confesión, libre, voluntaria e informada, no se encuentra condicionada o predeterminada por el resultado de la prueba ya expulsada del proceso por ser constitucionalmente ilícita.

Decimoséptimo.—Sin embargo estos supuestos deben ser distinguidos de aquellos otros, más frecuentes, en los que el acusado se limita a aceptar en su declaración

policial, sumarial o incluso en el juicio, un hecho introducido en el proceso mediante la prueba inconstitucional, y que no ha sido expulsado del mismo por la previa declaración de inconstitucionalidad de la prueba.

En estos supuestos, si con posterioridad a dicha declaración del acusado el Tribunal sentenciador, o bien esta Sala en casación, declaran la inconstitucionalidad de la prueba y la consiguiente expulsión del proceso de su resultado probatorio (el hallazgo de una cierta cantidad de droga o de un arma sin licencia, por ejemplo, en el domicilio del acusado registrado policialmente sin autorización judicial), ese hallazgo expulsado del proceso no puede ser reintroducido recuperando para ello la admisión realizada por el acusado cuando dicho elemento fáctico constituía un dato incorporado al proceso. Pues con este regreso o recuperación se está realizando un aprovechamiento o utilización ilegítima del descubrimiento inconstitucional, que fue aceptado por el acusado en la medida en que tenía necesariamente que construir su defensa partiendo del hecho consumado del hallazgo.

Frente a ello se alega que el acusado tiene derecho constitucional a no declarar, lo que le permitiría negarse a proporcionar explicación alguna sobre la droga, el arma o el dinero, por ejemplo, encontrados en su domicilio. Pero con ello se parte de una concepción unidireccional y muy restrictiva del derecho constitucional de defensa. La Constitución no sólo reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo, también el de no declararse culpable, que incluye el derecho a declarar proporcionando una versión favorable o exculpatoria frente a los indicios inculpativos.

La experiencia acredita que en la mayoría de los supuestos el acusado que acepta el resultado inconstitucional de un registro, se limita a ejercer su derecho constitucional de defensa, admitiendo lo que no puede negar (el hallazgo del arma, de la droga o del dinero en su domicilio) pero afirmando, por ejemplo, en cuanto al arma que no es de su titularidad, en cuanto a la droga que está

destinada al propio consumo o que desconocía su existencia, y en cuanto al dinero que tiene una procedencia lícita.

Con independencia de que estas manifestaciones exculpativas sean o no finalmente aceptadas, lo relevante es que cuando el acusado las proporciona no está confesando libre y voluntariamente los hechos descubiertos inconstitucionalmente sino respondiendo a la exigencia de explicación sobre el hallazgo que realizan los agentes encargados de la investigación criminal, el propio Juez Instructor o el Ministerio Fiscal. Hallazgo que el imputado se ve obligado a aceptar como un dato incorporado al proceso a partir del cual necesita construir su defensa. En consecuencia, no cabe hablar en estos supuestos de que la aceptación de los hechos inconstitucionalmente descubiertos constituya una confesión libre y voluntaria del acusado hábil para romper la conexión de antijuridicidad con la prueba inconstitucional, sino del aprovechamiento manifiesto “contra reo” de los elementos probatorios inconstitucionalmente obtenidos.

(...)

Decimonoveno.—(...)

Es decir que una vez declarada la inconstitucionalidad de la prueba no pueden utilizarse las declaraciones anteriores del acusado que aceptaban los hechos inconstitucionalmente conocidos para ofrecer una versión exculpativa de los mismos, aun cuando esta versión exculpativa no resulte convincente, pues con ello se está aprovechando o explotando ilegítimamente la vulneración constitucional.

En definitiva, la declaración del imputado sólo puede valorarse como prueba de cargo jurídicamente desconectada de la actuación inconstitucional si, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso específico, esta valoración no pueda considerarse en absoluto como una explotación o aprovechamiento ilegítimos de la violación constitucional, lo que ordinariamente concurrirá cuando la confesión tenga lugar después de la expulsión de la prueba ilícita del proceso penal.

Sentencia 1655/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de diciembre de 2003

ESTAFA.

Art. 250.1.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una completa argumentación del sentido y alcance que cobra la circunstancia agravatoria de la “especial gravedad” en el delito de estafa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo de lo previsto en el art. 849.1.º LECrim., el recurrente, en el inicial motivo, estima indebidamente aplicado el art. 250.1.6 del C. Penal.

1. El error “iuris” lo basa en la incorrecta interpretación del precepto, entendiendo que dada su estructura gramatical, deberían exigirse simultáneamente la concurrencia de los tres supuestos normativos, desarrollados en el n.º 6, para que pueda ser apreciada la cualificativa.

El tenor literal de la circunstancia es el siguiente: el delito de estafa se agravará cuando:

6. “Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima o a su familia”.

La causa es la utilización de la partícula copulativa “y”, en lugar de la disyuntiva “o”, que es la que se emplea en todos los demás números del precepto, en cada uno de

los cuales es factible hallar otras tantas hipótesis agravatorias.

La comparación se suele establecer con la homónima agravación prevista para el hurto, en el art. 235.3.º CP, en la que el nexo de unión entre las distintas hipótesis es la disyuntiva “o”.

2. Sin embargo, esta Sala desde la sentencia n.º 173 de 12 de febrero de 2000, de forma invariable, aun reconociendo la redacción de los n.º 3.º y 4.º del art. 235 (hurto), en contraste con los términos del n.º 6 del art. 250, da una misma interpretación a los dos supuestos agravatorios. Esto es, la cualificación estaría integrada por ser la estafa de especial gravedad, para cuya determinación se puede acudir indistintamente a cada uno de los tres conceptos que el propio n.º 6 desarrolla, aunque el primero y segundo (valor de la defraudación y entidad del perjuicio) constituyen el haz y el envés de una misma realidad.

3. La precedente conclusión es fruto de un análisis o interpretación lógico-sistemática de dicha agravatoria en el hurto y en el robo (véase, entre otras, SS n.º 300 de 22 de febrero de 2001, n.º 84 de 29 de enero de 2002 y n.º 1152 de 21 de junio de 2002).

Se argumenta que:

a) No existen razones que justifiquen un distinto trato jurídico a la cualificación del hurto y del robo. De seguir la interpretación del recurrente se producirían agravios comparativos.

b) Serían privilegiados de este modo los que cometen delitos de apropiación indebida y estafa, que a pesar de ser de mayor gravedad que el hurto, quedaría en más de una ocasión excluida la agravación.

c) La redacción del n.º 6 del art. 250, parece responder a una acumulación de las agravatorias 5.º y 7.º del art. 529 del Código precedente.

d) No se sumarían tres circunstancias para que surgiera una, sino que en el fondo las circunstancias serían dos, porque el valor de la defraudación y el perjuicio son el anverso y reverso de un mismo fenómeno.

e) Nunca podía aplicarse a los fraudes cuando el sujeto pasivo fuera una entidad crediticia o sociedad mercantil importante,

porque la situación económica, apenas si se resentiría.

f) Por último, el inciso final del art. 249 CP a la hora de fijar la pena exige tener en cuenta cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción y cuando menos en el n.º 6 se hallan dos hipótesis distintas de cualificación, cada una de las cuales, por separado, puede teñir a la estafa de especial gravedad.

3. De acuerdo con todo lo dicho, esta Sala, tanto en el régimen jurídico anterior como en el actual, ha reputado suficiente para calificar de especial gravedad a las estafas y apropiaciones indebidas, que el valor objeto del delito sea de cierta consideración.

Ya hace tiempo que se acude a la cifra orientatoria o referencial de 36.000 euros (6 millones de pesetas). En el caso de autos, alcanzando la defraudación a casi 300 millones de pesetas, queda fuera de toda duda la correcta subsunción de los hechos.

El art. 250.1.6.º CP no ha sido infringido.

Sentencia 1663/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de diciembre de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Sentencia condenatoria relativa al tráfico de drogas de cantidad pretendidamente insignificante. Se considera la conducta punible constitutiva de un delito de peligro abstracto y por la posibilidad que puedan darse conductas que intenten eludir la aplicación de la norma, por medio de la división de las dosis por debajo de las cantidades consideradas insignificantes por los tribunales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Es cierto que este Tribunal de casación, en excepcionales ocasiones, cuando la cantidad de droga objeto del delito es insignificante, ha considerado que la conducta carecía de la necesaria antijuricidad material o capacidad para lesionar el bien jurídico protegido, ni siquiera creando un riesgo de lesión.

2. A pesar de ese criterio incuestionable, esta Sala ha sido cuidadosa a la hora de pronunciarse sobre los supuestos en que no se ha acreditado que la transacción de sustancias tóxicas fuera mas allá de una papelina, con escasísimo porcentaje de principio activo.

En primer lugar, tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc, y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Tampoco debe pasar por alto la posibilidad de un fraude de ley, de los vendedores minoritarios de estas sustancias, que realizan unas divisiones de las dosis, para conseguir con dos o tres, lo que con una no se consigue.

También debe tenerse presente que, aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de

los vendedores podría estar dirigido a iniciar a los neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia a dichas sustancias tóxicas.

3. Siendo conscientes de todas esas circunstancias y algunas más, que ponen en duda la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales.

En tal sentido, y con el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto, son ilustrativas las cuantías mínimas o dosis mínimas psicoactivas, facilitadas por el Instituto Nacional de Toxicología.

Por referirnos a los de uso más repetido, en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas:

- heroína: 0,66 miligramos
- cocaína: 50 miligramos
- hachís: 10 miligramos
- M.D.M.A.: 20 miligramos

De esa escueta reseña se advierte cómo la heroína es, con mucho, el producto con mayor grado de dañosidad en el organismo humano. Con la dosis aprehendida se podrían confeccionar 20 con capacidad de afectar a la salud de las personas.

Ello hace que, por esta sola razón, deba estimarse el motivo.

Sentencia 1690/2003, Sala de lo Penal del TS, de 15 de diciembre de 2003

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

Arts. 579 LECrim.; 18.3 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Expuestos los requisitos que deben reunir los datos objetivos indiciarios como presupuesto habilitante de una intervención telefónica, se constata su insuficiencia y la consiguiente vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En esta segunda verificación hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 C. Penal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado. Esto es, si los elementos de juicio sometidos a la consideración del Juzgado por la policía evidenciaban tener como presupuesto un trabajo de indagación de calidad bastante para entender que sus aportaciones justificaban la medida. Y esto, tanto por el contenido informativo de aquéllas, como porque fuera razonable pensar que estaban agotados todos los restantes medios de averiguación. Por último, es también necesario verificar si el Juez de instrucción ejerció de forma satisfactoria el control de la regularidad de la actuación policial a que está obli-

gado, lo que tiene que desprenderse, con la necesaria claridad, de las resoluciones dictadas al efecto, tanto para autorizar inicialmente como para, en su caso, prorrogar las interceptaciones que hubiera autorizado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método que debe seguirse en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención —por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado— ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar “razones fácticas y jurídicas”. Más en concreto: “los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas”. Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las “meras hipótesis subjetivas”, a las que

también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos.

Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre “el dato objetivo” y el “delito” de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito”. De ahí que “el hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa”.

Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada —necesaria—, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental de art. 18.3 CE. Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición; hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría formar criterio —que es lo que la ley demanda— para decidir con rigor, en atención al caso con-

creto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que —es obvio— debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor. De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente sazonado con ingredientes tales como: “grupo organizado”, “tráfico de estupefacientes a gran escala”, “antecedentes penales” o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, “patrimonio elevado”, “contactos”... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado. Algo equivalente a la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional (sentencia n.º 167/2002), cuando en la solicitud de intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones, “lo lógico es exigir al

menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación”.

Por otra parte, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de esa elemental exigencia legal, nada más fácil ni de más fácil realización por el instructor que la solicitud de una ampliación de los datos, cuando los ofrecidos fueran insuficientes. La mayoría de las veces, un defecto semejante podría resolverse mediante la simple realización de una comparecencia.

Con el modo de actuar que se reclama, tanto la actividad policial como la judicial gozarían del grado de profesionalidad y rigor exigible en materias tan sensibles por su incisividad en derechos básicos. Y, además, las correspondientes actuaciones tendrían toda la eficacia para la persecución de los delitos de la que se les priva, lamentablemente, con las malas prácticas policiales y judiciales que, en ocasiones, desembocan en declaraciones de nulidad.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva “ex ante”, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajudicial e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación “ex post”, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equi-

valdría a la pura y simple derogación del art. 11.1 LOPJ e, incluso, de una parte, sino todo, del art. 24 CE.

Esa obligada disociación del resultado finalmente obtenido de sus antecedentes, para analizar la adecuación de éstos, considerados en sí mismos, al paradigma constitucional y legal de pertinencia en razón de la necesidad justificada, es, precisamente, lo que tiñe de dificultad la actividad de control jurisdiccional y, con frecuencia, hace difícil también la aceptación pública de eventuales declaraciones de nulidad. Como ponía de manifiesto una sentencia de esta misma sala (de 21 de septiembre de 1999), que, a la vez, señalaba el alto significado pedagógico de decisiones de esa clase cuando dictarlas resulte obligado en una correcta lectura de los preceptos de referencia.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser “específica”, es decir, debe “atender a las circunstancias concretas”, y tiene que ser también “razonada” (STC 181/1995).

(...)

La decisión del recurso que se examina hace necesario el examen de la acontecido en esta causa, a la luz de las precedentes consideraciones.

Segundo.—El Comisario jefe de Albacete formuló solicitud de interceptación de los teléfonos móviles del recurrente sobre la base de las siguientes afirmaciones: a) que realiza viajes a Madrid y Alicante para adquirir cocaína y hachís; b) que viaja en un vehículo Volkswagen Golf, de matrícula 8434-BJJ, acompañado de un individuo de raza árabe, Ernesto, que le sirve de contacto y luego trabaja como camello; c) que el nombre de

este individuo figuraba en una documentación intervenida a algunos sujetos relacionados con el tráfico de drogas; d) que Emilio, cuando llega a Albacete con ese turismo se introduce en una cochera, donde tiene también una furgoneta; e) que cuando se desplaza a Madrid lo hace con su mujer e hijos para pasar desapercibido.

El titular del Juzgado de instrucción n.º 1 de Albacete, que recibió ese oficio dictó un auto de la misma fecha. En él, después de dejar constancia de la presentación de la solicitud, en el primero de los fundamentos de derecho decía que “deduciéndose de lo expuesto que existen fundados indicios de que mediante la intervención y escucha de los teléfonos (...) utilizados por Emilio y Ernesto pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito de tráfico de drogas en el que [éstos] pudieran estar implicados, es procedente ordenar la intervención solicitada...”

Tercero.—El examen de los datos que acaban de reseñarse pone de manifiesto que lo aportado por la policía y que en el auto se califica impropia de “fundados indicios” no pasa de ser la mera afirmación de que podría estar cometándose un delito, a la que sigue otra, por demás imprecisa, relativa a algún aspecto del supuesto “modus operandi”.

Como hace patente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ampliamente citada, ese primer aserto carece, en sí mismo, del mínimo contenido informativo. Y sólo podría haberse tomado en consideración si hubiera tenido como sustento datos sugestivos de la preexistencia de una investigación dotada de cierta seriedad y razonablemente indicativos de que la misma había producido algún fruto. Datos que, desde luego, en este caso no se aportaron.

Es, por tanto, inobjetable que, en vista de semejante modo de operar policial, el Juez de Instrucción debería haber solicitado una ampliación de los elementos de juicio, con

la aportación de detalles sobre la naturaleza de la vigilancia y de su resultado efectivo.

No actuó así y, en consecuencia, careció de la posibilidad de contrastar mínimamente la atendibilidad de las afirmaciones policiales, de manera que, al decidir como lo hizo, se limitó a expresar una actitud de mera confianza acrítica en ellas, que no es ciertamente lo que reclama el art. 579.2.º y 3.º LECrim. constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica, como resulta claramente advertible por la lamentable falta de calidad de esta resolución: uno de esos impresos (ahora de ordenador), en los que se insertaron como únicas referencias al supuesto concreto el número de la causa, el nombre de los afectados y los números de teléfono.

De este modo, la conclusión es que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción sin más de meras conjeturas policiales sin valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial.

Siendo así, y si, como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional, “el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho”, no puede caber la menor duda de que éste —es decir, el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)— se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que condujo a la obtención de todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la base de la sentencia de condena, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma, en la que se hace clara referencia a las escuchas como única fuente del conocimiento que llevó a la incautación de la droga.

Sentencia 1742/2003, Sala de lo Penal del TS, de 17 de diciembre de 2003

LESIONES.

Art. 147 Código Penal

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

SÍNTESIS

Basta con que la intervención quirúrgica tenga lugar en una sola asistencia (suturar herida incisa) para que estemos ante un delito y no una falta de lesiones. No se califica, sin embargo, de “instrumento peligroso” una pequeña navaja de llavero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El hecho probado afirma que el acusado “esgrimió una pequeña navaja de llavero con la que pinchó en la espalda a Carlos, causándole una herida incisa de dos centímetros, no penetrante, en región lumbar. Precizando tan sólo de una primera asistencia médica, en la que se le suturó la herida, curando a los ocho días. Quedándole como secuela una cicatriz de dos centímetros”. El argumento de la Audiencia consiste en sostener que la sutura descrita no integra un acto médico distinto a la primera asistencia, sino el objeto de ésta, razón por la que el hecho es declarado falta, según la interpretación dada por el Tribunal de instancia al artículo 147.1 CP. Sin embargo, dicho argumento no puede ser aceptado en la medida que, como ya ha dicho la Jurisprudencia (STS 806/01), el empleo del adverbio de cantidad “además” por el Legislador no significa necesariamente la secuencia cronológica que encierra el razonamiento expuesto

por la Audiencia, es decir, que debe entenderse como tratamiento toda actividad posterior a la primera asistencia. No es así. El sentido del adverbio se refiere a algo que se añade o se acompaña a lo mencionado antes, es decir, “a más de esto o aquello”, “con demasía o exceso”, y por ello la letra del precepto no excluye la simultaneidad de la primera asistencia facultativa con el tratamiento médico o quirúrgico, sino todo lo contrario. En cualquier caso el tratamiento quirúrgico dispensado en la primera asistencia facultativa determina la existencia del delito de lesiones, o lo que es lo mismo la necesidad de dispensar a la víctima tratamiento médico o quirúrgico impide que el hecho pueda ser calificado como falta. En el “factum” se afirma que el perjudicado precisó del tratamiento consistente en la suturación de la herida. Pues bien, también según la Jurisprudencia de la Sala Segunda, tal procedimiento quirúrgico de costura o sutura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de una herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada tal como estaba

antes de la lesión, determina la existencia de tratamiento quirúrgico, lo que tiene como efecto impedir la inclusión del hecho en tal caso en el artículo de las faltas (SSTS, entre muchas, de 28/02/92, 02/03/94, 14/11/96, 28/02/97, 19/11/97, 23/02/98, 30/04/98 o la de 27/06/00), debiendo comprenderse en dicho concepto normativo tanto las intervenciones de cirugía mayor como menor cuya finalidad sea la reparación del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión.

Sin embargo, no es aplicable el subtipo agravado previsto en el artículo 148.1 CP, según el Ministerio Fiscal por la utilización por parte del acusado de un instrumento peligroso para la integridad física de la víctima. En primer lugar, por cuanto en el “factum” no existe descripción suficiente del medio empleado que permita fijar su grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado: se afirma que “esgrimió una pequeña navaja de llavero”, sin que consten mayores especificaciones. En segundo lu-

gar, porque en todo caso tampoco basta la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 148 CP para aplicar sin más el subtipo agravado en relación con el tipo básico precedente, pues el primero es dependiente de éste, estando ello en función del resultado causado o el riesgo padecido, como señala el primer párrafo del artículo 148, mediante una proposición que establece ciertamente un margen de inseguridad jurídica (como sucedía con el derogado artículo 420.2), pues está redactado en términos facultativos, y además el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena de dos a cinco años establecida en el propio precepto. En cualquier caso, lo cierto es que la razón de la agravación no puede ser otra que el especial plus de riesgo que conlleva en el caso de su número primero la utilización de las armas o instrumentos, plus que en el presente supuesto no se desprende con la diafanidad precisa del propio “factum”.

Sentencia 1708/2003, Sala de lo Penal del TS, de 18 de diciembre de 2003

LEGÍTIMA DEFENSA. MIEDO INSUPERABLE.

Art. 20 núms. 4.º y 6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

SÍNTESIS

Tras analizar los requisitos de la legítima defensa, se admite que el exceso intensivo en la defensa puede ser cubierto con la eximente de miedo insuperable, siguiendo así el criterio establecido en la sentencia 332/2000, de 24 de febrero (recogida en el n.º 1 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid en

sentencia de 24 de abril de 2001 condenó a Gerardo a la pena de dos años de prisión, con las correspondientes accesorias y responsabilidad civil, como autor de un delito

intentado de homicidio, concurriendo la exigente incompleta de legítima defensa.

Contra dicha sentencia se alza en casación al condenado interponiendo el presente recurso que articula en cuatro motivos, resolviendo el primero en sede procesal del art. 849.1.º de la LECrim. por indebida aplicación de la exigente incompleta de legítima defensa del art. 21.1.ª en lugar de haber aplicado la exigente completa del art. 20.4.ª, ambos del CP.

Se aduce, en esencia, que el recurrente se vio sorprendido por el inesperado ataque y temió por su vida y la de su compañera, repeliendo la agresión con el cuchillo de cocina que encontró a mano utilizándolo con ánimo defensivo provocado por el miedo.

Los otros tres motivos son tributarios y dependientes del primero. Si éste se estimara quedarían sin contenido pues lo que en ellos se alega, en definitiva, son circunstancias atenuantes para el caso de que no prosperara la exigente que se invoca, como argumento principal.

Segundo.—La sentencia impugnada ha estimado con acierto que la irrupción brusca y violenta de Claudio y su acompañante en el domicilio del recurrente encajaba perfectamente en el delito de allanamiento de morada y, en consecuencia, era una agresión ilegítima en los propios y literales términos del art. 20.4.º primero del CP, que es el primero y fundamental requisito de la exigente, como causa de justificación. Considera, sin embargo, la Sala de instancia, que no se ha cumplido en este caso, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión en los términos exigidos por el párrafo segundo del citado art. 20 apartado 4.º. Por otra parte, el miedo sufrido por el acusado no tenía intensidad suficiente para merecer su absolución, conforme al art. 20.6.º del CP.

La sentencia afirma que la agresión es una situación patológica y la persona que sufre el peligro se encuentra en una situación emocional, que ha de tomar sus decisiones con gran rapidez, y así ocurrió cuan-

do Gerardo echa mano a un cuchillo que es lo primero que encuentra. Se produjo “una mezcla de sentimiento de defensa y de miedo”, aunque sin la intensidad bastante para exculpar totalmente al acusado con arreglo a la exigente de miedo insuperable, porque no había base para afirmar la concurrencia de estado patológico que hace inexigible otra conducta, razón por la que no se aprecia la causa de justificación plena sino la exigente incompleta que fue de tanta intensidad que justifica la imposición de la pena inferior en dos grados.

Tercero.—Es imprescindible recordar, por su elocuente expresividad, los hechos esenciales que la sentencia declara probados: a) La hora en que ocurrieron fue la una de la madrugada; b) El recurrente Gerardo y su compañera estaban durmiendo en la vivienda que habitaban; c) El que resultaría herido Claudio y otra persona irrumpieron en dicha vivienda rompiendo de una patada la hoja inferior de cristal de la puerta de acceso; d) Ya en el interior golpearon a la compañera de Gerardo y en una penumbra —pues la vivienda no tenía más luz que la que recibía indirectamente de un patio contiguo— se enzarzaron en un intercambio de golpes el recurrente y Claudio; e) Gerardo, semivestido y descalzo, salido bruscamente del sueño y sorprendido por la inesperada presencia de los dos hombres, temiendo que él o su compañera, o ambos, pudieran sufrir lesiones graves y aun mortales, dada la confusión del momento echó mano a un cuchillo de cocina que encontró en la habitación y asestó a Claudio cuatro cuchilladas.

De esos hechos no puede inferirse que la acción defensiva fuera desproporcionada desde el punto de vista de todas las circunstancias en que se desarrollaron, ni tampoco desde la perspectiva del medio empleado ni de su concreta y repetida utilización, teniendo en cuenta el estado psicológico de quien defiende su morada, el ataque sufrido por su esposa y su propia integridad.

El motivo —y el recurso— han de prosperar.

Cuarto.—La legítima defensa, como causa excluyente de la antijuricidad, se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien la sufre.

Por agresión debe entenderse “toda creación de un riesgo inminente para bienes jurídicos legítimamente defendibles”, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un “acto físico o de fuerza o acometiendo material ofensivo” pero también “cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato”, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Según la sentencia de 30 de marzo de 1993, “constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes”. (SS 16-12-1991, 20-3-1993, 19-4-1998 y 16-11-2000).

No hay que insistir más en este punto cuando coincide el recurso con la sentencia.

2. La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión “constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamiento defensivo”.

Reiterada doctrina de esta Sala viene sosteniendo que la agresión ilegítima y la “necesitas defensionis”, junto al “animus defendendi” —como se decía en la sentencia de 17 de octubre de 2001—, son soportes esenciales de la eximente.

La doctrina de la combatida sobre el “animus neccandi” y sobre el dolo eventual, por su corrección dogmática y rigor expositivo, es asumible pero, como de la misma sentencia impugnada se desprende, no agota el problema que en este caso, se plantea.

Se impone, en todo caso, la fundamental distinción entre la falta de necesidad de la defensa, y la falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio, bien porque la reacción se anticipa, o bien porque se prorroga, indebidamente. La legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos dos casos, ni como completa ni como incompleta. Por el contrario, si lo que falta es la proporcionalidad de los medios, el posible exceso, llamado intensivo o propio, obliga a ponderar como juicio de valor, no sólo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas (sentencias 6-5-98 y 16-11-2003).

Ello explica las reiteradas llamadas jurisprudenciales —como recordaba, entre otras, la sentencia de 17 de octubre de 2001— a un análisis pormenorizado y casuístico en los casos de legítima defensa.

Se ha abierto paso la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido, razonables en el momento de la agresión, posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia que “no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa”, no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón ob-

jetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es que cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser racional “ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas, por lo que no se puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa” (SS 24-2-2000, 16-11-2000 y 17-10-2001). Dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de racionamientos y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (Sentencias de 29 de enero de 1998 y 22 de mayo de 2001).

Quinto.—El exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se

considera imprescindible para salvar la propia vida. También puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo, si hubiera elementos para su estimación como profundizó la sentencia de 24 de febrero de 2000 recordando que desde la vieja sentencia de 31 de mayo de 1922, se relaciona el miedo insuperable con la legítima defensa, que son dogmáticamente compatibles y así lo reconoce la combatida. La diferencia estriba en que la legítima defensa requiere de una agresión actual de la que se deriva un peligro inminente y el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio (Sentencia de 21 de febrero de 1936). La sentencia de 30 de octubre de 1985 dijo que la inadecuación del medio reporta la simple aplicación de la eximente incompleta, a no ser que la presencia del miedo insuperable preste cobertura para alcanzar el total grado exonerativo que es lo que sucede en el caso enjuiciado, por lo que el motivo ha de ser estimado, siendo innecesario el análisis de los demás.

Sentencia 1501/2003, Sala de lo Penal del TS, de 19 de diciembre de 2003

RECEPTACIÓN. BLANQUEO DE CAPITALS.

Arts. 298 y 301 Código Penal

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

SÍNTESIS

Siguiendo la doctrina sentada en la sentencia 1293/2001, de 28 de julio (recogida en el n.º 5 de la Revista de Derecho Penal) se analizan los elementos del delito de blanqueo de capitales, procediéndose a continuación a separar este delito, en cuanto específico, del tipo genérico de la receptación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—(...)

Como se ha puesto de relieve por nuestra doctrina científica, el blanqueo, lavado o reciclaje del dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada. Se ha dicho que el origen del movimiento legislativo en materia de blanqueo de capitales encuentra su raíz, fundamentalmente, en la lucha contra el tráfico de drogas, pero la ley penal parte de una regulación general (conectado con un delito grave) e inserta un subtipo agravado para este origen, que es el más frecuente en la práctica. Mediante la adopción de medidas penales se procura en definitiva atacar a los destinatarios de los beneficios que produce una organización criminal a gran escala en cierto tipo de delitos, especialmente aptos para la obtención ilícita de ganancias importantes. La realidad muestra que en la mayoría de las ocasiones los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de dinero o bienes procedentes de los mismos aparecen entrelazados íntimamente, al generar enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud y, además, como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros, estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país.

La regulación del blanqueo —dada su desaprobación generalizada— se ha realizado no sólo a nivel internacional y/o comunitario (con la Directiva 91/308/CEE, de 17 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales) sino también en el seno de cada ordenamiento jurídico nacional y esas medidas nacionales constituyen de algún modo el resultado de esa evolución interna-

Seguimos la doctrina que resulta de la sentencia de esta Sala número 1293/2001, de 28 de julio.

Aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones del blanqueo de capitales, podemos extraer una aproximación de la tipificación que tales textos hacen de las conductas objeto de los mismos; así, a nivel internacional, el art. 3.1.c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena), el art. 6.º del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo) o el art. 1.º de la Directiva 91/308/CEE de la Unión europea de 10 de junio de 1991, y en el Derecho español debemos mencionar tanto el art. 1.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (hoy modificado por la Ley 19/2003, de 4 de julio) sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y el art. 301 del vigente Código Penal. De este modo nos es muy útil señalar la definición que del blanqueo de capitales hace la Ley 19/1993 de 28 de diciembre, su art. 1.2 señala: “a los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada que hoy se conforma, en la nueva redacción, como ‘procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años’) o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de

la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados". Definición, en definitiva, llevada al nuevo Código Penal.

El legislador penal con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), introduce ahora un único tratamiento punitivo, artículos 301 a 304, lo ubica en el Capítulo XIV bajo la rúbrica "De la receptación y otras conductas afines"; delimita los delitos de encubrimiento, de receptación y de blanqueo, ampliando el castigo a todos los delitos graves, y no sólo a los que tienen su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas; introduce su posible comisión por imprudencia grave o temeraria; proclama el principio de universalidad o de justicia mundial, conforme al cual se establece la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero; se produce la agravación de las penas cuando el delito referente sea de los denominados de narcotráfico; y se agrava también cuando los culpables sean funcionarios públicos o determinados profesionales —empresarios o intermediarios financieros—.

El artículo 301.1.º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301.2.º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Son las siguientes: a) "El que adquiriera, convierta o transmita bienes a sabiendas que éstos tienen su origen en un delito grave". b) "Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito". c) "Realizar (cualquier otro acto) para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos". d) Blanqueo sucesivo: "Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o

derecho, sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos".

En definitiva, en el blanqueo de capitales se trata de criminalizar aquellas conductas que persiguen ocultar el origen ilícito de los bienes, a sabiendas de que proceden de un delito (grave), con las finalidades expresadas, para cerrar el circuito de su aprovechamiento por razones de política criminal.

La problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación; b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas; c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación, y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (Sentencias del TS 23-5-1997 y 15-4-1998, entre otras).

(...)

Undécimo.—(...)

La sugestiva tesis del recurrente es considerar los hechos probados como constitutivos de un delito de receptación y no de blanqueo de capitales. Es cierto, como expone el autor del recurso, que existen dificultades dogmáticas para diferenciar ambas conductas delictivas, y que en la literatura científica se suelen emplear los siguientes elementos: a) el delito previo en el blanqueo de capitales debe ser cualquier delito grave, mientras que en la receptación se exige una mayor concreción, ya que ha de tratarse

siempre de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico; b) no existe unanimidad sobre si el autor del delito previo puede ser autor o cómplice del delito de blanqueo de capitales (la sentencia de esta Sala 1293/2001, de 28 de julio, declaró esta posibilidad), mientras que está expresamente excluido en el caso del delito de receptación; c) el delito de receptación exige siempre ánimo de lucro, lo que no es preciso en el blanqueo de capitales; d) en la receptación del art. 298 del Código penal no está prevista la llamada “receptación sustitutiva”, mientras que sí resulta posible en el blanqueo, mediante la sucesión en las transformaciones del bien de que se trate, como antes apuntamos; e) la conducta típica de la receptación abarca la simple recepción de los bienes, mientras que en el blanqueo las modalidades son más amplias: la adquisición, conversión y transformación; f) la conducta típica de la receptación, castiga al

que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, agravándose la penalidad cuando se trafique con ellos, mientras que en el blanqueo de capitales la conducta consiste en adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

El delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de ahí que el título del Código penal se denomine “de la receptación y de otras conductas afines”.

Sentencia 1737/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de diciembre de 2003

ROBO CON VIOLENCIA. DETENCIÓN ILEGAL.

Arts. 163 y 242 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Se consideran absorbida en el robo la detención, de escasa duración temporal, de la víctima, a quien se ata con un cordón de zapato a una silla mientras se ejecuta el robo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El motivo tercero, con sede procesal en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción

de ley por “aplicación indebida del artículo 163 del Código Penal”.

Sostiene la parte recurrente que, en el presente caso, no puede apreciarse la exis-

tencia de un delito de detención ilegal, porque, en último término, cabría alegar su concurrencia medial para el robo, “por lo que debe quedar absorbida por esta figura”. “En ningún momento (la víctima), queda plenamente privada de su libertad ambulatoria (...), pues aunque su movilidad es reducida puede perfectamente avanzar y retroceder con la silla de ruedas a la que (...), quedó atada tras la agresión”. “El atraco se data por la sentencia como producido a las 7:35 horas y el atestado policial, incontrovertido en este punto, habla de liberación sobre las 7:45 horas del mismo día...” “Ni físicamente (la víctima) se hallaba privada de movilidad (...), ni en el ánimo del ladrón se hallaba la permanencia del secuestro, (...), y la duración final de la privación de libertad se reduce a la necesaria para asegurar la huida”.

El Tribunal de instancia, por su parte, partiendo del hecho indiscutible de que la víctima fue atada a una silla, dice que el mismo “no era estrictamente necesario para la comisión del delito de robo, habida cuenta que la utilización del referido instrumento peligroso (un cuchillo) y las amenazas verbales también indicadas eran suficientes para conseguir dicha finalidad, entendiéndose igualmente que no obstante consistir la atadura en un simple cordón de zapato que aparece unido a la causa..., no puede entenderse que dicho medio fuera buscado para permitir que la persona atada pudiera soltarse con facilidad una vez conseguida la huida...” (FJ 3.º).

El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción, ha apoyado parcialmente este motivo, por estimar que, en el presente caso, la atadura de la víctima debe considerarse “necesaria o imprescindible para la apropiación de las cosas muebles codiciadas”, y que, por ello, nos encontramos ante un concurso medial de delitos (art. 77 del Código Penal).

Este Tribunal ha declarado reiteradamente que, al tratarse de bienes jurídicos protegidos distintos (el patrimonio y la libertad personal), aun reconociendo la posibilidad

de que el robo con violencia pueda cometerse sin atentar contra la libertad de deambulación de la persona, es posible también —y frecuente— que se produzca un concurso de delitos (robo y detención ilegal), el cual, a su vez, puede ser real o ideal. Estaremos ante el primero, cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo (v. SS TS 2 de mayo de 1984, 14 de abril de 1988, 3 de mayo de 1993 y 12 de abril de 1997, entre otras). Existirá, por lo demás, concurso medial, cuando la detención sea medio necesario para la comisión del robo (v. SS TS de 11 de septiembre de 1998 y 25 de septiembre de 2001, entre otras). Mas, es preciso reconocer igualmente que, de ordinario, el robo con violencia o intimidación suele llevar consigo la privación de la libertad ambulatoria de las víctimas, que debe, por tanto, quedar absorbida o consumida en el delito contra el patrimonio, cuando la misma no exceda del tiempo necesario para la comisión de este tipo de infracciones penales (v. SS TS de 27 de noviembre de 1998 y de 4 de noviembre de 2001).

En el presente caso, estimamos que las razones expuestas por el Tribunal de instancia para apreciar la comisión del delito contra la libertad personal de la víctima del robo de autos no son plenamente asumibles. Por supuesto que las amenazas verbales, por sí solas, no pueden considerarse medio intimidatorio de suficiente entidad para posibilitar la comisión de un hecho delictivo, como el de autos. Sí lo pueden ser, por el contrario, las amenazas con un cuchillo; mas ello no puede afirmarse categóricamente en todos los casos, salvo en aquellos en los que el objeto de la sustracción está en poder de amenazado que deba hacer entrega del mismo al que le amenaza, lo que no es el caso de autos. El acusado hubo de amenazar a la víctima para poder hacerse con el dinero de la recaudación que estaba contando —más de seis millones de pesetas—, pero, al propio tiempo, hubo de asegurarse de que la víctima no saliera a demandar auxilio (tocar

alarmas, hacer llamadas telefónicas, huir cerrando puertas, etc.) —no podemos ignorar que, según se desprende del “factum”, el hoy recurrente no conocía bien el local y tuvo dificultades para poder huir con el botín, para lo cual hubo de pedir información, por tres veces, a la propia víctima. Y, llegados a este punto, no podemos desconocer la forma y circunstancias en que se produjo la privación de libertad de movimientos de ésta: con un cordón de un zapato —un simple cordón de zapato, dice la sentencia—, atándola a una silla de despacho con ruedas —lo que le permitía ciertos desplazamientos y hacer llamadas telefónicas, como la que pudo hacer tras la huida del atracador—, y la duración de la detención tampoco puede considerarse excesiva en relación con el tiempo necesario para cometer el robo y procurar la huida. Todo ello, en el contexto

en el que razonablemente habían de desarrollarse las actividades en la discoteca a la hora indicada (posible presencia de las personas encargadas de la limpieza y del mismo vigilante de seguridad, etc.)

A la vista de todo lo dicho, no podemos apreciar en la conducta de este acusado un desvalor de tal entidad que justifique la imposición de una pena entre cuatro y seis años, como la prevista para el delito contra la libertad, del artículo 163 del Código Penal. Por consiguiente, estimamos que la privación de libertad deambulatoria de que fue objeto la víctima del robo de autos debe quedar absorbida —por las razones expuestas— en el delito de robo con violencia, por el que ha sido condenado.

Procede, en conclusión, la estimación de este motivo.

Sentencia 1125/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de diciembre de 2003

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

De nuevo sobre la cuestión del tráfico de drogas de cantidad insignificante, apelando al Informe del Instituto Nacional de Toxicología al que se refería la Sentencia 1663/2003 de 5 de diciembre (recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal) y resumiendo el estado de la cuestión en la jurisprudencia más reciente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Desde hace tiempo, la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo que las

transmisiones de mínimas cantidades de droga, por la inexistencia de un verdadero riesgo para la salud pública deben de considerarse acciones situadas extramuros del sistema penal.

Entre otras, se pueden citar las SSTs:

— 12 de septiembre de 1994, - dos pape-
linas de 0'05 gramos de heroína y otra de
0'04.

— 28 de octubre de 1996 - 0'06 gramos
de heroína.

— 22 de enero de 1997 - 0'02 gramos de
heroína.

— 11 de diciembre de 2000 - 0'02 gra-
mos de crack.

— 9 de julio de 2001 - 0'02 gramos de
cocaína.

— n.º 1441/00 de 22 de septiembre -
0'03 gramos de heroína, más 0'1 de cocaí-
na.

— n.º 1889/00 de 11 de diciembre - 0'02
gramos de cocaína.

— n.º 216/2002 de 11 de mayo - 0'43
gramos de heroína al 8'4% de concentra-
ción, equivalente a 0'036.

— n.º 1572/02 de 30 de septiembre -
0'020 gramos de cocaína.

— n.º 1829/02 de 31 de octubre - 214
pastillas que contienen "trazas" de MDMA.

— 943/03 de 25 de junio - 0'06 gramos
de heroína.

Algunas sentencias introdujeron factores de corrección para justificar la antijuridicidad material de la acción, como las Sentencias de 6 de abril y 16 de julio, ambas de 2001, que contemplaban una mezcla de heroína y cocaína a la que se unía bien el tratarse de una venta, o el riesgo de difusión en centro penitenciario. En esta línea la STS de 14 de septiembre de 2000 se pronuncia por la absolución sólo en el caso de que la exigua cantidad de droga vaya unida a una transmisión a título gratuito, no oneroso.

En general, las argumentaciones que motivaban las sentencias absolutorias han venido discurriendo por la falta de tipicidad de la acción en base a que, aún cuando apareciendo formalmente incluida la acción enjuiciada en la descripción legal, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima inter-

vención, la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva sólo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina a causas de exclusión de la tipicidad que no son equivalentes a las causas de justificación porque estos descansan sobre la existencia de una acción típica. Así se habla en tales casos de falta de imputación objetiva por no ser imputable su lesión a conducta suficientemente peligrosa, o referirse a supuestos de hechos adecuados socialmente, o por ser insignificantes, principio de insignificancia que tiene especial relevancia en el caso enjuiciado. En el fondo subyace la reflexión que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones, con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Es decir, la respuesta penal sólo se justificaría en virtud del principio de lesividad, siendo precisamente esta lesividad la que debe ser tenida en cuenta pro el legislador al definir los tipos legales, pues sólo la Ley es fuente de antijuridicidad como consecuencia de reconocerse como única fuente del sistema de justicia penal.

El delito contra la salud pública concretado en el tráfico de drogas, se define como delito de peligro abstracto, resultado cortado y consumación anticipada, que, en la descripción legal que tiene en nuestro derecho, ofrece como característica muy acusada que determinados elementos normativos del tipo, no han sido definidos legislativamente, sino que por opción del legislador han sido reenviados a la jurisdicción penal para que sea esta quien los defina. En tal sentido, y por referimos al más característico, la ley no define qué drogas han de ser calificadas como drogas que causan grave daño a la salud y cuales no, extremo de capital importancia por las consecuencias punitivas que ello entraña.

Si esto es así, y evidentemente lo es de manera pacífica tanto en sede doctrinal co-

mo jurisprudencial, igual legitimidad tiene el intérprete y aplicador judicial de la norma para determinar cuando lo transmitido tiene la naturaleza penal de droga en atención al resultado de la analítica del producto, sin que la peligrosidad de la conducta enjuiciada —la venta de una papelina con una insignificante cantidad de droga— pueda llenar el vacío de la transmisión de algo que no merece ser calificado penalmente como droga, ni por tanto tiene la aptitud potencial de poner en peligro el bien jurídico de la salud pública, aunque formalmente se ejecute la acción descrita en el tipo.

Recientemente, se han dictado otras sentencias que discrepan de la decisión expuesta, y estiman artificial la dicotomía entre antijuridicidad formal y material, con la conclusión de que en todo caso el intérprete y aplicador de la norma carece de legitimidad para corregir al legislador y por tanto en caso de difusión de drogas, la finalidad de la norma se cumple aunque se trate de mínimas cantidades.

En tal sentido, se pueden citar las SSTS números 960/2003 de 26 de junio y 901/2003 de 21 de junio y 1008/2003 de 11 de julio.

Ante esta diversidad de criterios, incompatible de sostener en esta Sala de Casación

que responde primordialmente a la necesidad de dotar al sistema jurídico-penal de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley —art. 9-3.º y 14 CE—, lo que le convierte en último intérprete de la legalidad penal ordinaria, el Pleno no Jurisdiccional de fecha 24 de enero de 2003 acordó dirigirse al Instituto Nacional de Toxicología interesando la determinación de las mínimas dosis psicoactivas de cada una de las drogas ilegales. Este contestó el 22 de diciembre de 2003, especificando que por lo que se refiere a la cocaína —que fue la droga encontrada en la acción enjuiciada actualmente, la dosis mínima psicoactiva se sitúa en 50 miligramos netos—.

Desde este referente, ya podemos concluir que la papelina aprehendida, que tenía una cantidad de cocaína neta de 32 miligramos —papelina de 0'040 gramos con una pureza del 80'4%—, se sitúa claramente por debajo del umbral de la dosis máxima psicoactiva —55 miligramos—, por lo que, en consecuencia ha de estarse por la falta de tipicidad penal de dicha acción.

Procede estimar los dos motivos conjuntamente estudiados y declarar la improcedencia de aplicar el art. 368 del Código Penal.

Sentencia 1023/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de enero de 2004

TRÁFICO DE DROGAS.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Nueva sentencia relativa a la atipicidad del tráfico de cantidad “insignificante” de drogas, apoyándose la Sala en una comunicación del Instituto Nacional de Toxicología de 13 de enero de 2004 (véase la Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, en la que se apelaba ya a ese Informe).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La cuestión que plantea la sentencia recurrida y el recurso del Ministerio Fiscal, se refiere a lo que se denomina en la doctrina y en la jurisprudencia, como el principio de la insignificancia en el tráfico de drogas, cuando el sujeto activo del hecho enjuiciado ha vendido una pequeña o ínfima cantidad de sustancia estupefaciente introducida en la papelina objeto de transacción.

La Sentencia 901/2003, de 21 de junio, mantiene —en el relación con el tema objeto de autos— la siguiente doctrina, que repetimos ahora: desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del art. 368 Código Penal, la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuridicidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma —se sostenía— carece de legitimación para corregir al legislador. Dicho con otras palabras: la teoría de la antijuridicidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijuridicidad formal. Sólo en formulaciones posteriores la teoría de la antijuridicidad material fue concebida como el fundamento que permitiría dar lugar a un principio general de la justificación o, dicho de otra manera, fundamentar una causa supralegal de justificación. Es en este sentido que se admitieron por una opinión doctrinaria minoritaria principios supralegales de justificación, como el principio de la ponderación de bienes,

el del mayor beneficio que perjuicio, el del medio justo para la realización de un fin justo, etc.

Todo ello demuestra —continúa diciendo la Sentencia que seguimos— que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera “de lege ferenda”, un “principio de insignificancia” que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Tercero.—Esta cuestión fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003, en el que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos científicamente considerados como exentos de cualquier afectación a la salud de las personas.

Mediante comunicación del pasado día 13 de enero de 2004, se han ofrecido éstos por el Servicio de Información Toxicológica de tal Instituto, sobre dosis de abuso habitual, consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva, considerándose que, por el momento, no es necesario llevar este tema a una próxima Sala General. Pues bien, para el caso de la heroína, que es el que nos corresponde ahora enjuiciar, tales datos ofrecen que la dosis mínima psicoactiva ha de

situarse en 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos. Estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona.

En el caso, la heroína bruta transmitida lo fue en cantidad de 0,060 gramos, con una riqueza en principio activo del 27,7 por 100, que arroja en consecuencia la cantidad de

0,01662 gramos, o bien, 16,62 miligramos, que se sitúan, por consiguiente, muy por encima de expresado umbral toxicológico, por lo que el recurso debe ser estimado, al referirse única y exclusivamente sobre la incidencia en la antijuridicidad de la norma, que ha de traducirse en parámetros objetivos de afectación a la salud pública, en los términos indicados.

Sentencia 20/2004, Sala de lo Penal del TS, de 19 de enero de 2004

RECURSO DE APELACIÓN. PROCEDIMIENTO DE LA LOTJ.

Art. 26.2.2.º Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causada por la inadmisión de la Audiencia de un recurso de apelación contra auto dictado en procedimiento por Ley de Jurado considerando (erróneamente, por virtud de la supletoriedad de la LECrim.) que debía haberle precedido reforma, pese a que tal indicación no constaba en la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Ambas quejas casaciones se refieren sustancialmente una misma cuestión, en los varios motivos que conforman sus censuras, y ésta se refiere a la interpretación que se concede a lo dispuesto en el art. 26.2.2.º de la LOTJ (...) “el auto por el que se acuerde el sobreseimiento será apelable ante la Audiencia Provincial”.

En su consecuencia, el Juez de instrucción, en la parte dispositiva de la resolución judicial dictada, dijo: “contra este auto cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, a interponer ante este Juzgado en el plazo de tres días, a contar desde la notificación del mismo”.

La tesis de la Audiencia Provincial es la siguiente: como quiera que la Ley de Enjuiciamiento Criminal es supletoria de la expresada Ley reguladora del Tribunal del Ju-

rado, y el art. 222 de la misma exige el recurso de reforma como previo al de apelación, y éste no ha sido interpuesto, procede la desestimación del mismo por causa de inadmisión, no concediendo a las partes posibilidad alguna de subsanación, pese a que, siguiendo las indicaciones del Juzgado, se había formalizado el recurso de apelación, conforme se determinó por el mismo.

Tercero.—Es claro, como alega el Ministerio fiscal en esta instancia, que el auto referido no es susceptible propiamente ahora de recurso de casación, por no cumplirse el requisito del procesamiento o cualquier acto de imputación formal, que se requiere en el párrafo segundo del art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala.

Ahora bien, este recurso contiene una vertiente constitucional que no puede desconocerse, y que ha sido introducida por los recurrentes con base en lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene su anclaje en la tutela judicial efectiva, una de cuyas derivaciones lo constituye el acceso a los recursos. El Juzgado de Instrucción concedió recurso de apelación directo, ateniéndose a los términos literales del art. 26.2.2.º de la LOTJ, pero incorrectamente lo condicionó al plazo de tres días, contraviniendo el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que lo sitúa en cinco días, cuando no se anuncia como subsidiario con el recurso de reforma (para el que la ley otorga tres días: art. 211); no obstante, las partes recurrentes, conforme al mandato recibido, lo interpusieron (apelación directa) en el plazo de tres días, desestimando el recurso, sin resolverlo en el fondo, la referida Audiencia Provincial por infracción de lo dispuesto en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reforma previa obligatoria).

De manera que, como dice el Tribunal Constitucional, no se trata por tanto de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino de decidir si en el caso

concreto era razonablemente exigible su interposición, pues, cuando la interposición del recurso procedente requiere un razonamiento excesivamente complejo, no puede exigirse al ciudadano que supere esas dificultades de interpretación (SSTC 76/1998, de 31 de marzo, F 2; 140/2000, de 29 de mayo, F 2; 128/2002, de 3 de junio, F 2); 214/2002, de 11 de noviembre. Ciertamente, la llamada instrucción de recursos no forma parte del “decisum” de la sentencia (SSTC 175/1985 y 155/1991) y por tanto no supone una decisión que cierre el paso al recurso ni que fije de manera definitiva las condiciones en que deba interponerse. Además, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante (SSTC 50/1987, 107/1987 y 376/1993), pues la omisión en una resolución de los recursos utilizables —como información prescrita legalmente— no impide en modo alguno la posibilidad de recurrir; ahora bien, mientras la equivocada instrucción de recursos es susceptible de provocar un error excusable en el litigante sobre el régimen de recursos aplicables que le conduzca a adoptar una postura procesal incorrecta y que debe ser ponderada de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso, singularmente, en atención a si se estaba o no asistido de Letrado o a la mayor o menor claridad o ambigüedad de los textos legales, para evitar que los errores de los órganos judiciales puedan producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, la omisión del régimen de recursos procedentes contra la resolución notificada, al ser fácilmente detectable, debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos jurídicos ordinarios para que sea suplida por la propia diligencia procesal de la parte, especialmente si cuenta con la asistencia de Letrado (SSTC 70/1984, 172/1985, 145/1986, 107/1987 y 376/1993).

La supletoriedad que se predica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo ha ser a aquellos aspectos no resueltos directamente en la LOTJ, de manera que cuando la ley concede un recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial no tiene porqué sujetarse a la previa reforma ante el juez que dictó la resolución recurrida. En todo caso, ya la propia Circular de la Fiscalía General del Estado, citada por el Ministerio fiscal en esta instancia, la número 4/1995, expresa sus dudas acerca de si esa remisión lo ha de ser al procedimiento ordinario o al procedimiento abreviado, en donde indiscutiblemente el recurso de reforma

no ha sido diseñado como trámite previo para entablar el recurso de apelación, sino facultativamente construido para servir a los intereses de las partes personadas, si así lo desean. En consecuencia, no podemos acoger la interpretación más desfavorable para el recurrente, de modo que la Audiencia Provincial deberá resolver el recurso de apelación que le ha sido planteado en tiempo y forma, pues al no hacerlo se ha denegado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestra Sentencia 2217/2001, de 15 de noviembre.

Sentencia 67/2004, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2004

CUESTIONES DE COMPETENCIA.

Arts. 26 LECrim.; 65.1.b) LOPJ

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

SÍNTESIS

Errónea inadmisión de declinatoria por extemporánea y por considerar que la previa negativa de los Juzgados Centrales de Instrucción a aceptar la competencia a consecuencia de la inhibición de oficio del Juez de Instrucción impedía la posterior declinatoria del Fiscal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Ministerio Fiscal formaliza un único motivo de casación al amparo del artículo 849.1 LECrim. por vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, artículo 24.2 CE, en relación con la inaplicación de los artículos 65.1.b)

LOPJ y 386 y 387 CP, frente al Auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Burgos que no da lugar a “la cuestión de competencia por inhibitoria planteada por el Ministerio Fiscal”. En el Juzgado mencionado se siguen actuaciones, entre otros, por delito de falsificación de moneda tipificado en los artículos mencionados más arriba, habién-

dose acordado en dicho Auto proseguir el trámite por el Procedimiento Abreviado y dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras ex artículo 790.2 LECrim. Es cuando se notifica esta resolución cuando la acusación pública suscita la cuestión de competencia mencionada “a fin de que se difiera la competencia a favor del Juzgado Central de Instrucción Decano de los de la Audiencia Nacional”, lo que deniega el Juzgado de Burgos aduciendo sustancialmente que la misma “resulta de todo punto de vista extemporánea”, añadiendo “no sólo porque el Auto de 29/07/02 contenía los mismos argumentos ahora esgrimidos por el Ministerio Fiscal (donde acordó el Juzgado de oficio la inhibición del conocimiento de la causa a los Juzgados Centrales, habiendo sido declinada por éstos, aquietándose entonces el Instructor de Burgos), sino porque para ello debió de tramitarse previamente la cuestión negativa de competencia ante el Tribunal Supremo”, arguyendo además los principios de “irretroactividad” y “favor pro reo”.

El motivo debe ser estimado.

No se suscita controversia alguna acerca de la competencia de la Audiencia Nacional para conocer y enjuiciar el delito de falsificación de moneda conforme al artículo citado LOPJ y al acuerdo de Sala General de este Tribunal de 28/06/02. La cuestión es decidir sobre la extemporaneidad o no del planteamiento de la cuestión. En primer lugar, debemos señalar que no se trata de una cuestión de competencia por inhibitoria sino por declinatoria, como se desprende del último párrafo del artículo 26 LECrim., que reserva esta clase de cuestión de competencia cuando se propone ante el Juez o Tribunal

que se reputa incompetente, como es el caso, lo que carece de mayor trascendencia teniendo en cuenta que los propios imputados nada han alegado que pudiese haber vulnerado su derecho de defensa, es más, nada tienen que objetar sobre la competencia de la Audiencia Nacional atribuida al caso ex artículo 65.1.b) LOPJ. En segundo lugar, el argumento de la extemporaneidad no es aceptable. El Auto es contradictorio pues por una parte razona “... sin que por este Instructor, ni por el Ministerio Fiscal, se promoviera la precedente cuestión de competencia negativa, a resolver por el Tribunal Supremo”, y, por otra, afirma que lo anterior “veda en este concreto trámite procesal plantear nuevamente dicha cuestión”, cuando lo cierto es que es ésta la primera vez que el Ministerio Fiscal suscita la misma y el artículo 19.4 LECrim. autoriza al mismo para que en cualquier estado de la causa pueda promover y sostener la competencia, siendo el momento procesal al que nos hemos referido evidentemente idóneo para ello. El Juzgado de Instrucción en su momento decidió aquietarse frente a la negativa del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de asumir la competencia de la presente causa, es decir, pudiendo haber promovido la cuestión de competencia negativa ante el Tribunal Supremo no lo hizo, de donde se deduce en cualquier caso que la cuestión promovida por el Ministerio Fiscal se suscita ahora como tal por vez primera. Por lo demás, la invocación de los principios de irretroactividad y en favor del reo no son aplicables y su invocación carece de fundamento en una cuestión como la presente donde lo que se ventila son sustancialmente cuestiones que afectan al orden público procesal.

Sentencia 77/2004, Sala de lo Penal del TS, de 21 de enero de 2004

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Art. 24 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Expuestas las exigencias que impone la vigencia del principio acusatorio, la Sala declara que no resulta vulnerado cuando pese a haberse acusado por delito de receptación, se condena por encubrimiento de robo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

4. (...)

El sistema acusatorio que informa el proceso penal español particularmente en la fase plenaria o de juicio oral, reforzado en nuestro país desde la Constitución de 1978 que estableció con rango de derechos fundamentales un sistema de garantías procesales en su art. 24, exige que exista la debida correlación entre la acusación y la Sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la Sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la Sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

5. En esta línea la STS 1993/6708, n.º 1678/93, de 5-7-93 señala que la base fácti-

ca vincula al Tribunal de modo que éste no puede introducir en la Sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada, extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener trascendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación. La clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la Sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que por Ley corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la Sentencia un grado de per-

fección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la Sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación.

Estos dos componentes de la acusación, el conjunto de elementos fácticos y su calificación jurídica, conforman el hecho punible que constituye el objeto del proceso penal, el cual sirve para delimitar las facultades del Tribunal en orden a la determinación de la correspondiente responsabilidad criminal, porque, si se excediera de los límites así marcados, ocasionaría indefensión al imputado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado y luego resulta condenado.

(...)

La proscripción de la indefensión constituye el verdadero fundamento de los límites que el principio acusatorio impone al Tribunal sentenciador en estos casos en que hay acusación por un delito y condena por otro. Por regla general sí la hay cuando, formulada acusación por receptación, se condena por robo, y a la inversa, porque los hechos conformadores de una y otra figura penal son diferentes, en uno la sustracción violenta de cosa mueble ajena y en otro el aprovechamiento para sí de los efectos de un delito contra los bienes (en este sentido se ha pronunciado esta Sala reiteradamente) pero tal diferencia puede no existir, y esto es lo que aquí ocurrió, cuando la responsabilidad por el robo no lo es a título de autoría o complicidad, sino como un supuesto de encubrimiento del núm. 1.º del art. 17 del Código Penal, porque ambos son supuestos de participación impropia por ser subsiguiente, que reclaman, conforme exige la doctrina moderna, un tratamiento jurídico independiente del delito antecedente, pues cuando nacen estas formas de responsabilidad criminal, la infracción penal de la que traen causa ya ha

sido consumada. Mal se puede participar en lo que ya ha finalizado.

En nuestro Código Penal —sigue diciendo la comentada resolución—, antes de la Ley de 9 de mayo de 1950, dentro del encubrimiento que, conforme a las concepciones clásicas se encontraba regulado como la tercera forma de codelinuencia junto con la autoría y la complicidad, parecían diversas modalidades, unas de favorecimiento real o personal en beneficio de los autores o cómplices del delito anterior, y otra de encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, que es como precisamente se denomina el capítulo que ahora acoge los arts. 546 bis.a) a 546 bis.g), introducido por la Ley referida de 1950.

Estas figuras penales, que antes se encontraban unidas en nuestro Código Penal, ahora se hallan separadas, pues, por un lado, aparece el encubrimiento del núm. 1.º del art. 17 y, por otro, la mencionada receptación, que se distinguen, no por la mecánica objetiva de la comisión del hecho, que en ambas puede ser la misma (la recepción de un objeto que procede de otro delito) sino por la diferente intención del sujeto que lo recibe, dado que en el primero (art. 17.1) lo recibe para auxiliar a que otro u otros se aprovechen, mientras que en el segundo (546 bis) lo realiza para su propio beneficio.

Queda así de manifiesto la analogía existente entre la receptación (delito por el que aquí se acusó) y el encubrimiento de un robo o de otro delito contra los bienes, modalidad de codelinuencia —aunque impropia, como ya se ha dicho— por la que se condenó), lo que permite que pueda haber condena por este último que no viole el principio acusatorio pese a haberse acusado por aquél, siempre que, por la forma concreta en que se acusó y condenó, pueda afirmarse que todos los puntos por los que luego se condenó habían sido conocidos con la anticipación debida por el acusado, y así éste pudo articular adecuadamente su defensa, precisamente porque todos ellos habían sido incluidos en la acusación”.

Sentencia 35/2004, Sala de lo Penal del TS, de 22 de enero de 2004

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.

Arts. 237 a 239 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

Mientras que para la Audiencia sólo hay robo si la tarjeta magnética se utiliza para acceder al lugar donde se encuentra el cajero automático, entiende el Tribunal Supremo que también lo habrá si se usa la tarjeta sólo como medio de expulsión del dinero por el cajero. Extractamos también los argumentos aducidos en un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del art. 849.1.º LECrim., por inaplicación de los arts. 237, 238.4.º y 239.2.º C. Penal.

La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, ha entendido que no concurrió delito de robo con fuerza en las cosas, debido a que no hay constancia de que el cajero del que se extrajo el dinero —tras de haber obtenido la tarjeta magnética ejerciendo violencia sobre su dueño— estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni de que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o compuerta mediante el empleo de aquel instrumento.

El recurrente, citando jurisprudencia de esta sala, discrepa de tal criterio y considera resuelta la cuestión aquí planteada, merced a la interpretación del art. 237 en relación con el art. 239 “in fine” del Código Penal, que asimila “las tarjetas magnéticas o perfo-

radas” a las llaves, cuando se trata de delitos de robo.

Segundo.—El artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín “accedere”, acercarse. Entre los significados del término, según el DRAE, está “entrar en un lugar o pasar a él”. Acceso, por su parte, significa “acción de llegar o acercarse” y también “entrada o paso”. A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados “tocar o alcanzar algo”. Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en un lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas.

La decisión cuestionada se apoya en que la tarjeta no fue usada “para acceder al lugar donde se encontraba el dinero, sino que es el dinero el que resultó expulsado al exterior de forma mecánica una vez accionado el número secreto en el teclado”. De este modo, aquélla, no fue “utilizada como llave para abrir el continente en cuyo interior se hallaba depositado el dinero. No concurre así el supuesto legal de acceso al interior de un espacio cerrado, contingencia que, con arreglo al principio de legalidad, desplaza la conducta enjuiciada fuera de la norma punitiva” tomada en consideración.

Tercero.—Al razonar así, centrándose de la manera en que lo hace en la consideración del artículo 237 del Código Penal y en la formulación típica “acceder a un lugar”, la Sala de instancia no tiene en cuenta además las prescripciones del artículo 239 y del 238 del mismo texto legal. En efecto, el artículo 238 considera reos del delito de robo con fuerza, entre otros, a quienes ejecuten el hecho sirviéndose de llaves falsas. El artículo 239, último párrafo, asimila las tarjetas magnéticas a las llaves convencionales. Y el mismo artículo 238, en su número tercero considera fuerza típica el descubrimiento de las claves de objetos cerrados o sellados para sustraer su contenido. Siendo así, y teniendo en cuenta los posibles significados del término “acceder” empleado en el artículo 237, hay que entender que la propia ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél. De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en STS n.º 257/2000, de 18 de febrero y las que en ella se citan; STS n.º 2016/2000, de 26 de diciembre y STS n.º 1313/2001, de 25 de junio.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ
A LA SENTENCIA NÚMERO 35/2004, DE 22
DE ENERO, DICTADA EN RESOLUCIÓN DEL
RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 1932/2003

A mi entender —y en esto radica la base de mi discrepancia del criterio de la mayoría— el examen de la impugnación obliga a realizar la lectura sistemática de las disposiciones legales que constituyen el referente normativo de los hechos en presencia, en los términos que expondré a continuación.

Primero.—El art. 237 C. Penal usa el término “cosas” para denotar: a) las que son objeto de apropiación, y b) las que son objeto de fuerza. En un precepto en el que la “fuerza” debe ser el medio para “acceder al lugar donde éstas se encuentran”. Contexto de significado en el que, en realidad, “éstas” son más bien aquéllas, esto es, las primeras. Pues, en la economía del texto, lo que ha de violentarse es el continente —o incluso el continente de otro posible continente— de los bienes cuya obtención se persigue, que aquí son, siempre, un contenido, inmediato o mediato.

El art. 239 “in fine”, como se ha dicho, considera “llaves las tarjetas magnéticas”. Éstas, como las llaves en general, adquirirán la calidad legal de “falsas” (art. 238.4.º C. Penal) cuando hubieran sido “obtenidas por un medio que constituya infracción penal” (art. 239.3.º C. Penal). Y, al respecto, el art. 238.3.º C. Penal tiene por autores del delito de robo con fuerza en las cosas a quienes hubieran realizado un acto de apoderamiento mediante el “descubrimiento de [las] claves” de acceso al lugar en que se hallen los bienes de que se trate. Y, claramente, concibe estas últimas, asimismo, como las propias de “armarios, arcas, muebles...” dotados de “cerraduras” que sea preciso fran-

quear (en el sentido de pasar a través de) para tomar las cosas del interior del lugar en que se encuentran. Así, en definitiva, incluso esas claves están pensadas como obstáculo o mecanismo de clausura que es preciso vencer o traspasar, y no como procedimiento de uso para la obtención de algún bien, dinero, por ejemplo, a través de un ingenio electrónico de expedición.

Segundo.—Del marco prescriptivo configurado por los preceptos que acaba de citarse resulta lo siguiente:

a) Es un elemento “sine qua non” del tipo objetivo del delito de robo con fuerza que la acción verse sobre cosas que se hallen dentro de un “lugar”. Es decir, de un espacio diferenciado y protegido de algún modo, de manera que no cabe apoderamiento sin entrada en el interior del mismo.

b) Las tarjetas magnéticas tienen la consideración de llaves falsas a los efectos del art. 239 C. Penal.

c) Las “claves” que contempla la ley son las propias de las cerraduras o mecanismos equivalentes de clausura, es decir, de los que cierran el acceso y no de los proyectados como cauce de distribución.

En vista de lo que acaba de exponerse hay que concluir que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún “lugar”. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera a dentro.

Tercero.—En el caso a examen y como se lee en la sentencia de instancia, es claro que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de esa circunstancia. Pues no consta que hubiera existido —mediante el empleo de la tarjeta— previo ingreso en

un recinto cerrado en el que estuviera el cajero y tampoco que el propio teclado se hallase protegido por una cubierta que previamente tuviera que ser franqueada de esa misma forma.

De este modo, lo que realmente se produjo fue la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima.

Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 C. Penal.

Cuarto.—Tiene razón el Fiscal cuando afirma que existe alguna jurisprudencia reconociendo a las tarjetas la consideración de llaves. Algo por demás obvio, a tenor de lo que prescribe el art. 239 “in fine” C. Penal. Pero sucede que la sala de instancia no cuestiona esa calificación legal. Lo que dice es que no basta cualquier uso de alguna de aquéllas para integrar el delito del robo del art. 237 C. Penal, sino que se requiere un uso dotado de rasgos específicos que en el caso de la causa no concurrieron.

El recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de este tribunal de 1656/2001, de 26 de septiembre. Pero en ella se sostiene, primero, la asimilación de las tarjetas a las llaves, en los términos del art. 239 C. Penal. En segundo lugar, algo también descontado: que para que se dé el robo con fuerza en las cosas es preciso “acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble”. Y, en fin, que en el caso de referencia la tarjeta fue utilizada “para acceder a varios cajeros automáticos”. Donde “acceder”, según el Diccionario de la RAE es “tener acceso, paso o entrada a un lugar”; y conforme al Diccionario del español actual (Seco-Andrés-Ramos) “llegar a un lugar”.

De este modo, lo que esa resolución dice en la más recta inteligencia textual de sus propios términos, no difiere en modo alguno de lo sostenido en la ahora recurrida.

Es por todo lo que entiendo que el recurso tendría que haber sido desestimado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 136/2003, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 6 de marzo de 2003

ADMISIÓN DE QUERRELLA: COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL DELITO DE INJURIAS. INAPLICABILIDAD LEC.

Arts. 4 y 52.6.º LEC y 14.2 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Reyes Goenaga Olaizola**

SÍNTESIS

Invoca el recurrente los criterios de determinación de la competencia territorial propios del proceso civil por cuanto el art. 4 de la LEC dispone la aplicación supletoria de esta norma a otros procesos y que el art. 52.6.º de la LEC señala como tribunal competente en materia del derecho al honor el del domicilio del demandante.

Pero, como recuerda la Sala, la LECrim. tiene criterios de competencia propios (art. 14) que desplazan a los supletorios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción (...) se dictó (...) resolución, cuya parte dispositiva dice textualmente: “No ha lugar a la admisión de la querella (...)”

Segundo.—Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación (...)

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—La parte recurrente sostiene que la resolución dictada por el Instructor es incorrecta porque no tiene en cuenta la aplicación supletoria en materia penal de las normas contenidas en la LEC, tal como dispone el art. 4.º de su texto. Sobre la base de

este argumento considera que deben tenerse en cuenta las nuevas disposiciones relativas a competencia territorial en el procedimiento civil, y en concreto el art. 52,6.º LEC según el cual en materia de derecho al honor y en general en materia de protección de derechos fundamentales, será competente el Tribunal del domicilio del demandante.

Pues bien, esta Sala entiende que esta tesis no puede ser acogida, y que la resolución dictada por el Juez Instructor es la correcta. El art. 4.º LEC se refiere en efecto al carácter supletorio de la LEC, señalando expresamente que “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley”. Esto significa que la condición para que se recurra a esa normativa de naturaleza supletoria es que no exista precepto en la correspondiente regulación procesal del respectivo orden jurisdiccional. Y en el caso que nos ocupa tal condición no se cumple. El art. 14.2.º LECrim. señala con absoluta claridad que será competente para la instrucción de las causas penales, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiera cometido.

Por lo tanto, la normativa procesal penal cuenta con su propia regulación de la competencia territorial, y a ella debe estarse. Dicho esto, puede añadirse que la aplicación supletoria que el recurrente pretende resulta especialmente poco adecuada si pensamos en los criterios que han orientado al legislador a la hora de determinar la normas de competencia en uno u otro orden jurisdiccional. En la normativa penal, el criterio preferente es el del lugar de comisión del delito, pues en definitiva es en tal lugar donde la investigación va a poder llevarse a cabo con mayor prontitud, facilidad y extensión, y en la normativa civil, por el contrario, el criterio preferente, que ahora consa-

gra el art. 52 LEC es el del domicilio del demandado, y en segundo término el del demandante, lo que responde a otros criterios como el de posibilitar el ejercicio de la acción civil, que nos sitúa en una contienda o conflicto entre partes.

Segundo.—Descartado, pues, este criterio de la aplicación supletoria de la normativa civil a la competencia territorial, queda señalar que la determinación de cuál sea el lugar de comisión del delito en el tipo penal de injurias que aquí nos ocupa, no plantea dudas, y ha sido fijado de manera pacífica por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Puede citarse así la sentencia del TS de 14 de diciembre de 1993, de la que por su interés reproducimos un fragmento: “El tipo penal va proyectado al momento en que el medio de comunicación, que contiene las presuntas expresiones injuriosas, se contacta con el lector, esto es, al momento y lugar en que se ordena su distribución, sin perjuicio de que la impresión, la redacción o incluso la realización material o intelectual del trabajo publicado estén repartidas por distintas ciudades del Estado español... el lugar de comisión ha de ser el de publicación o difusión, aquél en que llega o puede llegar a conocimiento del ofendido o de las terceras personas ante las cuales padece su honor”. En este mismo sentido pueden citarse además otras sentencias, como la de 23 de febrero de 1982, la de 2 de octubre de 1985, ó el auto de la misma Sala de 21 de febrero de 1992.

Por todo lo expuesto, este Tribunal entiende que la resolución dictada por el Juez de Instrucción considerándose incompetente para instruir las actuaciones, e inadmitiendo la querrela por tal motivo, al amparo de lo dispuesto en el art. 313 LECrim., es correcta y debe ser íntegramente confirmada.

Auto 158/2003, AP VIZCAYA, Sec. 6^a, de 11 de marzo de 2003

FRACCIONAMIENTO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR.

Arts. 88.1 y 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a M.^a José Martínez Sáinz**

SÍNTESIS

El auto acuerda fraccionar el cumplimiento de la pena de privación del permiso de conducir a un comercial en fines de semana y vacaciones para no perjudicar su trabajo y porque la Ley de Seguridad Vial permite esa actuación e, incluso, el Código Penal incluye dicha previsión para penas cortas privativas de libertad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Se centra el recurso de apelación interpuesto en la denegación efectuada por el Juzgado de lo penal que dictó la sentencia, en la que otros pronunciamientos se condenó a D. Diego a la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año y un día, en cuanto al fraccionamiento solicitado de dicha pena. (...)

(...) el art. 67.1 de la Ley de Seguridad Vial establece la posibilidad de fraccionamiento de la sanción consistente en privación del permiso de conducir, que el propio CP tiene idéntica previsión para las penas cortas privativas de libertad y que, por último, la finalidad resarcitoria y de prevención especial se cumplirá por más tiempo sin afectar al derecho al trabajo del penado.

(...)

(...) entendiendo esta Sala que las finalidades resarcitoria y de prevención especial que, entre otras, ha de perseguir la imposición de la pena sea privativa de libertad o de derechos, no resultarán afectadas por la concesión del fraccionamiento solicitado, siendo dicha posibilidad además respetuosa con la necesidad de mantenimiento de la situación laboral del penado, quien trabaja como Gestor Comercial, y en aras a evitar por ello que el cumplimiento de la pena no resulte en este caso concreto mas gravosa de lo que el espíritu de la ley pretendió con su establecimiento, es por lo que ha de concederse el fraccionamiento de la forma que a continuación se expondrá, tomando en consideración la proposición efectuada por el recurrente.

Siendo la duración de la pena de un año y un día este tiempo lo cumplirá durante los fines de semana, días festivos, “puentes” y períodos de vacaciones en que no desarrolle su actividad laboral.

Sentencia 58/2003, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 24 de marzo de 2003

DECLARACIÓN EN JUICIO ORAL DE TESTIGO INDOCUMENTADO.

Arts. 24 CE y 436 y 708 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carolina Rius Alarcó**

SÍNTESIS

Se alega por la parte recurrente quebrantamiento de sus garantías procesales por cuanto la testigo no exhibió ante el tribunal su documento de identidad. Examinando todas las circunstancias que vienen en consideración en el presente supuesto, y que recogemos en el fundamento de derecho que se transcribe, declara la Audiencia no haberse vulnerado las garantías del inculpado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En cuanto a la alegación que efectúa la parte acusada ahora recurrente, de quebrantamiento de normas y garantías procesales, por cuanto que, según se aduce, habría “Declarado en el acto del juicio una persona indocumentada... Esta parte tiene serias dudas de que la persona que declaró fuera Consuelo y cree que se ha dejado en total indefensión a su representado, dado que el Juez de lo Penal ha basado la Sentencia en la declaración de dicha mujer indocumentada”, diremos que no podrá ser acogida. El examen de las actuaciones evidencia que dicha testigo, Sra. Consuelo, esta vez sí identificada mediante su DNI, fue oída en declaración, siquiera que sucinta, ante el Juzgado de Instrucción de su domicilio, a presencia del mismo Sr. Letrado de la acusación particular que asistió a la celebración del acto del juicio (folio 145). Asimismo, aquella tuvo que ser detenida y conducida por la Fuerza pública para su presentación a dicho acto del juicio, lo que presupone necesariamente su previa identificación, por los

funcionarios encargados de tal presentación. Y, por último, en ese acto, la presentada fue reconocida como tal testigo, Sra. Consuelo, por dos testigos, los acusadores particulares. Para poder estimar, como parece apuntarse en el recurso, que podría haberse producido una suplantación de dicha testigo por una tercera persona, necesariamente hay que dar por sentada una previa confabulación de todos aquéllos al efecto, que no resulta verosímil; confabulación y suplantación por otra parte de ignota finalidad, ya que la testigo oída en el juicio no dijo cosa distinta de lo reiteradamente declarado por la Sra. Consuelo en fase de instrucción. Pero es que, a mayor abundamiento, el examen del acta del juicio evidencia que la parte ahora recurrente no hizo constar protesta alguna, cuando “Es llamado y comparece la testigo Doña Consuelo, no tiene DNI, Marco Antonio e Ildefonso reconocen a Doña Consuelo”; no alegando entonces vulnerado derecho o garantía propia alguna por tal identificación testifical, por lo que, habiéndola consentido al tiempo, mal puede impugnarla ahora con éxito, y este motivo de recurso, como decíamos supra, no podrá ser estimado.

Sentencia 101/2003, AP SEVILLA, Sec. 3.ª, de 31 de marzo de 2003

EL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA INCLUYE LA VALORACIÓN DE LESIONES Y DAÑOS MATERIALES.

Arts. 517.2.8.º de la LEC y 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilm. Sr. D. José Manuel Holgado Merino**

SÍNTESIS

El ámbito de la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los vehículos a motor incluye los daños personales y los materiales, por eso el auto que establezca la cantidad máxima que se puede reclamar por indemnización en caso de accidente de tráfico también incluirá ambos conceptos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Solicita el recurrente que se revoque la resolución impugnada única y exclusivamente en el alcance que debe darse a la expedición del título ejecutivo al que se refiere el art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, porque a juicio del apelante, el título ejecutivo que se dicte debe incluir los daños materiales causados y no sólo las lesiones y secuelas como señala la sentencia (...)

Segundo.—Ciñéndonos al supuesto concreto, por la claridad de la exposición y porque estamos de acuerdo con la conclusión, reproducimos parte del fundamento cuarto del Auto dictado por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en reciente fecha 7 de marzo de 2003 “En la actualidad, y tras las sucesivas reformas del seguro obligatorio, éste cubre los daños materiales, la cuestión que se discute es la posibilidad de que el auto que exige el artículo 10 de la

Ley sobre Responsabilidad que se dicte en el proceso penal cuando se declare la rebeldía del acusado, o recayere sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiere renunciado a la acción civil ni la hubiere reservado para ejercitarla separadamente, se contemplen no sólo los daños personales, sino también los materiales, respecto a ello la citada norma dispone que en el citado Auto se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado amparados por dicho seguro obligatorio. El ámbito de cobertura del seguro obligatorio como resulta, especialmente de los artículos cuarto y sexto de la citada ley, son los daños personales y los materiales, con los límites que reglamentariamente se determinen, que como dispone el artículo 4.2.º, en los daños a las personas el importe se fijará por víctima y para los daños en los bienes se fijará por siniestro. De una interpretación conjunta de

las normas citadas y demás concordantes, incluido el artículo 517.8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se concluye sin género de dudas, que el Auto que ha de dictarse en el proceso penal en los supuestos mencionados, ha de incluir tanto los daños personales como los materiales, si se afirma que el citado Auto ha de determinar la cantidad líquida

máxima por todos los daños y perjuicios amparados por el seguro obligatorio, es obvio que han de ser todos, con independencia de su naturaleza, no se puede pretender distinción donde el legislador no distingue, y desde luego no prohíbe expresamente, como sería necesario para que no incluyese los daños materiales”.

Sentencia 238/2003, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 23 de abril de 2003

DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN CONEXIÓN CON AMENAZAS CONDICIONALES: COMPETENCIA DEL JURADO.

Arts. 5 y 24 LOTJ; 238, 240, 241 LOPJ; 17.3.º, 5.º LEC

Ponente: **Ilm. Sr. D.ª Nekane San Miguel Bergaretxe**

SÍNTESIS

Dos son las cuestiones que tiene en cuenta el Auto de la Audiencia para atribuir la competencia al Tribunal del Jurado: la conexión de los delitos y el carácter de dicha conexión (relación medio-fin o mera analogía).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Esta queja tiene como objeto el intento del recurrente de que el procedimiento que se sigue ante el Juzgado de lo Penal, sea enjuiciado conforme lo determina la LOT Jurado, al estimar que el delito de amenazas condicionales, que tiene establecida pena de mayor entidad que el relativo a la propiedad industrial, por el que también es acusado el quejoso, lleva al competencia al jurado y no al juzgado de lo penal.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular, por contra, consideran que el enjuiciamiento de esta causa es competencia de los tribunales ordinarios. Concretamente del

Juzgado de lo Penal al que, por turno, corresponde el asunto.

La primera de las cuestiones que ha de quedar resuelta es la de si los delitos a que se refiere el auto por el que se acuerda proseguir los trámites por los establecidos para el procedimiento abreviado, son o no conexos, y de la lectura del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, no queda duda de que así es: El art. 5.2.c) de la LOT Jurado extiende la competencia al Tribunal del Jurado, cuando “... alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros...”, y en el relato de la acusación, la inhabilitación de la protección del programa cuyos derechos de propiedad intelectual ostentaba la empresa

afectada es lo que permite (siempre según ese relato) proceder, posteriormente, a efectuar las amenazas de publicación del mismo, aviso que no cumpliría quien así procede en el supuesto de ver cumplidas las exigencias que plantea. Y pocas interpretaciones caben ante un supuesto fáctico como el que se plantea, en grado de probabilidad en este momento, en la presente causa.

La alegación que se realiza de las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo en las que deriva a los tribunales ordinarios (por referencia a los profesionales, puesto que el jurado no es un tribunal de excepción) ha de recordarse que proviene del Pleno de Sala celebrado el cinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve, conforme a la previsión del art. 264 de la LOPJ. Ciertamente es que, al margen de las críticas doctrinales que tal decisión pueda merecer, su pronunciamiento en cuanto a la interpretación del art. 5.º del la LOTJ nos obliga, pero en la concreta previsión que realiza: De acuerdo con lo que trasciende del contenido de tal pleno, se barajaron en el mismo las posibilidades para ampliar la competencia del jurado a los supuestos previstos en el art. 17.5.º de la LECrim. (los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces

sentenciados) limitándose la competencia a la previsión expresa de la norma, sin ampliar y, ciertamente, interpretándola con un criterio restrictivo en cuanto a la atribución de causas al jurado, por razones varias que no viene al caso señalar. Ahora bien, cuando el supuesto es el que nos ocupa, no se está planteando una ampliación de las causas atribuidas al jurado, sino de una aplicación estricta, puesto que, de acuerdo con los datos que se nos exponen, la causa de conexidad es la contenida en el núm. 3.º del art. 17 de la LECrim., no en su núm. 5, y está recogida de forma expresa en el art. 5.º de la LOTJ, y la Sala estima que no procede su enjuiciamiento por separado: Además de la expresa previsión normativa reseñada, de procederse de ese modo, pueden verse vulnerados derechos del acusado, por el contenido y aplicación de los arts. 77 y demás concordantes del CP.

Por todo ello, procede declarar la nulidad del Auto por el que se acordó proseguir los trámites por los establecidos para el procedimiento abreviado, y en su lugar, reponiendo la causa al estado inmediatamente anterior a dictarse tal resolución (art. 238, 240, 241 de la LOPJudicial) procédase por el órgano instructor, a dictar la resolución prevista en el art. 24 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Sentencia 270/2003, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 29 de abril de 2003

APORTACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: MOMENTO PROCESAL.

Arts. 792.1 y 795.3 LECrim.

Ponente: **Ilm. Sr. D. Juan Pelayo García Llamas**

SÍNTESIS

Recuerda la Sala al Juzgado de lo Penal que inadmitió indebidamente la prueba documental que aportó la defensa, pues, tratándose de procedi-

miento abreviado, puede realizarse dicha aportación hasta antes del inicio de las sesiones del juicio oral. Mas tampoco actuó correctamente la defensa, al aportar dichos documentos a la Audiencia junto con el escrito de apelación, pues debió interesar el recibimiento a prueba en segunda instancia y, una vez que así se acordare, haber aportado la documentación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El artículo 792.1 de la ley procesal penal dispone que hasta el momento de inicio de las sesiones del juicio oral podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportunos y el Juez o Tribunal admitan. De acuerdo con dicha disposición la defensa de los entonces procesados actuó con corrección al aportar determinados documentos mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2002 toda vez que el inicio del juicio estaba señalado para el 5 de marzo, y sólo cabía su rechazo de haberse considerado dichos documentos como impertinentes, apreciación que no se hace en la Providencia de 21 de febrero, basándose su rechazo en no ser el momento procesal oportuno, siendo así que la incorporación cabe hasta el inicio de las sesiones del juicio, y por ende con anterioridad al mismo. Es más lo deseable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva y de la igualdad de armas es su aportación antes del juicio permitiendo a las partes su análisis y estudio frente a una aportación sorpresiva. Por la misma razón debieron admitirse los documentos al inicio de las sesiones del juicio, si bien al reiterarse la petición al inicio del juicio e indicarse que la documental era en relación a varios testigos de la acusación particular, todo pa-

rece indicar que nos encontramos ante el supuesto previsto en el apartado tercero del artículo 729.3 de la ley procesal que permite practicar las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo.

Tercero.—No obstante el artículo 795.3 de la LECrim. permite la práctica de la prueba en esta alzada por más que limitada a las que no pudo proponer, a las propuestas indebidamente denegadas previa la oportuna protesta, a las admitidas y no practicadas por causas no imputables al proponente, con exposición de las razones por las que se ha producido indefensión. De la posibilidad expuesta han hecho uso los recurrentes y, como suele ser habitual, de una forma anómala, aportando con su escrito la prueba documental que les fue denegada en lugar de solicitar el recibimiento a prueba para esta alzada y, una vez admitida, aportando los documentos. Por ello, y en la medida que las partes apeladas han tenido conocimiento de los documentos y han podido formular alegaciones sobre los mismos el Tribunal ha omitido resolver sobre la admisión de la prueba, al figurar ya en las actuaciones, y no ha señalado vista por no estimarla necesaria para la concreta formación de una convicción fundada.

Sentencia 280/2003, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 6 de mayo de 2003

SUSPENSIÓN DE JUICIO ORAL POR INASISTENCIA DE LETRADO: DELITO DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA.

Arts. 463 CP; 5.2 y 4 LEC de 1881; 14.3 y 5 Estatuto General de los Procuradores, y 449.4 LOPJ

Ponente: **Ilm. Sr. D. Juan Pelayo García Llamas**

SÍNTESIS

Examina la sentencia los requisitos que deben guardar las citaciones que se hagan a los letrados para asistir al juicio oral. Y lo hace desde el punto de vista de discernir si se ha cometido un delito de obstrucción a la justicia. Es decisiva, para la resolución del presente caso, la circunstancia de que entre la citación y la celebración de la vista debe mediar un plazo mínimo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...)

El acusado Jesús Miguel, mayor de edad y sin antecedentes penales, letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, fue designado de oficio por la Corporación citada para la defensa de Claudio, dictándose auto (...) señalando para la celebración del juicio oral el día 16 de marzo de 1999 a las 10,15 horas. Dicha resolución fue notificada, a los efectos que aquí interesan, a la Procuradora que ostentaba la representación de Claudio que por fax remitió copia al despacho de Jesús Miguel el 22 de febrero, y además el Juzgado de lo Penal remitió telegrama en fecha 19 de febrero al despacho de Jesús Miguel participando el señalamiento para el día 16 de marzo. Llegado el día 16 de marzo de 1999 tuvo que suspenderse la vista del juicio oral por razón de la inasistencia de Jesús Miguel.

Por Providencia de 16 de marzo de 1999 la Iltna. Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid dispuso la citación de Jesús

Miguel para el día 26 de marzo al efecto de justificar su incomparecencia, y señaló como nueva fecha para la celebración del juicio oral el día 20 de abril de 1999 a las 11 horas. La nueva fecha de señalamiento no pudo ser comunicada por la representación procesal de Claudio a Jesús Miguel siendo devueltos los telegramas cursados al efecto. El mismo día 20 de abril de 1999, con posterioridad a las once horas, y ante la incomparecencia de Jesús Miguel personal de la secretaria del Juzgado de lo Penal n.º 24 contactó telefónicamente con Jesús Miguel requiriéndole para que compareciese a la celebración del juicio lo que no hizo, suspendiéndose el señalamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Abordando la cuestión desde el prisma estricto de la legalidad, el núcleo de la impugnación aparece referido al segundo señalamiento acordado en Providencia de 16 de marzo de 1999 para el día 29 de abril, por cuanto el primer señalamiento aparece que fue comunicado oportunamente

al recurrente, tanto por la representación procesal del acusado a quien defendía Jesús Miguel como por el propio Juzgado de lo Penal, sin que se haya justificado la incomparecencia por la fotocopia del billete de avión, de difícil lectura, o por el pretendido certificado médico.

Tercero.—Solución distinta merece el segundo señalamiento. De entrada debe advertirse que, salvo supuestos excepcionales, los abogados no son citados para el juicio oral o no lo son en los términos previstos para las citaciones de la ley procesal, será el procurador en cumplimiento previsto en el artículo 5.2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en la fecha de los hechos, artículo 14.3 y 5 del Estatuto General de los Procuradores, quien deberá notificar o comunicar al letrado la fecha del señalamiento del juicio oral. Así lo hizo la procuradora de Claudio para ambos señalamientos pero respecto del segundo, acordado en Providencia de 16 de marzo para el 20 de abril, los telegramas que cursó fueron devueltos tal como expuso en escrito obrante al folio 22 y resulta de la copia de los telegramas, folio 23, y reiteró en el acto del juicio, y respecto del segundo señalamiento no consta que, a diferencia del primero, el Juzgado lo participase directamente al Letrado por telegrama, apareciendo sólo su citación para justificar su inasistencia a la primera vista, folio 82.

Cuarto.—Por tanto la única citación recibida por Jesús Miguel para asistir en calidad de abogado defensor a la vista del juicio oral señalada para el 20 de abril de 1999 fue la que tuvo lugar el mismo día, mediante llamada telefónica realizada por personal del Juzgado de lo Penal 24, según resulta de la declaración del propio acusado y de la testifical. Sin embargo la citación o comunicación expuesta según resulta del acta del juicio, folio 27, tuvo lugar a las 11,20 horas y por tanto no puede considerarse realizada en legal forma. No contemplado en la ley procesal penal el plazo con el que el letrado defensor ha de ser convocado al juicio oral puede sin embargo señalarse que el artículo 520 en orden a la asistencia al detenido fija en ocho horas el plazo máximo para la asistencia, y el artículo 449.4 de la LOPJ establece siete días, anteriores a la vista o señalamiento el límite para renunciar sin causa justificada a la representación o defensa. En el presente caso exigir al letrado que comparezca en un breve lapso de tiempo carece de cobertura legal, y supondría además una vulneración del derecho de defensa, real y efectivo, que tenía el acusado defendido por Jesús Miguel.

Quinto.—Por lo expuesto, y no siendo punible la desidia o dejadez y el incumplimiento de deberes estatutarios, procede la estimación del recurso, dictando sentencia absolutoria y declarando de oficio las costas.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.^a, de 8 de mayo de 2003

¿ES IMPRESCINDIBLE PARA PENAR POR EL DELITO SOCIETARIO DE IMPEDIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES LA CAUSACIÓN DE UN PERJUICIO ECONÓMICO?

Art. 293 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. José Ignacio Gallego Soler**

SÍNTESIS

Celebrada ilegalmente una Junta General extraordinaria (por falta de previsión expresa de segunda convocatoria), y adoptados en ella diferentes

acuerdos, alega el recurrente en su descargo la circunstancia de que, del impedimento del derecho a asistir y votar en las Juntas, no se siguió ningún perjuicio económico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

La conducta típica en el presente caso se concreta en celebrar una Junta extraordinaria al margen de la convocatoria y adoptar en ella diversos acuerdos. En la carta remitida al Sr. Juan Ramón, (...), se hizo constar que la celebración de la Junta General Extraordinaria lo sería en única convocatoria a las 16 horas del día 7 junio 1996, por lo que no sería legítima la celebración de la Junta en segunda convocatoria sin haberse anunciado esta posibilidad con anterioridad, como se desprende de una interpretación armónica del art. 98.3 y 99 de la Ley de Sociedades Anónimas. Así las cosas, el administrador tenía la obligación de saber que para llevar a cabo esa reunión pasadas las 16 horas tenía que haber efectuado nuevo anuncio de la misma y que su obligación era no permitir la celebración de la Junta en tanto no se hubiesen cumplido los requisitos formales de la mentada regulación.

En los hechos declarados probados, de obligado acatamiento por el cauce procesal interesado por el apelante, se constata que la Junta General Extraordinaria en ningún lugar se llevó a cabo antes de las 16.30 horas del día 7 de junio de 1996, siendo que se celebró con posterioridad a esta fecha, y con la ausencia del socio Juan Ramón. De este modo, permitiéndose la celebración de una Junta General de forma extemporánea y con total infracción de los requisitos formales para su convocatoria, se impidió el acceso al control de la gestión por parte del socio Juan Ramón, quien no pudo asistir y votar en una Junta general, ni impugnar los acuerdos sociales que se adoptaron.

(...)

Este Tribunal no desconoce la existencia de un sector jurisprudencial que requiere para la existencia de esta figura delictiva de un resultado de perjuicio patrimonial. (...)

Pero esta interpretación no es pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina. (...)

Frente a esta divergencia de interpretaciones, el presente Tribunal entiende que la eventual exigencia del resultado de perjuicio patrimonial, resultado no exigido expresamente en el tipo, puede ser posible en algunas conductas típicas, pero una cuestión bien distinta es que el resultado de perjuicio patrimonial deba servir de “lege lata” para diferenciar los ilícitos civil-mercantiles y los penales. En otras palabras, no puede generalizarse la exigencia del perjuicio patrimonial, pues no todos los derechos del socio que se contienen como objeto material del art. 293 CP tienen en sí mismos un contenido patrimonial. Así, habrá que estar al caso concreto, a analizar cuál es el concreto derecho cuyo ejercicio se niega o impide, para constatar el eventual perjuicio económico que ello supone. Así, por ejemplo, las conductas referidas a la suscripción preferente de acciones tienen un componente patrimonial que no puede desconocerse en el ámbito penal, pero la negativa injustificada a un socio del derecho de voto, cuando el acuerdo que deba tomarse no tenga una trascendencia económica directa, puede ser delictiva al margen del eventual perjuicio patrimonial que pueda suponer para el socio. Es por lo que estimamos que el argumento patrimonialista no es concluyente para diferenciar genéricamente el ilícito civil-mercantil del penal.

Es posible que en muchos supuestos que se recurre a la idea del perjuicio patrimonial se está pensando en los presupuestos del ejercicio de la acción individual de respon-

sabilidad, de tal forma que se estima que el delito del art. 293 CP debería en todo caso ser susceptible de integrar una conducta ilícita extrapenal. Así, en la medida en que la jurisdicción civil requiere para poder ejercitar la acción individual de responsabilidad de administradores que los actos del administrador generen una lesión directa, real y efectiva en perjuicio de los intereses económicos de los acreedores o accionistas, atribuible causalmente a la conducta de los administradores. Cómo argumento a favor de lo expuesto se podría traer aquí a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 diciembre 1990 cuando, en sede de jurisdicción civil, concluye que el simple hecho que no se citara a los socios para la celebración de las Juntas Generales no implica por sí mismo que se causase un daño económico a los actores. Esta controversia trae causa, en última instancia, de cuál se crea que es la naturaleza jurídica, contractual o extracontractual, de la acción. Así las cosas, si se entiende que estamos ante el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es lógico que se requiera la acreditación del perjuicio económico ex art. 1902 del Código Civil, pero ello no es tan evidente si nos encontrásemos en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones cuasi contractuales que asume el administrador cuando acepta el cargo. No es éste el lugar de entrar a efectuar disquisiciones acerca de

la naturaleza jurídica de la acción individual de responsabilidad, pero sí que es preciso señalar que la finalidad de la acción de responsabilidad individual es precisamente indemnizar los daños económicos ocasionados por la actuación “culposa” del administrador, mientras que la finalidad del art. 293 CP es ajena en su actual configuración a la idea del perjuicio patrimonial, ni tan siquiera de su puesta en peligro. Se trata exclusivamente de garantizar ciertos derechos del socio desde la vertiente material: lo relevante para el Derecho penal en el caso que nos ocupa es que se garanticen los estándares mínimos de los derechos de participación en la gestión o control de la actividad social. Estos derechos no tienen un contenido económico directo, por lo que no puede pretenderse que para su consumación se acredite dicho perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. Quien celebra Juntas Generales al margen de los requisitos formales de convocatoria, al igual que quien no convoca Junta General Ordinaria, impide materialmente todo control de la actividad del órgano de gobierno societario, lo que debe ser censurable incluso penalmente. Por todo lo anteriormente expuesto ha de concluirse que el delito contenido en el art. 293 CP fue correctamente aplicado en la instancia, aunque no puede negarse la parca motivación en la subsunción típica que llevó a cabo el “a quo”.

Sentencia 219/2003, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 12 de mayo de 2003

CONSIDERACIÓN DE DROGADICCIÓN COMO EXIMENTE INCOMPLETA EN DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA Y CONCURSO DE LEYES CON LESIONES.

Arts. 74, 152, 379, 381, 383 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

La alteración de las facultades para la conducción por consumo de drogas no forma parte del tipo de la conducción temeraria y por ese motivo tal

circunstancia opera como limitativa de la responsabilidad. Cuando en una misma acción concurre conducción temeraria y resultado lesivo nos encontramos ante un concurso de leyes y no de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

MOTIVACIÓN

Primero.—(...)

Ahora bien, si nos fijamos con detenimiento en el contenido de la resolución impugnada, podemos comprobar que la tesis exculpatoria que postula la parte recurrente aparece en gran parte acogida en la sentencia apelada. Pues, en efecto, en el relato de hechos probados se afirma que el acusado “conducía el vehículo sustraído el día 26-10-1999 sobre las 21 horas por la Avenida de Córdoba, tras haber ingerido cocaína y heroína que limitaban gravemente sus facultades para la conducción”.

Si el acusado pilotaba el vehículo con sus facultades limitadas gravemente para la conducción debido a la consumición de heroína y cocaína, es claro que se dan los presupuestos fácticos para apreciar la eximente incompleta de drogadicción, prevista en el art. 21.1.^a en relación con el art. 20.2.^o del C. Penal.

La Juez de instancia argumenta para denegarla que el consumo de drogas es uno de los elementos del tipo penal que se aplica. Sin embargo, tal afirmación es errónea, toda vez que el acusado ha sido condenado, finalmente, por el delito del art 381 del C. Penal, en el que no va implícito ni es inherente el conducir bajo los efectos de las drogas. Y ello porque es perfectamente factible, y así se produce en la práctica en no pocos supuestos, que un sujeto conduzca temerariamente un vehículo y ponga en peligro concreto la vida o la integridad de una persona sin hallarse bajo los efectos de ninguna droga. Y así se desprende de forma clara de los argumentos recogidos en la STS 2251/2001, 29-XI, en la que se admite la posibilidad de

aplicar la eximente incompleta de drogadicción en el tipo penal del art. 381 del texto punitivo, si bien al final no acaba operando debido a que no consta debidamente probada.

Por lo tanto, procede corregir el error de la Juez de instancia y apreciar la eximente incompleta de drogadicción con respecto al delito de conducción temeraria. Sin que quepa en cambio la aplicación de una eximente completa, puesto que en la vista oral del juicio no consta elemento de prueba alguno denotativo de que el acusado se hallare privado totalmente de sus facultades intelectivas y volitivas.

(...)

De otra parte, también conviene hacer constar, aunque no haya sido alegado en el escrito de recurso, que en los fundamentos de la sentencia se contiene un segundo error jurídico. Es el relativo a apreciar un concurso ideal de los delitos previstos en los arts. 379, 152.1.1.^o y 381 del C. Penal. Y ello porque para estos supuestos en que concurre la infracción de riesgo junto con la infracción de resultado por imprudencia, el art. 383, que también se cita en la sentencia apelada, prevé específicamente la apreciación de un concurso de leyes y no de un concurso de delitos. Concurso de leyes que se dirime por el legislador de acuerdo con el principio de alternatividad. Es decir, apreciando el delito que tenga prevista una pena más grave, en este caso el delito del art. 381 del C. Penal. Queda así expresamente excluida la posibilidad de apreciar un concurso ideal entre las infracciones de riesgo y de resultado, que erróneamente sí aplica la Juez de instancia.

(...)

Sentencia 302/2003, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 12 de mayo de 2003

LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁFICO. CULPA CONCURRENTE DE PEATONES. INAPLICACIÓN DEL FACTOR DE CORRECCIÓN EN JUBILADOS.

Art. 1 y Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

Atenúa la responsabilidad penal y civil en accidente de tráfico en el que concurra culpa de los perjudicados, en este caso cruzar por lugar no adecuado. Al tratarse los lesionados de personas sin ingresos por trabajo, no se les aplica el factor de corrección del diez por ciento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...) se aprecia contribución al accidente por parte de los perjudicados en un 20% al no constar que tomasen cierta precaución al cruzar la calzada en lugar no principio no habilitado.”

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) es evidente que la actividad de los peatones cruzando la calzada por lugar no adecuado al efecto, influyó en la causación del accidente. Pero ello no puede excluir la responsabilidad del conductor como principal causante del accidente, quien ante la dificultad del cruce y las circunstancias ambientales (posible deslumbramiento por tener el sol de frente), debió extremar las precauciones y cerciorarse de que podía efectuar la maniobra pretendida sin riesgo para los demás usuarios de la vía. Debe tenerse en cuenta, además, que el acusado ni siquiera se percató de la presencia de los dos

peatones junto a la calzada, desprendiéndose de su declaración efectuada en el acto del Juicio Oral que su atención se centró en cerciorarse de que no venía ningún vehículo por la calle Marqués de Santillana que pretendía cruzar. Y tal omisión, teniendo en cuenta que conforme a la interpretación realizada por el juez de instancia del art. 65.1. b) del Reglamento de Circulación la preferencia de paso correspondía en principio a los peatones al disponerse el conductor a efectuar una maniobra que suponía un cierto giro a la izquierda, fue la causa eficiente del accidente, que podía haberse impedido si el conductor se hubiera apercibido de la presencia de los peatones en la calzada (...) la actuación del conductor fue determinante del atropello, aunque no desde luego su causa exclusiva, viéndose el atropello propiciado por la acción también imprudente de los peatones cruzando la calzada por lugar no adecuado. Y ello es lo que ha determinado la apreciación por el juzgador de instancia de culpa concurrente en los peatones, valorando adecuadamente su conducta como causa atenuatoria de la responsabilidad pe-

nal y con efecto directo en la extensión de la responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y en el apartado primero, criterios dos y siete del Anexo contenido en la misma.

(...)

Segundo.—Muestra igualmente el recurrente su disconformidad con el factor de corrección del 10% que se fija en la sentencia de instancia, al superar ambos peatones los 65 años y no encontrarse por tanto en la fecha del siniestro en edad laboral y por no haber acreditado tampoco que sus ingresos

anuales por trabajo personal supere la suma de 18.030'36 euros fijada por el Baremo.

(...)

(...) factor de corrección del 10% (...)

(...) en principio procedería el incremento de las cuantías indemnizatorias fijadas por muerte y por secuelas conforme al factor de corrección previsto en las Tablas II y IV del Baremo. Ahora bien, no encontrándose la perjudicada ni el fallecido en edad laboral, y no habiéndose justificado por aquella ingresos netos por trabajo personal y si únicamente el cobro de determinadas pensiones de la Seguridad Social, procede denegar tal pretensión, revocando en este punto la resolución recurrida.

Sentencia 224/2003, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 13 de mayo de 2003

LA SITUACIÓN DEL PRESO DISFRUTANDO DE UN PERMISO DE SALIDA NO ES EQUIPARABLE A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A LOS EFECTOS DEL TIPO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA.

Art. 468.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana María Ferrer García**

SÍNTESIS

Considera la sentencia que examinamos que la situación del interno que se encuentra disfrutando de un permiso de salida no puede equipararse a quien, efectivamente, se encuentra privado de libertad. Quiere decir con ello que, si no regresa tempestivamente del permiso, puede cometer delito de quebrantamiento de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el acto del juicio oral, de referencia se dictó Sentencia (...) cuyo fallo es del tenor literal siguiente: Absuelvo libremente a Matías de los hechos de que venía acusado por el M.º Fiscal (...)

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada: El acusado, Matías (...) se encontraba, en el mes de diciembre de 1999, ingresado en el Centro Penitenciario Madrid IV, sito en el término municipal de Navalcarnero, cum-

pliendo pena de 3 años, 6 meses y un día de prisión, impuesta por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa 181/97 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Collado Villalba, condenado cuyo cumplimiento inició el 20 de junio de 1998 y terminaba el 25 de marzo del año 2001.

Por auto de fecha 15 de diciembre, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de los de Madrid, le fue concedido un permiso ordinario de salida de cuatro días de duración, que comenzó a disfrutar el 27 de diciembre y que concluía el 31 del mismo mes.

Llegada la finalización del permiso el acusado no se reintegró al Centro Penitenciario hasta que no fue detenido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía.

(...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—La cuestión que se suscita en el presente recurso lo es de carácter estrictamente jurídico, no surgiendo controversia en orden a la interpretación de las pruebas, ni, consiguientemente, en torno al relato de hechos probados de la resolución impugnada, que es aceptado por todas las partes y que en esta alzada se ha dado por reproducido.

Entiende el Juez sentenciador que el comportamiento del acusado encuadraría en el art. 468 pero en su inciso 1.º no en el 2.º, por estimar que la situación de hallarse disfrutando un permiso penitenciario es equiparable a la privación de libertad que el mismo exige.

Esta Sala no comparte el criterio del sentenciador y sí el del M.º Fiscal. Y ello porque la situación de permiso penitenciario, aun cuando integrada en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, es una excepción a la misma que se desarrolla en régimen de libertad. Es cierto, como dice el sentenciador, que no puede olvidarse que aun durante los permisos existen algunas restricciones a la libertad de deambulación del penado, como, por ejemplo, la prohibición de

abandonar el territorio español, pero esas restricciones en ningún caso son equiparables a la privación de libertad.

De otro lado, no comparte esta Sala los argumentos del Juez sentenciador cuando señala que el tipo penal descrito como básico, en el inciso 1.º del art. 468, quedara vacío de contenido de no efectuarse la interpretación que la sentencia impugnada defiende, y ello porque el mencionado tipo abarca a los que quebrantaran “su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”. Es decir, su ámbito de aplicación no queda única y exclusivamente limitado a las situaciones de prisión en Centro Penitenciario, por lo que si se plantean como posibles situaciones de quebrantamiento sin el recurso a la violencia, la intimidación, la fuerza en las cosas, o participación en motín a la que se refiere el art. 469 al describir el tipo agravado. No viene el caso el enumerar una serie de hipótesis que quedarían encuadradas en aquel tipo, sin duda todas aquellas que se realizaran acudiendo a la estrategia, argucia o el des-cuido.

En cualquier caso, el margen de duda que pueda dejar abierto el tipo tal y como está redactado en el art. 468 en ningún caso puede interpretarse en perjuicio del reo. Y así lo hace el Juez sentenciador al equiparar a la privación de libertad una situación que materialmente no lo es, cual es por naturaleza el permiso penitenciario. La privación de libertad a la que se refiere el art. 468 ha de considerarse como efectiva, y no pueden asimilarse a ella situaciones que no integren tal, porque ello supondría, como ya se ha dicho, una interpretación en perjuicio del reo.

Por todo ello el recurso interpuesto se va a estimar considerando que los hechos declarados probados constituyen un delito previsto y penado en el art. 468 inciso 2 del CP por el que se formuló acusación. De este delito es responsable en concepto autor el acusado Matías por la intervención directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución. Basta acudir a las propias manifesta-

ciones del acusado quien en el acto del juicio dijo que se olvidó por completo de regresar al centro penitenciario.

(...)

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por el M.º Fiscal contra la Sentencia (...)

Auto 177/2003, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 13 de mayo de 2003

RESPONSABILIDAD CIVIL: EL REPRESENTANTE DEL PERJUDICADO MENOR DE EDAD CONTINÚA ACTUANDO EN EL PROCESO A PESAR DE QUE SU REPRESENTADO ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD.

Arts. 238 LOPJ; 225 LEC; 1309, 1371 y 1738 Código Civil

Ponente: **Ilm. Sr. D. Jesús Fernández Entralgo**

SÍNTESIS

En la pieza de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, el ejecutante actuó inicialmente a través de su representante legal —al ser aquél menor de edad—. Pero, a pesar de que en el curso del proceso de ejecución llegó a alcanzar la mayoría de edad, el representante legal continuó actuando en su nombre en el proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Más complejo es el problema que suscita la continuación del procedimiento con intervención de Mariano en concepto de ejecutante, como representante legal de su hijo Federico, una vez que éste había cumplido ya la mayoría de edad y tenía, por tanto, la capacidad procesal para intervenir por sí mismo en el proceso de ejecución.

Hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, Mariano estaba legitimado para actuar procesalmente en representación de quien era titular del derecho a la indemnización. Su legitimación decayó, ciertamente, una

vez que Federico alcanzó la mayoría de edad.

Ocurrió, empero, que el primero siguió interviniendo en el procedimiento. El defecto sobrevenido de legitimación no fue denunciado por parte alguna. El demandante por representación del titular del derecho ejercitado en el proceso continuó siendo admitido como legitimado aparente.

El defecto sobrevenido de legitimación no es de los que producen nulidad radical, absoluta o de pleno derecho. Ni el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni el 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo consideran como tal.

En la medida en que siguió siendo admitido como parte legítima, sin que el órgano jurisdiccional lo requiriera, por propia iniciativa o a instancia del directamente legitimado (ahora procesalmente capaz) o de la contraparte, para que cesase en su actuación en el proceso de ejecución, lo realizado a partir del cumplimiento de su mayoría de edad por Federico ha de tenerse sólo por claudicantemente eficaz, en cuanto necesitado de confirmación por el sobrevenida-mente legitimado. Así se infiere de lo establecido por el artículo 1309 del Código Civil (completado por su artículo 1311), en relación con el 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el presente caso, lo llevado a cabo por el representante legal del menor, después de que éste llegó a los dieciocho años, fue ratificado expresamente por Federico, en comparecencia, con fecha 3 de abril del 2002, ante el Juzgado de Instrucción ejecutante. La adjudicación judicial era un acto confirmable porque reunía todos los requisitos esenciales de los contratos (en este caso, judiciales), enunciados en el artículo 1261 del Código Civil, indispensables para alcanzar su fin, por utilizar la terminología del artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Quien hasta entonces había veni-

do siendo tenido como parte legítima otorgó válidamente su consentimiento a la adjudicación, y la única persona que podía haberse sentido perjudicada por su actuación —el titular del derecho ejercitado— no sólo no impugnó esta actuación sino que la confirmó expresamente. Al hacerlo así convalidó lo realizado por el legitimado aparente.

Obviamente, lo anterior sirve para convalidar la intervención procesal de Abogado y Procurador, quienes mantenían el mandato otorgado en su día por el representante legal del menor. La eficacia de sus actuaciones tras la pérdida de legitimación de dicho representante, se infiere de la aplicación (directa o analógica, según interpretaciones) de lo establecido por el artículo 1738 del Código Civil respecto del contrato de mandato.

La Defensa de los recurrentes alega que se les produjo indefensión, puesto que no se sabe qué hubiera ocurrido si hubiese intervenido en la subasta el ya mayor de edad.

No se puede volver sobre el pasado para aventurar el curso alternativo de las cosas en circunstancias diferentes; pero algo está claro: quien tenía que haber intervenido como legitimado directo confirmó expresamente lo hecho en su nombre.

El recurso, consecuentemente, no puede prosperar.

Sentencia 179/2003, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 22 de mayo de 2003

CONDENA AL CONDUCTOR Y PROPIETARIO DE VEHÍCULO NO ASEGURADO POR UNA ÚNICA FALTA DEL ART. 636 DEL CP.

Art. 636 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. Javier Rodríguez González-Palacios**

SÍNTESIS

En aplicación del principio “non bis in idem” al propietario de un vehículo denunciado por conducir careciendo de seguro obligatorio de responsabilidad civil no se le puede incriminar doblemente por su condición de titular y actor, sino sólo por esta última.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...)

(...) “Que debo condenar y condeno a Roberto y a ‘Construcciones e Instalaciones, SL’, ésta en la persona de su representante legal Roberto, como autor criminalmente responsable de dos faltas de conducción sin seguro (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

(...) Está clara la obligación administrativa de aseguramiento que incumbe al propietario del vehículo. Pero el Código Penal sólo castiga a los que “realizaren actividades”, es decir, en nuestro caso, conducir vehículos de motor.

(...) la sentencia ha de ser revocada por cuanto condena tanto al conductor como al propietario del vehículo, pero es que además lo peculiar del caso es que el denunciado reúne la doble condición de conductor

del vehículo y representante legal de la empresa propietaria del mismo, resultando por ello penado en la sentencia como autor de dos faltas por una misma acción, la conducción del vehículo careciendo del seguro obligatorio de responsabilidad civil, lo que vulnera el principio “non bis in idem”, que proscribire el resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, por lo que, por todas estas consideraciones procede la estimación parcial del recurso en el sentido de condenar a Roberto únicamente por la comisión de una falta del art. 636 del CP, (...) pues el hecho cierto es que cuando el vehículo fue denunciado no se encontraba asegurado, (...) así como que el conductor que prescinda de observar dicha obligación, cuando menos le será imputable a título de dolo eventual el conocimiento de la carencia de aseguramiento, ya que las normas reguladoras de la circulación afecta a aquél en lo concerniente a su obligación de comprobar que es correcta la documentación del seguro obligatorio del vehículo que maneja.

Sentencia 237/2003, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 26 de mayo de 2003

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y REGISTRO EN UN DOMICILIO SE DIO EN RELACIÓN A UN DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, PERO DE LA PRÁCTICA DEL MISMO RESULTÓ LA TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS.

Art. 18.2 CE

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Pilar Oliván Lacasta**

SÍNTESIS

Aunque la forma de “ampliar” la autorización de la entrada y registro fue irregular desde el punto de vista procesal, no se produjo vulneración del derecho fundamental, por lo que la prueba obtenida pudo ser válidamente utilizada en el proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Los motivos de impugnación de la sentencia no pueden ser acogidos.

Viene a sostener el recurrente que el descubrimiento e incautación de las armas se obtuvo a través de un registro domiciliario no cubierto por un mandamiento o autorización judicial, y consecuencia, que la prueba obtenida es nula por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Pero tal alegación no se comparte. No se ha producido vulneración alguna del art. 18.2 de la CE. Como argumenta el propio recurrente, en la presente causa se dictaron no dos, sino tres resoluciones autorizando la entrada y registro en el domicilio del acusado, todas ellas fechadas en el mismo día (...). Y aunque le asiste la razón al apelante cuando argumenta que la tercera resolución, que ampliaba la autorización para el hallazgo de instrumentos y efectos relacionados también con el delito de tenencia ilícita de armas (las dos primeras se referían exclusivamente al delito contra la salud pública), no consta que se notificara al acusado y letrado, a diferencia de la segunda ampliación, lo que puede constituir una irregularidad procesal de difícil subsanación a través de la diligencia que aparece al folio 22, por

mucho que se haga constar que tras dar cuenta a su Señoría de que se habían encontrado armas durante la diligencia de Entrada y Registro, y: “por éste se comunica que en este mismo momento se dicta auto ampliando el objeto del registro a aquellos elementos que pudieran referirse al delito de tenencia ilícita de armas”, pues necesariamente debería haberse notificado convenientemente al imputado y titular del domicilio. No obstante, tal irregularidad, ni mucho menos vicia de nulidad el acta donde se recoge el resultado del registro. Tal y como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30-3-1998, aunque originariamente se concediera la autorización para actividades relacionadas con el delito contra la salud pública, ello no supone que el hallazgo de efectos que se refieran a conductas delictivas distintas quede desamparado por la autorización judicial, con remisión también a la Sentencias del Tribunal Supremo 25-4-96 y 3-10-96, y con mención expresa a que, a diferencia de las intervenciones telefónicas, las entradas y registros se caracterizan por su realización en unidad de acto, de ahí que si durante su práctica aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

Sentencia 290/2003, AP VALENCIA, Sec. 3.ª, de 29 de mayo de 2003

OCUPACIÓN DE INMUEBLES: REQUISITOS DEL TIPO PENAL.

Art. 245.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Regina Marrades Gómez**

SÍNTESIS

Estima la sentencia de la Sala el recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal en el entendimiento de que la posesión

que trae consigo la ocupación ha de tener un doble requisito positivo: prolongación en el tiempo, objetivamente; y, subjetivamente, el ánimo de mantenerse en el inmueble para morar en él.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “Que el acusado Fernando, (...) puesto de común acuerdo junto con otro ya fallecido, y con ánimo de utilizar un inmueble sin permiso de sus propietarios, el día 25 de abril de 2000 se introdujo en una casa sita en la calle En Borrás n.º (...) de Valencia, sin habitar, propiedad del Instituto Valenciano de la Vivienda SA, permaneciendo en al misma hasta las 15,30 horas del día 26 del mismo mes y año, en que fue detenido por la Policía.”

Segundo.—El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Que debo condenar y condeno a Fernando, como autor responsable de un delito de usurpación, (...)

Tercero.—Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de Fernando, se interpuso contra la misma recurso de apelación (...).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El motivo de recurso de apelación, alegado por el apelante en su escrito, es la existencia de error en la apreciación de la prueba.

Alega el apelante que no ha quedado acreditado el ánimo de utilizar el inmueble consistente en ocupar, tomar la posesión, apoderarse, habitar una casa con ánimo de permanecer en ella, por lo que no se dan los elementos del tipo del art. 245.2 del CP.

Hay que partir del análisis del bien jurídico protegido en el delito de usurpación, teniendo en cuenta que el art. 245.2 del CP se encuentra ubicado dentro de los delitos con-

tra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, entendiendo la jurisprudencia mayoritaria (Sents. 10-2-99, AP. Madrid, Sec. ci. 16, sent. 24-2-98 AP. Gerona, sent. 19-10-97, A. P. Baleares, sent. 13-7-98, AP. Zaragoza, sent. 19-10-2001, AP. Valencia), que el bien jurídico protegido es la posesión, es decir, la relación específica del propietario respecto de la cosa y el derecho de éste para poder ejercitar las facultades que le confiere dicho dominio. Por lo que, sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal, aquellas formas de perturbación de la posesión del inmueble, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifique un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta, exigiéndose un ánimo específico de carácter patrimonial o económico de atentar contra la posesión y las facultades que conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho.

Así, cabe entender que no toda perturbación de la posesión es subsumible en dicho precepto penal, sino que la protección esencial y general de la posesión viene dada por los interdictos posesorios, de tal forma que la intervención penal sólo puede quedar reservada para los casos más graves en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. En este sentido, la intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como las abandonadas, en mal estado, ruinosas, etc.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, si la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble, esta disposición ha de ser conti-

nuada, permanente, estable en el tiempo, y con la concurrencia de un elemento subjetivo, el mantenerse en la casa con ánimo de morar en ella. Así, según sente. 29-10-98 de la AP. Segovia, no quedarían comprendidas dentro del tipo penal, por su escasa o nula significación del riesgo para la posesión, la entrada ocasional en vivienda desocupada por un vagabundo para dormir.

En el supuesto que nos ocupa, sólo ha quedado acreditado que el acusado, el día 25 de abril de 2000 se introduce en la vivienda y permanece en la misma hasta las 15,30 horas del día siguiente, habiendo declarado los policías testigos, que se encontraba tumbado en una colchoneta, teniendo a su lado la ropa en bolsas. Así consta también en el Atestado, por lo que, ante la inexistencia de acreditación de ocupación prolongada en el tiempo y del ánimo de mantenerse en la casa con intención de morar en ella, no cabe sino concluir que la conducta enjuiciada no es incardinable, en el tipo penal del art. 245.2 del CP, al no haberse atentado contra el bien jurídico protegido por el tipo y no haber alcanzado la intensidad jurisprudencialmente exigidas para considerar que entra dentro de las infracciones del derecho de propiedad

que son sancionadas por el citado precepto penal.

Por lo anteriormente expuesto, se considera procedente la estimación del recurso declarando que los hechos, cometidos por el acusado no son constitutivos del delito de usurpación del art. 245.2. del CP, procediendo la absolución del mismo con todos los pronunciamientos favorables y declaración de costas de oficio de la primera instancia.

Segundo.—No se considera procedente hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad el Rey ha decidido:

Estimar el recurso formulado por la representación procesal de Fernando, contra la sentencia (...) Revocando la citada resolución, declarando que los hechos cometidos por el acusado, Fernando, no son constitutivos del delito (...) procediendo la absolución del mismo.

Auto 323/2003, AP VIZCAYA, Sec. 6ª, de 9 de junio de 2003

CITACIÓN EDICTAL A JUICIO DE FALTAS.

Art. 512 LECrim.

Ponente: **Ilm. Sr. D. José Ignacio Arévalo Lassa**

SÍNTESIS

Ante la ausencia del denunciado del domicilio que constaba en las actuaciones, el Juzgado de Instrucción acordó ordenar a la Policía Judicial averiguar el paradero de aquél, archivando provisionalmente el procedimiento. El Fiscal recurre dicha resolución entendiéndolo que procede la citación edictal. La Sala estima el recurso por los argumentos que reproducimos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS

Primero.—Por el Juzgado de Instrucción (...) se dictó en el procedimiento de Juicio de Faltas (...) acordando el archivo provisional de las actuaciones en tanto no fuera hallado el denunciado, librándose oficio a la Policía Judicial para averiguación de su paradero por plazo de seis meses.

Segundo.—Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de reforma que fue desestimado (...), contra el que el Ministerio público interpuso recurso de apelación.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional invocada por el Ministerio Fiscal, que la Juez de Instrucción no pone en cuestión y que en esta instancia ha de constituir el necesario punto de partida, en las condiciones que se ponen de manifiesto en la tramitación del procedimiento que nos ocupa, la citación por medio de edictos resulta procedente. Las notas de subsidiariedad y excepcionalidad que han de atribuirse a este medio de citación se cumplen en el supuesto presente en el que se ha intentado la citación personal habiéndose comunicado la ausencia del domicilio que inicialmente constaba en las actuaciones y se ha cursado una orden de averiguación de paradero sin resultado, situación ante la que resulta más oportuno y razonable intentar la celebración del juicio oral por medio de edictos, aunque sea manteniendo la orden de averiguación de paradero, que dejar únicamente subsistente esta última.

Pudiera coincidirse con la Juez de Instrucción en que quizá sea más fácil que el denunciado sea finalmente hallado que llegue a su conocimiento la publicación de edictos. Sin embargo, la solución que se propone adolece de un defecto, cual es la admisión implícita de que el procedimiento pudiera prescribir si al cabo de seis meses no es encontrado aquél, solución que no es admisible. Por ello, el recurso ha de ser estimado en el sentido pretendido por el Ministerio Fiscal, esto es, señalando nuevo juicio oral con citación por medio de edictos del denunciado.

Cuestión distinta, no obstante, es la de la decisión a tomar en caso de incomparecencia de este último, debiéndose notar que la misma STC 135/97, de 21 de julio, señala que “siempre que no conste con certeza la citación del denunciado (como ocurre cuando la citación es edictal) y no haya datos que permitan concluir que el mismo conoció por otros medios la existencia del proceso, el Juez de instrucción ha de considerar constitucionalmente obligada la suspensión del juicio por ser la declaración de aquél la única forma de garantizar el derecho a conocer la acusación contra él formulada”. De modo que la revocación del auto lo es a fin de agotar las posibilidades legales y legítimas de citación, sin prejuzgar en modo alguno la decisión a tomar en el caso de que se produzca este supuesto.

(...)

LA SALA DISPONE

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Auto 191/2003, AP SEVILLA, Sec. 3.ª, de 16 de junio de 2003

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA: LA NOTIFICACIÓN PERSONAL AL PENADO COMO REQUISITO INDISPENSABLE.

Art. 80 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. José Manuel Holgado Merino**

SÍNTESIS

Acoge el auto que seleccionamos el criterio del Ministerio Fiscal, conforme al cual es requisito indispensable para que pueda haber lugar a los beneficios de la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad que el auto que concede dicha suspensión sea notificado al penado en persona. Así lo determina esta resolución extensamente motivada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS

Primero.—Por el Ministerio Fiscal se ha interpuesto recurso de Queja contra el Auto (...) dictado por el Juzgado Penal (...) que desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el Auto (...) en el que se acordaba la suspensión por dos años de la ejecución de la pena privativa de libertad de 6 meses de prisión impuesta (...).

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—En el presente caso el Ministerio Fiscal interesa se deje sin efecto el Auto (...) por el que se acordaba la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado en esta ejecutoria por cuanto se halla en paradero desconocido y por tanto no se puede practicar la notificación personal y fundamentalmente porque, considera el Ministerio Público, que por su situación de paradero desconocido, el condenado Evaristo no es merecedor de la concesión de dicho beneficio dado que su fin es “conceder oportunidad a delincuentes

primarios que se hallen sometidos al Tribunal y que por su comportamiento, de ahí el plazo que se establece, demuestre que realiza vida honrada en libertad...”. Estima, igualmente, que deben valorarse las circunstancias del sujeto que demuestren su voluntad de no volver a delinquir y de cumplir las resoluciones que le afecte. La suspensión no debe concederse de modo automático.

La titular del Juzgado Penal entiende que la circunstancia de que el penado se halle en ignorado paradero no implica, sin más, una peligrosidad del condenado ni de volver o no a delinquir por ello y dado que se trata de una pena corta de prisión y que carece de antecedentes penales considera procedente suspender la ejecución de la pena.

Tercero.—Pues bien, una vez analizadas las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal (...) reconociendo la dificultad de la cuestión planteada ante la imprecisión del nuevo Código Penal, esta Sala estima que deben aceptarse los motivos de oposición a la resolución en los términos expuestos por el Ministerio Público.

Como ya exponíamos (...) toda persona sometida a un proceso judicial deben mantenerse a disposición del Tribunal (quizás por ello la Juzgadora ha dictado Auto de detención del condenado (...)). En igual sentido, puede afirmarse que la notificación del Auto impugnado, al tener un carácter eminentemente personal (se imponen obligaciones de cumplimiento personalísimo), debe ser efectuado directamente al interesado (...) no bastando la efectuada a su representación procesal.

En el presente caso, no consta que al condenado, que por cierto no compareció a juicio, se le haya notificado el Auto, porque se halla en paradero desconocido, luego se ha obviado un trámite esencial que deja sin operatividad y efectividad el dictado del Auto. Si la Juzgadora conocía esta circunstancia no debió proceder a la suspensión habida cuenta que debió advertir que no podría llevar a efecto la notificación y la imposición de condiciones de carácter personal a que nos hemos referido, en cuyo supuesto esta primera apreciación supone la estimación del recurso.

Cuarto.—Para fundamentar el segundo motivo de estimación del recurso hemos de comenzar mencionando la STC 224/92 que fija el fin de la condena condicional “en la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad para condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos futuros...”. Esta doctrina constitucional es recogida por el art. 80 del C.Penal cuando señala que a la hora de acordar o no la suspensión de la ejecución de la pena se atiende fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto. Peligrosidad es la disposición indiciaria del sujeto a delinquir en el futuro, para cuyo examen es necesario conocer las circunstancias personales del delincuente que permitan establecer o no, un voto de confianza, que es en lo que consiste la suspensión condicional de la pena.

La peligrosidad, ciertamente, debe valorarse fundamentalmente al tiempo de dispo-

ner la suspensión de la ejecución, ahora bien, esta circunstancia no es la única que debe tenerse en cuenta, porque también debe valorarse la disposición del sujeto al Tribunal, porque sin duda ello conecta con la resocialización y readaptación del penado que con el beneficio de la suspensión se pretende, aspectos que no se dan en este supuesto por el ignorado paradero del condenado que este modo evidencia renuencia al cumplimiento de resoluciones judiciales y nula pretensión de resocialización.

Quinto.—Mantenemos que la presencia del condenado, exigida en la anterior Ley de Condena Condicional, debe entenderse igualmente necesaria tras el nuevo Código Penal, no sólo a la atención de las peculiaridades, exigencias y finalidad de este beneficio, sino también por la necesidad de su presencia para determinar con precisión la peligrosidad del condenado (no podemos olvidar que el acusado no compareció a juicio), así como por exigencia legal introducida por Ley 10/1995 de audiencia de las partes, audiencia previa, que tiene como finalidad la determinación de los plazos de suspensión y la valoración de sus circunstancias personales a tener en cuenta antes de resolver sobre la concesión o no de la suspensión condicional (art. 80.2 del Código Penal) y también, declarar la imposibilidad total o parcial de que el condenado pueda satisfacer las responsabilidades civiles que hubiere generado (art. 81.3 del Código Penal) que, igualmente, es requisito previo para el otorgamiento de la suspensión regulada en el art. 87 del Código Penal e incluso para decidir sobre la revocación o no de la misma, en caso de infracción de las obligaciones o deberes impuestos (art. 84 del C.Penal). De todo ello, y vistos los antecedentes históricos y legislativos, así como el espíritu y finalidad de la suspensión condicional y los postulados propios del proceso penal, establecidos, entre otros, en el artículo 299 de la LECrim., en cuanto se habla de aseguramiento de personas, que debemos referir no sólo al sumario y acto de juicio sino también para el

cumplimiento de la pena, y artículo 539 párrafo 4.º de la misma Ley adjetiva que prescribe la medidas a adoptar en caso de riesgo de fuga; cabe concluir, la necesidad de que los condenados estén a disposición del juez o tribunal sentenciador para poder recibir el beneficio examinado y que, en caso como el contemplado, en el que consta documentalmente informada la situación de paradero desconocido, no debe ser concedido, pues

además de no estar el condenado a disposición el Juez o Tribunal sentenciador, no es posible conocer las circunstancias actuales del mismo, con lo que difícilmente se puede motivar fundadamente una decisión positiva de dicho beneficio por quien no tuvo presente al acusado en la vista oral y también se evitan situaciones no previstas como son la reiteración delictiva y posterior constitución del estatus jurídico de condenado-suspenso.

Sentencia 342/2003, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 17 de junio de 2003

¿ESTAFA PROCESAL POR OMISIÓN?

Art. 248 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Abad Arroyo**

SÍNTESIS

Un socio de una empresa libra, en pago de unas mercaderías, una cambial con el nombre del librado en blanco, que fue completado por la empresa acreedora con el nombre de otro socio. Sin embargo, la aceptación fue firmada por el primero como si fuera el segundo. La sentencia estima que no hubo estafa por cuanto la omisión de información relevante no puede equipararse en este caso —a los efectos de tipo— a la producción activa del error.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Como consecuencia de las relaciones comerciales mantenidas por la empresa (...) de la que es [...] el acusado Luis Alberto y socio y encargado el también acusado Armando —ambos mayores de edad y sin antecedentes penales—, con la empresa (...), se libró como forma de pago de un pedido de marmol una letra de cambio, remitida desde (...) con el importe, ascendente a 755.856 pesetas, la fecha de vencimiento y la firma

del aceptante Luis Alberto en su condición de [...] de la sociedad y dicha letra, una vez recibida en (...), se completó con los restantes conceptos, entre los que se encontraba la persona del librado donde se consignó a Armando, sin que conste quién decidiera que figurara éste en tal condición.

Habiendo resultado impagado dicho efecto a la fecha del vencimiento, se formuló por (...) demanda de juicio ejecutivo contra el acusado Armando, quien en su oposición a la demanda, además de hacer constar

que las relaciones comerciales origen de dicha letra se habían mantenido con (...) y que él no tenía poder de dicha sociedad para obligarse, oponía como excepción que la firma del acepto, no era suya, sin informar de que era de su hermano Luis Alberto.

Determinado mediante dictamen pericial caligráfico que el demandado no era el autor de la firma del acepto, se dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2001 desestimando la demanda formulada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados en esta sentencia no son constitutivos de infracción penal alguna, conforme expuso el Ministerio Público en su informe (...)

En el relato de los hechos narrado en la primera de las conclusiones configuradoras del escrito de acusación formulado, el delito imputado se sustentaba en el acuerdo previo existente entre ambos acusados para que Armando apareciera como librado en la cambial y Luis Alberto firmara el acepto, de forma tal que cuando dicho efecto resultara impagado y se formulara demanda de juicio ejecutivo contra el librado éste pudiera oponer la falsedad de la firma de acepto.

Lo cierto es que en el escrito de oposición a la demanda, la representación del acusado Armando expresaba claramente que las relaciones comerciales que originaron el libramiento de la letra no las mantenía (...) con el denunciado, sino con (...), de la que aquél no ostentaba poder ni representación para obligarse y efectivamente tales afirmaciones resultaron acreditadas mediante la certificación remitida por el Registro Mercantil de Ciudad Real donde consta que el [...] de la sociedad era Luis Alberto, quien también era el único autorizado en la cuenta contra la cual se libró la cambial, cuenta de la que era titular (...).

Pero, además, el hecho de que Armando no comunicara que la firma del aceptante era de su hermano Luis Alberto, tampoco bastaría para configurar el delito de estafa procesal puesto que no toda omisión de información relevante para despejar una posible situación de error puede equipararse a la producción activa del error, sino que tal equivalencia requiere como primer presupuesto que el autor se encuentre en posición de garante, posición que no cabe fundar en el genérico deber de buena fe procesal que impone el artículo 247 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando, como en este caso, se trata de un proceso civil que tiene por único objeto los intereses patrimoniales de las partes, en los que la buena fe procesal no impone deberes de información que, por el contrario, la propia normativa procesal excluye (sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda 15-11-2002).

En consecuencia, sólo si se acreditara que ambos acusados, desde que formularon el pedido origen del libramiento de la cambial, habían decidido facilitar como librado el nombre de Armando a fin de poder oponer la falsedad de la firma del acepto podría plantearse hipotéticamente un delito de estafa procesal y decimos hipotéticamente porque el hecho de que el título se perjudicara y perdiera su fuerza ejecutiva, no impedía la reclamación de la suma adeudada a través del ejecutivo correspondiente.

En cualquier caso, lo cierto es que tras la prueba practicada en el acto del juicio no es posible afirmar que fuera alguno de los acusados quien expresamente dijera a (...) que debía poner a Armando como librado de la cambial, siendo así que tanto el domicilio que figura en este título como la cuenta contra la que se libró corresponden a la sociedad (...), todo lo cual conlleva la libre absolución de ambos acusados.

Segundo.—Se declaran de oficio las costas procesales.

Auto AP VIZCAYA, Sec. 2.^a, de 19 de junio de 2003

DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE PERITAR.

Arts. 118 CE y 17 LOPJ

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Jesús Erroba Zubeldia**

SÍNTESIS

Acordada judicialmente la diligencia de nombramiento de perito por el servicio de peritaciones dependiente de la Administración, y ante la negativa del servicio administrativo, recuerda el auto que examinamos que compete únicamente al Tribunal la resolución acerca de la procedencia de la pericial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único.—El presente recurso trae por causa un Auto (...) que acordó practicar una diligencia pericial para la que era preciso el nombramiento de perito por el servicio de peritaciones dependiente de la administración-EAT; administración a quien, en virtud de las transferencias conferidas en materia de justicia, compete proporcionar a los órganos judiciales de este territorio los recursos materiales y personales necesarios para el ejercicio de la función jurisdiccional. Dicho organismo está obligado además por imperativo legal, art. 118 CE y art. 17 LOPJ, a cumplir las órdenes judiciales sin poder inmiscuirse en las funciones jurisdiccionales exclusivas de Jueces y Tribunales.

Sin embargo y pese a la antigüedad de la resolución judicial, Auto de fecha 12/11/2001, y del requerimiento realizado a dicho servicio de peritaciones mediante oficio fechado el 04/02/2.002 para la designación de perito, la pericial continúa al día de hoy sin practicarse ante la contumaz negativa de dicho servicio a cumplir la orden judicial de designación del perito alegando ra-

zones inadmisibles que ya fueron rechazadas por el Juez de Instrucción en su providencia de 03/06/2002.

No estamos en un pleito civil y no es en consecuencia aplicable el art. 242 LEC. El proceso penal no se rige por el principio de rogación y no se trata, tampoco, de buscar una verdad formal sino material para lo que el órgano judicial debe realizar cuantas diligencias de investigación estime necesario en orden al esclarecimiento de los hechos y averiguación de los culpables (art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y por ello no hay distinción entre diligencias solicitadas por la acusación (Ministerio Fiscal) o por la Defensa (art. 311 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “El juez de instrucción practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales”).

Sorprende por ello que el Juzgado acepte la negativa del referido servicio de peritaciones y se pliegue en su Auto de fecha 04/11/2002 a sus deseos con el fin de salir de un “callejón” en el que reconoce le ha introducido la propia administración-EAT al

no querer designar un perito por el infundado argumento de que es un acto de parte.

Por ello, no siendo de recibo la negativa del tan referido servicio de peritaciones dependiente de la EAT y menos aún que el Juez de Instrucción venga a tomar una decisión que contradice sus resoluciones anteriores por verse “ante un callejón sin salida” provocado, como razona el auto recurrido, por el mismo servicio de la administración que está obligado a proporcionar a los órganos judiciales de este territorio los recursos personales y materiales necesarios para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que se traduce en un incum-

plimiento de esta obligación y sobre todo en una intromisión intolerable en las funciones jurisdiccionales que además de ir en detrimento de éstas vulnera derechos de defensa, procede revocar el Auto recurrido, que se deja sin efecto, debiendo estarse a lo acordado en Auto de fecha 12/11/2002 y en consecuencia teniendo ese órgano de la administración que cumplir la orden judicial recibida, sin perjuicio de que, si persistiere en su negativa dicho servicio de peritaciones dependiente de la EAT a dar cumplimiento a la orden judicial de designación de perito, el Juzgado de Instrucción valore la posible comisión de un delito previsto en los artículos 410 y ss. del Código Penal.

Sentencia 629/2003, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 19 de junio de 2003

VENTA DE EMPRESA Y ELUSIÓN DE PAGO: ALZAMIENTO DE BIENES Y NO APROPIACIÓN INDEBIDA.

Arts. 252 y 257 Código Penal

Ponente: **Ilm. Sr. D. Miguel A. Cobos Gómez de Linares**

SÍNTESIS

Estima la Sala el recurso del Fiscal en un doble sentido: estimar que concorre la figura del alzamiento de bienes, por cuanto mediante un acto de disposición de su empresa el acusado impidió la eficacia de una ejecución judicial; y, en segundo término, desechar la concurrencia de apropiación indebida, en tanto que el acusado no recibió cosa alguna con la obligación de devolverla o transmitirla a un tercero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

No se aceptan los así declarados en la Sentencia recurrida que se sustituyen por los siguientes:

“1. El acusado Jesús María, mayor de edad, sin antecedentes penales, en su condición de administrador único de [...] con fecha 22 de diciembre de 1993 concluyó un contrato de adquisición de ordenadores en-

tre su empresa y (...) por valor de 80.500.000 Ptas. a pagar en 90 días a partir de la fecha de emisión de la factura en enero de 1994.

2. El 31 de marzo de 1994 cierra sus actividades la empresa (...) en España y asume el negocio la entidad (...) tras alcanzarse un acuerdo entre ambas. Con posterioridad a esas fechas el acusado dirige faxes y cartas a la dirección de (...) en Londres con el fin de conseguir una rebaja sustancial en el precio acordado en principio, sin que llegaran a un acuerdo. Estas negociaciones incluyeron un ingreso de 30.000.000 de Ptas. y otro de 15.000.000 de Ptas. realizados por (...) en el Bank (...) de dicha capital a favor de (...), que no fue aceptado por la acreedora al pretender el acusado realizar dichos ingresos no como pago parcial de la deuda sino condicionados a la emisión por la acreedora de un finiquito por la totalidad de lo debido.

3. Ante la negativa a pagar el importe debido, (...) promovió juicio declarativo de menor cuantía contra [...] y su representante legal Jesús María. No obstante, el acusado —consciente de la existencia de un procedimiento judicial dirigido contra él— continuó funcionando comercialmente en el mismo domicilio de [...] y suyo propio (...) —pero a través de una empresa con la denominación no registrada de (...)— rechazando sus empleados e» todo momento recibir notificaciones y citaciones del Juzgado de primera instancia (...). Con el mismo fin, con fecha 14 de julio de 1995 vende el acusado la compañía [...] a Luis María de nacionalidad y domicilio estadounidenses, cambia la denominación social por la de [...] y traspasa los trabajadores y maquinaria de aquella a ésta, suscrito todo ello por escritura pública de fecha 25 de julio de 1995. No obstante la empresa adquirente desaparece al no presentar cuentas anuales.

4. El 24 de mayo de 1996 culmina este proceso con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (...) de Madrid (...) por la que se reconoce la existencia de la obligación cuyo cumplimiento se demandaba y se con-

dena a Jesús María como representante legal de [...] al pago de los 80.500.000 Ptas., intereses y costas reclamados.

5. Cuando se procedió al embargo de bienes por Providencia del Juzgado de Primera Instancia (...) no fue posible la traba sobre los bienes de [...], luego [...], debido a que se halla en ignorado paradero y debió citarse por edictos como ocurrió en su día con el acusado frustrándose las expectativas de cobro de la acreedora (...).

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de alzamiento de bienes.

En efecto, de forma pacífica viene manteniendo la Jurisprudencia del TS lo siguiente: “Es doctrina reiterada de esta Sala (Cfr. Sentencias 14 de noviembre de 1999, 23 de septiembre de 1998 y 28 de febrero de, entre otras muchas) que el delito de alzamiento requiere para poder ser estimado la concurrencia de los siguientes elementos:

a) La existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, de unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles.

b) La ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes citados al destino colutorio al que se hallan afectos.

c) Situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de dicha actividad.

d) Concurrencia de un elemento subjetivo tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, intención que excede del resultado típico, ya que el alzamiento es un delito de mera actividad, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito.

A ello hay que añadir que el Código Penal de 1995, en el apartado 2 del artículo

257, hace expresa mención, como conducta típica, de aquel acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación; sin embargo esa previsibilidad en la iniciación del proceso de reclamación, cuando el acto generador de la deuda ya se había producido, está implícito en el texto derogado, como ha sido recogido en reiteradas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo y el legislador del Código de 1995 ha venido a incluir expresamente en el tipo lo que la doctrina de esta Sala venía entendiendo igualmente abarcado por el delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código Penal de 1973, es decir, todos aquellos supuestos en los que se ha producido el hecho generador de la deuda aunque ésta aún no se haya ejercitado y el deudor provoca una situación perjudicial para los derechos económicos del acreedor” (STS de 28 de febrero de 2002, núm. 388/2002). Asimismo, se recuerda en la STS de 3 de mayo de 2002 (núm. 764/2002) que “... se comete, en todo caso, cuando existe un crédito reconocido en una sentencia cuya ejecución se frustra”.

En contra de lo mantenido en la Sentencia recurrida, consta en primer lugar el carácter de deudor del acusado como representante y administrador único de la entidad [...], todo lo cual se probó documentalmente en el pleito civil emprendido en su día como se expone en la Sentencia del Juzgado de primera instancia n.º 44 de Madrid (...). En segundo lugar resulta asimismo probado que el acusado eludió en todo momento recibir toda notificación o citación en el procedimiento civil de forma que hubo de celebrarse en rebeldía hasta su finalización por Sentencia. Sus maniobras evasivas se han puesto de manifiesto de diferentes formas como se expuso anteriormente en el apartado dedicado a la valoración de los hechos, que se podrían resumir en el rechazo de las mencionadas notificaciones y citaciones a través de empleados suyos a los que instru-

yó previamente con tal finalidad. En tercer lugar se produce el vaciamiento patrimonial de la entidad [...], a través de su venta y el cambio de denominación de la misma hasta dos veces. Por tanto, las conductas desarrolladas por el acusado han ido claramente encaminadas a evitar el pago de una deuda contraída con la recurrente (...), lo cual ha conseguido durante los 10 años transcurridos desde que se contrata (...) defraudando las legítimas expectativas de cobro de aquélla.

Tercero.—En cuanto a la imputación de apropiación indebida, de conformidad con la calificación realizada por el Ministerio Fiscal y a diferencia de la recurrente, no se entienden concurrentes los elementos del mencionado delito, los cuales se pueden resumir (...) en la transformación de una lícita posesión en una ilícita disposición. En este sentido y a partir de lo previsto en el art. 252 —antiguo art. 535 del CP derogado— se concluye que la cuestión no es que el acusado se apropiara de dinero legítimamente con la obligación de entregarlo o devolverlo a quien se lo entregó. En efecto, el acusado simplemente asumió una obligación claramente constituida a través de un contrato signado con la recurrente pero incumplió su parte del contrato, deuda ésta que se declara de forma terminante por una Sentencia civil en la cual se delimita su cuantía.

Con anterioridad a dicha Sentencia no puede afirmarse que se haya probado de forma terminante que el acusado se apropiara de cantidad alguna. En efecto, si la hoy recurrente se hubiera querellado en un principio por apropiación indebida del precio de las máquinas que habría proporcionado al acusado, se habría analizado si éste tras fracasar en sus intentos de conseguir pagar un precio muy inferior al pactado defraudó a (...) apropiándose del mismo, a pesar de estar obligado a entregarlo. No fue esta la opción de la hoy recurrente sino que (...) demandó a Jesús María por impago de una deuda y el hoy acusado lleva diez años tratando de evitar el pago por todos los medios

a su alcance. Primero mostrando una actitud contumaz durante el proceso civil. Después, tras frustrarse el embargo y acusársele de alzarse con sus bienes niega la premisa mayor diciendo que no debe nada porque nada recibió y que siempre estuvo a disposición de los Tribunales.

En conclusión no concurre el elemento del delito de apropiación indebida consistente en recibir una cosa en legítima pose-

sión con la obligación de devolverla o entregarla al propietario pues la relación como ya se ha expuesto no era de esta clase sino una compraventa como ya se indicó.

En consecuencia, debe estimarse el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y tan solo parcialmente el presentado por la acusación particular de HDS en el sentido expuesto.

Auto 329/2003, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 25 de junio de 2003

COMPETENCIA TERRITORIAL: VARIAS LLAMADAS MALICIOSAS A UN TELÉFONO MÓVIL QUE SE RECIBIERON EN DIFERENTES PARTIDOS JUDICIALES.

Art. 14 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Reyes Goenaga Olaizola**

SÍNTESIS

Como quiera que, al activar el teléfono móvil para recibir las llamadas, la denunciante se encontraba en localidades diferentes pertenecientes a distintos partidos judiciales, se entabla cuestión de competencia territorial entre jueces de instrucción, que es resuelta por el auto de la Audiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único.—Se plantea esta Audiencia Provincial Cuestión de Competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Gernika y el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Bilbao derivada de una denuncia por llamadas maliciosas recibidas en el teléfono móvil de la denunciante Regina. La cuestión tiene la peculiaridad de que al recibirse las llamadas en un teléfono móvil, como es evidente se han recibido en diversas localiza-

ciones que determinarían la competencia de al menos tres órganos judiciales distintos (Bilbao, Gernika o Getxo). Sin embargo, a pesar de esa peculiaridad, las normas de competencia previstas en el art. 14 LECrim. y su interpretación jurisprudencial en cuanto a las infracciones de amenazas o coacciones son claras y sitúan la competencia en el lugar de recepción de las amenazas o coacciones. Por otra parte, habiéndose denunciado varios incidentes de naturaleza similar, ocurridos en diversas localizaciones, las

normas de competencia hacen recaer ésta en el órgano correspondiente al primero de los hechos denunciados. Frente a estas normas básicas y habitualmente empleados para distribuir el conocimiento de los asuntos penales, no pueden emplearse otros criterios

como el del domicilio de la persona que recibe las llamadas o el de la producción de mayor número de posteriores llamadas en otro lugar (sin considerar la primera). Por ello entendemos que es Bilbao el órgano competente para el conocimiento del asunto.

CRÓNICA LEGISLATIVA

FEBRERO

- ❑ Real Decreto 293/2004, de 20 de febrero (BOE del 28), por el que se modifican los anexos I y III de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.
 - ✓ Se modifican los anexos I y III de la Ley 3/1996, de 10 de enero (BOE del 12) para su adaptación a la Directiva 2003/101/CE de la Comisión, de 3 de noviembre de 2003 (DO nº L 286, del 4), por la que se modifica la Directiva 92/109/CEE del Consejo relativa a la fabricación y puesta en el mercado de determinadas sustancias utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
 - ✓ En el BOE de 23 de marzo de 2004 se publicó la corrección de erratas de este Real Decreto.

- ❑ Real Decreto 299/2004, de 20 de febrero (BOE del 24), por el que se modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero.
 - ✓ Tiene por objeto la adaptación del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor a la transposición de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, que modifica la Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles.
 - ✓ Modifica los arts. 13, 23. 1, 24. 1 y 2, 29. 3, 30 letra e) y letra b) del apartado 3 y el apartado 4 del anexo.
 - ✓ Se añade el apartado 3 del artículo 27, la letra f) del apartado 1 y apartado 2 bis del artículo 30 y las letras e) a g) del apartado 5 y el apartado 8 del anexo.

MARZO

- ❑ Corrección de errores (BOE de 16 de marzo) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- ❑ Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo (BOE del 25), por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
 - ✓ Desarrolla el artículo 544 ter.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el que se prevé la inscripción de la orden de protección en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

 - ✓ Se dicta conforme al mandato de la disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio (BOE de 1 de agosto; corrección de errores BOE de 25 de mayo de 2004), reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, según la cual “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad”.

 - ✓ Crea y regula la organización y contenido del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta de los datos incluidos en el mismo.

- ❑ Resolución de 9 de marzo de 2004 (BOE de 6 de abril), 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 2004, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

- ✓ Actualiza las siguientes tablas de indemnizaciones:

Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).

Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.

ABRIL

- ❑ Corrección de errores (BOE de 2 de abril) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

MAYO

- ❑ Corrección de errores (BOE de 25 de mayo) de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

JUNIO

- ❑ Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la violencia ejercida sobre las mujeres
 - ✓ El Consejo de Ministros aprobó el Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la violencia ejercida sobre las mujeres. Asi-

mismo, solicitó con urgencia los informes preceptivos del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Económico y Social y del Consejo Escolar del Estado. También, en las próximas fechas el Gobierno recibirá la aportación de las asociaciones de mujeres.

- ✓ La futura Ley Orgánica (primera ley integral de estas características que se dictará en Europa) abarcará aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, sanitarios y penales, implicando a siete Ministerios
- ✓ Concretamente, se prevén, entre otras, las siguientes medidas:
 - Se crearán nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer en todos los partidos judiciales, con competencia exclusiva en esta materia. Se creará la figura del Fiscal contra la violencia contra la mujer y secciones especiales en las fiscalías.
 - Se agravan las penas por amenazas leves a mujeres, coacciones leves y lesiones, así como el quebrantamiento de pena o medidas de seguridad impuestas en estos casos.
 - Se crearán unidades especializadas en el Cuerpo Nacional de Policía y en la Guardia Civil, abriéndose además, el cauce para la cooperación de las policías locales. Se incorporarán en los cursos de formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad módulos específicos de igualdad y no discriminación.
 - Se facilitará a los condenados por actos de violencia contra la mujer el acceso a programas específicos de rehabilitación, así como la suspensión cautelar de licencia de armas a los inculpados por estos actos.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CALDERÓN/CHOCLÁN, *Código penal comentado*, Deusto, Madrid, 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal comentado*, tomos I y II, Bosch, Barcelona, 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de Derecho penal al programa de judicaturas, parte especial*, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código penal*, parte especial II, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Comares, Granada, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

II. LIBROS COLECTIVOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS.

CGPJ, "Derecho penal económico II", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003.

CGPJ, "Drogo dependencia y Derecho", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003.

CGPJ, "Extranjeros y Derecho Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004.

COBO DEL ROSAL, M., *Fragmentos penales II. Ensayos y escritos breves*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ, *Temas de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004.

WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL.

CUESTA AGUADO, P., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Dykinson, Madrid, 2004.

GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: sus responsabilidad penal y civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2004.

GUARDIOLA LAGO, M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MATEO AYALA, E.J., *La imputabilidad del enfermo psíquico*, Madrid, 2003.

MATEO AYALA, E.J., *La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico*, Madrid, 2004.

MORENO-TORRES HERRERA, M., *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P., *¿Encubridores o cómplices?*, Civitas, Madrid, 2004.

SERRANO GÓMEZ, A., *La prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2003.

URUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2004.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL.

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito de corrupción de menores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

ALASTUEY DOBÓN, M.C., *El delito de contaminación ambiental*, Comares, Granada, 2004.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar*, Edisofer, Madrid, 2004.

MARTÍN URANGA, A., *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Comares, Granada, 2004.

MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003.

PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.

ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

V. DERECHO PENITENCIARIO.

FERRER GUTIERREZ, A., *Ejecución penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

RÍOS MARTÍN, J.L., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2004.

VI. CRIMINOLOGÍA.

ANTÓN BARBERÁ/LUIS Y TURÉGANO, *Policía científica*, vols. I y II, 4.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Universidad de Cádiz, 2003.

MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS (Dir.), *Las drogas en la delincuencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

RUIZ RODRIGUEZ/NAVARRO GUZMÁN, *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

STANGELAND/GARRIDO DE LOS SANTOS, *El mapa del crimen*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2004, 480 pp.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004, 282 pp.

TOMÉ PAULE, J./GARCÍA-LUBEN BARTHE, P., *Temario de Derecho procesal penal (adaptado al programa de judicatura de 20 de mayo de 2003)*, Colex, Madrid, 2004.

II. MONOGRAFÍAS

AA.VV., “La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica”, Consejo General del Poder Judicial, *Colección Estudios de Derecho Judicial*, nº 45, Madrid, 2004, 1056 pp.

BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 278 pp.

BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, 142 pp.

BERMÚDEZ REQUENA, J.M., *El objeto del veredicto en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*, Comares, Granada, 2004, 176 pp.

DORREGO DE CARLOS, A., *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin, Madrid, 2004, 415 pp.

FERNÁNDEZ FUSTES, M.D., *Intervención de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 429 pp.

FERRER GUTIÉRREZ, A., *Ejecución penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, 1154 pp.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Aranzadi, Pamplona, 2004, 314 pp.

LÓPEZ CONTRERAS, R.E., *La sustitución de las penas privativas de libertad. Aspectos procesales y penales*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, 148 pp.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., El principio «non bis in idem», *Colección Cuadernos Jiménez de Asúa*, Dykinson, Madrid, 2004, 257 pp.

MARTÍNEZ RUIZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y sonido*, Bosch, Barcelona, 2004, 364 pp.

MARTÍN MARTÍN, J.A., *La instrucción penal*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, 464 pp.

RIVES SEVA, A.P., *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004, 162 pp.

SEGOVIA LÓPEZ, L., *Las faltas y el juicio de faltas*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2004, 894 pp.

III. OTROS

AA.VV., *Encuentros Violencia Doméstica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, 705 pp.

AA.VV., *Congreso Violencia Doméstica*, Observatorio sobre violencia doméstica, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, 363 pp.

ALAMBRA PÉREZ, MP., *El juicio de faltas práctico. Doctrina, jurisprudencia y formularios actualizada con las últimas reformas*, Comares, Granada, 2004, 248 pp.

RAMOS MENDEZ, F., *Mito de Sísifo y la ciencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2004, 282 pp.

RODRÍGUEZ HERMOSO, F., *Formularios procesales penales*, 8.^a ed., Comares, Granada, 2004, 885 pp.