

# ÍNDICE

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal. *Ángel José Sanz Morán* ..... 11
- Algunas consideraciones acerca del delito de fraude informático. *M.<sup>a</sup> Belén Sánchez Domingo* ..... 41

## JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA ..... 71
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 79
  - **Sentencia 157/2003 (Sala 1.ª), de 15 de septiembre:** Derecho de acceso a los recursos ..... 79
  - **Sentencia 169/2003 (Sala 2.ª), de 29 de septiembre:** Intervención de la correspondencia ..... 83
  - **Sentencia 170/2003 (Sala 2.ª), de 29 de septiembre:** Derecho a un proceso con todas las garantías. (Inobservancia de las exigencias en orden a la recogida y custodia de piezas de convicción) ..... 85
  - **Sentencia 184/2003 (Pleno), de 23 de octubre:** Derecho al secreto de las comunicaciones ..... 87
- TRIBUNAL SUPREMO ..... 97
  - **Acuerdo de 11 de julio de 2003** ..... 97
  - **Acuerdo de 10 de octubre de 2003** ..... 97

	Página
— <b>Sentencia 294/2003, de 16 de abril:</b> Delitos contra la integridad moral .....	98
— <b>Sentencia 683/2003, de 13 de mayo:</b> Tráfico de drogas .....	100
— <b>Sentencia 750/2003, de 26 de mayo:</b> Sentencia dictada por menor número de magistrados .....	102
— <b>Sentencia 781/2003, de 27 de mayo:</b> Error en la calificación, prohibición de la <i>reformatio in peius</i> y doctrina de la pena justificada .....	104
— <b>Sentencia 755/2003, de 28 de mayo:</b> Error de prohibición. Legítima defensa (putativa) .....	105
— <b>Sentencia 788/2003, de 29 de mayo:</b> Concurso de delitos ...	107
— <b>Sentencia 769/2003, de 31 de mayo:</b> Detención ilegal. Estructura de la sentencia .....	109
— <b>Sentencia 803/2003, de 4 de junio:</b> Intervenciones corporales .	111
— <b>Sentencia 849/2003, de 9 de junio:</b> Derecho a la última palabra .....	113
— <b>Sentencia 883/2003, de 12 de junio:</b> Competencia territorial y delito de estafa .....	114
— <b>Sentencia 872/2003, de 13 de junio:</b> Testimonio de incapaz ..	116
— <b>Sentencia 880/2003, de 13 de junio:</b> Falsedad en documento mercantil .....	118
— <b>Sentencia 866/2003, de 16 de junio:</b> Funcionario público ...	119
— <b>Sentencia 358/2003, de 16 de junio:</b> Tráfico de drogas .....	121
— <b>Sentencia 915/2003, de 24 de junio:</b> Principio acusativo (vulneración) .....	123
— <b>Sentencia 346/2003, de 26 de junio:</b> Robo con violencia ...	126
— <b>Sentencia 930/2003, de 27 de junio:</b> Sentencia dictada por menor número de magistrados .....	127
— <b>Sentencia 937/2003, de 27 de junio:</b> Refundición de condenas .	129
— <b>Sentencia 939/2003, de 27 de junio:</b> Prevaricación .....	131
— <b>Sentencia 959/2003, de 30 de junio:</b> Adhesión a la prueba ..	133
— <b>Sentencia 981/2003, de 3 de julio:</b> Hallazgo casual (Entrada y Registro) .....	134

	Página
— <b>Sentencia 976/2003, de 4 de julio:</b> Falta de motivación de la sentencia .....	137
— <b>Sentencia 1080/2003, de 16 de julio:</b> Lesiones .....	138
— <b>Sentencia 1064/2003, de 18 de julio:</b> Intervención de las comunicaciones telefónicas .....	140
— <b>Sentencia 1060/2003, de 21 de julio:</b> Tentativa inidónea ....	143
— <b>Sentencia 1081/2003, de 21 de julio:</b> Tráfico de drogas ....	145
— <b>Sentencia 1108/2003, de 21 de julio:</b> Abono de prisión .....	148
— <b>Sentencia 1101/2003, de 22 de julio:</b> Motivación en la individualización de la pena .....	150
— <b>Sentencia 1109/2003, de 25 de julio:</b> Denegación de prueba testifical .....	152
— <b>Sentencia 1113/2003, de 25 de julio:</b> Proposición para delinquir .	154
— <b>Sentencia 614/2003, de 5 de septiembre:</b> Credibilidad de los testigos de cargo y sentencia absolutoria .....	156
— <b>Sentencia 1138/2003, de 12 de septiembre:</b> Abandono de menores .....	157
— <b>Sentencia 1176/2003, de 12 de septiembre:</b> Asesinato (alevosía, ensañamiento). Medidas de seguridad .....	161
— <b>Sentencia 1177/2003, de 12 de septiembre:</b> Tráfico de drogas .	165
— <b>Sentencia 1169/2003, de 20 de septiembre:</b> Declaración testifical sumarial. Presunción de inocencia .....	168
— <b>Sentencia 1168/2003, de 22 de septiembre:</b> Objeto del veredicto .	169
— <b>Sentencia 1187/2003, de 22 de septiembre:</b> Cooperación necesaria .....	171
— <b>Sentencia 1193/2003, de 22 de septiembre:</b> Revisión penal ..	173
— <b>Sentencia 1189/2003, de 23 de septiembre:</b> Denegación (indebida) de prueba .....	174
— <b>Sentencia 1073/2003, de 25 de septiembre:</b> Prevaricación. Delitos contra el medio ambiente. Concurso ideal de delitos .....	176
— <b>Sentencia 1231/2003, de 25 de septiembre:</b> Policía Judicial (S.V.A.). Intervenciones telefónicas .....	179

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES .....	185
— <b>Sentencia 724/2002, de 22 de octubre (AP Barcelona):</b> Imprudencia profesional del farmacéutico .....	185
— <b>Auto de 9 de diciembre de 2002 (AP Barcelona):</b> Acuerdo de varios sujetos para la colocación de artefacto explosivo: ¿Competencia de la Audiencia Nacional? .....	187
— <b>Sentencia 567/2002, de 13 de diciembre (AP Madrid):</b> Diferencias entre acusación y denuncia falsa y estafa procesal .....	191
— <b>Auto de 27 de diciembre (AP Barcelona):</b> Compatibilidad del reconocimiento en rueda y el reconocimiento fotográfico .....	193
— <b>Sentencia 167/2002, de 30 de diciembre (AP Madrid):</b> Declaración de testigo protegido por videoconferencia y derecho a un proceso con todas las garantías .....	194
— <b>Sentencia 1153/2002, de 30 de diciembre (AP Barcelona):</b> La interrupción del plazo de prescripción del delito .....	197
— <b>Sentencia 8/2003, de 8 de enero (AP Sevilla):</b> La condena a conductor no propietario por tipo del art. 636 del Código Penal exige dolo ..	199
— <b>Auto 37/2003, de 15 de enero (AP Vizcaya):</b> Supuestos que dan lugar a la emisión de auto de cuantía máxima .....	200
— <b>Sentencia 56/2003, de 24 de enero (AP Madrid):</b> La incorporación de los efectos al patrimonio del sujeto activo no es requisito imprescindible de la apropiación indebida .....	201
— <b>Sentencia 43/2003, de 27 de enero (AP Madrid):</b> Apropiación indebida y administración desleal .....	203
— <b>Sentencia de 5 de febrero (AP Barcelona):</b> Los sobrinos carecen de derecho a indemnización por muerte de un tío en accidente de tráfico .....	206
— <b>Sentencia 39/2003, de 5 de febrero (AP Madrid):</b> Estafa “del nazarino”: estafa, falsedad, intrusismo, asociación ilícita .....	207
— <b>Sentencia 40/2003, de 11 de febrero (AP Madrid):</b> Accidente ocasionado por empleado de taller probando vehículo reparado ..	210
— <b>Sentencia 32/2003, de 12 de febrero (AP Valencia):</b> Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria .....	211
— <b>Sentencia de 12 de febrero de 2003 (AP Barcelona):</b> Simulación de delito: por “actuaciones procesales” no debe entenderse necesariamente actuaciones que inicien el procedimiento .....	213
— <b>Auto de 17 de febrero de 2003 (AP Barcelona):</b> Criterios para declarar el sobreseimiento como libre o como provisional .....	214

	Página
— <b>Sentencia 70/2003, de 18 de febrero (AP Madrid):</b> Grabación de conversación telefónica por uno de los intervinientes en ella sin el conocimiento del otro: admisibilidad y valoración como prueba .	216
— <b>Auto de 18 de febrero de 2003 (AP Barcelona):</b> Acción popular: necesidad, proporcionalidad y modificación de fianza por su ejercicio .....	217
— <b>Sentencia 26/2003, de 20 de febrero (AP Madrid):</b> ¿Detención ilegal o delito contra la libertad individual cometido por funcionario público? .....	220
— <b>Sentencia 63/2003, de 24 de febrero (AP Valencia):</b> Diferencia entre infracción administrativa y penal en construcciones ilegales ..	224
— <b>Sentencia 90/2003, de 24 de febrero (AP Madrid):</b> Delito de quebrantamiento de medida de alejamiento: ¿es necesario que la adopción de la misma sea firme? .....	225
— <b>Sentencia 97/2003, de 26 de febrero (AP Madrid):</b> Prevaricación: el elemento subjetivo del tipo .....	226
— <b>Sentencia de 26 de febrero de 2003 (AP Barcelona):</b> Sustracción, falsificación y cobro de cheque: impunidad por la estafa y por la falta de hurto .....	229
— <b>Sentencia 169/2003, de 6 de marzo (AP Madrid):</b> Delito contra la integridad moral o coacciones .....	231
— <b>Sentencia 109/2003, de 10 de marzo (AP Madrid):</b> Validez de prueba de alcohol en sangre obtenida mediante análisis con fines terapéuticos y concurso entre conducción temeraria y homicidio imprudente .....	233
— <b>Sentencia de 12 de marzo de 2003 (AP Barcelona):</b> Alzamiento de bienes frente a la Seguridad Social .....	234
— <b>Sentencia 91/2003, de 17 de marzo (AP Valencia):</b> Obligación de dictar auto de cuantía máxima .....	237
— <b>Sentencia 132/2003, de 17 de marzo (AP Madrid):</b> Falsedad documental: carácter burdo de falsificación .....	239
— <b>Sentencia 140/2003, de 20 de marzo (AP Madrid):</b> Receptación: prueba del conocimiento de la existencia del delito precedente .	240
— <b>Sentencia 151/2003, de 20 de marzo (AP Madrid):</b> Delito fiscal: IVA: dies a quo del cómputo de la prescripción del delito ...	241
— <b>Sentencia de 31 de marzo de 2003 (AP Barcelona):</b> Malversación impropia. Depositario de bienes embargados .....	243
— <b>Auto 358/2003, de 8 de abril (AP Madrid):</b> Derecho de las partes a obtener copia íntegra de las actuaciones penales .....	245

	<u>Página</u>
— <b>Sentencia 301/2003, de 3 de junio (AP Valencia):</b> Absolución de falta de desobediencia por llevarse vehículo inmovilizado por agente de la autoridad .....	247
— <b>Sentencia 234/2003, de 6 de junio (AP Sevilla):</b> Absolución de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y condena por desobediencia .....	248

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Circular 2/2003 sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas .....	253
— Circular 3/2003 sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección .....	261
— Circular 4/2003. Nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica .....	279

## CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa .....	291
-----------------------------	-----

## BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal .....	297
— Derecho Procesal Penal .....	301

---

# ARTÍCULOS DOCTRINALES

---

# **REFLEXIÓN DE URGENCIA SOBRE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN PENAL**

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid*

---

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. LA LEY ORGÁNICA 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS.
  - III. LA LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS.
- 

### **I. INTRODUCCIÓN**

1. El año que acaba de terminar ha conocido una profunda transformación del derecho penal positivo, plasmada sobre todo en las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE de 1 de julio), 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE de 30 de septiembre) y 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

noviembre, del Código Penal (BOE del 26 de noviembre). Las dos primeras —de acuerdo con un criterio que, lamentablemente, se va convirtiendo en regla general en las leyes penales— entraron en vigor al día siguiente de su publicación; la última, lo hará, sin embargo —y sólo en lo que se refiere a las reformas introducidas en el Código Penal—, el día 1 de octubre de 2004, *vacatio legis* más que justificada, si consideramos su amplio alcance.

El estudio de las modificaciones introducidas en estas leyes va a concentrar, sin duda, el debate doctrinal inmediato. Aquí sólo pretendemos, como indica el título de la contribución, ofrecer una aproximación crítica provisional que, además, se va a limitar a las dos primeras leyes citadas, ya en vigor, mencionando sólo incidentalmente aspectos de la tercera de ellas, merecedora de un análisis más detenido.

Cualquier aproximación, por somera que sea, al sentido político criminal subyacente a estas sucesivas reformas de nuestro derecho penal, permite anticipar que asistimos a una preocupante involución. Si consideramos —y así se ha observado de modo reiterado—, como rasgos definitorios del moderno derecho penal, que arranca de la Ilustración, su carácter “humanitario” y “liberal”<sup>(1)</sup>, ninguno de ellos informa las mencionadas modificaciones legislativas. Suponen éstas, por el contrario, un incremento innecesario y perturbador del rigor punitivo, así como un retroceso de los principios liberales de intervención mínima, accesoriedad y *ultima ratio* del derecho penal.

Pero antes de mostrar los datos en que se apoyan las afirmaciones precedentes, resulta ineludible una breve reflexión de carácter político-legislativo<sup>(2)</sup>. Las mencionadas Leyes Orgánicas, junto a la 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE del 27 de octubre), son el resultado de sendos Anteproyectos que fueron saliendo de sucesivas reuniones del Consejo de Ministros, en el plazo de unas pocas semanas, a comienzos del año 2003 y que, tras una tramitación apresurada, carente del mínimo sosiego que debe exigirse a cualquier reforma legislativa en el ámbito penal, se han convertido en ley en unos meses. Ya el hecho mismo de su presentación inmediatamente sucesiva y en textos separados es expresiva de la ausencia de una visión político criminal consistente y de largo

---

(1) Véase, por todos, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1949, pp. 47 y ss., quien habla de “humanitarismo” e “individualismo”, entendido este último rasgo desde la perspectiva del modelo de Estado liberal.

(2) Para el problema de la racionalidad en la práctica de la legislación penal contamos hoy con la aportación fundamental de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003. Cfr., asimismo, la primera parte de la obra de su discípula SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.

alcance <sup>(3)</sup>. Al contrario, las más recientes iniciativas legislativas han sido casi siempre respuesta inmediata —el derecho penal como “prima” o “sola ratio”, en expresión de HASSEMER <sup>(4)</sup>—, a casos muy concretos del acontecer diario, normalmente magnificados por los medios de comunicación, sin que —dada la casi absoluta inexistencia, en nuestro país, de investigación criminológica empírica— poseamos imágenes expresivas de la realidad que va a ser objeto de regulación y prescindiendo asimismo del parecer de los expertos y los operadores jurídicos.

En cuanto a la “tramitación parlamentaria” —si se la puede denominar así— de las Leyes Orgánicas que aquí nos ocupan, sería fatigoso seguir el rastro de las interferencias producidas entre ellas, con preceptos que cambian de Proyecto para “adelantar” su aprobación <sup>(5)</sup>, la previsión, en alguno de los textos ya en vigor, de penas no contempladas todavía en el catálogo general de penas (por ejemplo, los artículos 147, núm. 2, y 153 CP, en la redacción dada a los mismos por la LO 11/2003, prevén, respectivamente, las penas de prisión de tres a seis meses y de tres meses a un año, siendo así que la reducción del límite mínimo de la pena de prisión a tres meses, introducida por la LO 15/2003, no entra en vigor hasta octubre de 2004), la aprobación, en reformas sucesivas, de textos idénticos (como sucede con el artículo 147, núm. 2 CP, reformado en la LO

---

(3) Máxime si tenemos en cuenta que las reformas mencionadas han ido precedidas inmediatamente de otras dos, de alcance muy reducido, por las Leyes Orgánicas 9/2002, de 10 de diciembre (sobre sustracción de menores) y 1/2003, de 10 de marzo (relativa a la seguridad de los concejales) y todavía se acaba de introducir una nueva y polémica reforma (en la LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, BOE de 26 de diciembre) por la que se criminaliza de manera expresa la convocatoria de referendos ilegales, así como la financiación ilegal de grupos declarados prohibidos.

Y lo mismo cabe decir del proceso penal. Baste un solo ejemplo: En la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, se modifican diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a campos que han sido objeto de revisión muy reciente: los denominados “juicios rápidos” (por la LO 8/2002 y la Ley 38/2002, ambas de 24 de octubre) y la prisión provisional (por la LO 13/2003, de 24 de octubre; es decir, ¡sólo un mes antes!).

(4) Por ejemplo, en HASSEMER, W., “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (trad. de F. MUÑOZ CONDE), en *ADPCP* 1992, pp. 235-249 (p. 240).

(5) Se hace absolutamente ineludible un debate en profundidad sobre el abusivo recurso a la incorporación, a través de la correspondiente enmienda, de nuevas Disposiciones Adicionales a un Proyecto de Ley, sea cual fuere su objeto, que se encuentra ya en el Senado, con el fin de “colar” así una reforma legislativa, pretendidamente urgente, hurtándola al debate parlamentario. Un solo ejemplo significativo: la respuesta “penal” al denominado “Plan Ibarretxe”, a la que nos referíamos en la nota 3, se introdujo —como es notorio— en el curso de la tramitación en el Senado del Proyecto de Ley de Arbitraje.

11/2003 y vuelto a reformar, pero ¡con idéntico tenor!, en la LO 15/2003), etc. El modo de proceder del legislador ha alcanzado, en suma, tal degradación que resulta cada vez más urgente una renovada “ciencia de la legislación” que dote a la actividad esencial de crear derecho de los mínimos niveles de exigencia. Resulta llamativo constatar, en lo que al Código Penal vigente se refiere, que esta verdadera “catarata” de leyes que lo reforman apenas ha afectado a las múltiples deficiencias técnicas que aquél manifiesta —reiteradamente destacadas además por la doctrina—, fruto precisamente también del modo en que fue elaborado.

Las páginas que siguen pretenden sólo, como indicábamos al comienzo, abordar algunas de las cuestiones suscitadas por las modificaciones introducidas en el Código Penal a través de las Leyes Orgánicas 7 y 11/2003, ya en vigor, describiendo mínimamente su contenido y ciñéndonos a los aspectos de derecho penal sustantivo, sin entrar en las —por lo demás, muy importantes— modificaciones experimentadas en los últimos meses por nuestro proceso penal. Como ya hemos señalado, sólo incidentalmente nos ocuparemos de las numerosas novedades que contiene la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, todavía en período de *vacatio legis*. El carácter tentativo y provisional de la presente contribución explica, por otra parte, que se reduzcan al mínimo las referencias bibliográficas<sup>(6)</sup>.

## II. LA LEY ORGÁNICA 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

2. La atención del legislador se centra, en esta reforma de la legislación penal y penitenciaria, en tres aspectos: elevación de los límites máximos absolutos de la pena de prisión para determinados delitos, reforma del art. 78 CP en orden a garantizar, en determinadas hipótesis, un “cumplimiento efectivo” de las penas impuestas y restricción del acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Medidas que comportan, en último término, un incremento

---

(6) Una imagen esquemática del contenido de los respectivos Proyectos que cristalizaron en las Leyes Orgánicas mencionadas al comienzo de esta contribución ofrecen, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xurídica Galega* núm. 38 (2003), pp. 13-38, y ROCA AGAPITO, L., “Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, en *La Ley*, 4 de marzo de 2003, pp. 1-7. Y limitada a la primera de las mencionadas leyes, GONZÁLEZ PASTOR, C.P., “Ámbito de la LO 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* 2003, pp. 1009-1028.

de la prevención general intimidatoria (o “negativa”), unido a un claro retroceso de la prevención especial “positiva” o resocializadora. Resulta esclarecedora, a este respecto, la declaración contenida en la Exposición de Motivos de esta LO 7/2003, en el sentido de que compete al legislador evitar que “la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios”, inherentes a la finalidad, constitucionalmente consagrada (art. 25.2 CE), “de reinserción y reeducación del delincuente”, se conviertan “en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”. Lo que no aclara la mencionada Exposición de Motivos es en qué medida resulta todavía compatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE) un tratamiento penal y penitenciario diverso en función de la naturaleza del delito cometido o, lo que resulta aún más criticable, de la clase de delincuente (“terrorista”, por ejemplo) ante la que nos encontremos.

La primera de las medidas legales adoptadas se traduce, como acabamos de apuntar, en un incremento de los límites máximos absolutos de la pena de prisión que, de conformidad con la nueva redacción dada al art. 76.1 CP, podrá llegar hasta 40 años, “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años” [letra c)]; o bien, “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”<sup>(7)</sup>. Estamos ante un límite a todas luces excesivo, como lo eran ya los de 25 o 30 años, previstos respectivamente en las letras a) y b) de este art. 76.1 CP, y así lo viene advirtiendo, de manera constante, la doctrina penal mayoritaria en nuestro país. En tal sentido, afirma, por ejemplo, CERESO MIR que “una pena privativa de libertad de una duración efectiva superior a quince años puede producir un grave deterioro en la personalidad del sujeto” e incluso llegar a ser considerada “como una pena inhumana o degradante, prohi-

(7) También se modifica, dicho sea de paso, el núm. 2 del art. 76 CP, que aparece ahora redactado en estos términos: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”. La adición al texto precedente del inciso subrayado por nosotros viene a confirmar lo que ya era criterio jurisprudencial consolidado al aplicar lo dispuesto en el art. 988, párrafo tercero, de la LECrim. (incidente de “refundición de condenas”), en orden a la fijación de los límites máximos de cumplimiento previstos en el art. 76 CP, cuando los distintos delitos a cargo de un mismo autor han sido objeto de condena por diversos órganos judiciales. Permítasenos remitir, en relación a este problema, a SANZ MORÁN, A.J., “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995”, en CERESO MIR/SUÁREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 505-520 (pp. 518 y ss.), con ulteriores referencias.

bida en el art. 15 de nuestra Constitución”<sup>(8)</sup>. Téngase en cuenta que la apelación a esta proscripción constitucional de las penas inhumanas, unido a la exigencia, derivada también del texto constitucional (art. 25.2), de orientar la ejecución de la pena hacia la reinserción social, sirvieron precisamente de argumento al Tribunal Supremo para obviar toda exigencia de conexidad, en sentido procesal, entre los delitos concurrentes en orden a aplicar los límites máximos previstos en el actual art. 76 CP aun cuando los hechos se hayan enjuiciado en procesos diversos<sup>(9)</sup>. Una pena de prisión de hasta 40 años, tal y como la contempla hoy nuestro Código Penal resulta, en definitiva, difícilmente compatible con los dos preceptos constitucionales a los que acabamos de hacer referencia. Más aún, resulta *de facto* más gravosa que la pena de prisión perpetua tal y como se conserva todavía hoy en algún Código Penal europeo; pues, como es notorio, también los condenados a esta última pena pueden acceder a la libertad condicional transcurrido un período de cumplimiento que, en el caso de los Códigos penales alemán, austriaco y suizo, se sitúa en quince años<sup>(10)</sup>.

3. Consideraciones análogas cabe aducir a propósito de la reforma operada en el art. 78 CP, precepto objeto de crítica tan unánime que lo deseable hubiera sido su desaparición sin más. Lejos de ello, el legislador ha optado por conservar e incluso ampliar el alcance de la regla en él contenida, que pasamos a considerar muy brevemente<sup>(11)</sup>.

---

(8) Véase CERESO MIR, J., *Estudios sobre la reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 159 y 170-171 y, del mismo autor, “Consideraciones político criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995”, en *La Ley*, 21 de junio de 1996, pp. 1-7 (p. 2). Por el contrario, GONZÁLEZ PASTOR, C.P., “Análisis...”, cit. (nota 6), pp. 1018 y ss., no aprecia obstáculo alguno de constitucionalidad en la reforma que estamos considerando. Tampoco encontró problemas, desde la perspectiva constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe preceptivo al correspondiente Anteproyecto. Véase CGPJ, *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las reformas penales*, Madrid, 2003, pp. 23 y ss.

(9) Cfr. lo indicado *supra*, en la nota 7. Amplia información en SANZ MORÁN, A.J., “Concurso de delitos y pluralidad de procesos”, en *Revista Jurídica de Asturias* núm. 18 (1994), pp. 1-19. Una síntesis más reciente en SANZ MORÁN, A.J., “Las reglas...”, cit. (nota 7), p. 519.

(10) Más detalles en SANZ MORÁN, A.J., “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, en *ADPCP* 1995, pp. 783-848 (especialmente, pp. 797 ss.). De ahí que resulte cuestionable la apelación que hace el CGPJ — *Informes...*, cit. (nota 8), pp. 24 y ss. — a la existencia de la prisión perpetua en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

(11) En relación al art. 78 CP permítasenos remitir de nuevo a SANZ MORÁN, A.J., “Las reglas...”, cit. (nota 7), pp. 517-518, con ulteriores referencias. Monográficamente, HERRERO ALBELDO, E., *El artículo 78 del Código Penal: funcionamiento técnico-jurídico y problemas constitucionales*, Valencia, 2002 (tesis doctoral inédita).

Con el art. 78 CP el legislador trató de satisfacer la pretendida exigencia social en el sentido de un cumplimiento “íntegro” y “efectivo” de la pena impuesta. A tal efecto, se establece, en su redacción originaria, que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 CP la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, podrá atenderse a este último dato en orden al cómputo del tiempo para la concesión de la libertad condicional y otros “beneficios penitenciarios” (que no concreta el legislador). Sin embargo, se deja al arbitrio del Juez de Vigilancia, en consideración al curso del tratamiento, acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento. No vamos a insistir en los numerosos interrogantes que suscita la aplicación de esta desafortunada regla, objeto —como acabamos de indicar— de crítica generalizada. Nos interesa sólo ahora mostrar el alcance de las modificaciones operadas en ella por la LO 7/2003, de 30 de junio.

En primer lugar, aclara la nueva redacción que se podrá atender a la suma total de las penas impuestas y no al límite máximo de su cumplimiento —caso de que éste sea inferior a la mitad de aquella— no sólo a efectos de cómputo de tiempo para la libertad condicional, sino además en orden a la clasificación en tercer grado y los permisos de salida, perviviendo una genérica referencia a “otros beneficios penitenciarios”, no concretados. Por otra parte, si la aplicación de la regla tenía antes carácter potestativo, ahora resulta obligatoria —siempre que concurra el requisito central de que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas— “en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código”; es decir, siempre que el límite máximo de cumplimiento rebase los veinte años. Y, en tercer lugar, si antes el Juez de Vigilancia podía dejar sin contenido la decisión del juez o tribunal sentenciador, acordando “la aplicación del régimen general de cumplimiento”, a la luz de “las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social” y “oído el Ministerio Fiscal”, ahora esta posibilidad se ve seriamente limitada: primero, porque el trámite de audiencia se extiende a “Instituciones Penitenciarias y las demás partes”, además de exigirse un “pronóstico individualizado y favorable” de reinserción social; pero, sobre todo, porque la mencionada facultad del Juez de Vigilancia desaparece casi por completo cuando se trata de “delitos de terrorismo”, o “cometidos en el seno de organizaciones criminales”, donde sólo cabrá acceder al tercer grado penitenciario “cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”; y a la libertad condicional, “cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”. Expresado con un ejemplo numérico: si un terrorista es condenado a penas que suman doscientos años de prisión, con un límite máximo de cumplimiento de cuarenta años (inferior a la mitad de la suma total de las impuestas), será preceptivo atender a aquella suma para el cómputo del plazo que permita acceder al tercer grado o a la libertad condicio-

nal, lo que nunca sucederá, pues antes habrán transcurrido esos cuarenta años de límite máximo. Y lo único que cabe al Juez de Vigilancia, pese a la existencia de un “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”, es acordar el acceso al tercer grado penitenciario cuando el condenado haya cumplido 32 años de prisión y a la libertad condicional transcurridos 35 años de vida carcelaria.

Si antes criticábamos la existencia de límites máximos de prisión tan elevados como los que establece el art. 76 CP, huelga todo comentario sobre las consecuencias que resultan de la aplicación de la regla —mucho más restrictiva ahora que en su redacción originaria— prevista en el art. 78 CP, difícilmente compatible con los principios constitucionales a los que nos referíamos más arriba. Debemos añadir una ulterior consideración. Las técnicas legislativas que nos ocupan en este apartado y el precedente tienen como destinatario al delincuente especialmente peligroso de criminalidad media o grave. Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto en otro lugar <sup>(12)</sup>, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno reaccionan frente al mismo por la vía de medidas asegurativas, aunque algunas de ellas encuentren seria contestación en la doctrina. Por el contrario, el Código Penal español vigente, al incorporar a su articulado las medidas de corrección y de seguridad, decidió limitar su aplicación a los casos de sujetos inimputables y semiimputables, no previendo, por el contrario, medida alguna para el delincuente habitual peligroso. Las reformas legislativas que estamos considerando ponen de manifiesto que, aunque resulte cuestionable la previsión de medidas en tales casos, su inexistencia suele dar lugar al incremento —entendemos que al menos tan cuestionable— de los máximos penales. Tendremos ocasión de volver sobre este particular cuando nos ocupemos del alcance de las reformas introducidas por la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

4. El tercero de los campos objeto de reforma por la LO 7/2003 es el del modelo progresivo de ejecución de la pena de prisión, articulado en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en el mismo Código Penal. Más concretamente, la ley que ahora nos ocupa endurece sensiblemente, para determinados supuestos, el acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional.

En el primer sentido, se añade un segundo número al artículo 36 CP, en el que se establece que “cuando la duración de la pena de prisión sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”, si bien se permite al Juez de Vigilancia, “oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes”, decretar la aplicación del régimen general de

---

(12) Véase SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid, 2003, pp. 47 y ss., 67-68 y, especialmente, 215-216.

cumplimiento (recuérdese que, de acuerdo con los artículos 72.3 LOGP y 103.8 y 9 RP, el penado puede ser clasificado desde el primer momento en tercer grado), atendiendo a “las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador” y “previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Esta posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento queda, sin embargo, expresamente vedada en el caso de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Lo anterior debe completarse con la adición, por esta misma LO 7/2003, de dos nuevos apartados (5 y 6) al art. 72 LOGP. Por el primero de ellos, se condiciona la progresión al tercer grado a la satisfacción, por el condenado, de la responsabilidad civil derivada del delito —a cuyos efectos, deberán valorarse una serie de indicadores explicitados por el legislador—, de manera particular cuando se trate de delitos contra el patrimonio y el orden económico de notoria gravedad y que hubieran perjudicado a una pluralidad de personas, contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o, finalmente, “delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal” (es decir, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales o negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función). En cuanto al nuevo apartado 6 del art. 72 LOGP, añade a la condición del número precedente (satisfacción de las responsabilidades civiles) otras adicionales cuando se trate del acceso al tercer grado penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidas en el seno de organizaciones criminales. Básicamente, el abandono “inequívoco” de “los fines y los medios terroristas”, la colaboración activa con las autoridades, acreditada mediante una “declaración expresa de repudio de las actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” y a través de informes técnicos que pongan de manifiesto la desvinculación del preso respecto a la organización terrorista y su colaboración con las autoridades <sup>(13)</sup>.

En términos análogos, se produce también una restricción del acceso a la libertad condicional. En primer lugar, condicionándolo de nuevo (nuevo art. 90.1 CP) a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito y, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, al abandono de la actividad terrorista y colaboración con las autoridades en los términos que acabamos de indicar en

---

(13) Recuérdese, además, que en estos casos de personas condenadas por terrorismo el acceso al tercer grado aparece supeditado, con carácter general, al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta cuando ésta sea superior a cinco años de prisión (nuevo art. 36.2 CP, al que acabamos de referirnos) y, si el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas resulta superior a veinte años (pero inferior a la mitad de la suma de aquellas), al cumplimiento de las cuatro quintas partes del mencionado límite, de acuerdo con el nuevo tenor del art. 78 CP (cfr. *supra*, apartado precedente).

relación al acceso al régimen abierto<sup>(14)</sup>. En segundo lugar, junto a la posibilidad, ya existente, de adelantar la libertad condicional pese al cumplimiento sólo de dos terceras partes (en lugar de las tres cuartas partes exigidas con carácter general) de la pena impuesta, añade ahora el nuevo número 2 del art. 91 CP una ulterior posibilidad de reducción de dicho plazo a razón de noventa días por año de cumplimiento efectivo de condena y siempre que se haya extinguido, al menos, la mitad de ésta; pero, de nuevo, queda vedada dicha posibilidad a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales<sup>(15)</sup>. Finalmente, y de acuerdo con el nuevo art. 93, números 2 y 3 del Código Penal, en el caso de la libertad condicional concedida al condenado por delito de terrorismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá solicitar, durante el período de libertad condicional, informes que acrediten la subsistencia de las condiciones que posibilitaron el acceso a la misma. Además, la comisión en dicho período de un nuevo delito o el incumplimiento de las reglas de conducta eventualmente impuestas o de las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional supondrá, no sólo su revocación y el reingreso en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sino la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional<sup>(16)</sup>.

---

(14) Puesto que el primer requisito para el acceso a la libertad condicional es que el penado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario y para acceder a éste ya se exigen (art. 72, números 5 y 6 LOGP) las condiciones mencionadas en el texto, parece ocioso volver a exigir las para el acceso a la libertad condicional. Las reglas contenidas en los dos últimos párrafos del nuevo art. 90.1 CP cobran, sin embargo, sentido a la luz de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de esta LO 7/2003, de la que nos ocuparemos más adelante (apartado 5). Se aplicarán, por consiguiente, a quienes se encuentren ya en el tercer grado penitenciario a la entrada en vigor de la ley y pretendan acceder a la libertad condicional.

(15) Recuérdesse, por otra parte (cfr. *supra*, apartado 3), que en el caso de estos delitos, si el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas supera, por aplicación de las reglas del art. 76.1 CP, los veinte años, pero resulta inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas, se cierra el acceso a la libertad condicional antes de haber extinguido las siete octavas partes de dicho límite, según establece el nuevo art. 78 CP.

(16) Este nuevo régimen legal de la libertad condicional se ve completado, en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la reforma del art. 92 CP que establece el régimen (más flexible que hasta ahora) de acceso a la libertad condicional de quienes alcancen los setenta años de edad durante el cumplimiento de la condena, o cuando se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables. La modificación consiste en la adición de dos párrafos relativos al modo de proceder por parte de la Administración Penitenciaria y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en las situaciones indicadas, en orden a garantizar una rápida excarcelación. Curiosamente, la entrada en vigor de estas reglas queda diferida al 1 de octubre de 2004, mientras que el régimen más severo de acceso a la libertad condicional previsto en la LO 7/2003 entró en vigor, como ya señalamos, al día siguiente de su publicación en el BOE.

Por último, el nuevo apartado 5, añadido por esta misma LO 7/2003, a la Disposición Adicional Quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece una ulterior restricción al acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional al prescribir que siempre que la resolución objeto de recurso de apelación “pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves” se asigna efecto suspensivo al mencionado recurso, de modo que hasta su resolución no será posible la puesta en libertad del condenado. Se trata de evitar, de acuerdo con la Exposición de Motivos, “que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse”. Se prevé, eso sí, la tramitación “preferente y urgente” del mencionado recurso de apelación.

De nuevo ponen de manifiesto las medidas legislativas estudiadas en este apartado la previsión de un régimen legal de verdadera excepcionalidad para los delitos de terrorismo<sup>(17)</sup> que, además de suscitar serias dudas desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad, resulta también difícilmente compatible, puesto que a la ejecución de la pena se refiere, con la exigencia de orientar aquella hacia la reinserción social del penado, máxime si añadimos los límites de cumplimiento mínimo que resultan de la combinación de las reglas aquí estudiadas con las previsiones del nuevo art. 78 CP, a las que nos referíamos en el apartado precedente.

5. No podemos cerrar este sucinto repaso por el contenido de la LO 7/2003, de 30 de junio, sin una referencia a su Disposición Transitoria Única, que reza así: “Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72, 5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, 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”. Expresado en otros términos, lo que pretende el legislador, con esta Disposición Transitoria Única, es que una parte esencial

---

(17) Recuérdese también, en este mismo sentido, la creación, por LO 5/2003, de 27 de mayo (BOE de 28 de mayo), de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, con el fin de concentrar en la Audiencia Nacional las resoluciones relativas a la ejecución de las penas correspondientes a los delitos instruidos y enjuiciados por este órgano jurisdiccional. Sobre lo inadecuado de abordar con criterios de excepcionalidad el fenómeno terrorista cfr. sólo, en la doctrina española más reciente, CANCIO MELIA, M., “‘Derecho penal del enemigo’ y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 44 (julio de 2002), pp. 19-27.

del contenido de la ley se sustraiga a la aplicación de las reglas que, con carácter general, establece el art. 2 CP en lo que concierne a la sucesión temporal de las leyes penales (principio de irretroactividad, salvo que la nueva ley favorezca al reo, en cuyo caso puede aplicarse retroactivamente) y se siga, por el contrario, el principio *tempus regit actum*; esto es, la aplicación, en todo caso, de la ley vigente en el momento de adoptar la correspondiente resolución judicial.

Parece resucitar, de este modo, la tradicional separación entre leyes penales *stricto sensu* y leyes de carácter procesal, con aplicación de criterios diversos desde la perspectiva de los principios que rigen la aplicación temporal de la ley, olvidando que esta distinción ha perdido buena parte del sentido que tuvo históricamente, desde el momento en que el art. 9.3 CE refiere el principio general de irretroactividad no a la “ley penal”, sino, de manera más amplia, a las “disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”<sup>(18)</sup> y, sin duda, restringen derechos individuales, en comparación con la regulación precedente, las nuevas reglas que fijan los requisitos de acceso al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional, reglas que, por otra parte, dudosamente cabe calificar como meramente “procesales”, prevaleciendo más bien su carácter sustantivo. Con el principio general de irretroactividad de la ley penal, inescindiblemente unido al de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) se pretende, en último término, afianzar la seguridad jurídica, y ello supone la calculabilidad de las consecuencias de la propia conducta. Ahora bien, aquellas disposiciones legislativas que posibilitan la excarcelación del penado forman parte, sin duda, de las consecuencias jurídicas de la conducta que éste debe poder prever y se hallan sometidas, de este modo, al principio general de irretroactividad de la ley penal.

### III. LA LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

6. El alcance de las reformas introducidas por esta Ley es mayor que en el caso de la LO 7/2003, que acabamos de considerar y se refiere fundamental-

---

(18) Como ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional. Cfr. sólo la STC 32/1987, de 12 de marzo, relativa a la reforma de los plazos máximos de la prisión provisional. Para el problema de la sucesión temporal de leyes de carácter procesal cfr., por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, p. 182, con ulteriores referencias. De nuevo, el CGPJ —*Informes...*, cit. (nota 8), pp. 51 y ss.—, recurriendo a la distinción entre retroactividad en sentido propio y “retrospección” o retroactividad impropia, niega que se produzca con la nueva ley problema alguno de constitucionalidad.

mente a las siguientes materias: en primer lugar, afecta sustancialmente la reforma a las reglas relativas a la determinación de la pena, en los términos que veremos a continuación en este mismo apartado; un segundo grupo de modificaciones persiguen un tratamiento penal más eficaz de la denominada delincuencia habitual (apartado 7); a continuación, nos ocupamos de los cambios legislativos en materia de “violencia doméstica” (apartado 8); seguirá la consideración de lo que el legislador denomina “integración social de los extranjeros” (apartado 9), para concluir con una sucinta mención de otras modificaciones menores (apartado 10).

De acuerdo con este esquema, comenzamos refiriéndonos a las importantes reformas introducidas en las reglas relativas a la determinación concreta de la pena (en función de la eventual concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), recogidas en el art. 66 CP<sup>(19)</sup>. Destaca, en primer lugar, la expresa indicación, ahora introducida, en el sentido de que estas reglas se refieren sólo a los delitos dolosos, mientras que (según el nuevo número 2 de este art. 66 CP), “en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. Reaparece así la regla con la que se cerraba el art. 565 del anterior Código Penal y que cobraba sentido, precisamente, en el contexto de la regulación de la imprudencia de acuerdo con el criterio de incriminación general (*crimen culpae*) y no, como sucede ahora, de previsión de particulares delitos imprudentes (*crimina culposa*). Ciertamente, muchas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los artículos 21 a 23 del Código Penal (especialmente, las agravantes) son incompatibles con la realización imprudente del hecho, pero no todas. Pién-

---

(19) La LO 15/2003, de 25 de noviembre, introduce, a su vez, cambios que afectan a la determinación de la pena en los casos de eximente incompleta (obligando, una vez producido el descenso en uno o dos grados de la pena señalada por la ley, a aplicar el art. 66 CP en orden a la fijación de la pena definitiva), al modo de establecer la pena superior o inferior en grado (reintroduciendo el polémico “día” de separación entre cada una de ellas y la pena de partida) y al delito continuado, en términos que veremos más adelante (apartado 7). Se declara, además, de manera expresa (e innecesaria, dada la abundante doctrina al respecto del Tribunal Constitucional) la necesidad de razonar en la sentencia “el grado y extensión concreta” de la pena impuesta (nuevo art. 72 CP).

Para el debate en torno al carácter “tangente” o “secante” de las penas en el Código Penal de 1995 y la pretendida necesidad de reintroducir la referencia a “un día” en la determinación de la pena superior e inferior en grado véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, pp. 171 y ss.

sese sólo en las circunstancias atenuantes previstas en los números 4 y 5 del art. 21 CP<sup>(20)</sup>.

En cualquier caso, la nueva regla recogida en el art. 66 CP supone, sin duda, una ampliación del arbitrio judicial, limitada aquí al delito imprudente, pero observable también en las nuevas reglas que, en relación al delito doloso, establece el art. 66.1 CP. Veámoslo con más detenimiento.

Algunas de estas nuevas reglas se mantienen en términos equivalentes a las del precepto reemplazado. Así, cuando sólo concorra alguna circunstancia atenuante o se den una o dos agravantes pervive el criterio de imponer la pena en la mitad inferior o en la mitad superior, respectivamente, de la establecida en la ley para el delito (art. 66.1 CP, reglas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, equivalentes a la segunda y tercera del texto precedente). Del mismo modo, se conserva la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concorra agravante alguna<sup>(21)</sup>, de acuerdo con la nueva regla segunda, equivalente a la regla cuarta del texto ahora reemplazado. Finalmente, se mantiene también el paralelismo entre la actual regla sexta y la anterior regla primera, en el sentido de permitir al Juez moverse por toda la extensión de la pena, “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, cuando no concurren atenuantes ni agravantes.

---

(20) Según entendía ya un amplio sector de la doctrina bajo la vigencia del Código Penal precedente, el párrafo final del mencionado art. 565, aunque cerraba la aplicación de las reglas del anterior artículo 61 (equivalente al actual art. 66 CP) en modo alguno impedía que el Juez o Tribunal, haciendo uso de su prudente arbitrio, tomara en consideración la eventual concurrencia, en el delito imprudente sometido a su conocimiento, de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Cfr., en tal sentido, GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Madrid, 1985, p. 453 (con ulteriores referencias bibliográficas), admitiendo incluso la posibilidad de descender por debajo del límite mínimo de la pena, también en el delito imprudente, en caso de concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes o una muy cualificada, sin que se dieran simultáneamente circunstancias agravantes.

(21) Como es notorio, esta última exigencia no figuraba en la redacción dada en 1995 a la regla 4 del art. 66 CP (hoy, regla 2), pero venía siendo reclamada originariamente por la jurisprudencia, siendo también éste el criterio establecido en la Consulta 2/1997, de la Fiscalía General del Estado. Veremos, no obstante, que el Tribunal Supremo ha cambiado parcialmente de parecer, lo que explica una regla como la prevista ahora en el número 7 del art. 66.1 CP. Por otra parte, se ha sustituido la expresión “podrán imponer”, de la anterior regla 4 del art. 66, por la de “aplicarán” (actual regla segunda), aclarando de este modo las dudas que sobre el carácter obligatorio o facultativo de la rebaja había suscitado la redacción originaria. Amplia información sobre estas cuestiones en BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones...*, cit. (nota 19), pp. 193-194 y 196 ss., respectivamente.

Hasta aquí las similitudes. La nueva regulación difiere, no obstante, de la precedente en dos aspectos fundamentales, expresivos ambos de ese mayor arbitrio judicial al que aludíamos anteriormente. En primer lugar, aparece una nueva regla (la séptima), para el caso de que concurren circunstancias atenuantes y agravantes <sup>(22)</sup>: los Jueces o Tribunales valorarán y compensarán racionalmente unas y otras para la individualización de la pena y “en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación” se aplicará la pena inferior en grado; si, por el contrario, “se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”. Así pues, si para la rebaja en dos grados de la pena señalada en la ley es necesaria la pervivencia de dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas y que no concorra agravante alguna (nueva regla segunda del art. 66.1 CP), todavía cabe el descenso en un grado de la pena, pese a la existencia de alguna circunstancia agravante, cuando, concurriendo también circunstancias atenuantes, “persiste un fundamento cualificado de atenuación” (nueva regla 7.ª del art. 66.1 CP), dando así entrada, parcialmente, el legislador a la solución adoptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a partir del Pleno no Jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, al resolver el aparente conflicto normativo entre las reglas 1.ª y 4.ª del art. 66 CP, en su redacción originaria <sup>(23)</sup>. En segundo lugar, aclara la nueva regla 8.ª del art. 66.1 CP que “cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión”. También en este caso tercia el legislador en una discusión previa relativa a la mayor o menor libertad de juzgador en orden a determinar no sólo el número de grados (uno o dos) de descenso respecto

---

(22) Separa de este modo el legislador el supuesto que ahora nos ocupa del de la no concurrencia de circunstancia alguna, al que acabamos de referirnos, regulados anteriormente de manera conjunta (en la regla primera del texto precedente).

(23) Véase GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del plenario de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2002*, 2.ª ed., Valencia, 2003, pp. 93 y ss. El acuerdo aprobado rezaba así (*ibídem*, p. 94): “La concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.ª, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser: que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y entonces se aplicará seguidamente la regla 4.ª (reducción de uno o dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplicará la regla del n.º 1. De donde se sigue que la regla 4.ª del artículo 66, cuando concurren también circunstancias agravantes, no obliga, pero sí faculta a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados”. Cfr. entre otras sentencias del Tribunal Supremo (Sala Penal) que han aplicado este acuerdo, las de 14 de abril de 1998 y 11 de septiembre de 2000. Nótese que la nueva regla 7.ª del art. 66.1 CP no es tan generosa como la solución ofrecida por el Tribunal Supremo, pues el descenso de pena nunca podrá ser de dos grados y se incorpora la posibilidad de imponer la pena en la mitad superior, pese a la existencia de circunstancias atenuantes, si pervive un fundamento cualificado de agravación.

a la pena prevista en la ley para el delito, sino la concreta extensión de la misma dentro del grado elegido. Y también aquí lo hace en el sentido de la tesis jurisprudencial más reciente, de conformidad con la cual, si se decide la reducción en un solo grado habrá que acudir a las reglas del artículo 61.1 para determinar la pena concreta, pero si la reducción lo es en dos grados, el juez o tribunal podrá moverse en toda la extensión del marco penal así obtenido<sup>(24)</sup>.

La novedad más significativa del nuevo art. 66.1 CP se encuentra, sin embargo, en las reglas recogidas en los actuales números cuatro y cinco, que abren otra vez la posibilidad (cerrada desde 1983) de rebasar el límite superior de la pena prevista en la ley para el delito en cuestión. Reglas expresivas no sólo de aquella ampliación del arbitrio judicial en este ámbito, de la que nos venimos haciendo eco, sino sobre todo de un injustificado rigor punitivo. De conformidad con el nuevo artículo 61.1, apartado 4.º, los jueces y tribunales, “cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”, exasperación facultativa de la pena que transforma el carácter de las circunstancias agravantes de carácter general, asignándoles, en caso de pluralidad, un alcance paralelo al de las modalidades delictivas cualificadas frente al tipo de partida que venga en consideración. Y el apartado quinto del precepto que estamos analizando viene a reintroducir la unánimemente denostada agravación de la pena para el “multirreincidente”, que había desaparecido de nuestro derecho positivo con la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal aprobada por la LO 8/1983, de 25 de junio. En efecto, de acuerdo con la nueva regla, “cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán (los jueces) aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo” (inciso este último superfluo, pues reproduce literalmente el inciso final del art. 22, número 8.º CP, que define la circunstancia agravante de reincidencia). Esta exasperación facultativa de la pena para el “multirreincidente” enlaza con uno de los *leitmotiv* de esta LO 11/2003, que es el tratamiento de la delincuencia contumaz, al que destinamos el siguiente apartado de la presente contribución.

7. En efecto, ya la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica resalta el problema “de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que

---

(24) Más información, nuevamente, en BOLDOVA PASAMAR, M.A., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones...*, cit. (nota 19), pp. 195-196.

es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”, añadiendo que se dan numerosos ejemplos de quienes “cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individual no obtienen una respuesta penal adecuada”. Frente a este problema, ofrece el legislador una doble respuesta. Por un lado, y como ya hemos visto, agrava la pena del plurirreincidente, agravación que no deja de suscitar dudas al propio legislador, ya que se ve obligado a señalar, en la misma Exposición de Motivos, que aquella “resulta compatible con el principio de responsabilidad por el hecho”, lo que para muchos autores sería cuestionable incluso en los casos de simple circunstancia agravante de reincidencia de eficacia ordinaria. Recordemos, sin embargo, que esta cuestión ha sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 150/1991, de 4 de julio, rechazó tal inconstitucionalidad. Ahora bien, tratándose —como sucede ahora otra vez— de la exasperación de la pena del multirreincidente, resulta ilustrativo reproducir (¡veinte años después!) lo que argumentó el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, que suprimió, como ya hemos indicado, aquel efecto agravatorio, ahora reintroducido: “La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio ‘non bis in idem’, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura delictiva, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho” (25).

Por otra parte, sigue la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, “se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados”. Con esta finalidad, se añade un inciso final al art. 147, número 1 CP, en cuya virtud se impondrá la misma pena prevista para el tipo básico de las lesiones del número 1 de

---

(25) Una clara síntesis de los problemas que presenta la circunstancia agravante de reincidencia en: CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, pp. 164 ss. Y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La reincidencia en el Código Penal de 1995”, en *ADPCP* 1997, pp. 169-183. Cfr. además, monográficamente, MARTÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia. Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada, 1999. De nuevo, el CGPJ no ve obstáculo en la transformación de las reiteradas faltas en delito (aunque matiza los plazos a considerar) o en la exasperación de la pena (siempre que sea facultativa) del multirreincidente. Véase *Informes...*, cit. (nota 8), pp. 114 ss. Y 126 ss., respectivamente; cfr., sin embargo, al respecto, el voto particular formulado por algunos de los vocales (*ibidem*, pp. 169 ss.).

dicho precepto (prisión de seis meses a tres años) a quien “en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código” (que regula la falta de lesiones). Y encontramos reglas análogas en los artículos 234 CP (hurto) y 244.1 CP (hurto de uso de vehículos de motor o ciclomotores), siempre que el montante acumulado de las cuatro conductas constitutivas de falta (del art. 623 CP, números 1 y 3, respectivamente) “sea superior al mínimo de la referida figura de delito” <sup>(26)</sup>. Por otra parte, se modifica el párrafo primero del artículo 515 CP con el fin de incorporar al concepto de “asociación ilícita” a las que tengan por objeto “cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”. Y en este mismo contexto normativo habría que mencionar, finalmente, la reintroducción, esta vez en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de la exasperación facultativa de la pena para el delito continuado, que podrá llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado, de acuerdo con la nueva redacción del art. 74.1 CP.

La conversión en delito de la cuarta falta, cometida en el plazo de un año, de lesiones, hurto o hurto de uso de vehículo de motor evoca, ante todo, el pensamiento de “a la tercera va la vencida” (*three strikes and you are out*), que ha encontrado reciente plasmación legislativa en los Estados Unidos de América, en términos que no podemos analizar ahora <sup>(27)</sup>. Pero ello no significa que estemos aquí sólo ante la importación de una (criticable) “moda” política criminal. Al contrario, durante toda la Edad Moderna —como estudió entre nosotros el padre PEREDA—, se generalizó la idea de que el tercer hurto conllevaba la pena capital y precisamente en cuanto ficción dirigida a evitar ese resultado desproporcionado fue apareciendo la construcción que todavía hoy conocemos como “delito continuado” <sup>(28)</sup>. En definitiva, las leyes “three strikes” en modo alguno constituyen un “invento” reciente de origen transatlántico; también tuvi-

---

<sup>(26)</sup> Mínimo que, a partir de la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre (el día 1 de octubre de 2004), pasará de las “cincuenta mil pesetas” actuales a “cuatrocientos euros”. Por cierto, si interpretamos literalmente lo establecido en los apartados septuagésimo séptimo (“se modifica el artículo 234, que queda redactado como sigue...”) y septuagésimo noveno (“se modifica el apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue...”) del artículo único de esta LO 15/2003, habría que concluir que a su entrada en vigor quedarán derogadas estas reglas añadidas en la LO 11/2003, de las que nos ocupamos en el texto.

<sup>(27)</sup> Cfr., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad...*, cit. (nota 2), pp. 37 y ss., mostrando los problemas surgidos en la experiencia californiana, y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 142 y ss.

<sup>(28)</sup> Véase PEREDA, J., “Famosus latro”, en *ADPCP* 1962, pp. 6-21. Más información en SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 46, 131 y 173.

mos algo semejante aquí..., sólo que ¡hace siglos! Baste este dato como indicador del “sentido” político criminal de las mencionadas reformas.

En último término, las reglas que ahora consideramos constituyen la plasmación legislativa de una idea que, como ha mostrado SILVA SÁNCHEZ, va penetrando con fuerza en los últimos años en el derecho comparado: la de inocular al delincuente habitual peligroso <sup>(29)</sup>. Ciertamente, el adecuado tratamiento de éste constituye un problema político criminal de importancia central, pero —como apuntábamos más arriba (apartado 3)— parece más razonable acudir para ello a la vía de las medidas de corrección y de seguridad. Lo cierto es que tanto la LO 7/2003, en lo que se refiere al delincuente habitual de criminalidad media o grave (incremento de los límites máximos de cumplimiento de pena, extensión del ámbito de aplicación del artículo 78 CP), como esta LO 11/2003, en relación al infractor habitual de carácter leve, dejan por completo de lado esta vía de las medidas para transitar por la, sin duda más sencilla, del incremento sensible de las penas. Por discutible que resulte el primero de estos caminos —y de ello nos hemos ocupado muy recientemente <sup>(30)</sup>—, no lo es menos el seguido por el legislador. Y ello sin entrar a considerar los concretos problemas que de inmediato va a suscitar la aplicación de las reglas que estamos considerando, tanto desde el punto de vista de los principios (posible lesión de los de responsabilidad por el “hecho” —no por el “hábito” en el mismo—, *non bis in idem*, etc.), como atendiendo a la insuficiencia de cauces procesales adecuados para dar cumplimiento a aquellas.

8. Como adelantábamos al comienzo del apartado 6, uno de los campos regulativos afectados por esta LO 11/2003 es el que se refiere a la denominada “violencia doméstica”, y así lo refleja la denominación misma de la ley. Como es notorio, bajo la denominación “delito de violencia doméstica habitual” vienen refiriéndose, la doctrina y la jurisprudencia española, a la figura introducida en el Código Penal precedente por la LO 3/1989, de 21 de junio, que convertía en delito —tipificado dentro del ámbito de las lesiones— las faltas de malos tratos cometidas de modo “habitual” dentro de un círculo delimitado de personas. Desde entonces, esta controvertida figura ha conocido sucesivas modifica-

(29) Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, Cuenca, 2001, pp. 699-710. Entiende globalmente en clave inocuizadora la reforma del sistema de penas por las Leyes Orgánicas que estamos considerando ROCA AGAPITO, L., “Los Anteproyectos...”, cit. (nota 6), p. 3.

(30) Más información en SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas...*, cit. (nota 12), pp. 215 y ss. Cfr. asimismo las atinadas observaciones de CEREZO MIR, J., *Curso... III*, cit. (nota 25), pp. 173 y ss., autor cuya obra pone de manifiesto una constante preocupación por este problema.

ciones, dirigidas fundamentalmente a una más adecuada determinación de los afectados por la conducta típica, así como a la precisión de qué deba entenderse por “habitualidad” y a los problemas de concurrencia eventual con otras figuras delictivas. Hay que destacar, en este sentido, las Leyes Orgánicas 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, que incide sobre todo en los mecanismos de carácter procesal. La Ley Orgánica que ahora consideramos, junto a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE de 1 de agosto) constituyen, hasta la fecha, el último paso en la atención, por parte del legislador, a este problema<sup>(31)</sup>.

Excedería de nuestro propósito entrar a analizar sus múltiples perfiles y formas de respuesta jurídica<sup>(32)</sup>. Nos vamos a limitar aquí sólo a considerar críticamente el sentido y alcance de las modificaciones que, en el orden sustantivo, introduce la LO 11/2003, explicitadas en su Exposición de Motivos y que se contraen básicamente a tres cuestiones: ampliación del círculo de personas objeto de protección, cambio en la ubicación sistemática del delito de violencia doméstica habitual y transformación en delito de determinadas faltas cuando afecten al círculo de personas objeto de protección por el mencionado delito. Veamos con algún detenimiento estas reformas.

La progresiva ampliación del círculo de posibles afectados por la denominada “violencia doméstica habitual” ha sido una constante en las diversas mo-

---

(31) Todavía, la .. 15/2003, de 25 de noviembre (que entrará en vigor, recordémoslo una vez más, a partir del 1 de octubre de 2004) introduce ulteriores modificaciones: mayor precisión del alcance de la pena de “alejamiento” prevista en los artículos 48 y 57 CP (artículo único, décimo y decimoséptimo, respectivamente), algunos cambios en materia de suspensión condicional de la pena de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 CP, de los que nos ocupamos a continuación en el texto (artículo único, trigésimo y trigésimo primero, que modifican los artículos 83 y 84 CP), limitaciones a la sustitución de la pena de prisión para el condenado por el delito tipificado en el art. 173.2 CP (artículo único, trigésimo cuarto, que reforma el art. 88 CP), así como determinadas modificaciones procesales, éstas ya en vigor, en materia de prisión provisional [Disposición final primera, primero d) y e), que afectan a los artículos 503 y 504 LECrim.], orden de protección [Disposición final primera, segundo f), que afecta al art. 544 ter LECrim.], juicios rápidos [Disposición final primera, segundo l), que afecta al art. 795 LECrim.] y juicio de faltas [Disposición final primera, segundo q), que afecta al art. 962 LECrim.].

(32) La bibliografía relativa a la respuesta jurídico penal (y procesal) a la violencia doméstica es abundantísima. Cfr. sólo, entre las contribuciones más recientes, la obra colectiva, coordinada por L. MORILLAS CUEVA, *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, así como la monografía de MAYORDOMO RODRIGO, V., *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Bilbao, 2003.

dificaciones experimentadas por esta figura delictiva desde su aparición, en 1989. En concreto, el texto ahora vigente contiene, frente a la redacción precedente, las siguientes novedades: se amplía el ámbito de las relaciones de afectividad análogas a la de los cónyuges, al desaparecer la anterior exigencia de “estabilidad” y precisarse ahora que no es necesaria, en tales hipótesis, la “convivencia”; la referencia anterior a los “ascendientes” y a los “hijos propios o del cónyuge o conviviente” se extiende a cualquier otro “descendiente” añadiéndose además los “hermanos” —en todos los casos, tanto los propios como los del cónyuge o conviviente—, aclarándose que las situaciones mencionadas (ascendientes, descendientes, hermanos) pueden serlo “por naturaleza, adopción o afinidad”; finalmente, y para evitar lagunas de punibilidad, se extiende la protección a cualquier persona amparada en otra “relación por la que se encuentre integrada en el grupo de su convivencia familiar” (con lo que estaría comprendido, según parece, incluso el servicio doméstico) o “sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados” (lo que permite apreciar este delito, por ejemplo, en los casos de malos tratos habituales a personas alojadas en una residencia de ancianos). De paso, aprovecha el legislador para extender, con carácter general, el alcance de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP), incluyendo ahora en ella también a los que hayan sido cónyuges o convivientes y a los cuñados o hermanos del conviviente. Si en el ámbito de delito concreto de violencia doméstica habitual puede tener algún sentido (lo cual resulta discutible) la ampliación operada en relación a sus posibles víctimas, esta extensión del alcance de una circunstancia tan controvertida y que, en principio, puede aplicarse en conexión con cualquier delito parece a todas luces excesiva.

El cambio de ubicación sistemática del delito de violencia doméstica habitual tiene que ver con un problema que, desde el primer momento, ha constituido uno de los caballos de batalla a la hora de aplicar el precepto en cuestión: el de la relación entre la violencia (física o psíquica) habitual exigida por el tipo y los delitos o faltas en que aquella pueda concretarse. La configuración originaria (en 1989) de este delito como una modalidad agravada de la falta de malos tratos, a la que se añadía sólo la nota de “habitualidad”, así como su ubicación dentro del título de las lesiones, llevaron a entender, a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que la nueva figura quedaba consumida en los (más graves) delitos contra la vida o la integridad corporal. Para posibilitar su castigo separado surgió, con el vigente Código Penal de 1995, la cláusula concursal que, ligeramente retocada en 1999, pervive hoy como inciso final (“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia física o psíquica”) del párrafo primero del

nuevo art. 173.2 CP<sup>(33)</sup>. Sin embargo, y pese a la existencia de esta cláusula, seguía resultando llamativo penar simultáneamente por el maltrato y por el resultado lesivo en que aquél se concreta, lo que llevó a la búsqueda de otro bien jurídico, diverso de la salud o la integridad corporal, en cuanto directamente afectado por el delito de violencia doméstica habitual, lo que justificaría una cláusula como la que estamos considerando y la consiguiente apreciación de un concurso de delitos en el caso indicado<sup>(34)</sup>. De este modo, y como reconoce claramente la STS de 9 de julio de 2001, se trata de obviar —pensamos que sin conseguirlo— la posible lesión del principio *non bis in idem* en que se incurriría aplicando en sus términos literales la mencionada cláusula concursal. En definitiva, el cambio sistemático operado por esta LO 11/2003, trasladando el delito de violencia doméstica habitual desde el ámbito de las lesiones al de los delitos contra la integridad moral (como nuevos números 2 y 3 del artículo 173 CP), supone sólo la conclusión lógica de este proceso: situando el delito en cuestión en un título distinto al de las lesiones ya no habrá objeción alguna —parece entender el legislador— en condenar por los dos delitos (maltrato habitual y lesiones). No podemos detenernos aquí en la cuestión medular de si esta doble condena o el mismo hecho de construir una figura delictiva sobre el dato de la “habitualidad” en la realización de otros hechos, en sí punibles, lesionan o no el principio *non bis in idem*, pero si efectivamente lo hacen serán entonces puramente voluntaristas estos intentos del legislador de soslayar la cuestión mediante cambios de ubicación sistemática del delito o definiciones *ad hoc* de lo que deba entenderse por “habitualidad” (nuevo número 3 del art. 173 CP, que reproduce el anterior párrafo segundo del art. 153 CP, introducido en la citada reforma de 1999).

Pero el aspecto, sin duda, más criticable de la nueva regulación de las consecuencias jurídico-penales de la violencia doméstica es la previsión conte-

---

(33) Cláusula concursal expresiva de uno de los rasgos característicos del Código Penal vigente, cual es la frecuente intromisión del legislador en el problema interpretativo de cuándo estamos ante una concurrencia aparente de normas penales y cuándo ante un concurso efectivo de delitos. Nos hemos hecho eco, críticamente, de ello en SANZ MORÁN, A.J., “Las reglas relativas...”, cit. (nota 7), p. 509.

(34) Este modo de razonar se percibe, de manera muy clara, en la Circular n.º 1/1998, de 21 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, que entiende que la introducción por el legislador, en 1995, de la cláusula concursal a la que nos venimos refiriendo obliga a buscar un bien jurídico distinto para el delito de violencia doméstica habitual. Y en el mismo sentido se expresa la importante STS de 24 de junio de 2000, primera que analiza a fondo el problema del bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa y donde se apunta ya claramente a la idea de dignidad de la persona (y consiguiente interdicción de los tratos inhumanos o degradantes) como dato central a la hora de determinar dicho bien jurídico.

nida en el actual artículo 153 CP, en cuya virtud las lesiones, malos tratos o amenazas leves con armas, constitutivas de las faltas previstas en los artículos 617, números 1 y 2 (el anterior párrafo final de este último está ahora derogado) y 620, apartado 1.º CP, pasan a ser delito siempre que “el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”. La Exposición de Motivos aclara, sin eufemismos, cuál es la finalidad última de esta previsión legislativa: abrir “la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas”. Y de paso —de acuerdo con las mencionadas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional—, abrir también el camino a esta drástica medida cautelar por un simple maltrato. Aunque sea a costa del principio de proporcionalidad en sus diversas manifestaciones: idoneidad (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Angemessenheit*), en cuyo alcance respectivo no podemos detenernos ahora <sup>(35)</sup>.

Por lo demás, tanto en los casos del art. 153 como en los del art. 173.2, no sólo se añaden, a las correspondientes penas de prisión, la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y (potestativamente) la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, sino que se establecen sendos tipos cualificados (penas en su mitad superior) cuando los hechos se perpetren “en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”; es decir, las de alejamiento o prohibición de comunicación con la víctima (art. 153, párrafo segundo y art. 173.2, párrafo segundo). Es decir, el simple maltrato, que no produce siquiera lesión (empujón, golpe, etc.), irrogado, por ejemplo, al cónyuge, en el domicilio común, pese a la inexistencia de cualquier acto anterior de la misma índole, merece, según el legislador, una pena mínima de siete meses y medio de prisión (mitad superior de la pena de prisión de tres meses a un año prevista en el nuevo art. 153 CP para este hecho). Huelga todo comentario.

9. La última de las materias a las que se refiere la LO 11/2003 es —y así lo expresa su rúbrica— la “integración social de los extranjeros”, por más que resulte casi sarcástico recurrir al Derecho penal para la consecución del objetivo enunciado. En cualquier caso, las modificaciones operadas en este ámbito por la ley que nos ocupa no se limitan al ámbito del derecho penal —aunque sólo de éstas nos ocuparemos aquí—, sino que se extienden a otros sectores normativos como el civil o el administrativo. En este sentido, “se aborda una

(35) Permítasenos remitir de nuevo a SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas...*, cit. (nota 12), pp. 122 ss. y 175 ss., con ulteriores referencias.

reforma del Código Civil —señala la Exposición de Motivos— para garantizar la protección de la mujer (...) estableciendo que se aplicará la ley penal española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable —se refiere a la ley nacional de los cónyuges— si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público”. Además, se modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con el fin de coordinar mejor la expulsión administrativa y la penal, afectada esta última también, como veremos a continuación, por la LO 11/2003, que venimos analizando <sup>(36)</sup>.

En el orden estrictamente penal, las reformas introducidas poseen una ambivalencia característica, pues si, por una parte, se ofrece ahora mayor protección del extranjero ante el fenómeno del tráfico ilícito de personas, por otra se acentúa marcadamente el carácter defensivo y de orden público que posee la expulsión en cuanto técnica básica de reacción, pretendidamente “penal” (en el fondo, administrativa), frente al inmigrante autor de delitos. Vamos a verlo con mayor detenimiento.

Un primer grupo de reformas (que afectan a los artículos 318 y 318 bis CP) “tienen como finalidad —señala de nuevo la Exposición de Motivos de la LO 11/2003— combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino”. Básicamente, incrementando las penas y reformulando y ampliando las modalidades agravadas. Las modificaciones introducidas en relación a la regulación precedente son, en concreto, las siguientes <sup>(37)</sup>: El tipo básico del art. 318 bis, n.º 1, amplía su radio de acción, anteponiendo la expresión “directa o indirectamente” a la descripción de la conducta prohibida —promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la *inmigración clandestina* (precisión ésta también añadida ahora) desde, en tránsito o con destino a España— y eleva sensiblemente la sanción, que pasa de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a una pena única de cuatro a ocho años de prisión. A partir de ahí, se incorpora (nuevo número 2) una modalidad agravada —precedente, como veremos, del anterior art. 188.2 CP— cuando el propósito “fuera la explotación sexual de la persona” (pena de cinco a diez años de prisión). Se refunden las causas de agravación previstas

---

<sup>(36)</sup> Con posterioridad a esta LO 11/2003 se ha producido una nueva (y más amplia) reforma de la convencionalmente denominada “Ley de Extranjería” (LO 4/2000), por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre), nueva muestra de tortuoso proceder legiferante de este final de legislatura.

<sup>(37)</sup> Para la situación anterior a esta LO 11/2003 véase, por todos, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, con ulteriores referencias.

anteriormente en los números 2 y 3 en una nueva (número 3), que añade a los “incapaces” como víctimas especialmente protegidas y prevé la aplicación de las penas respectivamente previstas en los números anteriores en su mitad superior. El número 4 permanece inalterado y el número 5 incrementa la penalidad para los casos de realización de la conducta típica en el contexto de la criminalidad organizada, imponiendo, junto a la correspondiente pena de prisión (las superiores en grado a las respectivamente previstas en los apartados anteriores), la de “inhabilitación especial para profesión, oficio, comercio por el tiempo de la condena”, estableciendo una pena más grave (“mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado”) cuando se trate “de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones” y posibilitando además la adopción, en estos casos, de alguna de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP<sup>(38)</sup>. Finalmente, el nuevo número 6 de este artículo 318 bis CP atempera el rigor de la respuesta punitiva prevista en los números anteriores para el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, al permitir que el Tribunal, “teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste”, imponga “la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

Junto a esta agravación de la respuesta penal al fenómeno de la inmigración clandestina, caracteriza —como indicábamos anteriormente— a esta LO 11/2003, en lo que se refiere al proclamado objetivo de la “integración social de los extranjeros”, la generalización del recurso a la expulsión como técnica “sustitutiva” de las penas o medidas impuestas a aquellos que permanezcan en España de manera ilegal, lo que no deja de resultar paradójico desde la perspectiva del mencionado objetivo. En efecto, pese a la amplia contestación doctrinal que ha recibido esta forma de respuesta al delito<sup>(39)</sup> y no obstante las recomendaciones del mismo Tribunal Constitucional en el sentido de hacerla objeto de

(38) Posibilidad que, de paso, extiende el inciso final añadido al art. 318 CP, por esta misma LO 11/2003, a los supuestos de realización de cualquiera de los delitos contra los derechos de los trabajadores (título XV, del libro II del Código Penal), valiéndose de una persona jurídica.

(39) Cfr. sólo, en la literatura más reciente, ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, pp. 17-96; FLORES MENDOZA, F., “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en *ibidem*, pp. 97-132 y MAQUEDA ABREU, M.L., “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, pp. 509-518. Cfr. asimismo GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y la extranjería*, Málaga, 1998, pp. 17 y 50 y ss.

aplicación restrictiva <sup>(40)</sup>, la reforma que ahora nos ocupa amplía, sin embargo, su alcance.

En efecto, por lo que se refiere a la expulsión como forma sustitutiva de la pena (art. 89 CP), se introducen fundamentalmente los siguientes cambios: Si las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, “podían” antes ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional, esta medida es ahora preceptiva (“serán sustituidas”), “salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, *excepcionalmente y de forma motivada*, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España” (cursiva nuestra). Igualmente —y con esta misma salvedad que acabamos de transcribir—, se transforma de potestativa en obligatoria la expulsión del condenado a pena de prisión igual o superior a seis años “en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario” (supuesto éste novedoso) o una vez “cumplidas tres cuartas partes de la condena”. Por lo demás, dado que ahora resulta obligada, salvo excepciones, la expulsión en los dos supuestos indicados, se prescinde del trámite de audiencia al penado, pese a la reiterada exigencia del mismo por parte del Tribunal Constitucional. Además, el nuevo art. 89.1 CP, cuyos dos primeros párrafos recogen las reglas que acabamos de recoger, añade otras dos nuevas por las que, respectivamente, se excluye, en los casos que nos ocupan, la aplicación de “lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal” <sup>(41)</sup>, archivando “cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España” (párrafo tercero) y se establece que si una vez “acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente” (párrafo cuarto). Por otra parte, la regulación precedente impedía al expulsado regresar a España en un plazo de tres a diez años; pues bien, este plazo será ahora siempre de diez años, precisándose además que el sujeto en modo alguno podrá retornar “mientras no haya prescrito la pena” (art. 89.2 CP). Y el intento, por el extranjero, de quebrantar la “decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada” comportará su devolución “por la autoridad gubernativa”, comenzando “a computarse de nuevo el plazo de prohibición de

---

(40) Así, por ejemplo, en las sentencias 242/1994, de 20 de julio, o 203/1997, de 25 de noviembre, o en los autos 33/1997, de 10 de febrero, y 106/1997, de 17 de abril.

(41) Que regulan, como es sabido, la suspensión condicional de las penas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 80 CP) o, excepcionalmente, tres años, si se trata de toxicodependientes ya deshabitados o sometidos a tratamiento deshabitador (art. 87 CP) y la sustitución de las penas de prisión de hasta un año (excepcionalmente, dos) o arresto de fin de semana por otras penas (art. 88 CP).

entrada en su integridad” (art. 89.3 CP). Como consecuencia de estas previsiones, desaparece la regla que obligaba, en caso de quebrantamiento de la expulsión, al cumplimiento de las penas sustituidas (art. 89.2, inciso final, en la redacción precedente). Y se suprime también, finalmente, la previsión de la regulación precedente en el sentido de excluir de esta sustitución de prisión por expulsión las condenas por delitos previstos en los artículos 312 (tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) y 515.6.º, 517 y 518 (relativos a las asociaciones ilícitas), todos ellos del Código Penal (anterior art. 89.4 CP) <sup>(42)</sup>.

En sentido análogo se orientan las modificaciones introducidas en el art. 108 CP; esto es, cuando la expulsión aparece como medida de seguridad. Tampoco aquí es ya facultativa, sino obligatoria la sustitución de cualquier medida de seguridad aplicable (antes sólo lo eran las privativas de libertad) por la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, otra vez con la salvedad de que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento en España de la correspondiente medida (primer párrafo del art. 108.1 CP). De nuevo se establece, en caso de expulsión, el archivo del procedimiento administrativo “que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España” (párrafo segundo del art. 108.1 CP), así como el cumplimiento de la medida originariamente impuesta, si la expulsión acordada no pudiera llevarse a efecto (párrafo tercero del art. 108.1 CP). Y se convierte, también aquí, de plazo máximo en único el de diez años, para que el expulsado pueda retornar a España (art. 108.2 CP), añadiéndose una regla específica para quien intente quebrantar la medida de expulsión: devolución por la autoridad gubernativa con el consiguiente reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada (art. 108.3, idéntico al nuevo art. 89.3 CP).

Y aunque nuestra contribución se ciñe a las reformas estrictamente penales, conviene destacar que, debido a los cambios introducidos en los artículos 89 y 108 del Código Penal, se modifican asimismo algunos preceptos de la denominada “Ley de Extranjería” (LO 4/2000, de 11 de enero), con la finalidad —según nos dice la Exposición de Motivos de esta LO 11/2003— de “lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal”. Nos interesa, sobre todo, la reforma del art. 57.7 de dicha “Ley de Extranjería”, orientada a flexibilizar la expulsión administrativa, previa autorización judicial, “cuando el extranjero se encuentre pro-

---

(42) Excepción que había sido incorporada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y que se mantiene, para el caso de la expulsión administrativa alternativa al proceso penal, en el artículo 57.7 de la denominada “Ley de Extranjería”, modificado también, como veremos, por esta LO 11/2003. Tenemos aquí una nueva muestra de los numerosos vaivenes perceptibles en la política legislativa más reciente.

cesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza”, obligándose al juez a resolver rápidamente (en un plazo máximo de tres días) si concede o no dicha autorización. “Con ello se garantiza —sigue la mencionada Exposición de Motivos— la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales” (43).

Se generaliza, en definitiva, el criterio de expulsar al extranjero que reside ilegalmente y comete un hecho delictivo, aunque no haya recaído todavía condena y con independencia de que se trate de un sujeto plenamente responsable o, por el contrario, no sea capaz de comprender la significación jurídica de su conducta. Como reconoce la misma Exposición de Motivos, tantas veces citada, de esta LO 11/2003, el objetivo último de estas diversas reformas, introducidas tanto en el Código Penal como en la denominada “Ley de Extranjería”, es evitar que el cumplimiento de un delito se convierta en una forma de permanencia en España. De este modo, no sólo se ratifica, sino que incluso se intensifica la tendencia, denunciada por la doctrina mayoritaria, de subordinar el derecho penal a las políticas de control de la inmigración. Por lo que se refiere a la expulsión administrativa como alternativa al proceso penal, prevista en el art. 57.7 de la “Ley de Extranjería”, señalaba Adela ASÚA, ya antes de las modificaciones introducidas por la LO 11/2003, que “se conforma así un particular ‘status’ de ‘extranjero sin papeles’ respecto al cual el sector más duro del ordenamiento jurídico, pero también el más garantista, puede batirse en retirada para no obstaculizar las expulsiones gubernativas” (44). Y si se trata de la sustitución de una pena (de hasta ¡seis años! de prisión) o de una medida (de cualquier clase) por la expulsión, en los términos indicados, baste recordar alguno de los argumentos ya aducidos frente a estas previsiones legales en su versión anterior (más matizada) y que no podemos detenernos a considerar ahora: inconcreción de la naturaleza jurídica de estas técnicas (que en modo alguno se ajustan a la *ratio* inspiradora de los verdaderos “sustitutivos penales”), aleatoriedad de sus efec-

---

(43) Además de esta reforma del número 7 del art. 57 de la “Ley de Extranjería”, se modifica también el número 4 de este mismo precepto, relativo a los efectos de la expulsión (ésta conlleva no sólo la extinción de la autorización para permanecer en España, sino “el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”), así como los respectivos apartados número 1 de los artículos 61 y 62, en orden a “garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero” (de acuerdo siempre con la Exposición de Motivos de esta LO 11/2003).

(44) Véase ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión...”, cit. (nota 39), p. 33. En diversos pasajes de su contribución (pp. 26-27, 46-47, etc.) insiste la autora en esta idea de subordinación del derecho penal a la política de inmigración, en cuanto *leitmotiv* de las sucesivas reformas legislativas en este ámbito.

tos <sup>(45)</sup>, administrativización de las tareas judiciales que comporta su aplicación, alejamiento que supone respecto de las finalidades que se asignan a las formas específicamente “penales” de respuesta al delito, etc. <sup>(46)</sup>. Y es que, en el fondo, nos encontramos —lo ha destacado también la profesora ASÚA— ante sanciones administrativas de la “Ley de Extranjería” transmutadas formalmente en mecanismos penales <sup>(47)</sup>. Lo que se ve ahora confirmado con la enorme proximidad de las nuevas redacciones de los artículos 89 y 108 CP, que obvian casi por completo la distinción entre penas y medidas, secundaria, en este contexto, para el legislador frente a consideraciones de índole extrapenal.

De “derecho penal simbólico”, en el sentido más negativo de esta expresión <sup>(48)</sup> cabe calificar, por fin, a la tercera de las reformas introducidas en el Código Penal por esta LO 11/2003, de 29 de septiembre, desde la perspectiva que ahora nos ocupa (la denominada por el legislador “integración social de los extranjeros”). Nos referimos a la adición, al art. 149 CP, de un segundo apartado en cuya virtud “el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”. A esta posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los referidos derechos se limita la virtualidad del nuevo número 2 del art. 149 CP, pues nunca se ha discutido la inclusión de la mutilación genital entre los resultados lesivos especialmente graves recogidos en este precepto. Estamos, por tanto, ante una mera “cláusula interpretativa” —como viene a reconocerlo la Exposición de Motivos de esta LO 11/2003— a la que no es ajeno el espíritu “didáctico” que manifiestan numerosos preceptos

<sup>(45)</sup> La sustitución de una pena de hasta seis años de prisión por expulsión del territorio nacional puede suponer, para el extranjero, un injustificado beneficio, lesivo del principio de igualdad ante la ley y contrario a los fines de prevención general inherentes a las sanciones penales. Sin embargo, la expulsión una vez cumplidas tres cuartas partes de la pena impuesta comporta normalmente un perjuicio, pudiendo lesionar incluso el principio *non bis in idem*, pues —como señalaba el Grupo de Estudios de Política Criminal en su Documento ya citado (nota 39), p. 52— “se impone una medida completa, la de expulsión, para sustituir sólo un segmento de una pena, que en su mayor parte ha sido ya cumplida”.

<sup>(46)</sup> Cfr., para más información, las referencias bibliográficas recogidas en la nota 39.

<sup>(47)</sup> Véase ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión...”, cit. (nota 39), pp. 65-66 (en relación al art. 89 CP) y 94 (en relación al art. 108 CP).

<sup>(48)</sup> Para los diversos sentidos —no siempre peyorativos— que cobra en la actual discusión político criminal la expresión “derecho penal simbólico” véase, especialmente, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal* 2001, pp. 1-22.

del Código Penal. Se trata, en definitiva, de recordar —de nuevo según la Exposición de Motivos— la firmeza del legislador ante a la práctica de la mutilación genital femenina, por más que se quieran aducir como justificación de aquella “razones pretendidamente religiosas o altruistas”.

10. Cerramos este análisis de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, con una brevísima referencia a otros dos cambios introducidos por ella y que se ciñen al ámbito de los delitos relativos a la prostitución (capítulo V, del título VIII, del libro segundo del Código Penal) <sup>(49)</sup>. Ya nos hicimos eco, en el apartado precedente, de uno de ellos: la reubicación sistemática del delito de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual <sup>(50)</sup>, introducido por la LO 11/1999, de 30 de abril y que pasa del art. 188.2 CP, donde aparecía originariamente recogido, al artículo 318 bis 2 CP, esto es, dentro de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, incrementándose notoriamente, de paso, su sanción (de prisión de dos a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses, a prisión de cinco a diez años).

Y aprovechando esta reforma del art. 188 CP, introduce el legislador, en su apartado primero —sin que la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 se refiera para nada a este cambio— el delito consistente en lucrarse “explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma” (la pena es de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, es decir, la misma que se establece para la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución de persona mayor de edad). Se abre así una importante brecha, de muy dudosa justificación político criminal, en el principio general que inspira la regulación de esta materia por el Código Penal vigente: la desincriminación de conductas relacionadas con la prostitución voluntaria de adultos <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> La LO 15/2003, de 25 de noviembre, vuelve de nuevo sobre estos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo único, sexagésimo tercero a sexagésimo noveno): modificando las penas, aclarando —en contra del criterio jurisprudencial consolidado— que la “introducción de miembros corporales” debe asimilarse a la de “objetos” y supone, en consecuencia, la aplicación de la modalidad agravada de agresión o abuso sexual, e intensificando la protección de menores e incapaces hasta extremos que pueden chocar con el principio de proporcionalidad, como lo es la nueva modalidad típica de posesión “para su propio uso” de material pornográfico “en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces” (nuevo art. 189.2 CP). Insistimos en que estas reformas entrarán en vigor el 1 de octubre de 2004.

<sup>(50)</sup> Monográficamente, MAQUEDA ABREU, M.L., *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001.

<sup>(51)</sup> Cfr. al respecto, por todos, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1821-1847.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO

M.<sup>a</sup> BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO

*Doctora en Derecho.  
Profesora de Derecho Penal.  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Burgos*

---

## SUMARIO

- I. TRATAMIENTO DE LA DOCTRINA CONFORME AL DEROGADO CÓDIGO PENAL.
  - II. EL NUEVO ARTÍCULO 248.2 DEL CÓDIGO PENAL ACTUAL.
    - 1. Determinaciones previas.**
    - 2. Planteamiento actual de la discusión.**
      - A) El “fraude informático”: Supuesto reconducible a la estafa genérica.
      - B) El “fraude informático” como estafa específica.
    - 3. Características generales de las estafas del artículo 251 del Código Penal.**
      - A) Falsa atribución de facultad dispositiva.
      - B) Disposición de un bien ocultando cargas o gravámenes.
      - C) El otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero.
    - 4. Toma de posición.**
  - III. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN “MANIPULACIÓN INFORMÁTICA O ARTIFICIO SEMEJANTE”.
  - IV. CONCLUSIÓN.
-

I. TRATAMIENTO DE LA DOCTRINA CONFORME  
AL DEROGADO CÓDIGO PENAL

Una de las novedades que introduce el legislador en el Código Penal de 1995 es la comúnmente conocida como “estafa informática”, figura regulada en el artículo 248, n.º 2, dentro de la Sección 1.ª (“De las estafas”) del Capítulo VI (“De las defraudaciones”) del Título XIII, dedicado a los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en donde se recoge: “También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Con este precepto se pretende salvar la atipicidad de comportamientos que en el derogado Código Penal no podían ser objeto de sanción penal, cubriendo así una importante laguna de nuestro sistema punitivo <sup>(1)</sup>.

En efecto, en ciertos supuestos el perjuicio causado a terceros mediante la privación ilegítima de activos patrimoniales se realiza a través de manipulaciones informáticas; así, por ejemplo, las conductas defraudatorias consistentes en la introducción de datos falsos en un programa de ordenador, o el envío de órdenes falsas de pago a favor de proveedores no existentes; en estos casos, el autor obtiene un beneficio económico al apropiarse de esas cantidades. Pero también se aprecia una conducta defraudatoria en el supuesto concreto en que el sujeto proceda a realizar alteraciones en los datos de programas que gestionan automáticamente todo tipo de operaciones contables, así transferencias bancarias, giros u operaciones en cuentas corrientes <sup>(2)</sup>. Pues bien, la particularidad

---

(1) Vid. VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, 3.ª ed., 2002, pp. 674 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Bajo Fernández (Dir.), V. II, 1998, pp. 454 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 134.

(2) La posición mayoritaria de la doctrina penal española era la de mostrarse contraria a la calificación de estafa. Así, de este parecer BOLEA BARDÓN, C./ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, en *La Ley*, de 14 de mayo de 2001, n.º 5307.

Esta era la razón por la cual era necesaria, como venía insistiendo reiteradamente la doctrina, la creación de un tipo penal específico, semejante al delito de estafa, “pero que sea capaz de acoger lo que genéricamente podría llamarse ‘estafas cometidas mediante ordenador’”; vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 12, 1986, p. 160.

que presentan estas conductas es que para su realización es preciso el auxilio de elementos informáticos<sup>(3)</sup>.

Estos comportamientos, inicialmente, se trataron de reconducir a la figura de la estafa genérica, entre cuyos elementos típicos destaca el engaño y el subsiguiente error al que conduce la conducta engañosa del autor acorde al concepto de estafa tradicional<sup>(4)</sup>. Ambos elementos han de recaer exclusivamente en un individuo, persona física, que debe captar el contenido del engaño; además, el error debe ser producido por el engaño que ha de ser idóneo para producir el error; el engañado, a consecuencia del error, debe realizar una disposición patrimonial, es decir, la entrega de una cosa o la prestación de un servicio<sup>(5)</sup>.

Es fácil comprobar que en el fraude informático del n.º 2 del artículo 248 —término que a nuestro juicio nos parece más preciso para evitar la posible confusión con la estafa genérica del n.º 1 del precitado precepto— faltan los elementos comunes de la estafa aludidos: en efecto, en las conductas lesivas mencionadas, calificadas como constitutivas de fraudes informáticos, se actúa sobre programas informáticos o aparatos automáticos con la única finalidad de obtener un lucro, un beneficio económico propio, y caracterizado, a su vez, por la no intervención de una persona física después de procederse a la manipulación, a la alteración de datos ficticios o reales; además, si el engaño debe llegar a una persona física que observe o capte el contenido del mismo<sup>(6)</sup>, esto realmente no sucede en el delito de fraude informático, pues se actúa sobre una máquina.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y ante la ausencia de fórmulas legales para sancionar estas conductas, la doctrina trató de

(3) Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.<sup>a</sup> L., *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 262 y ss.

(4) Para un análisis más detenido sobre estos elementos, nos remitimos a los trabajos de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, 1997; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, 2000, pp. 87 y ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.<sup>a</sup> L., *Fraude informático y estafa*, op. cit., pp. 336 y ss., y VALLE MUÑIZ, J.M.<sup>a</sup>, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 1987, pp. 142 y ss. Estos autores, especialistas en la materia, nos ofrecen una exposición detallada y completa sobre las diversas acepciones del concepto de engaño y demás elementos típicos de la estafa.

(5) Vid. VALLE MUÑIZ, J.M.<sup>a</sup>/QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., pp. 672 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M.<sup>a</sup>, “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, en *Poder Judicial*, 1993, pp. 184 y ss.

(6) Vid. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 450.

buscar diversas vías de solución para acabar con esta situación de impunidad. El problema se planteaba en diversas hipótesis, como, por ejemplo, en la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados “cajeros automáticos” (7).

No obstante, la doctrina —en un intento de buscar vías de solución— trató de incardinar las susodichas conductas en tipos tradicionales como el delito de hurto, o bien a través del delito de robo con fuerza en las cosas o del delito de apropiación indebida. En muchas ocasiones, dada la relación, proximidad y similitud de la dinámica comisiva entre la conducta de apoderamiento, típica del hurto, y las conductas consistentes en alteraciones sobre máquinas automáticas (por ejemplo manipular los datos contenidos en el ordenador para alterar una factura de proveedores, modificar los conceptos de la misma para obtener una suma en beneficio del propio autor, o bien obtener —manipulando un cajero automático— más cantidad de dinero de la permitida o autorizada), se procedía a su sanción, dada la ausencia de engaño, a través del delito de hurto (8).

En la práctica, esta interpretación doctrinal resultaba dudosa y forzada ya que, como se sabe, en el delito de hurto el objeto sobre el que ha de recaer la acción ha de ser una cosa mueble (por ejemplo, el dinero), cosa corporal, material y tangible, siendo posible su aprehensión, quedando excluidas las cosas inmateriales (9). Por tanto, esta solución, utilizada también jurispruden-

---

(7) Cuestión que ha sido ya tratada por la doctrina científica, siendo la opinión dominante la de no calificar dichos supuestos como estafa; vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *AP*, n.º 47, 1997, pp. 1084 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M.ª, “La utilización abusiva de tarjetas de crédito”, *AP*, n.º 39, 1987, pp. 1825 y ss.; VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 675; BOLEA BARDÓN, C./ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, op. cit., pp. 1 y ss.

(8) Vid. ROMEO CASABONA, C.M.ª, “La utilización abusiva de tarjetas de crédito”, op. cit., pp. 592 y ss.; del mismo, “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *PJ*, n.º Especial, IX, pp. 117 y ss.; BOLEA BARDÓN, C./ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, op. cit., p. 1 y ss.

(9) Para un análisis más exhaustivo del concepto de “cosas muebles” en los delitos de apoderamiento, y en especial en el de hurto, nos remitimos al trabajo de GONZÁLEZ RUS, J.J., “Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, op. cit., pp. 130 y ss.

cialmente<sup>(10)</sup>, tropezaba con el inconveniente de que no se podía aplicar en los supuestos en que la modalidad defraudatoria recaía en dinero contable, escritural o documental, pues en estos casos se está ante cosas inmateriales, elementos intangibles, de ahí su exclusión como objeto material sobre el que recae la acción de “tomar” la cosa mueble ajena<sup>(11)</sup>, típica del delito de hurto.

Otra posible vía de solución aportada por la doctrina científica fue calificar estos comportamientos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas. ROMEO CASABONA, si bien en un primer momento optaba por calificar estos supuestos como hurto, no descarta la posibilidad de apreciar en ciertos casos el delito del artículo 504.4.º del derogado Código Penal, esto es, el delito de robo con fuerza en las cosas. Para ello consideraba preciso incluir a la tarjeta magnética en el concepto de llave falsa, cuya utilización convertiría el hecho en robo cuando el acceso al cajero automático requiere la introducción en el receptáculo anejo a una agencia o sucursal bancaria, o cuando el acceso al cajero es accesible directamente desde la calle, o existe una ventanilla de seguridad o de mera protección, pues en estos casos “la sola introducción de la tarjeta magnética en la ranura preparada al efecto, y sin necesidad de cualquier otra operación suplementaria... produce la

(10) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien en un primer momento se decantó por aplicar el delito de hurto, no obstante a partir de la equiparación de las tarjetas magnéticas como “llaves”, con la consideración de “llaves falsas” al ser ilícitamente obtenidas, pasa a configurar estas conductas como constitutivas de un delito de robo con fuerza en las cosas: vid. SSTS 25 de abril 1996, n.º 367 y 29 de noviembre de 1997, n.º 8326. Si bien algunas Audiencias Provinciales vienen considerando que el uso de tarjetas de crédito en cajeros automáticos constituye un supuesto de estafa del artículo 248.1 e incluso en alguna sentencia aislada como un supuesto específico de estafa informática del artículo 248.2. A este respecto, nos remitimos a la jurisprudencia mencionada por BOLEA BARDÓN, C./ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, op. cit., p. 1 y ss. En la doctrina, vid. al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados”, en *PJ*, n.º Especial, IX, 1988, pp. 85 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M.ª, “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, en *PJ*, n.º Especial, IX, 1988, op. cit., pp. 112 y ss., quien realiza una exposición acerca de las diversas modalidades comisivas en la utilización de tarjetas de crédito y su posible incriminación. Igualmente, VALLE MUÑOZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., pp. 675-676.

(11) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, op. cit., pp. 1078-1079; GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, I*, dirigido por Cobo del Rosal y otros, 1996, pp. 686 y ss.; ROMEO CASABONA, C.M.ª, “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, op. cit., p. 114.

apertura de la puerta del receptáculo o de la ventanilla y posterior acceso al cajero” (12).

Una posición contraria manifestó BACIGALUPO por entender que “la diferencia cualitativa entre la simple llave, que opera una cerradura, y una tarjeta, que para ser eficaz requiere fundamentalmente de una clave o número secreto que activa el cajero electrónico, impide aplicar el artículo 504.4.º del Código Penal, sin una extensión analógica superadora de los límites señalados por el artículo 25 de la CE”. También negaba este autor la posibilidad de apreciar el delito de hurto para los casos en los que la utilización de la tarjeta se ha realizado con anterioridad a la denuncia de la sustracción de la misma, argumentando que “el dinero puede ser entregado a todo el que introduzca la tarjeta y el número clave” (13).

El mismo razonamiento es aplicable a la posible sanción de las conductas aludidas a través del delito de apropiación indebida, solución que era igualmente defendida por un sector de la doctrina penal (14). Si bien, en diversos supuestos existían dificultades para encajar estas conductas relacionadas con medios informáticos en los tipos aludidos, y particularmente en el de estafa, por lo que se declaraba la ausencia de tipicidad de acciones que, desde un punto de vista penal, resultaban censurables.

En este contexto de incertidumbre ROMEO CASABONA entendió que, si bien las manipulaciones perpetradas en cajeros bancarios automáticos mediante la utilización abusiva de tarjetas provistas de banda magnética resultan *de lege data* incriminadas en la mayoría de las hipótesis no por estafa, sino por hurto o robo en su caso, “la creación del delito de fraude informático o de alteración de datos informatizados... contribuirían, no obstante, a satisfacer mejor la cobertura actual de su incriminación” (15).

---

(12) Vid. ROMEO CASABONA, C. M.ª, “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *PJ*, n.º Especial, IX, op. cit., pp. 117-120.

(13) Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados”, op. cit., p. 90 y ss.

(14) Como posible solución apuntada por VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., pp. 676 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, op. cit., p. 1079; ROMEO CASABONA, C.M.ª, “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *PJ*, n.º Especial IX, 1988, pp. 112 y ss.

(15) Vid. ROMEO CASABONA., C.M.ª, “La utilización abusiva de tarjetas de crédito”, *AP*, op. cit., p. 1839.

## II. EL NUEVO ARTÍCULO 248.2 DEL CÓDIGO PENAL ACTUAL

### 1. Determinaciones previas

La introducción del n.º 2 del artículo 248 en el Código Penal actual es por ello un acierto, en especial por la necesidad de adaptar determinadas formas de delincuencia informática a tipos penales<sup>(16)</sup> que incriminan conductas lesivas dolosas de un perjuicio causado por la modificación del resultado de un proceso automatizado de datos.

El nuevo precepto —artículo 248.2 Código Penal— constituye una acertada novedad, al haber introducido expresamente una referencia típica a un elemento fundamental para la construcción de este delito, como es la manipulación informática. Hay que recordar que la actual redacción del artículo 248.2 CP permite incluir en la estafa aquellos casos en que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero. En efecto, al recogerse la estafa cometida a través de cualquier alteración o modificación de datos, se declara la punibilidad de todas aquellas conductas que, mediante manejo de datos almacenados en sistemas informáticos, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, logran la transferencia no consentida de activos patrimoniales. No obstante, la utilización de la expresión “se consideran reos de estafa” ha sido objeto de precisión por parte de la doctrina penal al admitir que con esta fórmula lo que se pretende es colmar una posible laguna de punición<sup>(17)</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación que presenta el actual Código Penal no es la más idónea en cuanto a la descripción de la conducta típica, pues la novedosa previsión contenida en el n.º 2 del artículo 248 del Código Penal no está exenta de imprecisiones. La redacción del precepto no ha sido excesivamente afortunada, pues para que se pueda entender cumplido el tipo del artículo

---

(16) Lo cual venía siendo reclamado insistentemente por la doctrina penal: vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, op. cit., pp. 161-162.

(17) Así, nos remitimos a PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal*, PE, II, op. cit., pp. 454, al entender que con esta declaración legal lo que se está señalando es precisamente que no cometen estafa, sino que “se consideran” legalmente reos de estafa, “sin desvirtuar el contenido dogmático de los elementos de la estafa ni las relaciones entre ellos”. Por su parte, LORCA MARTÍNEZ, L., “Las estafas del artículo 251 del CP de 1995”, pp. 41-42, estima que no se trata propiamente de una estafa, si no se considera reos de estafa a quienes realizan esas conductas “acudiendo para ello al mismo giro lingüístico que se utiliza por el Código en el artículo 28”, sancionando con la misma pena que a los autores a los inductores y a los cooperadores necesarios.

248.2 habrá de concurrir lógicamente una alteración de los datos informatizados, siendo tarea del intérprete determinar las formas por las cuales se puede realizar esa alteración, así como el momento o fase del proceso en el que ésta se lleva a cabo.

En las siguientes líneas, y ante la imposibilidad de abordar con detalle esta específica problemática, nos limitaremos a dos puntos: en primer lugar, precisar las diferencias que presenta el fraude informático con el delito de estafa, cuestión que nos va a servir para pronunciarnos sobre si nos encontramos ante un tipo autónomo o un bien ante un supuesto de estafa específica y, en segundo lugar, la interpretación a realizar del elemento “manipulación informática o artificio semejante”, con la finalidad de dar una definición de este elemento y delimitar a su vez las conductas que han de ser abarcadas por el tipo objetivo<sup>(18)</sup>.

## **2. Planteamiento actual de la discusión**

Del dictado típico parece deducirse que el legislador considera la conducta inculpada en dicho precepto como un supuesto específico de estafa informática —en términos más precisos, “fraude informático”—. En este punto, conviene indicar que objeto de debate en la doctrina penal actual es determinar la relación que existe entre el tipo de estafa del artículo 248.1 —estafa genérica— y el del n.º 2 —fraude informático—, cuestión nada pacífica en la doctrina científica. La propia redacción literal del texto no contribuye a clarificar demasiado esta cuestión. Para su solución es preciso acudir a la interpretación que de

---

(18) No todos los Proyectos de Código Penal se ocuparon del delito de fraude informático; sólo los últimos Proyectos contenían previsiones específicas. Así, en el Proyecto de CP de 1992 ya se recogía esta figura, artículo 252, n.º 2, dentro del Capítulo VI, “De las defraudaciones”, Sección 1.ª, “De las estafas”, cuyo texto decía: “También cometen estafa los que, con ánimo de lucro, realizaren una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, y así ocasionaren un perjuicio a otro”. Las diferencias que presenta las observamos en el término “interferir”, pues como puso de manifiesto Valle Muñiz, la utilización de dicho término no estaría exenta de problemas. Vid. VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 677.

Por otra parte, en el Proyecto de CP de 1994, en ubicación idéntica a la del Proyecto de CP de 1992, la redacción (art. 241.2) era la siguiente: “También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Como se desprende de la transcripción literal de ambos preceptos, las diferencias son mínimas, si bien la que ofrece el Proyecto de CP de 1994 era más precisa que la del Proyecto de 1992, al emplearse los términos “artificio semejante” y “transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial”.

los elementos configuradores del tipo de estafa realizan la doctrina y la jurisprudencia, para su posterior adaptación a la fórmula descriptiva del “fraude informático”. Ha de ser tarea del intérprete buscar el significado preciso de las conductas descritas en los tipos penales, a fin de conseguir, con la mayor concreción posible, el máximo respeto a las exigencias del principio de legalidad y taxatividad de los tipos penales, que exigen una adecuada concreción y delimitación de las conductas recogidas en los diferentes tipos penales.

A) El “fraude informático”: Supuesto reconducible a la estafa genérica

La doctrina especializada ha encontrado ciertas similitudes entre el artículo 248, n.ºs 1 y 2 de dicho precepto, que se deducen de la propia redacción del tipo penal<sup>(19)</sup>. En efecto, en la descripción de la conducta constitutiva de fraude informático el legislador reproduce las expresiones “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”, elementos que son comunes a todos los delitos contra el patrimonio y que, a su vez, coinciden con los de la estafa genérica del artículo 248.1.º del texto punitivo. No obstante, se observa una pequeña diferencia: en el fraude informático —por la propia configuración del tipo— el perjuicio no se puede causar a uno mismo, sino que se ha de causar a un tercero. Ahora bien, al igual que en todas las estafas y en otros delitos de contenido patrimonial, en este delito de fraude informático ha de concurrir también, junto al dolo de defraudar, un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, que exige una específica dirección en la intención del sujeto hacia un enriquecimiento propio<sup>(20)</sup>.

(19) En este sentido, puede verse, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, op. cit., p. 1079, quien admite que el fraude informático es considerado por el legislador como una modalidad de estafa, si bien en realidad sólo presenta “algunas afinidades con escasos elementos del delito de estafa”. Por otra parte, VALLE MUÑOZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 674, en términos similares, entiende que este tipo defraudatorio del artículo 248.2 del Código Penal no comparte la dinámica comisiva de la estafa tradicional. Por su parte, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., *Fraude informático y estafa*, op. cit., p. 284, destaca que muchas de las notas características de la estafa están presentes en los fraudes con ordenador.

(20) La Jurisprudencia, en lo que al elemento “ánimo de lucro” se refiere, admite que “El ánimo de lucro es la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena. Constituye un elemento esencial en los delitos contra el patrimonio que nos permite deslindar las figuras típicas de apoderamiento previstas en el Código Penal de otras sustracciones con finalidad distinta”: SSTS de 22 de febrero de 2000, n.º 1056. En el mismo sentido, SSTS de 10 de marzo de 2000, n.º 1187. En lo que respecta al dolo defraudatorio, vid. SSTS 6 de mayo de 2002, n.º 4439, 2 de marzo de 2000, n.º 483, y 22 de enero de 2001, n.º 400.

A nuestro juicio, admitir lo anterior no necesariamente lleva a considerar que el fraude informático del artículo 248, n.º 2 comparta la dinámica comisiva del delito de estafa. Del enunciado típico se observa que falta el engaño, elemento esencial de la estafa genérica, así como el error. La ausencia de tales elementos hace que se rompa la cadena causal típica de la estafa: se prescinde de la existencia del engaño a otra persona, a la que se induce a error, por lo que falta la relación psicológica entre sujeto activo y sujeto pasivo<sup>(21)</sup>.

A pesar de la ausencia de tales elementos en la descripción del tipo objetivo del fraude informático, un sector de la doctrina penal no ha renunciado a integrar esta figura del artículo 248.2 en la estafa genérica. En este sentido se pronuncian VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC<sup>(22)</sup>, quienes reconocen que la estructura típica del fraude informático es exactamente la misma que la descrita en el apartado anterior —artículo 248, n.º 1—, aunque no hay “ni engaño ni error”, pero en su opinión “subsiste la llamada relación de causalidad”<sup>(23)</sup>. Estos autores fundamentan esta posición al entender que el legislador, al introducir en el fraude informático la expresión “alguna manipulación informática o artificio semejante”, viene a reemplazar la utilización de cualquier ardid informático, de forma que sustituye al engaño y al error propios de la estafa genérica<sup>(24)</sup>.

De aceptarse esta posición, todos los criterios doctrinales y jurisprudenciales elaborados para la interpretación de los elementos configuradores del tipo objetivo de la estafa genérica del artículo 248.1 serían trasladables al fraude informático, de forma que el concepto general de estafa ejercería como criterio interpretativo rector.

---

(21) Este nexo causal que ha de existir respecto de los elementos de la estafa es destacado igualmente por la Jurisprudencia: vid. STS 6 de mayo de 2002, n.º 4439.

(22) Vid. VIVES ANTÓN, T./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., 1996, p. 414.

(23) Opinión que mantiene igualmente GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, I, op. cit., p. 687, pues acepta que los elementos del delito siguen siendo los mismos, al establecer una equiparación en la interpretación de los elementos típicos. Por otra parte, ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 2001, pp. 62 y ss., consideran que el engaño y el error son reemplazados por el uso de cualquier ardid informático.

(24) En la Jurisprudencia, el TS, en Sentencia del 20 de noviembre de 2002, n.º 805, considera al engaño en la estafa informática “sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, en que lo relevante es que la máquina informática o mecánica actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos”.

## B) El “fraude informático” como estafa específica

Frente a la opinión doctrinal expuesta, que sitúa el fraude informático como un supuesto de estafa genérica, otro sector doctrinal admite que nos encontramos ante un tipo específico de estafa. De esta opinión son VALLE MUÑOZ y QUINTERO OLIVARES <sup>(25)</sup>, quienes aducen que realmente el fraude informático presenta escasas afinidades con determinados elementos de la estafa genérica. Ciertamente nos encontramos ante una modalidad defraudatoria que se asimila en algunos aspectos a la estafa genérica, sin ser realmente una estafa propia que encaje en la descripción objetiva del artículo 248.1 CP.

Vistas las posiciones doctrinales relativas a la posibilidad de caracterizar al fraude informático como un supuesto de estafa —genérica o específica—, esta polémica se plantea en idénticos términos que la que mantiene la doctrina penal en relación a las estafas del artículo 251 CP. En efecto, dicho precepto, bajo la rúbrica de la Sección 1.ª, “De las estafas” del Capítulo VI, “De las defraudaciones”, contiene una previsión específica de ciertas modalidades de estafa: la figura de la estafa inmobiliaria (artículo 251. 1.º y 2.º) y el otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero (art. 251.3.º) <sup>(26)</sup>. Se trata de tipos penales que, si bien guardan una cierta similitud con la estafa genérica del artículo 248.1, sin embargo ofrecen ciertas peculiaridades que impiden su afirmación como estafas propias.

Los distintos pareceres a los que ha llegado la doctrina penal respecto a la caracterización de estas figuras pueden ser esclarecedores para la controversia

(25) Vid. VALLE MUÑOZ, J.J./QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 676; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 297; del mismo, “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, op. cit., p. 1079. La Jurisprudencia, en STS 20 de noviembre de 2002, n.º 805, en su FJ Único, determina que “El Código Penal de 1995 introdujo el párrafo 2.º del artículo 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera actúa en su automatismo en perjuicio de tercero”.

(26) Preceptúa dicho artículo: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

existente actualmente acerca del delito de fraude informático, por lo que conviene repasar, aunque muy brevemente, los aspectos esenciales de estos tipos y las cuestiones que plantean <sup>(27)</sup>.

### 3. Características generales de las estafas del artículo 251 del Código Penal

En el artículo 251, en sus tres apartados, se incriminan tres supuestos “específicos” <sup>(28)</sup> de estafa: en el apartado 1.º se incrimina el hecho de disponer de una cosa —mueble o inmueble— sin tener capacidad para ello; en el apartado 2, a su vez, se distinguen dos supuestos: por una parte, el disponer de una cosa ocultando que sobre la misma pesa algún gravamen y, por otra, a quien, habiéndola vendido, la grava o enajena de nuevo antes de la definitiva transmisión al adquirente <sup>(29)</sup>; por último, en el apartado 3.º se castiga la modalidad de otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado.

El tratamiento legal individualizado de estas modalidades de estafas específicas reside en el dato de que la estructura típica de las mismas no se asimila a la de la estafa genérica del artículo 248.1. Ciertamente, en una primera aproximación al tema cabría decir que las estafas contenidas en el artículo 251 presentan unos rasgos que las diferencian de la estafa genérica y que posibilitan su régimen autónomo; así, por una parte, el especial tratamiento penológico que se observa al comparar las penas establecidas respectivamente en el artículo 248 y la del artículo 251 y, en segundo lugar, la imposibilidad de aplicar a los supuestos contemplados en el artículo 251 las circunstancias agravatorias del artículo 250; conforme mantiene la doctrina, ambos son argumentos suficientes para su consideración como estafas impropias <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> En efecto, este tema ha sido objeto de atención, entre otros, por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., pp. 181 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., pp. 261 y ss.; LORCA MARTÍNEZ, J., “Las estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995”, op. cit., pp. 81 y ss.; a cuyos trabajos nos remitimos, pues en análisis exhaustivo del precepto desbordaría los límites de este trabajo.

<sup>(28)</sup> Opinión que mantiene la doctrina en general, así vid. por todos VALLE MUÑIZ, J./QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de Quintero Olivares y otros, op. cit., p. 715.

<sup>(29)</sup> Supuestos conocidos con el *nomen* de “estelionato”, vid. a este respecto LORCA MARTÍNEZ, J., “Las estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995”, op. cit., p. 27.

<sup>(30)</sup> Vid. LORCA MARTÍNEZ, L., “Las estafas del artículo 251 del CP de 1995”, op. cit., p. 39. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, op. cit., p. 470; en contra CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 261 y ss., quien no justifica la autonomía y sustantividad a las estafas del artículo 251 al concurrir los elementos básicos de la estafa genérica: engaño y perjuicio.

No obstante, el adjetivo impropias no se predica respecto a todos los comportamientos defraudatorios del artículo 251 CP. En efecto, objeto de debate actual es precisar la naturaleza de estos supuestos de estafa, si se trata de estafas propias e impropias <sup>(31)</sup>, calificación otorgada en función de las peculiaridades que ofrecen los respectivos tipos penales; así, si concurren en el respectivo tipo legal los elementos que precisa el concepto de estafa tradicional la calificación que se da a la misma es la de estafa propia, y el hecho realizado por el sujeto sería constitutivo del delito del artículo 248.1, por lo que no sería necesario una tipificación específica; por el contrario, en la hipótesis en que se prescindiera de algún elemento del tipo propio del delito de estafa del artículo 248.1 el hecho no sería constitutivo del delito de estafa propia con la consecuencia de que, ante la ausencia de alguno de los elementos constitutivos del tipo, sin la tipificación expresa el hecho quedaría impune. La doctrina en este punto está dividida. GONZÁLEZ RUS mantiene la tesis de que los supuestos del apartado 1.º y 2.º —estafa inmobiliaria— del artículo 251 son supuestos de estafas propias “que no hacen sino recoger supuestos específicos de engaño, sin quitar ni añadir nada a la estructura general del delito” <sup>(32)</sup>. Por el contrario, en el apartado 3.º —otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado— su inclusión como estafa impropia está fuera de duda al no responder a la dinámica comisiva de la estafa genérica del artículo 248.1.

A nuestro parecer, la cuestión relativa a la naturaleza de las estafas del artículo 251 reside en determinar las cualidades que presentan los elementos constitutivos de estos tipos de estafas y, en especial, el engaño, en cuanto elemento nuclear. Razón por la que BUSTOS RAMÍREZ ha llegado a decir que no se trata de una subespecie de estafa, sino más bien de una subespecie de engaño <sup>(33)</sup>. Dada la desigualdad de criterios existentes en su calificación es conveniente realizar un breve análisis de los tipos penales para comprender su naturaleza.

---

<sup>(31)</sup> No es esta la única terminología empleada por la doctrina. La división que realiza Conde-Pumpido entre estafas especiales, como estafas propias especializadas e impropias, en cuanto que prescinden de alguno de los elementos del tipo propio de estafa, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., p. 181 y ss.; Por su parte, PÉREZ MANZANO, M., en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 470, mantiene la consideración de estafas impropias.

<sup>(32)</sup> Opinión que mantiene GONZÁLEZ RUS, J.J., *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 688.

<sup>(33)</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J., *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 238.

A) Falsa atribución de facultad dispositiva

El carácter que se otorga al supuesto del artículo 251.1.<sup>o</sup> <sup>(34)</sup> es de estafa específica, pues si bien se trata de un supuesto de estafa que reúne todos los requisitos de la estafa tradicional, no obstante hay que destacar la especial configuración del engaño, así como del acto de disposición. La conducta típica consiste en enajenar, gravar o arrendar una cosa mueble o inmueble sin tener capacidad para ello, esto es, sin tener capacidad legal para la disposición llevada a cabo; esta ausencia de disposición sobre la cosa se debe al hecho de no haberla tenido nunca, o bien por haberla ya ejercitado ocasionando un perjuicio. Su dinámica comisiva responde a la de la estafa tradicional: el engaño consiste en atribuirse falsamente dicha facultad de disposición sobre una cosa mueble o inmueble, lo que produce error en el sujeto activo. Del tenor literal se deduce que la atribución ha de hacerse “falsamente”, lo que requiere una falsa afirmación de que se está facultado para arrendar, enajenar o gravar la cosa negociada <sup>(35)</sup>.

Entre el engaño y el error ha de existir una relación de causalidad, la cual debe tener su punto de referencia en el momento en que el sujeto activo y el sujeto pasivo proceden a la celebración con firma de documento del negocio jurídico <sup>(36)</sup>. Esta conducta defraudatoria ocasiona un perjuicio al sujeto pasivo del engaño —adquirente— que obra movido por la creencia de que existe la falsa titularidad alegada por el autor del hecho, o también para un 3.<sup>o</sup> que normalmente será el propietario real de la cosa y que se vea privado de la misma. Al estar presentes los elementos de la estafa tradicional algún autor es partidario de negar toda sustantividad propia a este supuesto, pues encajaría perfectamente en el artículo 248.1 <sup>(37)</sup>.

---

(34) Artículo 251: “Será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años:

1.<sup>o</sup> Quien atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero”.

(35) La introducción de esta expresión “atribuirse falsamente” ha sido acogida favorablemente por la doctrina penal, pues mejora la redacción respecto a la que ofrecía el derogado CP; vid. al respecto: CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 268, quien señala las dificultades que ofrecía la regulación en el derogado Código Penal con la expresión “fingiéndose dueño de una cosa inmueble”.

(36) Vid. al respecto CONDE-PUMPIDO, C., *Estafas*, op. cit., pp. 190 y ss.; LORCA MARTÍNEZ, J., *Las estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, op. cit., pp. 97 y ss.

(37) De este parecer CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 267.

Se trata de una modalidad de estafa esencialmente dolosa: el dolo precisa del sujeto activo el conocimiento de la falta del poder de disposición de la carga que pesa sobre la cosa negociada y el perjuicio patrimonial ocasionado al adquirente o a un tercero con la ausencia de la acción debida.

B) Disposición de un bien ocultando cargas o gravámenes <sup>(38)</sup>.

En el apartado 2.º del artículo 251 se incluyen dos supuestos: a) disponer de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma; b) Gravar o enajenar una cosa mueble o inmueble habiéndola enajenado como libre antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero.

En el inciso primero, el comportamiento consiste en “disponer” la venta de una cosa gravada ocultando la existencia de cualquier carga sobre la cosa de la que dispone. Núcleo de la conducta es el verbo “disponer”, término que si bien admite varias interpretaciones, el sentido técnico jurídico que mejor se adecúa con el significado de la palabra “defraudación” es todo “acto que implique enajenación, gravamen o arrendamiento de la cosa ya gravada” <sup>(39)</sup>.

Como se ha expuesto reiteradamente a lo largo del trabajo, para conceptuar esta estafa como estafa específica es presupuesto necesario el engaño y el subsiguiente error al que conduce la conducta engañosa que lleve al sujeto pasivo a la realización del acto de disposición patrimonial. El engaño, conforme aparece configurado en este tipo penal, ofrece una peculiaridad: no sirve cualquier clase de engaño, sino el que expresamente hace referencia al tipo; el mismo ha de consistir en la ocultación de la existencia de una carga o gravamen, o lo que es lo mismo, fingir un poder pleno de disposición sobre un bien, siendo así que éste está limitado por la existencia de un gravamen que maliciosamente se oculta.

Este engaño determina al adquirente a error, en cuanto le lleva a realizar el acto de disposición, acto que, de conocer la situación real del bien, no hubiera realizado, o lo hubiera realizado por un importe menor. La presencia en el tipo legal del verbo “ocultar” hace que se hable de una estafa por omisión <sup>(40)</sup>: alber-

(38) Artículo 251: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma”.

(39) Vid. LORCA MARTÍNEZ, J., “Las estafas del artículo 251 del CP”, op. cit., p. 105.

(40) En contra de esta opinión se manifiesta PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, V. II, op. cit., p. 471, al entender que normalmente se habrá afirmado que el bien está libre de cargas o se habrá dado a entender este dato por actos concluyentes.

ga tanto la conducta activa de disimular la carga como el simple silencio en el momento de la disposición de la cosa, infringiendo en ambos casos el deber legal de veracidad.

Como toda estafa, requiere la causación de un perjuicio que vendrá determinado por el menor valor de la cosa recibida a cambio de la contraprestación entregada. La doctrina viene entendiendo que se trata de un delito especial, pues debe concurrir en el sujeto activo la cualidad de propietario del bien que se dispone o titular del derecho real que se negocia<sup>(41)</sup>.

Se trata de un tipo doloso, el conocimiento por el sujeto activo de la existencia de la carga es requisito subjetivo imprescindible. El ánimo del lucro va implícito en la propia acción defraudatoria.

En el n.º 2.º del artículo 251 la conducta típica consiste en gravar o enajenar una cosa mueble o inmueble después de haber sido enajenada como libre, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente. Precepto que, al igual que los anteriores, contempla conductas defraudatorias consistentes en gravar o enajenar una cosa mueble o inmueble. No obstante, hay que destacar la diferencia que se observa entre este supuesto y el aludido anteriormente; en efecto en el primer caso la enajenación o gravamen se ha realizado cuando el bien ya ha sido transmitido definitivamente al adquirente; por el contrario, en este caso concreto, la transmisión definitiva del inmueble no se produce en el momento en que el sujeto realiza los actos de enajenación y gravamen, amparándose en la titularidad dominical que aún conserva.

Según se deduce del propio tenor literal, sujeto activo es el propietario como lo exige la expresión “antes de la definitiva transmisión”. Si la transmisión se hubiera producido, la conducta tendría encaje en el párrafo 1.º del artículo 251. El engaño consiste, por tanto, en ocultar al segundo contratante la existencia de una venta anterior del bien negociado y de la obligación que tiene de entregar la cosa al otro desde que firmó la compraventa. Se dispone dos veces de la misma cosa, haya habido o no *traditio* en la primera venta, ocasionando un perjuicio a los adquirentes. Se observa que el contenido de injusto de este supuesto es análogo al del artículo 251, n.º 1, en que la disposición se realiza por quien falsamente se atribuye un poder de disposición que no tiene, por lo que nos remitimos a las observaciones realizadas con anterioridad.

---

(41) En opinión de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Estafas, op. cit., p. 200, delito especial impropio en el que el sujeto viene cualificado por su relación con la cosa objeto del delito.

C) El otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de tercero.

En relación a esta figura existe una opinión unánime en la doctrina penal <sup>(42)</sup> al admitir que se trata de una estafa impropia, pues su dinámica comisiva no responde a la de la estafa genérica: engaño-error-acto de disposición-perjuicio patrimonial <sup>(43)</sup>. Se trata de un supuesto de estafa en que no existe la relación de causalidad que se ha de dar entre los distintos elementos de la estafa dada la ausencia del acto de disposición del sujeto pasivo, por lo que la cadena causal se rompe; a su vez, se destaca el carácter eminentemente objetivo del engaño típico, “que descansa en el valor probatorio del documento y en los efectos legales que de él se derivan” <sup>(44)</sup>.

El comportamiento típico consiste en otorgar un documento —público o privado— con apariencia de existencia pero que realmente nunca ha existido o se oculta su existencia para ocasionar un perjuicio a tercero. La diferencia con la estafa genérica del artículo 248.1 reside en que la acción no se dirige a provocar un acto de disposición que dé lugar a error en el sujeto, sino que simula un acto de disposición inexistente: se finje la existencia de un contrato que no existe en realidad, o por el que se oculta la existencia del contrato verdadero y disimulado con el fin de ocasionar un perjuicio patrimonial. La calificación de estafa impropia de este supuesto reside en que el acto de disposición no es necesario que se realice por error ni que del acto de disposición derive el perjuicio. El perjuicio no deriva del engaño, sino directamente del contrato simulado, que es el acto falsario en el que no hay engaño bastante: los otorgantes del contrato conocen la naturaleza ficticia de lo contratado y el perjudicado no realizó acto de disposición movido por ese engaño, por lo que faltan los requisitos de la estafa tradicional.

#### 4. Toma de posición

En este marco, no consideramos que el delito de fraude informático sea un supuesto específico de estafa.

<sup>(42)</sup> Vid. por todos VALLE MUÑIZ, J.M. /QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, op. cit., p. 717.

<sup>(43)</sup> Se tiene en cuenta la opinión de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 418, al atribuir a este supuesto la naturaleza de estafa específica por la existencia de una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien, “otro”, ajeno a los contratantes que, fiado de la apariencia contractual, realiza una disposición patrimonial que le perjudique.

<sup>(44)</sup> Vid. LORCA MARTÍNEZ, J., “Las estafas del artículo 251 del CP de 1995”, op. cit., p. 152. En igual sentido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 1993, p. 516; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 422.

Existen muy variadas razones para concluir que nos encontramos ante un tipo defraudatorio ajeno a la estafa tradicional, incluso calificable como un delito autónomo. En primer lugar, la propia estructura y contenido del fraude informático es distinta de la estafa tradicional.

En realidad resulta esencial para pronunciarse sobre este punto el proceder a una interpretación del concepto “manipulación informática o artificio semejante”. En efecto, aunque no es objeto de este trabajo abordar con detalle el análisis de los elementos constitutivos del delito de estafa, cuestión de la que se han ocupado varios autores especializados en la materia<sup>(45)</sup>, conviene tener en cuenta el contenido y significado que la doctrina y jurisprudencia mantienen de estos elementos.

La mera lectura del precepto pone de relieve la necesidad de llevar a cabo una importante labor de concreción del elemento que contribuye a la descripción de la conducta típica, al referirse a las acciones que pueden dar lugar a la apreciación de las modalidades de fraude informático: la expresión “manipulación informática o artificio semejante”, expresión que no encaja demasiado con los principios de certeza y seguridad. Además, de la interpretación que se realice de este elemento “manipulación informática” dependerá si la formulación del tipo de fraude informático puede constituir un tipo autónomo, al margen de la estafa genérica.

### III. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN “MANIPULACIÓN INFORMÁTICA O ARTIFICIO SEMEJANTE”

La doctrina científica no está de acuerdo sobre el alcance que deba darse a este término.

En el artículo 248.2 CP la conducta consiste en valerse de una “manipulación informática” o “artificio semejante”. En nuestra opinión, este elemento no viene a sustituir al engaño y al error propios de la estafa genérica. Ello por la propia definición que de engaño nos da la doctrina, que consiste en la “simulación o disimulación capaz o apta para inducir a una o varias personas a error”<sup>(46)</sup>. Además, el destinatario debe ser otra persona —“engaño bastante para producir error en otro”— y el término bastante ha de ir referido a la suficiencia y proporcionalidad del engaño para conseguir sus fines.

---

(45) A cuyas monografías nos remitimos, así: GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.<sup>a</sup> L., “Fraude informático y estafa”, op. cit.; VALLE MUÑIZ, J.J., “El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil”, op. cit., CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit.

(46) Vid. por todos ANTÓN ONECA, “Las estafas y otros engaños”, en *NEJ*, IX, 1957, cuya definición ha sido afirmada por la doctrina y Jurisprudencia.

El concepto de engaño expuesto, aceptado por la doctrina y la Jurisprudencia<sup>(47)</sup>, no es trasladable al delito de fraude informático al faltar un requisito típico imprescindible: la relación personal directa entre dos personas: el engañador y el engañado. Ciertamente, el sujeto con su conducta está simulando, falseando unos datos con la finalidad de conseguir un beneficio económico para sí mismo en perjuicio de tercero; pero no procede directamente a engañar a otro —como requiere el delito de estafa—<sup>(48)</sup>: en el fraude informático la relación se da entre el ordenador —máquina— y la persona que realiza esa manipulación.

La definición de manipulación informática abona lo anterior. Ciertamente este elemento novedoso presenta una importante dificultad interpretativa. Nos encontramos ante una cláusula genérica que no alude a los medios comisivos. En efecto, recordamos que para que se realice el tipo es necesario que concurra una alteración de los datos informatizados y que ha de ser tarea del intérprete el determinar los medios a través de los cuales puede llevarse a cabo la manipulación o alteración de los datos contenidos en sistemas informáticos. Se trata de un elemento normativo no acotado por el tipo que habrá de valorarse en cada caso concreto con base en consideraciones materiales.

Para la comprensión del contenido de este elemento, es de utilidad el concepto de manipulación que nos da el Diccionario de la Real Academia: así, gramaticalmente “manipular” significa “operar con las manos, o con cualquier instrumento”, concepto lo suficientemente amplio como para incluir todos aquellos supuestos de intervención —autorizada o no— en el sistema informático<sup>(49)</sup>. En el caso concreto del artículo 248.2 CP la conducta se materializa cuando se lleva a cabo cualquier modificación del resultado —desvalor de

(47) Vid STS 8 de febrero de 2002, n.º 401: “engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno” (FJ 1.º). Además, añade dicho TS “El engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto”, vid. STS 12 de abril de 2002, n.º 4767, FJ 1.º Igualmente, para el concepto de engaño, vid. SSTS 11 de febrero de 2002, n.º 3907; 14 de mayo de 2001, n.º 5592; 2 de noviembre de 2001, n.º 9672; 11 de julio de 2000, n.º 6909; 26 de junio de 2000, n.º 5794.

(48) Vid. PÉREZ MANZANO, M., en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, de BAJO FERNÁNDEZ y otros, op. cit., p. 455; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., “Fraude informático y estafa”, op. cit., pp. 338 y ss.; específicamente, pp. 405 y ss.

(49) Opinión manifestada por CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 297 y ss.

acción— de un proceso automatizado mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya contenidos en un programa informatizado, en cualquiera de las fases de su procesamiento <sup>(50)</sup>.

Aceptar lo anterior lleva a admitir que nos encontramos ante un término de gran amplitud, razón por la cual la doctrina científica debate actualmente sobre si se ha de optar por un sentido restrictivo o amplio del mismo. La importancia de inclinarse por una u otra opción reside en el dato de que se pueden derivar algunas consecuencias relevantes para la interpretación de esta fórmula descriptiva.

Se ha defendido, no sin razón, la interpretación restrictiva de esta modalidad de conducta delictiva del fraude informático por que los tipos penales se han de configurar de una forma restrictiva. En este sentido se ha manifestado CHOCLÁN MONTALVO. En primer término, advierte este autor que por manipulación informática debe entenderse toda acción que suponga intervenir en el sistema informático, alterando, modificando u ocultando datos que deban ser tratados automáticamente o bien manipulando las instrucciones del programa, con el fin de obtener una ventaja patrimonial. Ahora bien, aclara este autor que esta fórmula descriptiva “no pretende desde luego, agotar las posibilidades comisivas de este delito, aunque sí otorgar una mayor precisión a la fórmula empleada por el legislador” <sup>(51)</sup>.

La posición de CHOCLÁN MONTALVO es susceptible de matización. En efecto, se requiere precisar si con la expresión “que deban ser tratados automáticamente” entran en el tipo objetivo la alteración no sólo de los datos que se introducen, sino también de los ya contenidos en el ordenador; e, inclusive, determinar si esa alteración, modificación u ocultación de datos se puede producir en cualquiera de las fases del procedimiento o, por contra, si se ha de restringir a una determinada fase del proceso.

---

<sup>(50)</sup> Vid. PÉREZ MANZANO, M., en *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, de BAJO FERNÁNDEZ y otros, op. cit., p. 455; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.<sup>a</sup> L., “Fraude informático y estafa”, op. cit., pp. 338 y ss.; específicamente, pp. 405 y ss. Opinión manifestada por CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., p. 297 y ss.

Vid. ROMEO CASABONA, C.M.<sup>a</sup>, “Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías”, op. cit., p. 182; CORCOY BIDASOLO/JOSHI, U., “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 3, (1988), p. 681 y ss.; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, op. cit., p. 64.

<sup>(51)</sup> Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, op. cit., p. 1081. En igual sentido, se manifiesta PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, II, op. cit., p. 455, al determinar que por manipulación informática ha de entenderse la alteración de los datos al introducirlos o los ya incluidos.

El problema fundamental radica en si la expresión “datos que deban ser tratados automáticamente” se ha de entender como susceptible de acoger todas las posibles formas de alteración de datos. Nada obsta a interpretar que la manipulación informática a que se refiere el artículo 248.2 CP deba de ser lo más extensiva posible; en caso contrario, la laguna de punibilidad sigue existiendo. Si se sostuviera una interpretación restrictiva del término manipulación informática, se llegaría a soluciones en cierta forma sorprendentes, como la que resultaría en el siguiente ejemplo: el sujeto que falsea el resultado obtenido —en principio correcto— para cancelar una deuda, por lo que procede a modificar las instrucciones del programa, para obtener un resultado no previsto en el programa originario, resultado con el que consigue un beneficio económico en perjuicio de tercero. Sería absurdo dejar esta conducta como no susceptible de incriminación al optar por una interpretación restrictiva. Pensamos que falsear el resultado obtenido del ordenador encajaría en la conducta del artículo 248.2 si se da a la expresión “datos que deban ser tratados automáticamente” una interpretación extensiva, en el sentido de admitir la manipulación no sólo de los datos ya contenidos, sino de los que se introducen en el ordenador, y extensible a su vez a las alteraciones realizadas en cualquiera de las fases del proceso, no sólo mediante la manipulación del programa, sino abarcando también el falseamiento del resultado e inclusive alterando el tratamiento informático. Así, abarcaría todos los datos incluidos en cualquier programa de ordenador.

Ahora bien, somos conscientes de que ante los problemas de aplicación que plantea esta modalidad delictiva de “manipulación informática”, ciertos supuestos pueden encajar en la cláusula general “artificio semejante” a la que alude igualmente el tipo objetivo, con lo que se nos plantea la segunda de las cuestiones que se han de resolver: la posible equivalencia entre ambas expresiones y la razón de mantener esta conducta alternativa en el tipo objetivo del fraude informático.

Antes de entrar en el contenido de este elemento, es importante reseñar que acorde a la interpretación de la expresión “manipulación informática”, dicha manipulación puede producirse de cualquier forma, en el mismo programa, o en cualquiera de las fases del procesamiento o tratamiento automatizado de datos<sup>(52)</sup>. Además, respecto al momento de la manipulación, cabe hablar, como

---

(52) Vid. CORCOY, M./JOSHI, U., “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, op. cit., pp. 135 y ss., quienes distinguen entre estafas cometidas “fuera del sistema” y estafas “dentro del sistema”. Igualmente, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.<sup>ª</sup>L., “Fraude informático y estafa”, op. cit., p. 413, quien dentro de las estafas “fuera del sistema” engloba las manipulaciones de datos efectuados antes, durante o después de la elaboración del Programa, quedando los datos registrados de forma asequible directamente al conocimiento del hombre. Con estafas “dentro del sistema” se alude a supuestos en los que los datos son manipulados antes o después de la elaboración del programa.

comprensiva de la conducta típica: de la manipulación previa (en la fase de input), de manipulaciones en el programa (acciones relativas a la fase de tratamiento) y de manipulaciones posteriores como las realizadas en el sistema de salida de datos (output) <sup>(53)</sup>. En cualquier caso, en todas estas posibles formas de manipulación se ha de producir una alteración inmediata del resultado del procesamiento de datos con la finalidad de conseguir un enriquecimiento propio.

En la línea mantenida por CORCOY /JOSHI <sup>(54)</sup>, se distingue entre manipulaciones “dentro del sistema” y manipulaciones “fuera del sistema”. En lo que respecta a estas últimas, la manipulación de datos se efectúa antes, durante o después de la elaboración del programa. En las manipulaciones “dentro del sistema” la manipulación, que puede consistir en introducir datos falsos o en alterar o suprimir los existentes, actúa directamente sobre el sistema operativo, o lo que es lo mismo, sobre la máquina, que es la que realiza el acto de disposición patrimonial, sin que exista engaño o error sobre un ser humano <sup>(55)</sup>. Ambas categorías quedan incluidas en el tipo objetivo del artículo 248.2 CP.

La referencia a “artificio semejante” junto a manipulación informática es también novedosa y tiene su antecedente, como expone CHOCLÁN MONTALVO <sup>(56)</sup>, en el informe que el Anteproyecto de 1994 realizó sobre el correlativo precepto del Consejo General del Poder Judicial, que propuso sustituir la expresión “‘alguna manipulación informática’ por ‘alguna manipulación informática o artificio semejante’”, con el objeto de poder castigar también las manipulaciones en máquinas automáticas que proporcionan servicios o mercancías, sin que pueda decirse que en el caso concreto la manipulación o maquinación llevada a cabo para apoderarse del objeto o disfrutar del servicio haya de calificarse propiamente de informática (ejemplo, mediante el empleo de sustitutos de monedas)”.

---

<sup>(53)</sup> Vid. al respecto CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., pp. 300 y ss.

<sup>(54)</sup> En este punto nos remitimos a la exposición que acerca de las distintas hipótesis que se pueden dar en lo relativo a manipulaciones fuera del sistema al trabajo realizado por: CORCOY, M./JOSHI, U. *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, op. cit., pp. 300 y ss.; Asimismo, González Rus procede a distinguir entre los casos en que el ordenador es un medio auxiliar o de ayuda a la toma de decisiones, de aquellos otros en los cuales el perjuicio se produce directamente a través del sistema informático: GONZÁLEZ RUS, J.J., *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos*, op. cit., p. 160.

<sup>(55)</sup> Así, CORCOY, M./JOSHI, U., “Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos”, op. cit., pp. 141 y ss.

<sup>(56)</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., pp. 302-303.

Lo que se suscita en primer lugar es si la introducción de esta expresión en el artículo 248.2 CP es necesaria o, por el contrario, superflua, porque en la cláusula de “artificio semejante” encajaría cualquier aparato que esté relacionado con la informática.

En segundo término, del tenor literal del precepto parece deducirse que el legislador ha querido, de modo alternativo, indicar que la conducta puede consistir, bien en una manipulación informática bien en un artificio semejante, con lo cual parece que se quiere ver una relación de semejanza entre ambas expresiones, a través de la conjunción “o”. Ahora bien, lo que no entendemos es el por qué de esta asimilación. Ciertamente se pueden dar supuestos en los que el sujeto procede a alterar ciertas indicaciones de una máquina o datos de distintos aparatos para obtener un determinado servicio; supuestos en los que si bien no se puede hablar realmente de una manipulación informática —en el sentido expresado según el tenor literal del artículo 248.2—, sin embargo son acciones defraudatorias que consisten en una manipulación que conlleva la producción de un perjuicio económico. El problema en esta hipótesis es precisar si esta conducta es subsumible en el artículo 248.2 CP, lo cual entendemos que es posible si se admite la equivalencia entre ambas expresiones.

La relación de equivalencia se podría admitir si por la expresión “artificio semejante” se entiende, en una de sus múltiples acepciones, una artimaña, doblez, enredo o truco<sup>(57)</sup>; es decir, como todo ardid informático para, en perjuicio de tercero, lograr una transferencia no consentida de activos patrimoniales admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los cuales la máquina actúa en su función mecánica propia. Partiendo de esta definición sí se podría establecer la relación de equivalencia entre ambas expresiones. Pero ello nos llevaría a que la introducción de este término en la descripción objetiva del tipo sería superflua. En realidad estaríamos ante una descripción demasiado restrictiva y sin razón de ser, pues realmente el tipo no debería limitarse a cualquier artificio informático, sino que habría de abarcar también aquellos aparatos no informáticos pero que puedan guardar cierta semejanza.

Acorde a la propia definición que de manipulación informática hemos adoptado consideramos que manipulación informática y artificio semejante no son términos equivalentes, sino que se trata de términos diversos que delimitan un diferente contenido para el comportamiento punible. Por tanto, la expresión manipulación informática no abarca al de artificio semejante. Manipular, en un sentido usual, consiste en actuar sobre algo; en un sentido jurídico, a efectos del artículo 248.2 significa algo más: alterar los datos del programa informático en

---

(57) Así, el Tribunal Supremo en sentencia n.º 805, 2002, FJ 1.º

cualquiera de sus fases de procedimiento para conseguir el acto de disposición en perjuicio de tercero. Por el contrario, bajo la expresión “artificio semejante” se incluye a todo tipo de aparatos automáticos, estén o no relacionados con la informática pero que guardan cierta relación. Las manipulaciones realizadas en estos aparatos sirven para la obtención de mercancías o servicios. Ciertamente, el sentido de la acción “manipular” es el mismo en ambos casos: actuar sobre el aparato, sea un ordenador o no. La diferencia entre las expresiones “manipulación informática” y “artificio semejante” reside, por una parte, en el objeto material, pues en este último es más amplio al no incluir el término “informático” y, por otra parte, en la finalidad que se persigue: acorde a la interpretación del término “artificio semejante” la maquinación se realiza para la obtención de un servicio, producto o mercancía.

En este contexto, si bajo la expresión “artificio semejante” se contemplan supuestos en los cuales el sujeto puede proceder a alterar, a manipular aparatos automáticos que no son ordenadores, estos hechos no son susceptibles de incriminación a través del artículo 248.2 CP. La posible incriminación de estas conductas encaja en otros tipos penales. Por ejemplo, el artículo 255.2 CP contiene como modalidad delictiva la alteración maliciosa de indicaciones o aparatos contadores. Caracteriza a este delito de defraudación de energías o fluidos la producción de un perjuicio económico realizando “cualquier tipo de actividad sobre los indicadores o contadores del suministro que tenga como consecuencia una alteración de los datos”<sup>(58)</sup>. Para que se realice el tipo se requiere una manipulación que “implique mediciones fraudulentas”. Ciertamente, el comportamiento típico consiste en una manipulación, pero la diferencia existe en los objetos materiales sobre los que recae la acción delictiva y que son los expresamente mencionados en el tipo legal: energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajeno. A su vez, es importante señalar que en este comportamiento falta el acto de disposición patrimonial por error, elemento que caracteriza al fraude informático, razón por la cual estas conductas no son punibles por la vía del artículo 248.2 CP.

Igualmente, el artículo 283 incrimina conductas consistentes en facturaciones superiores por productos o servicios que efectivamente se reciben. La acción implica la realización de alteraciones en determinadas máquinas suministradoras de ciertos servicios, máquinas en las que el sujeto actúa, mediante manipulación, para que realice una medición errónea, o equivoque el cálculo

---

(58) Vid. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, II., op. cit., p. 496. La razón de la tipificación expresa de estas conductas reside en las dificultades existentes para calificar estos supuestos como estafa al ser discutible la existencia de un acto de disposición por error.

del importe o altere la aplicación de la tarifa establecida, modificando el resultado final que se traduce en un perjuicio del consumidor.

Lo expuesto en las líneas precedentes viene corroborado por el propio CHOCLÁN MONTALVO <sup>(59)</sup>. Admite este autor que, como crítica a la expresión “artificio semejante” acorde con el contenido dado, viene a determinar que “la obtención fraudulenta de prestaciones de un aparato automático (ejemplo, máquina de trabajo, de bebidas, expendedora de gasolina, despacho de billetes para un transporte público, para espectáculos, etc.), probablemente nada tenga de semejante a una manipulación en un sistema informático”.

Por tanto, este inciso de “artificio semejante” del artículo 248.2 nos parece innecesario para la descripción objetiva del tipo de fraude informático, sobre todo dada la definición que se ha adoptado de manipulación informática: el contexto general del precepto aboga a favor del entendimiento de la expresión “manipulación informática” por una acepción más restrictiva en el sentido de no encajar en el tipo delictivo cualquier alteración en todo tipo de aparatos.

Cuestión distinta y que también ha sido planteada por la doctrina penal es si la interpretación que se dé a la expresión “manipulación informática” ha de ser comprensiva no sólo de la alteración de su funcionamiento —ya sea fuera o dentro del sistema—, sino también de su uso indebido: así, de aceptar esta posibilidad, admite CONDE-PUMPIDO <sup>(60)</sup>, encajarían en esta conducta los “actos del usuario habitual o con acceso permitido al sistema, no autorizados por el dueño de aquel ni por el titular del elemento patrimonial transferido, y que aun limitándose a utilizar el sistema, sin alterar su programa, términos o funcionamiento, lo usa en beneficio propio y provocando una transferencia patrimonial en perjuicio de tercero”.

La solución a esta problemática particular no depende de la interpretación extensiva o restrictiva que se dé a la expresión “manipulación informática”. Dada la imprecisión terminológica de la fórmula que utiliza el legislador, la interpretación extensiva no es rechazable, pues el carácter extensivo-restrictivo depende de la interpretación mantenida dentro del marco gramaticalmente admitido. La opción por una u otra acepción habrá que deducirla del contexto general del precepto, del alcance que se quiere dar a esta expresión y, de manera especial, de la interpretación teleológica. A nuestro parecer, el uso indebido no encaja en la fórmula empleada por el legislador en cuanto que el sujeto no procede a realizar una manipulación en el mismo, no procede a alterar el normal funcionamiento de la máquina, sino que procede a utilizar correctamente el

---

(59) CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, op. cit., pp. 301-302.

(60) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., p. 221.

aparato sin estar autorizado para ello. El sentido objetivo de esta norma penal así lo avala: la finalidad del artículo 248.2 CP es castigar aquellas conductas que consistan en una alteración, manipulación de datos en un programa de ordenador para producir error en otro y que provoque la transferencia patrimonial causando el perjuicio.

Finalmente, para completar el tipo objetivo del delito de fraude informático es preciso que la conducta anteriormente descrita sea susceptible de realizar una transferencia no consentida de activos patrimoniales, lo que puede entenderse como existencia de un acto concreto de voluntad contrario a la transferencia, realizada a través de un sistema informático que será el que reciba la orden de cargo hecha en activos patrimoniales ajenos sin derecho a ello. La expresión “activos patrimoniales” ha de ser interpretada, como entiende PÉREZ MANZANO, en un sentido amplio, capaz de abarcar la disposición de fondos de activos y de pasivos<sup>(61)</sup>.

El fraude informático, como delito de resultado material, exige para su consumación el efectivo perjuicio económico en el patrimonio ajeno. Habrá perjuicio cuando con el acto dispositivo el sujeto pasivo no obtiene el equivalente debido, produciéndose una disminución del valor económico del patrimonio. El perjuicio típico en la estafa requiere una “lesión material, efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito”<sup>(62)</sup>. El perjuicio patrimonial, como último elemento del delito de fraude informático, constituye el auténtico resultado del delito que debe determinarse comparando el valor económico del patrimonio antes y después del acto de disposición<sup>(63)</sup>. Sólo forma parte del perjuicio evaluable aquel que derive de forma directa e inmediata del acto de disposición, siendo atribuibles sólo aquellos perjuicios —resultados— que deriven directamente del acto de disposición y “no aquellos cambios de valor del patrimonio que solo se conectan indirectamente con el mismo y que podrían calificarse de efectos o daños secundarios”<sup>(64)</sup>.

---

(61) Vid. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, de BAJO FERNÁNDEZ y otros, op. cit., p. 456.

(62) Vid. MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El perjuicio patrimonial en el delito de estafa”, 1990 (específicamente, pp. 85 y ss.); MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 410 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., de BAJO FERNÁNDEZ y otros, pp. 451-452.

(63) Vid. SSTS 15 de marzo de 2002, n.º 4931; 11 de marzo de 2002, n.º 3594; 20 de noviembre de 2002, n.º 805.

(64) Opinión que manifiesta PÉREZ MANZANO, M., en BAJO FERNÁNDEZ/ PÉREZ MANZANO, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 452.

#### IV. CONCLUSIÓN

Se puede encuadrar el fraude informático como un delito autónomo, calificación que está en consonancia con el contenido de este delito. Ha quedado ya expuesto cómo realmente lo único que tiene en común el delito de fraude informático con el de estafa genérica es exclusivamente el elemento ánimo de lucro y el perjuicio, elementos comunes por otro lado a todos los delitos contra el patrimonio.

El enfoque correcto de estos supuestos es articular estas conductas como casos diversos del delito de estafa por la existencia de elementos exclusivos constitutivos del delito de fraude informático. Asimismo, dadas las dificultades que plantea la expresión “manipulación informática”, optamos por una descripción lo más exhaustiva posible, cumpliendo así con el principio de taxatividad de los tipos penales.

Aunque entendemos que debe huirse de una interpretación excesivamente literal de los términos típicos utilizados en la descripción de la conducta típica, a nuestro parecer, se ha de optar por una interpretación amplia de la expresión “manipulación informática”. Y ello por las ventajas que reporta, si bien no pueden desconocerse los problemas que de cara a la tipicidad puede plantear la redacción legal del delito de fraude informático.

Igualmente, el elemento “manipulación informática” puede individualizarse de forma más explícita, por lo cual optamos por la tipificación del fraude informático como un tipo autónomo. Ahora bien, para ello se ha de eliminar la expresión “se consideran reos de estafa”, expresión que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina penal. De conformidad a su literalidad, la cuestión reside básicamente en determinar si con decir “se consideran reos de estafa” se está admitiendo si son autores. Esta afirmación no debe llevar a error, no son autores en un sentido material. La expresión “se consideran reos...” es a efectos de penalidad, se equiparan a los autores del delito de estafa a efectos de la correspondiente responsabilidad criminal.

La propuesta que se realiza es que el legislador *de lege ferenda* podría considerar esta figura como un tipo autónomo, huyendo de cualquier semejanza con la estafa, y cuya denominación debe ser “El delito de fraude informático”, y su redacción, como ya ha quedado expuesto, ha de ser más precisa en lo que respecta al término manipulación informática, para evitar errores de interpretación que nos puedan llevar a no considerar punibles determinados comportamientos que han de ser objeto de respuesta penal.

La redacción que se propone es la siguiente: Se impondrán las penas de prisión de seis meses a cuatro años a los que con ánimo de lucro y en perjuicio

de tercero, alteren, oculten o transformen cualquiera de los datos susceptibles de informatización, que se vayan a introducir o ya contenidos en un programa de ordenador, en cualquiera de las fases de su proceso, para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial.

---

# JURISPRUDENCIA

---

## ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

---

### A

#### **Abandono de menores:**

- STS 1138/2003, de 12 de septiembre ..... 157

#### **Acción popular:**

- AAP BARCELONA, de 18 de febrero de 2003 ..... 217

#### **Administración desleal societaria:**

- SAP MADRID 43/2003, de 27 de enero ..... 203

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

- SAP BARCELONA, de 12 de marzo de 2003 ..... 234

#### **Apropiación indebida:**

- SAP MADRID 56/2003, de 24 de enero ..... 201  
— SAP MADRID 43/2003, de 27 de enero ..... 203

#### **Asesinato (alevosía y ensañamiento):**

- STS 1176/2003, de 12 de septiembre ..... 161

### C

#### **Competencia:**

- AAP BARCELONA, de 9 de diciembre 2002 ..... 187

**Competencia territorial:**

— STS 883/2003, de 12 de junio ..... 114

**Concurso de delitos:**

— STS 788/2003, de 29 de mayo ..... 107

**Conducción sin seguro:**

— SAP SEVILLA 8/2003, de 8 de enero ..... 199

**Cooperación necesaria:**

— STS 1187/2003, de 22 de septiembre ..... 171

**D**

**Delito contra la integridad moral:**

— STS 294/2003, de 16 de abril ..... 98

— SAP MADRID 169/2003, de 6 de marzo ..... 231

**Delito fiscal:**

— SAP MADRID 151/2003, de 20 de marzo ..... 241

**Delitos contra el medio ambiente:**

— STS 1073/2003, de 25 de septiembre ..... 176

**Delitos contra la seguridad del tráfico:**

— SAP MADRID 109/2003, de 10 de marzo ..... 233

— SAP SEVILLA 234/2003, de 6 de junio ..... 248

**Delitos relativos a la ordenación del territorio:**

— SAP VALENCIA 63/2003, de 24 de febrero ..... 224

**Derecho a la última palabra:**

— STS 849/2003, de 9 de junio ..... 113

**Desobediencia:**

— SAP VALENCIA 301/2003, de 3 de junio ..... 247

**Detención ilegal (por funcionario público):**

— SAP MADRID 26/2003, de 20 de febrero ..... 220

E

**Entrada y registro:**

— STS 981/2003, de 3 de julio ..... 134

**Error de prohibición:**

— STS 755/2003, de 28 de mayo ..... 105

**Estafa:**

— SAP MADRID 39/2003, de 5 de febrero ..... 207

— SAP BARCELONA, de 26 de febrero de 2003 ..... 229

**Estafa procesal:**

— SAP MADRID 567/2002, de 13 de diciembre ..... 191

F

**Falsedad documental:**

— SAP MADRID 132/2003, de 17 de marzo ..... 239

**Falsedad en documento mercantil:**

— STS 880/2003, de 13 de junio ..... 118

**Funcionario público (concepto):**

— STS 866/2003, de 16 de junio ..... 119

**G**

**Garantías procesales:**

— STC 170/2003, de 29 de septiembre .....	85
— AAP MADRID 358/2003, de 8 de abril .....	245

**I**

**Imprudencia profesional:**

— SAP BARCELONA 724/2002, de 22 de octubre .....	185
--	-----

**Intervención comunicaciones del recluso:**

— STC 169/2003, de 29 de septiembre .....	83
---	----

**Intervenciones corporales:**

— STS 803/2003, de 4 de junio .....	111
-------------------------------------	-----

**Intervenciones telefónicas:**

— STC 184/2003, de 23 de octubre .....	87
— STS 1064/2003, de 18 de julio .....	140
— STS 1231/2003, de 25 de septiembre .....	179
— SAP MADRID 70/2003, de 18 de febrero .....	216

**Inviolabilidad del domicilio:**

— SAP VALENCIA 32/2003, de 12 de febrero .....	211
--	-----

**L**

**Lesiones:**

— STS 1080/2003, de 16 de julio .....	138
---------------------------------------	-----

M

**Malversación de caudales públicos:**

- SAP BARCELONA, de 31 de marzo de 2003 ..... 243

**Medición de la pena:**

- STS 1101/2003, de 22 de julio ..... 150

P

**Policía judicial:**

- STS 1231/2003, de 25 de septiembre ..... 179

**Prescripción:**

- SAP BARCELONA 1153/2002, de 30 de diciembre ..... 197  
 — SAP MADRID 151/2003, de 20 de marzo ..... 241

**Prevaricación:**

- STS 939/2003, de 27 de junio ..... 131  
 — STS 1073/2003, de 25 de septiembre ..... 176  
 — SAP MADRID 97/2003, de 26 de febrero ..... 226

**Principio acusatorio:**

- STS 915/2003, de 24 de junio ..... 123

**Prisión provisional:**

- STS 1108/2003, de 21 de julio ..... 148

**Proposición para delinquir:**

- STS 1113/2003, de 25 de julio ..... 154

**Prueba (adhesión):**

- STS 959/2003, de 30 de junio ..... 133

**Prueba (denegación):**

— STS 1109/2003, de 25 de julio .....	152
— STS 1189/2003, de 23 de septiembre .....	174

**Prueba alcoholimétrica:**

— SAP MADRID 109/2003, de 10 de marzo .....	233
---	-----

**Prueba testifical:**

— STS 614/2003, de 5 de septiembre .....	156
— STS 1169/2003, de 20 de septiembre .....	168

**Prueba testifical (de incapaz):**

— STS 872/2003, de 13 de junio .....	116
--------------------------------------	-----

Q

**Quebrantamiento de medidas cautelares:**

— SAP MADRID 90/2003, de 24 de febrero .....	225
--	-----

R

**Receptación civil:**

— SAP MADRID 140/2003, de 20 de marzo .....	240
---	-----

**Reconocimiento en rueda:**

— AAP BARCELONA, de 27 de diciembre de 2002 .....	193
---	-----

**Recurso de casación:**

— STS 1168/2003, de 22 de septiembre .....	169
--	-----

**Recurso de revisión:**

— STS 1193/2003, de 22 de septiembre .....	173
--	-----

**Recursos (acceso a los):**

— STC 157/2003, de 15 de septiembre ..... 79

**Reformatio in peius:**

— STS 781/2003, de 27 de mayo ..... 104

**Refundición de condenas:**

— STS 937/2003, de 27 de junio ..... 129

**Responsabilidad civil:**

— AAP VIZCAYA 37/2003, de 15 de enero ..... 200

— SAP BARCELONA, de 5 de febrero de 2003 ..... 206

— SAP MADRID 40/2003, de 11 de febrero ..... 210

— SAP VALENCIA 91/2003, de 17 de marzo ..... 237

**Robo con violencia:**

— STS 346/2003, de 26 de junio ..... 126

S

**Sentencia:**

— STS 750/2003, de 26 de mayo ..... 102

— STS 930/2003, de 27 de junio ..... 127

**Sentencia (estructura):**

— STS 769/2003, de 31 de mayo ..... 109

**Sentencia (motivación):**

— STS 976/2003, de 4 de julio ..... 137

**Simulación de delito:**

— SAP BARCELONA, de 12 de febrero de 2003 ..... 213

**Sobreseimiento libre:**

— AAP BARCELONA, de 17 de febrero de 2003 ..... 214

**T**

**Tentativa (inidónea):**

— STS 1060/2003, de 21 de julio ..... 143

**Testigos (protección):**

— SAP MADRID 167/2002, de 30 de diciembre ..... 194

**Tráfico de drogas:**

— STS 683/2003, de 13 de mayo ..... 100

— STS 358/2003, de 16 de junio ..... 121

— STS 1081/2003, de 21 de julio ..... 145

— STS 1177/2003, de 12 de septiembre ..... 165

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 157/2003 de la Sala 1.<sup>a</sup> del TC de 15 de septiembre de 2003  
(BOE 9 de octubre de 2003) (Recurso de amparo 2235/1998)**

DERECHO DE ACCESO A LOS RECURSOS.

**Art. 24.1 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano**

## SÍNTESIS

*No es preciso que el gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente, como presupuesto del recurso, haya de derivar precisamente de la parte dispositiva de la resolución recurrida. Por tal motivo la decisión en contrario de la Audiencia de inadmisión del recurso de apelación contra el sobreseimiento libre por falta de gravamen, a pesar de que alguno de sus fundamentos jurídicos podía inferir agravio al acusado vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previsto.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. En el presente recurso de amparo, el demandante, don A.M.R., considera que el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de

Valladolid de 9 de marzo de 1998, que desestimó el recurso de reforma por él interpuesto frente al Auto de 18 de noviembre de 1997, que había acordado el sobreseimiento libre de las actuaciones penales en las que

figuraba como denunciado, así como el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de abril de 1998, que desestimó el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente con el de reforma, vulneran su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE.

(...)

5. (...) En el citado Auto de la Audiencia Provincial se expresa que la razón por la que se desestima el recurso de apelación radica en la consideración general de que los recursos sólo se pueden formular o interponer contra la parte dispositiva de la resolución impugnada, de modo que, en el supuesto sometido a examen, en que el recurrente manifiesta su conformidad con tal parte dispositiva del Auto recurrido, cuestionando sólo sus fundamentos jurídicos, no se habría cumplido tal exigencia de carácter general. (...)

6. En efecto, el recurrente somete también a nuestra consideración la corrección constitucional de la apuntada argumentación judicial, en el sentido de que no procede la admisión de un recurso contra una resolución judicial cuando la impugnación no se dirige frente a la parte dispositiva de la misma, sino frente a su fundamentación jurídica. Y aunque no identifica adecuadamente la específica vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se ve afectada, es indudable que es aquella que garantiza el acceso a los recursos legalmente establecidos.

En este sentido, este Tribunal ha declarado reiteradamente, dejando ahora al margen el supuesto específico de los recursos frente a Sentencias penales condenatorias, que cuando el legislador ha previsto determinado recurso contra una resolución judicial, el derecho a disponer del mismo pasa a formar parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y sin necesidad de entrar ahora en consideraciones detalladas sobre los criterios que ha de utilizar este Tribunal para enjuiciar la corrección constitucional de la decisión judicial que inadmite

determinado recurso previsto legalmente, lo cierto es que siempre hemos sostenido que tal decisión judicial vulnerará el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la apuntada vertiente, cuando la misma se apoye en una causa inexistente. En definitiva, la decisión judicial de inadmisión del recurso, como toda decisión judicial, ha de estar fundada en Derecho, lo que no supone, sin embargo, que haya de apoyarse necesariamente en un precepto de un texto normativo escrito, sino, simplemente, que debe encontrar fundamento en el Ordenamiento jurídico. Por eso, es perfectamente aceptable que la causa de inadmisión aplicada resulte de la configuración esencial del recurso en cuestión.

Sobre estas bases hemos de analizar el caso enjuiciado, partiendo del dato de que la razón única que justifica la inadmisión por la Audiencia Provincial del recurso de apelación intentado se halla, como vimos, en su consideración de que tal recurso, como cualquier otro, sólo procede en relación con la parte dispositiva de la resolución judicial, y no cuando la impugnación se base exclusivamente en vicios en que ésta haya podido incurrir en su fundamentación jurídica. Nuestra labor se centra, por tanto, en la determinación de si tal genérica motivación de la decisión judicial, en los términos en que aparece formulada, satisface las exigencias constitucionales que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, comprobando si la misma refleja una causa de inadmisión del recurso constitucionalmente aceptable.

Hemos de partir del dato de que el órgano judicial fundó su decisión inadmisoria, sin duda, en una causa que consideraba inherente al sistema de recursos legalmente establecido, cual era que es presupuesto de los mismos el que la decisión judicial recurrida origine un perjuicio o agravio para quien pretenda utilizarlo, precisamente en su parte dispositiva, con independencia absoluta de la fundamentación jurídica sobre la que se sustenta tal decisión. Pues bien, debe adelantarse ya que tal concepción no satisface

las exigencias derivadas del art. 24.1 CE, precisamente porque la misma no encuentra apoyo en nuestro Ordenamiento jurídico y, singularmente, en la configuración esencial de los recursos rectamente entendida.

7. Al respecto, debe comenzarse señalando que no parece que pueda discutirse que para que proceda utilizar un recurso contra una resolución judicial es preciso que la misma genere un perjuicio para el recurrente. Entendido así, la configuración del gravamen como presupuesto de un recurso (con independencia de la concreta naturaleza jurídica de tal presupuesto y, en particular, de su relación con la legitimación para recurrir) resulta constitucionalmente inobjetable. Incluso así ha tenido ocasión de afirmarlo este Tribunal, como ocurrió en la citada STC 165/1987, de 27 de octubre (FJ 2), donde se aludía expresamente, reconociendo su corrección constitucional, al principio procesal, de tradicional arraigo en nuestro Ordenamiento jurídico, según el cual sólo tienen acción para recurrir las resoluciones judiciales aquéllas que hayan sufrido agravio en el juicio. Más concretamente, en lo que ahora interesa, este debe ser el sentido tanto de la STC 79/1987, de 27 de mayo (FJ 2), como de la STC 51/1991, de 11 de marzo (FJ 3), al afirmar que desde el punto de vista constitucional no merece crítica la tesis de que no puede recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la misma de la que no derive perjuicio alguno para él.

Ahora bien, tal consideración no resuelve la cuestión aquí planteada. El verdadero núcleo de la misma se halla en la determinación de si es preciso, como presupuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial. Y, como hemos adelantado, nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es perfectamente imaginable

la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generan un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1 CE.

8. Deben realizarse, no obstante, una serie de consideraciones complementarias. En primer lugar, que la determinación, en cada caso concreto, de si la resolución judicial impugnada causa o no efectivamente un perjuicio al recurrente, dependerá de las específicas circunstancias presentes en el caso, debiendo tenerse en cuenta que no toda afectación de carácter negativo o desfavorable para aquél merecerá necesariamente la consideración de perjuicio a los efectos que nos ocupan, pudiendo exigirse que tal afectación reúna determinada intensidad o caracteres.

Pues bien, para la resolución del concreto supuesto sometido a nuestra consideración en el presente proceso constitucional, lo que ahora interesa destacar es que la inadmisión de un recurso de apelación sobre la sola base de que éste sólo puede interponerse en relación con los pronunciamientos que se contienen en la parte dispositiva de la resolución judicial impugnada, incorpora una motivación que no satisface las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por suponer la

inadmisión de un recurso legalmente establecido sin causa para ello, en los términos que con anterioridad han quedado expuestos.

En realidad, las consideraciones que venimos realizando resultan ya de declaraciones anteriores de este Tribunal. Así, en la STC 79/1987, de 27 de mayo, negamos que la simple circunstancia de que el recurrente hubiere sido absuelto en un proceso penal pudiere impedir a éste, en determinadas circunstancias, la interposición de recurso frente a la Sentencia absolutoria, señalando expresamente que la existencia del interés o perjuicio que permitan el acceso al recurso ha de ser examinada en concreto, sin que pueda rechazarse por razones abstractas o de principio, ligadas al contenido de la parte dispositiva de la resolución judicial (FJ 2 *in fine*). Y en la STC 41/1998, de 24 de febrero (FJ 9), recordamos que las excepciones a la regla general de la no admisión de recursos o impugnaciones contra pronunciamientos absolutorios tienen un sustrato constitucional, concretado en el considerado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE.

**9.** Procede ahora examinar si existía en el procedimiento penal en que recayó el Auto de sobreseimiento libre, algún elemento o circunstancia de la que pudiera derivar agravio o perjuicio para el denunciado que, aceptando dicho fallo, entendió como perjudicial o desfavorable determinados extremos de la fundamentación jurídica que condujo al mismo y cuya eliminación justificase la utilización de los medios impugnatorios emprendidos frente a dicho Auto, es decir, los recursos de reforma y el de apelación con carácter subsidiario, promovidos por el denunciado que ahora demanda nuestro amparo.

Pues bien, hemos de tener en cuenta que el Juzgado de Instrucción, en la parte final de la fundamentación del referido Auto, literalmente afirmó: “Por consiguiente, los hechos, por mucho que puedan reputarse incorrectos en el ámbito de la ética profesional carecen de relevancia jurídico penal. Procede, en consecuencia, dictar resolución

declarando el sobreseimiento libre y archivo de las presentes actuaciones”.

Es en relación con este último extremo o calificación de la conducta del Procurador denunciado, atinente al plano deontológico o de la ética profesional, donde éste puso el énfasis de su discrepancia con la resolución judicial, y en la pretendida eliminación de tal juicio desfavorable en dicho aspecto ético, aunque no trascendiera a la esfera jurídico-penal, se asentaba su impugnación. Existían, pues, datos para sostener la existencia de un posible agravio o perjuicio que vinculaba a los órganos jurisdiccionales (en primer término, al propio Juzgado de Instrucción al resolver el recurso de reforma, y ulteriormente a la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial al conocer de la apelación) para examinar este concreto aspecto, sin eludir su obligado análisis mediante estimaciones de carácter genérico como las que fundaron la inadmisión de la apelación acordada por la Audiencia Provincial. Ha de añadirse que tales datos no fueran intrascendentes para las demás partes del proceso penal, pues tanto el Fiscal como la denunciante los tuvieron en cuenta en orden a determinar su posición procesal frente al Auto que acordaba el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones.

**10.** Lo expuesto revela que, en el caso enjuiciado, podían concurrir circunstancias singulares justificativas de que, como excepción a la regla general, se impugnase la resolución judicial de sobreseimiento no con fundamento o causa en el perjuicio causado por la decisión contenida en su parte dispositiva, sino por el eventual agravio o gravamen derivado de sus razonamientos jurídicos, por la eventual repercusión negativa de éstos en el ámbito extrapenal antes aludido.

Pues bien, así las cosas, no nos corresponde en este proceso constitucional de amparo el pronunciarnos sobre la efectiva existencia o no del controvertido presupuesto procesal del gravamen a efectos de recurrir el Auto de sobreseimiento libre, decisión que pertenece a la exclusiva competencia de

la jurisdicción ordinaria; pero sí hemos de apreciar que los órganos judiciales, al rechazar e inadmitir, respectivamente, los recursos de reforma y de apelación en los términos en que lo hicieron, al hallarse desprovista su motivación del más mínimo análisis de

las concretas y específicas circunstancias que concurrían en el caso, y a las que hemos hecho referencia, lesionaron el derecho del denunciado-recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos.

**Sentencia 169/2003 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 29 de septiembre de 2003 (BOE 23 de octubre de 2003) (Recurso de amparo 280/2001)**

INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA.

**Art. 18.3 CE**

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

SÍNTESIS

*Vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas garantías a consecuencia de una sanción recaída en un expediente sancionador penitenciario fundada en una prueba obtenida ilícitamente (intervención generalizada de la correspondencia entre internos dentro del mismo establecimiento).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**1.** El presente recurso se interpone contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia de 30 de noviembre de 2002 que desestima un recurso de reforma contra otro anterior, de 1 de septiembre, que desestima a su vez el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Valencia, de 20 de junio de 2000, en el que se imponía al demandante de amparo la sanción consistente en la privación de permisos durante un mes.

El recurrente sostiene que las resoluciones judiciales y el Acuerdo indicados vulneran su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) porque la ilegítima intervención de la carta dirigida a otro recluso del mismo centro penitenciario fue la que originó el expediente disciplinario. (...)

**2.** Este Tribunal se ha ocupado en varias ocasiones de la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito carcelario (vid. SSTC 183/1994, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997,

de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 58/1998, de 16 de marzo; 141/1999, de 22 de julio; 188/1999, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio; 106/2001, de 23 de abril; y 192/2002, 193/2002 y 194/2002, todas ellas de 28 de octubre).

De la consolidada doctrina sentada respecto de esta materia es oportuno recordar ahora, en primer lugar, que hemos distinguido (STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 3, por todas) entre la intervención de las comunicaciones general (art. 51, apartado 1, de la Ley Orgánica General Penitenciaria: LOGP) y la específica (art. 51, apartados 2 y 3, LOGP). En segundo término, que hemos afirmado también que la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas (SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 7, y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 7). “Y en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los arts. 43.1 y 46.5 RP de 1996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (SSTC 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3)” (STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6).

**3.** En el caso que nos ocupa el Director del Centro Penitenciario de Valencia notificó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a través de un escrito fechado el 16 de julio de 1996, que, dado que las comunicaciones entre internos de un mismo establecimiento no están previstas en el Reglamento penitenciario, se intervendrán con carácter general. Pero el referido escrito parte de una premisa errónea, y manifiesta que va a procederse a una actuación que constituye, por muy diversas razones, una flagrante lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Se afirma, en efecto, que este derecho fundamental no es aplicable porque no ha sido desarrollado legislativamente. Hemos aclarado, sin embargo, en la STC 15/1982, de 23 de abril, que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, con independencia de que hayan sido desarrollados o no por el legislador, “vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”. Y, en el caso sometido en esta ocasión a nuestro enjuiciamiento, tenemos que afirmar, en línea con lo expresado en la STC 112/1996, de 24 de junio, que estamos en presencia de una interpretación restrictiva del derecho fundamental, que no encuentra apoyatura normativa alguna y afecta a la resocialización de los presos.

Debemos aclarar, sin embargo, que esta afirmación no excluye que el legislador pueda, en aras a prevenir determinados riesgos que cabe pensar acompañen a las comunicaciones realizadas en el seno de un establecimiento penitenciario (así, a efectos de evitar la transmisión de consignas entre internos destinados en diferentes departamentos para precaver que, de manera coordinada, organicen desórdenes colectivos; o para luchar contra el tráfico interno de sustancias u objetos prohibidos; o con el objeto de garantizar la integridad física de determinados internos...), establecer exigencias específicas en la normativa penitenciaria. Pero las medidas contempladas en ésta que incidan en el derecho fundamental puesto en cuestión deberán ser contenidas en una disposición con rango de Ley (art. 53.1 CE) y tendrán que ser aplicadas respetando el principio de proporcionalidad.

**4.** Por otra parte, examinada la resolución del director del establecimiento penitenciario desde el parámetro constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, es claro que, como sostiene el Ministerio Público, ha lesionado tal derecho, ya que carece de la motivación constitucionalmente exigible (acordando una medida desproporcionada por la falta de una justificación

razonable), afecta a la generalidad de los reclusos presentes y futuros (como es el caso del recurrente, que en la fecha en que se ordenó la intervención de las comunicaciones no se encontraba en el centro) y tiene carácter atemporal.

Si bien es cierto que las autoridades penitenciarias pueden restringir, en ocasiones, derechos de los internos, al verse sometidos éstos a un régimen de especial sujeción, no puede admitirse que resulte constitucionalmente legítimo establecer una suerte de suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones adoptada al margen del art. 55.2 CE, porque tal expediente, además de poder ser fácilmente burlado (podría superarse la traba impuesta enviando por un interno sus cartas a una persona del exterior para que ésta las remitiera, a su vez, a otro interno del mismo centro con el cual quisiera comunicarse) no cumple las exigencias proclamadas por la doctrina de este Tribunal [especialmente, en lo referido a la preceptiva

individualización casuística y personal de la medida —vid., por todas, SSTC 193/2002 y 194/2002, ambas de 28 de octubre, FFJJ3 y 6.e) respectivamente, que se remiten en este punto a la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ6] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (SSTEDH, de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras, § 46.4; de 24 de abril de 1990, casos Kruslin y Huvig, § 35 y § 34, respectivamente; y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bunallo, § 30).

5. Por lo que atañe al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) (...) Dado que el expediente disciplinario y la sanción finalmente impuesta reposan sobre una carta que fue intervenida lesionando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones resulta evidente que, a la luz de lo previsto en el art. 5.1 LOPJ, hemos de declarar la nulidad del expediente sancionador y la lesión refleja del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

**Sentencia 170/2003 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 29 de septiembre de 2003 (BOE 23 de octubre de 2003) (Recursos de amparo acumulados 446/2001, 528/2001 y 655/2001)**

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS. (INOBSERVANCIA DE LAS EXIGENCIAS EN ORDEN A LA RECOGIDA Y CUSTODIA DE PIEZAS DE CONVICCIÓN).

**Arts. 24.2 CE; 338 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haber sido objeto de valoración pruebas incorporadas a la causa sin las debidas garantías (soportes informáticos incorporados sin cuidar su recogida y custodia como piezas de convicción).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. (...) en relación con el cumplimiento de las garantías procesales en la incorporación al procedimiento penal de los soportes informáticos incautados y los informes periciales realizados sobre ellos, los recurrentes parten de un doble presupuesto fáctico. El primero, reconocido como hecho probado en ambas Sentencias, es que los soportes informáticos incautados no fueron clasificados ni relacionados por la Guardia Civil en función de los que habían sido ocupados en cada uno de los domicilios registrados. El segundo, explicitado en la Sentencia de instancia y obviado cualquier consideración o razonamiento sobre ello en la de apelación, es que, por un lado, se examinaron pericialmente un número de CD-Rom superior al que consta que se ocuparon en las diligencias de entrada y registro y, por otro, que el primer perito recibió los soportes informáticos intervenidos en cajas rotas y sin etiquetar. Además, en lo que afecta exclusivamente al recurrente don Ignacio V., que sólo resultó acreditada la ocupación en su domicilio de un CD-Rom con la mención "Radikal".

La legislación procesal penal pone un especial cuidado en regular el modo en que ha de procederse en la recogida de las piezas de convicción y su custodia. A esos efectos el art. 338 LECrim. establece que los instrumentos, armas y efectos que puedan tener relación con el delito se sellarán, si fuera posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito, con la finalidad evidente de que, siendo elementos probatorios, se evite cualquier alteración en los mismos. En este caso, queda acreditado y así es reconocido en vía judicial por la Sentencia de instancia, sin que fuera negado por la de apelación, que los soportes informáticos no sólo no fueron identificados para determinar el domicilio en el que fueron intervenidos, sino que tampoco se procedió a su correcto sellado y precintado. A ello debe unirse el hecho objetivo,

también destacado en vía judicial, de la existencia de una significativa discordancia numérica entre los CD-Rom intervenidos. Ello acredita que se ha producido una deficiente custodia policial y control judicial de dicho material, que no estaba debidamente precintado y a salvo de eventuales manipulaciones externas tanto de carácter cuantitativo (número de las piezas de convicción halladas en los registros) como cualitativo (contenido de aquellos soportes que admitieran una manipulación por su carácter regrabable o simplemente por su naturaleza virgen en el momento de su incautación, e incluso su sustitución por otros), lo que impide que pueda afirmarse que la incorporación al proceso penal de los soportes informáticos se diera con el cumplimiento de las exigencias necesarias para garantizar una identidad plena e integridad en su contenido con lo intervenido y, consecuentemente, que los resultados de las pruebas periciales se realizaran sobre los mismos soportes intervenidos o que éstos no hubieran podido ser manipulados en cuanto a su contenido.

(...)

Del mismo modo que la ausencia de control judicial de las cintas lesiona el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 11), aquí la ausencia de control vicia la pertinencia de la prueba. Aquí no estamos ante una garantía meramente legal, sino ante una que afecta a la validez constitucional de la prueba.

Por tanto, este concreto motivo de amparo debe ser estimado y, en la medida en que se han valorado como actividad probatoria de cargo los informes periciales efectuados sobre un material informático que se incorporó sin que quedara acreditado el cumplimiento de las debidas garantías de custodia policial y control judicial sobre su identidad e integridad, debe declararse que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías.

**Sentencia 184/2003 del Pleno del TC de 23 de octubre de 2003  
(BOE 13 de noviembre de 2003) (Recurso de amparo avocado  
4857/2001)**

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

**Arts. 18.3 CE; 579 LECrim.**

Ponente: **Excma. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

*Recurso de amparo avocado al Pleno el cual, tras descartar “autoplan-teamiento” de la cuestión de inconstitucionalidad, reconociendo la insuficiencia de la legislación española en materia de intervención de las comunicaciones, declara la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías a causa de la intervención de un teléfono proporcionada y controlada pero sin embargo autorizada sin motivar los indicios que la justificaron.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. (...) los recurrentes de amparo y los órganos judiciales coinciden en señalar las insuficiencias del art. 579 LECrim. por sí mismo y aisladamente considerado, como norma habilitante de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas desde la perspectiva de la determinación y precisión necesarias para satisfacer la exigencia de previsibilidad del alcance de la injerencia para los eventualmente afectados por ella. Divergen, en cambio, en el tratamiento de la cuestión relativa a si dichas deficiencias del art. 579 LECrim. conllevan de forma automática la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

El Tribunal de Derechos Humanos, en su reciente Sentencia de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España, ha vuelto a declarar la vulneración del art. 8 CEDH porque el

actual art. 579 LECrim. no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia. En efecto, después de constatar los avances habidos en el Ordenamiento español como consecuencia de la reforma del citado art. 579 LECrim. por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia, para evitar los abusos. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas. Estas insuficiencias afectan igualmente a las precauciones a observar, para comunicar intac-

tas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa. La ley no contiene ninguna disposición en relación con ello” (§ 30). En virtud de dicha constatación, así como a partir del reconocimiento de que la jurisprudencia española, que ha intentado suplir dichas insuficiencias legales, es posterior al momento en que en el caso tuvieron lugar las intervenciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la lesión del art. 8 CEDH (§§ 32 y 33).

Esta Sentencia continúa la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no sólo en 19 que atañe a las injerencias en el derecho a la intimidad y vida privada, específicamente respecto de medidas consistentes en la interceptación de las comunicaciones a la que a continuación nos referiremos, sino también en relación con otros derechos fundamentales reconocidos en dicho Convenio (entre otras muchas, SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times c. Reino Unido*; de 27 de abril de 1995, caso *Piermont c. Francia*, § 63 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso *Rékveny c. Hungría*, § 34; de 25 de noviembre de 1999, caso *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, § 31 y ss., § 41; 21 de diciembre de 1999, caso *Demirtepe c. Francia*, § 27; 21 de diciembre de 2000, caso *Rinzivillo c. Italia*, § 28; 26 de julio de 2001, caso *Di Giovine c. Italia*, § 36; de 24 de octubre de 2002 caso *Messina c. Italia*, § 28).

En lo que se refiere específicamente a las comunicaciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración del art. 8 CEDH por ausencia de previsión legal de la injerencia consistente en la intervención de las comunicaciones telefónicas en las Sentencias de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin c. Francia*, § 34 y ss., y *Huvig c. Francia*, § 34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso *A., c. Francia*, § 38 y s.; de 25 de

marzo de 1998, caso *Kopp c. Suiza*, § 74 y s.; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso *Rotaru c. Rumania*, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, § 38. A ellas ha de añadirse las dos citadas Sentencias *Valenzuela c. España* y *Prado Bugallo c. España*.

Sobre ello hemos de señalar, por ser especialmente significativo para el examen del caso que nos ocupa, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la existencia de vulneración del art. 8 CEDH cuando quien reclama la protección no es el titular o usuario de la línea telefónica intervenida sino el destinatario de la comunicación (SSTEDH de 24 de agosto de 1998, caso *Lambert c. Francia*, § 38 y ss.; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61 y s.). Y, en particular, poniendo en conexión la protección que el art. 8 CEDH brinda a los comunicantes con el requisito relativo a la necesaria previsión legal de la injerencia, ha declarado la vulneración de este derecho por ausencia de previsión legal si la legislación “no regula de forma detallada, el caso de los interlocutores escuchados ‘por azar’, en calidad de ‘partícipes necesarios’ de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones” (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61).

Por último, se ha de recordar también que la ley que habilite la intervención telefónica ha de ser previa al momento en que se autorice (STEDH de 18 de febrero de 2003, *Prado Bugallo c. España*, § 32).

5. Pues bien, nuestro pronunciamiento, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el art. 579 LECrim. adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH. (...)

De la lectura del (...) precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECrim. no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).

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

tervenirse sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional [arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d) CE], o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE).

Pues bien, en el caso que nos ocupa no existía norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación ya expuestas, sino porque los recurrentes de amparo no son ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aquéllos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. Es decir, se afectó su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas sin que el art. 579 LECrim. habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal.

6 Esta declaración, sin embargo, no es suficiente para resolver la cuestión controvertida de si las deficiencias del art. 579 LECrim. implican la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Varias precisiones son aún necesarias:

a) Como este Tribunal recordó en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ4, “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. Y proseguimos: “[e]sa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas re-

conocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

(...)

b) Sentado lo anterior, y afirmada la exigencia de ley en sentido estricto por nuestra Constitución, sobre el presente caso hemos de añadir, en relación con la argumentación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, al igual que en el caso resuelto en la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España, las intervenciones telefónicas tuvieron lugar del 28 de enero 1992 al 15 de julio 1992, esto es, antes del inicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos de adecuación de las intervenciones telefónicas al derecho al secreto de las comunicaciones —Auto de 18 de junio de 1992, caso Naseiro— y, especialmente, antes de la unificación y consolidación de la jurisprudencia constitucional a partir de 1998 y, señaladamente, a partir de la STC 49/1999, de 5 de abril.

c) En definitiva, si en el tiempo en que se llevaron a cabo las intervenciones telefónicas denunciadas la cobertura legal era insuficiente desde la perspectiva del art. 18.3 CE, hemos de reconocer, al igual que hicimos en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, que “la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE”. Pero, ahora

como entonces, debemos aclarar “el alcance de la estimación de tal vulneración”, pues, si bien “estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental”, para que dicha vulneración pueda tener efectos sobre las resoluciones judiciales impugnadas en amparo es preciso, en primer lugar, que la actuación de los órganos judiciales, que autorizaron las intervenciones, haya sido constitucionalmente ilegítima; esto es, que a ellas sea imputable de forma directa e inmediata la vulneración del derecho fundamental [art. 44.1.b) LOTC]. Y a estos efectos, “si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; *mutatis mutandis* STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5).

7. No obstante, antes de proceder al análisis anunciado hemos de concluir la respuesta a la queja de los recurrentes relativa a la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por insuficiente habilitación legal.

Hemos reconocido las insuficiencias de que adolece la regulación contenida en el art. 579 LECrim. a la luz de las exigencias del art. 18.3 CE, interpretado conforme al art. 8 CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguiendo

do el mandato del art. 10.2 de nuestra Constitución. Otras insuficiencias aparte, que ya han quedado señaladas desde nuestra STC 49/1999, FJ 5 y ss., es obvio, como también ha quedado expuesto, que las previsiones del citado precepto legal no alcanzan a contemplar “el caso de los interlocutores escuchados ‘por azar’ en calidad de ‘partícipes necesarios’ de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones” (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, § 61).

Los anteriores razonamientos ponen de manifiesto la existencia de una situación que no se ajusta a las exigencias de previsibilidad y certeza en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que reconoce el art. 18.3 CE, que, sin embargo, no se resolvería adecuadamente a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 579 LECrim. El mecanismo de control de constitucionalidad de la ley que el art. 55.2 LOTC ordena con carácter consecuente a la estimación del recurso de amparo está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquella y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia, deficiencias que pueden predicarse del art. 579 LECrim. sin otro precepto que lo complementa, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico. En estos casos, así como en el que resolvimos en la STC 67/1998, de 18 de marzo (FJ 7), el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta inútil, en la medida en que la reparación de la eventual inconstitucionalidad solo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las que trae causa y no mediante la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir. Ni siquiera hipotéticamente a través de una Sentencia interpretativa podría este Tribunal colmar todos los vacíos con la necesaria

precisión por cuanto por medio de una interpretación no podría resolver en abstracto más de lo que de manera concreta haya ido estableciendo. Precisamente por ello, la intervención del legislador es necesaria para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución.

Esta es cabalmente la singularidad del presente caso en que el control de constitucionalidad que habría de ejercerse a través del art. 55.2 LOTC versa sobre un precepto con un núcleo o contenido constitucionalmente válido, pero insuficiente, esto es, sobre un defecto de ley. El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal —art. 579 LECrim.— que agravaría el defecto mismo —la falta de certeza y seguridad jurídica al producir un vacío mayor. Los intereses constitucionalmente relevantes que con el art. 579.3 LECrim. se tutelan se verían absolutamente desprotegidos por cuanto aquella declaración podría comportar, cuando menos, la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad. De esta suerte, y en el contexto de un proceso de amparo en el que ya se ha satisfecho la pretensión principal de los recurrentes, no podemos dejar de advertir que el resultado de inconstitucionalidad al que se llegase entraría en conflicto con las exigencias mismas del art. 18.3 CE, pues dejaríamos el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el art. 579 LECrim. hasta tanto el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal. Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes

a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible (SSTC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).

Y aunque hemos declarado en numerosas ocasiones que no es tarea de este Tribunal definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, siquiera sea provisionalmente, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, sí le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas, lo que viene haciendo en materia de intervenciones telefónicas, como ya hemos dicho, desde la unificación y consolidación de su doctrina por la STC 49/1999, en los términos que señalaremos en el fundamento jurídico 9, doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria. Conforme señala el art. 5.1 LOPJ, las resoluciones de este Tribunal en todo tipo de procesos vinculan a todos los Jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales interpretados por este Tribunal.

**8.** Procede ahora examinar la actuación de los órganos judiciales a efectos de determinar el alcance de la estimación de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, así como de la eventual repercusión de dicha vulneración en la de otros derechos fundamentales de los recurrentes, en concreto del derecho al proceso con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia.

(...)

**11.** El soporte fundamental de las quejas de los recurrentes se centra en la ausencia de exteriorización de indicios suficientes de la comisión de los hechos delictivos y de la implicación en ellos de las personas afectadas en las primeras intervenciones telefónicas acordadas. Se razona que las diligencias se iniciaron con complementarias de investigación de los hechos y que, con base en los datos que aparecen en dicho anónimo y en la solicitud policial, no existían más que

meras conjeturas. Por ello, se afirma, se trataba de una investigación prospectiva, constitucionalmente ilegítima. Además, como todas las autorizaciones y sus prórrogas posteriores derivan de aquellas iniciales, la ilegitimidad de éstas arrastraría la del resto de las intervenciones telefónicas. De otra parte, respecto de las prórrogas y posteriores intervenciones se denuncia que fueron acordadas sin que el Juez oyera directamente las cintas originales, que se aportaron con posterioridad. En dicha argumentación coincide, en esencia, como quedó expuesto, el Ministerio Fiscal.

a) En el análisis de esta queja hemos de partir de que si los defectos alegados se hubieran producido, ciertamente les asistiría la razón a los recurrentes en que se habría vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, pues, como tiene declarado este Tribunal, el juicio de constitucionalidad sobre la medida de intervención telefónica precisa examinar si la resolución judicial se adoptó teniendo en cuenta la existencia de indicios, y no meras suposiciones o conjeturas, “de que el delito pudiera estarse cometiendo o llegar a cometerse y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito”, esto es, la existencia de “datos objetivos que permitieran pensar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o por quienes con ellas se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva. En otras palabras, el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso Klass, § 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8).

Pues bien, debemos comprobar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse

afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues “la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida —la averiguación de un delito— y el sujeto afectado por ésta —aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él— es un prius lógico del juicio de proporcionalidad” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8, doctrina que reiteran las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 17 1/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 138/2001, de 17 de julio, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

De conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal, la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas precisan, “para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”. Se trata, por consiguiente, de cualquier tipo de dato fáctico o “buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 5 de junio de 1992, caso Ladi)”; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim. para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 8; 166/1999, FJ 8; 171/1999, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 17 de julio, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

b) En aplicación de dicha doctrina al caso, debemos dar la razón a los recurrentes,

pues, ciertamente, no puede sostenerse que en el momento en que se acordaron las primeras intervenciones telefónicas existiera una base real exteriorizada en la resolución judicial, la solicitud policial, o incluso el escrito de denuncia anónimo, a partir del cual se iniciaron las diligencias preliminares. En efecto, la mera lectura del Auto de 28 de enero de 1992 evidencia que por sí mismo no incorpora datos objetivos que pudieran servir de soporte a la sospecha de comisión de los hechos delictivos ni de su implicación en ellos de las personas en cuyas comunicaciones telefónicas se solicita la intervención. Pero tampoco resultan dichos datos de la lectura conjunta del Auto y la solicitud policial. Hemos de precisar que, aunque en una misma solicitud o en la misma resolución judicial se solicite y se autorice respectivamente la intervención de las comunicaciones telefónicas de varias personas —y de uno o varios de los teléfonos de ellas—, la medida de intervención telefónica tiene carácter individual, por lo que resulta necesario que existan —y se incorporen al Auto o a la solicitud policial— los datos que conecten los hechos delictivos con cada una de las personas afectadas por la medida. En el caso que nos ocupa, la primera solicitud policial de intervención afectaba a las comunicaciones telefónicas de dos personas, los Sres. D. y Ll.; de modo que los datos objetivos debían sustentar de forma fundada las sospechas de la implicación de cada uno de ellos en la comisión del delito a cuya investigación se dirige la intervención telefónica, en el bien entendido de que la existencia de indicios en el sentido apuntado respecto de uno de ellos y su conexión con las líneas telefónicas es por sí mismo aval suficiente de legitimidad de la intervención de dichas líneas con independencia de que puedan considerarse no fundadas las demás intervenciones solicitadas. Por ello, en la medida en que es la intervención de las comunicaciones telefónicas del Sr. Ll. que permitió la averiguación de datos relevantes para la investigación que se concretaron finalmente

en el seguimiento y vigilancia del Sr. O. el 15 de julio de 1992, ceñiremos el examen a la misma.

Pues bien, en la solicitud policial de 27 de enero de 1992 respecto del Sr. Ll. constan más que sus datos personales y los de su domicilio, afirmándose que “se le imputa un rápido enriquecimiento a la sombra de Manuel D.” Pero no se exterioriza ningún elemento objetivo sobre el que apoyar ni dicho rápido enriquecimiento ni que lo fuera “a la sombra” del Sr. D. y de sus eventuales actividades ilícitas.

Pero el análisis no puede terminar aquí, pues es necesario considerar que en este caso las investigaciones no se iniciaron por decisión de la policía judicial, sino que su origen trae causa del escrito anónimo enviado a los Juzgados de Sevilla y reseñado en los antecedentes. (...)

(...) La existencia de un escrito anónimo de denuncia, como el que consta en autos, con independencia de la cuestión de si es legítimo iniciar diligencias penales contra persona determinada con base exclusivamente en él, no puede considerarse suficiente para restringir un derecho fundamental de quien en él se menciona y a quien se conecta con la comisión de un hecho delictivo, pues un escrito anónimo no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de los hechos delictivos y la implicación de las personas a las que en el mismo se atribuye su comisión. La intervención de las comunicaciones, como acto limitativo de un derecho fundamental, no puede ser la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la eventual existencia de medios alternativos de investigación. (...)

En definitiva, en el Auto de 28 de enero de 1992 de autorización de intervención del

número de teléfono del domicilio del Sr. Ll. no se exteriorizaron datos objetivos, ajenos a la propia denuncia y constatables por terceros, que sustentaran la sospecha de comisión de los hechos delictivos investigados y de su implicación en ellos del afectado, ni por sí mismo, ni integrado con la solicitud policial y el escrito de denuncia anónimo; tal falta de exteriorización de los elementos objetivos de convicción de la decisión judicial de autorizar la intervención telefónica conduce a entender que el Juez no valoró la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones como *prius* lógico de la ponderación misma del carácter necesario, adecuado y proporcionado de la intervención telefónica. Por ello, al igual que en ocasiones similares (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 10; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 8/2000, de 27 de enero, FJ 6; 299/2000, 11 de diciembre, FJ 6; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3), hemos de declarar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

c) Al producirse la vulneración declarada en el primer Auto y existir una concatenación temporal y lógica entre todas las autorizaciones judiciales, dado que los funcionarios policiales aportaron al Juzgado información de los resultados de dicha intervención a través de sus informes y de las cintas y transcripciones de las conversaciones más relevantes, la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del primer Auto de autorización de la intervención telefónica tiene como consecuencia la vulneración del mismo derecho por las resoluciones posteriores que se adoptaron con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera intervención telefónica, cuya ilegitimidad constitucional acabamos de declarar (en el mismo sentido, STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6). Y ello con independencia de que pueda entenderse que las posteriores autorizaciones se sustentaban en datos objetivos y no meras conjeturas, pues la fuente de conocimiento de los mismos es la primera

intervención telefónica declarada inconstitucional.

(...)

**13.** Los recurrentes alegan también la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haberse valorado en el proceso pruebas ilícitas. Esta nueva pretensión ha de ser también estimada, pues con la exclusión de las primeras cintas, entregadas al Juzgado durante los meses de febrero a julio de 1992 y sus correspondientes transcripciones, no se satisface la prohibición de valoración que deriva de la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones producida por las intervenciones telefónicas acordadas durante aquellos meses, sino que dicha vulneración ha de tener como directa consecuencia la prohibición de valoración de todas las pruebas obtenidas directamente a partir de ellas, esto es, de todas las cintas

en las que se grabaron las conversaciones que constituyen el fruto directo de las mismas y de sus transcripciones. Igualmente de la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones deriva la prohibición de incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo las escuchas (*mutatis mutandis*, SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; 139/1999, de 22 de julio, FJ 6; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 2). Como ponen de manifiesto el acta del juicio oral y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el proceso se oyeron las cintas y declararon los policías que ejecutaron las intervenciones telefónicas, tomándose en consideración a efectos de la condena de los recurrentes, por lo que se ha de concluir que también se vulneró el derecho al proceso con todas las garantías de los demandantes de amparo (art. 24.2 CE).

## TRIBUNAL SUPREMO

**Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup>, adoptado en su reunión del día 14 de noviembre de 2003**

*Cuestión: ¿El Servicio de Vigilancia Aduanera es Policía Judicial?*

Acuerdo: “Primero: El artículo 283 de la LECriminal no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación.

Segundo: El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 de la LECriminal, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/1995, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendada funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal.

Tercero: Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas”.

**Sentencia 294/2003, Sala de lo Penal del TS, de 16 de abril de 2003**

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

**Arts. 175 y 176 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Determina la sentencia el ámbito de aplicación del ataque a la integridad moral, por parte de funcionario público o autoridad, no constitutivo de tortura, tipo residual recogido en el art. 175 del CP. Además de ello, restringe el ámbito de aplicación de la figura omisiva recogida en el art. 176 del CP, exigiendo que el omitente ostente una posición de superioridad en relación a quien realiza el ataque a la integridad moral.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—(...) El art. 175 del Código penal se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral, y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el art. 174, en cuanto que, bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusare de su cargo, y no se hallare comprendido en el artículo anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona. Son, pues, sus requisitos: a) en cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del art. 173, si bien este último precepto refuerza la acción infringiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; b) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitati-

vo, prevaleándose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta magna, que prescribe con carácter general los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo art. 10.º atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social; d) por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990, de 27 de julio, realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el art. 15 de la Constitución Española “se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también

contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular". Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de "incolumidad" e "integridad personal". De modo que el Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), en 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), en 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), en 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), en 7 de julio de 1989 (caso Soering), en 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros), en 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etc., ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la Constitución ("torturas", penas o tratos "inhumanos" y penas o tratos "degradantes") son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente" (sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

De modo que el concepto de atentado contra la integridad moral, comprenderá:

- a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito;
- b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto;
- c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

(...)

Con relación a Juan Carlos y Julián, han sido condenados por vía del art. 176 del Código Penal. Dicho precepto dispone que "se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los de-

beres de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos".

La doctrina ha puesto de manifiesto que la referencia a "otras personas", hay que entenderla, en una interpretación sistemática con el art. 173, como que en dicha expresión han de ser incluidas cualesquiera que realicen los actos de tortura o de tratos vejatorios, sean funcionarios o no. Ahora bien, al ser un acto omisivo el castigado por la ley, debemos entender implícito el concepto de superioridad, y no la mera presencia pasiva, como consta en el "factum", pues el deber inherente al cargo que se describe en el tipo, acredita este requisito de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio, teniendo en cuenta que los hechos se producen en la calle, y se enmarcan dentro de una detención policial, de la que Juan Carlos y Julián participan, no constando dato alguno de superioridad ni de mando en su actuación. El art. 1.º 1 de la Convención contra la Tortura, de 1984, ya hacía referencia en este sentido a que la tortura fuera infligida por otra persona con el "consentimiento o aquiescencia" del funcionario, lo que resalta el concepto de superioridad. La mención legal "permitiere" refuerza igualmente esta interpretación, conforme al principio de taxatividad que rige el derecho penal, pues esa permisión denota una posición (implícita) de superioridad, y no la mera omisión (con previo acuerdo) a la que parece referirse el tipo que estaría cubierta en caso contrario por simples consideraciones de garante, y que por el contrario no resultaría de la expresión "permitiere" que inexorablemente adjetiva el precepto interpretado. Se trata de un deber especial por el cargo que incumbe a los superiores sobre sus subordinados, a los que ya se refirió esta Sala en Sentencias de 18 de julio de 1997 y 19 de diciembre de 1996.

(...)

Y por otro lado, esta interpretación permite, si correspondiera, la sanción disciplinaria de los hechos enjuiciados por la vía de la falta muy grave que se describe en el art. 27.3.c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

**Sentencia 683/2003, Sala de lo Penal del TS, de 13 de mayo de 2003**

TRÁFICO DE DROGAS.

**Art. 368 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

*Frente al criterio de la Audiencia, que condenó por delito contra la salud pública, absuelve el Tribunal Supremo a quienes, requeridos para la venta de heroína en pequeña cantidad, se niegan a vender menos de un gramo. Entiende la sentencia que el simple dato de la “negativa a vender”, sin ulterior base probatoria, no integra el tipo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

3. La sentencia comienza afirmando que los acusados: “Durante los primeros meses del año 2000, surtían de heroína a diversas personas adictas al consumo de esta sustancia a cambio de dinero”. A continuación precisa que, esta actividad, se venía realizando en determinadas calles de la localidad de Plasencia.

Esta imputación genérica, no es suficiente para integrar un delito contra la salud pública. Para configurarlo, es necesaria la atribución de una conducta específica, bien ocasional, bien habitual, que integre, de manera taxativa, un acto de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, ya que el derecho penal sólo puede aplicarse a un supuesto de hecho estrictamente determinado, con prohibición expresa de extender la tipificación de forma gené-

rica más allá de lo que exige el principio de legalidad. Aun en el supuesto de que admitiésemos esta posibilidad, la inconcreción que supone limitarse a imputar a una o más personas, un conjunto inespecífico de actividades delictivas, choca con el resultado probatorio. Esta afirmación tan genérica ni siquiera tiene sustento probatorio suficiente, ya que los testimonios de las dos personas que resultaron agredidas, no tienen entidad incriminatoria, por las circunstancias en que se producen.

4. La primera parte del relato fáctico atribuye a los acusados una forma de vida o hábitos de comportamiento de una manera genérica. Esta imputación no puede ser considerada, como la base para la aplicación del tipo del delito contra la salud pública.

Se trata de una expresión tautológica y determinante del fallo, que se mueve en el terreno indeterminado de la imputación de hábitos de conducta delictivos. Esta declaración es tan incorrecta, como afirmar que los acusados se dedicaban al robo, la estafa o a

cualquier otra modalidad delictiva, por lo que su posibilidad de ser tipificada debe ser rechazada.

En relación con los acontecimientos concretos, que se sitúan cronológicamente en las 21,30 horas del día 13 de febrero de 2000, su desenvolvimiento se aparta de los cánones tradicionales a los que nos tiene acostumbrados la abrumadora práctica diaria. No nos encontramos ante un supuesto clásico de posesión directa o indirecta de droga, determinada por su tenencia en manos del vendedor o vendedores, u ocupada en manos de un comprador, sorprendido en el momento de la transacción, e interceptado por la policía. Si nos encontrásemos ante alguno de estos casos, no habría ningún problema para calificar los hechos, dentro de las tipologías de los delitos contra la salud pública, en alguna de sus modalidades.

5. Sin embargo, en el caso presente y ateniéndonos al contenido del hecho probado tenemos más dificultades. Se nos dice que los compradores se dirigieron solamente a una de las acusadas que se encontraba en la puerta de la vivienda, a la que solicitaron que les proporcionase heroína a cambio de 2000 pesetas “a lo que ésta se negó diciéndoles que sólo vende por gramos”. Surgió una discusión en la que interviene otro acusado Lucas (marido de Mariana) que les repite que sólo vendía por gramos. El enfrentamiento ocasionó las lesiones que se describen en el relato fáctico, sobre cuyo contenido y calificación jurídica nada tenemos que objetar.

En el caso que nos ocupa, la negativa a vender en las cantidades solicitadas por los compradores, deja sin efecto el acto al tráfico que no se objetiva de manera suficiente, por lo que no podemos situarnos ante un desarrollo típico de la acción.

Las manifestaciones de los testigos, que resultaron además perjudicados por la agresión, no sirven ni siquiera para establecer un principio probatorio, ya que una vez realizadas en la policía, no fueron ratificadas en el juicio oral. Aunque se tomasen en consideración algunas de las manifestaciones que for-

mularon los testigos, lo cierto es que los términos específicos que se relatan no se incorporan al hecho probado, lo que sólo nos permite valorar como probado, la negativa de dos de los acusados a vender droga al menudeo o en cantidades inferiores a un gramo.

6. Es precisamente esta conducta la que tenemos que examinar para decidir si constituye un acto imperfecto de ejecución, que sólo se podría atribuir a Mariana y Lucas, o por el contrario, la negativa a vender nos sitúa ante la inexistencia objetiva y material de una, aunque fuese pequeña cantidad de droga de la que pudieran disponer para la venta. Esta postura debe considerarse, fuera del marco punitivo y del tipo previsto en el artículo 368 del Código Penal.

Lo cierto es que la negativa de los dos únicos acusados que la exteriorizan impide la consumación y la realización material de las conductas típicas ya no sólo el tráfico no se produce sino que tampoco puede hablarse de que la negativa a vender, aunque sea por razones de las condiciones de la transacción, sea un modo genérico de favorecimiento del consumo. El reconocimiento propio según los testimonios de las personas que vieron defraudados sus deseos de adquirir droga sólo nos sirve para sentar, de forma genérica, que los acusados es posible que vendiesen, pero no se diseña de forma clara y precisa una actividad de venta que pudiera ser objeto de constatación al margen de los testimonios no corroborados de los frustrados compradores. La condena no puede construirse sobre una manifestación de voluntad, que no va seguida del comienzo de alguna acción típica.

En el caso presente, sólo nos consta una forma de hábito de conducta por parte de los acusados, pero lo cierto es que cualquiera que sea la consideración que dicha circunstancia nos merezca, la lesión al bien jurídico protegido no se produce por la decisión de los acusados de no vender la droga solicitada, aunque se alegue que no se realizó la venta, porque los compradores no llevaban dinero suficiente para adquirir la droga por gramos, no se puede objetivar un daño real ni presente a la salud pública que es el bien

protegido. El bien jurídico es el bien ideal que se incorpora al concreto objeto del ataque y sólo es lesionable dañando los respectivos objetos individuales de la acción. Es evidente que, en este caso, por unas especiales y no frecuentes circunstancias, no ha habido daño al bien social y jurídico protegido, ni se ha objetivado ninguna otra conducta contenida el tipo penal que se aplica y que pudiera, de manera autónoma y desligada de la acción enjuiciada, constituir una base pa-

ra determinar un principio de lesión. El principio de lesividad, es un componente inseparable de la tipificación penal, ya que el legislador decide castigar todas aquellas conductas que, de forma directa o potencial, pueden afectar al bien jurídico protegido, pero el derecho penal debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en el caso presente, la conducta imputada es solamente sospechosa pero no constitutiva, de un daño o simple riesgo para la salud pública.

### **Sentencia 750/2003, Sala de lo Penal del TS, de 26 de mayo de 2003**

SENTENCIA DICTADA POR MENOR NÚMERO DE MAGISTRADOS.

**Arts. 196, 238.1.º y 257.4 LOPJ; 145 y 851 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio**

#### SÍNTESIS

*Se declara la nulidad de la sentencia dictada por tan sólo dos de los tres magistrados que intervinieron en la vista por total apartamiento de las normas del proceso. La excepción contemplada en el art. 257.4 de la LOPJ que permite votar la causa y dictar sentencia a los magistrados no impedidos exige que con ellos existan los necesarios para formar mayoría que no puede ser otra que la mínima necesaria para formar Sala (tres). [Confróntese con la STS 930/2003, reproducida más adelante, donde se da una interpretación diversa].*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—1. Exigencias metodológicas, tanto de índole jurídica como práctica, imponen la prioridad en el análisis del motivo segundo de los formulados por el primer recurrente José Ángel, al amparo del art. 851.5.º de la LECrim. “al haberse dictado la

sentencia por menor número de Magistrado que el señalado en la ley (art. 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”.

(...)

En el folio 343 del rollo de Sala existe diligencia del Secretario en la que, efectivamente, se hace constar que las actuaciones

se entregan en secretaría por el ponente sin que se haya puesto resolución alguna y que el referido Magistrado “ha solicitado en el día de hoy baja por enfermedad remitida al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia y, además, se encuentra pendiente de resolver un expediente disciplinario abierto contra el mismo por retraso en su trabajo, doy fe”.

La cuestión que se plantea está regulada no sólo en la LECrim. sino también en la LOPJ que, como orgánica y posterior, ha derogado aquella tácitamente en aquellos preceptos que se encontraran en contradicción con la nueva regulación, en virtud de la “cláusula de cierre” de su Disposición Derogatoria (S. 2065/2001, de 7 de noviembre). No ocurre así en la materia objeto de nuestro análisis por la coincidencia esencial, en lo que ahora importa, de ambas leyes. No obstante la sentencia recurrida al haber sido deliberada, votada y firmada exclusivamente por dos Magistrados se aparta de las normas sobre la constitución de los tribunales.

El art. 196 de la LOPJ establece que “en los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala”. En el mismo sentido el art. 145 de la LECrim. dispone que para dictar sentencia serán necesarios tres Magistrados. El quórum de tres es imprescindible para la válida formación o constitución de la Sala. Se ha subrayado que en materia penal la composición de los Tribunales debe ser siempre impar (art. 145 y 898 de la LECrim.).

En la LOPJ los verbos “formar” y “constituir” son equivalentes; el primero —“formar”— lo utilizan los arts. 188.2, 196 y 197, el segundo —“constituir”— lo emplea el art. 199 y el art. 2002.1 se sirve de los dos.

En la deliberación y votación han de participar los mismos Magistrados que intervinieron en la vista, incluidos los trasladados o jubilados, y ha de comenzar por la propuesta del ponente, que es también el primero en emitir su voto (arts. 253, 254 y 256 de la LOPJ y arts. 149, 151 y 155 de la LECrim.);

las sentencias se firmarán por todos los Magistrados no impedidos (art. 259 LOPJ).

La necesidad de tres Magistrados, como dijo la sentencia de 14 de diciembre de 1992, se explicita en el art. 145 de la Ordenanza Procesal Penal y se reitera en el art. 196, en relación con el art. 81 LOPJ; la constitución de una Sala para dictar sentencia con sólo dos Magistrados es antijurídica e incurre en la nulidad del art. 238.1.º LOPJ. La sentencia de 5 de mayo de 1993 insiste en que dichos artículos (81, 196 LOPJ y 145 LECrim.) no permiten que una sentencia dictada por una Audiencia Provincial lo sea por menos de tres Magistrados.

3. El motivo segundo del recurso de José Ángel por quebrantamiento de forma, ha de ser, en consecuencia, estimado. La sentencia recurrida dictada por una Sala integrada por dos Magistrados es nula con nulidad insubsanable, conforme a lo establecido en el apartado 3.º del art. 238 de la LOPJ por total apartamiento de las normas esenciales del proceso. Lo que la LOPJ prevé en el art. 257.4 es la situación del Magistrado que no pudiera votar a pesar de los modos extraordinarios establecidos en los tres primeros apartados del mismo artículo. En ese caso votarán la causa y dictarán sentencia los no impedidos si hubiere los necesarios para formar mayoría que no puede ser otra, en una interpretación lógica y sistemática, que la mínimamente necesaria para constituir Sala. El art. 257 en su totalidad es transcripción literal art. 154 de la LECrim. que, a su vez, lo es del art. 686 de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, como subrayan los primeros comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no es lo mismo el caso de quien “votó en Sala y no pudo firmar” del que ni siquiera ha tomado parte en el acto de la deliberación, lo que hubiera obligado, en su caso, a “ver de nuevo el asunto” sustituyendo al impedido, como dispone el art. 258 de la LOPJ y se ordena ahora con las lamentables dilaciones que se producirán, ajenas al comportamiento procesal de los recurrentes.

**Sentencia 781/2003, Sala de lo Penal del TS, de 27 de mayo de 2003**

ERROR EN LA CALIFICACIÓN, PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* Y DOCTRINA DE LA PENA JUSTIFICADA.

**Art. 849.1.º LECrim.**

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

SÍNTESIS

*El error en la calificación y la vinculación del Tribunal de instancia por los términos de la imputación formulada por la acusación, conducen en casación a que por aplicación del principio de reformatio in peius la Sala no pueda modificar la sentencia en perjuicio de los acusados. Pero de esa calificación jurídica que los benefició indebidamente no es posible deducir en casación un nuevo beneficio basado precisamente en el error de la misma; conforme a la doctrina de la “pena justificada”, si los hechos de la acusación consienten una subsunción que hubiera determinado la pena impuesta, no cabe estimar el recurso de casación por infracción de ley para modificar la calificación incorrecta con que se beneficiaron los autores.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Antes de adentrarnos en el examen de los motivos de casación formulados por los acusados contra la sentencia del Tribunal *a quo*, esta Sala se encuentra en la obligación de señalar que los hechos referentes a la muerte del niño podrían haber sido calificados como constitutivos de un delito más grave del de homicidio imprudente, dado que la administración de una cantidad elevada de heroína (“suficiente para producir la muerte de un adulto”) a un pequeño de 13 meses de edad, autoriza a considerar fundadamente la concurrencia del dolo eventual en la actuación de los acusados y no la mera omisión de una simple

regla de cuidado que califica la imprudencia. No obstante ello, vinculada la Sala de instancia por los términos de la imputación formulada por la acusación, el respeto al principio *reformatio in peius* impide a esta Sala, en este trance casacional, modificar la sentencia y el fallo de la misma en perjuicio de los acusados, pero no por ello debe abstenerse de hacer la precisión precedente.

En todo caso, la incorrecta subsunción que se produce al incardinar los hechos probados en unos tipos penales distintos a los que debían haber sido aplicados no puede ser aprovechado por los acusados en su beneficio, debiéndose aplicar en este punto la teoría de la pena justificada a que se refiere, entre otras, la STS de 17 de julio de 2002

cuando, al pronunciarse en un supuesto de hecho jurídicamente similar al presente, expone que la Audiencia no podía practicar la correcta subsunción de los hechos porque ni el Ministerio Fiscal ni la Acusación particular postularon esta calificación de los mismos, y este Tribunal Supremo tampoco podría modificar peyorativamente la sentencia en perjuicio de los recurrentes. Porque —añade—, lo cierto es que la pena impuesta, de todos modos, no se deriva de una infracción de ley, sino de una errónea calificación que ha beneficiado a los recurrentes, pues ha permitido que se les aplique una pena menor que la que les hubiera correspondido. De esta calificación jurídica que

los benefició indebidamente no es posible deducir ahora un nuevo beneficio basado precisamente en el error de la misma. Esta es la tesis de la doctrina de la pena justificada, ya aplicada por esta Sala en antiguas sentencias (STS de 10-2-1972 y 10-7-1980) y que el Tribunal Constitucional consideró compatible con los derechos fundamentales del acusado en su STC 12/1981, F.º J.º 4. De acuerdo con ella, si los hechos de la acusación consienten una subsunción que hubiera determinado la pena impuesta, no cabe estimar el recurso de casación por infracción de ley para modificar la calificación incorrecta con la que el autor o autores se beneficiaron.

**Sentencia 755/2003, Sala de lo Penal del TS, de 28 de mayo de 2003**

ERROR DE PROHIBICIÓN. LEGÍTIMA DEFENSA (PUTATIVA).

**Art. 14, núm. 3 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se califica de error de prohibición el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (aquí la creencia errónea en una inminente agresión), ocupándose a continuación la sentencia de los criterios para distinguir el carácter evitable o inevitable de dicho error.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

2. Distinta es la cuestión en lo concerniente a la legítima defensa putativa, es decir al error sobre los presupuestos (fácticos

o normativos) que, de haber concurrido, hubieran podido justificar el hecho. El Tribunal a quo ha considerado, con razón, aplicable al caso el art. 14.3 CP. Este artículo, sin embargo, exige distinguir entre los errores invencibles y los vencibles. La sentencia se ha pronunciado sobre la inevitabilidad del

error del acusado, diciendo sólo que éste “debió percatarse de que el denunciante, sujetado por los presentes, no suponía para él peligro alguno”. Esta motivación, de todos modos, puede ser discutible si se analiza cuidadosamente el hecho probado, pues en él se afirma que “el acusado, en la equivocada creencia de que el denunciante iba a agredirle, le propinó un puñetazo en la boca”, lo que significa que los hechos tuvieron un desarrollo temporalmente muy breve.

La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación.

La cuestión de la evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa. La exigibilidad de esta comprobación se debe negar en el caso de la legítima defensa, por regla general, cuando el autor haya obrado en circunstancias que podrían generarle un temor razonable y cuando, da-

da su representación de los hechos, le era temporalmente imposible llevarla a cabo, sin asumir el riesgo de no poder defenderse.

Con los hechos probados de la sentencia recurrida, no es discutible que el acusado obró creyendo, equivocadamente, que la agresión se mantenía. Es decir: creyendo que su defensa era necesaria. Asimismo, el error se produjo en una situación del acusado que debe haberle generado temor e inseguridad, de tal manera que, dada su representación del ataque y el conocimiento de la inferioridad de sus fuerzas, no se le podía exigir que hiciera una verificación mayor que la realizada. Sin perjuicio de ello, en el presente caso, se debe también considerar que la decisión del sujeto pasivo de agredir físicamente al acusado era real y que además fue producida intencionalmente. Tanto es así que alguien no identificado lo percibió en forma tan clara que se sintió impulsado a actuar en defensa del acusado. La circunstancia de que haya sido el sujeto pasivo quien ha generado por sí mismo y de una manera real el peligro de la legítima defensa del acusado debe ser tenida en cuenta a los efectos de establecer el mayor o menor margen de exigibilidad de una verificación de la necesidad de acción de defensa, dado que unas de las finalidades que justifican la legítima defensa es precisamente la represión de la agresión antijurídica que el Estado no puede llevar a cabo por razones temporales. El margen de error sobre la necesidad de la defensa concedido cuando la agresión es real, puede ser mayor que el que se otorga al autor que sólo ha imaginado una agresión que, en realidad, era inexistente. En este último caso, el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo.

Lo dicho permite afirmar que el error de prohibición debe ser considerado invencible y, por lo tanto, excluyente de la culpabilidad. El resto de los motivos pierden, en razón de la absolución que debemos dictar, toda su practicidad.

**Sentencia 788/2003, Sala de lo Penal del TS, de 29 de mayo de 2003**

CONCURSO DE DELITOS.

**Arts. 73 y 77 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

SÍNTESIS

*Entiende la sentencia que la pluralidad de resultados conduce a una pluralidad de hechos en el sentido del artículo 77 del CP, por lo que cuando con una misma acción se detiene ilegalmente a dos personas habrá un concurso real y no ideal de delitos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Décimo.**—(...)

Se entiende que existe concurso ideal, conforme al artículo 77.1 del Código Penal, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones. La cuestión se centra en determinar cuándo nos encontramos ante un solo hecho, aspecto requerido como elemento básico del concurso ideal. Un sector de la doctrina ha acudido al criterio de la concepción natural de la vida, de manera que la unidad vendrá determinada en atención al punto de vista de la sociedad, según los parámetros normales. Otro sector doctrinal acude al auxilio de un criterio jurídico, de forma que la unidad de hecho vendrá determinada por la descripción típica, que constituye el marco configurador del hecho en atención a su relevancia para el derecho. En esta línea se cuestiona si ha de atenderse a la conducta típica o también ha de tenerse en cuenta el resultado. Algún autor ha puesto

de relieve que los tipos describen conductas en los delitos de mera actividad, pero incorporan el resultado material al hecho en los delitos de resultado. Se distingue así de alguna forma entre acción y hecho. Para otros autores, el hecho debe conceptuarse como la actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal, sin que afecte a la existencia de un solo hecho el que pueda integrar más de un tipo penal.

La jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por entender que los distintos resultados dolosos directamente queridos producidos por una sola acción deben ser sancionados como un concurso real al tratarse de varios hechos. La acción del autor, aparentemente única, se diversifica al dirigirse dolosamente hacia varios resultados diferentes, dando lugar a hechos distintos. La STS n.º 1672/1999, de 24 de noviembre, se refirió expresamente a esta cuestión y citó la STS n.º 187/1998, de 11 de febrero, en la que se

había afirmado lo siguiente: “Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con “dolo directo”— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de “varios hechos” punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado —previsto pero no directamente perseguido—, es decir, cuando se actúa con “dolo eventual” —como sucede en el caso de autos— estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso”.

En realidad, cuando se trata de delitos dolosos de resultado el tipo no solo describe conductas, sino también resultados (STS n.º 1837/2001, de 19 de octubre), de manera que lo relevante para el derecho a los efectos del artículo 77, que se refiere a hechos, no es solo la acción que conduce al resultado, sino, también éste, cuando el resultado es directamente querido por el autor, de ma-

nera que existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos. En este sentido, la STS n.º 672/1999, de 24 de noviembre, antes citada, señala que “cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción. Quien persigue una pluralidad de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados. De ahí que el término ‘hecho’ que refiere el art. 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término ‘hecho’ incorpora tanto el disvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. art. 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción”.

En el caso actual, los acusados ejecutaron el secuestro de dos personas en un único curso causal, integrado por la acción violenta en la que privaron de libertad a la víctima y a su hijo de seis meses al encerrarlos en una vivienda, impidiendo a la primera hacer uso de su libertad personal, tanto como hacer efectiva la del menor que custodiaba, mientras lo tuvo en su compañía.

Se trata de una sola acción, pero de dos hechos en el sentido expuesto, por lo que deberá ser sancionado como un supuesto de concurso real.

**Sentencia 769/2003, Sala de lo Penal del TS, de 31 de mayo de 2003**

DETENCIÓN ILEGAL. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

**Arts. 163 Código Penal; 142 LECrim.; 248.3 LOPJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

*A propósito de la impugnación por el recurrente de la sentencia que le condenó por un delito de detención ilegal en su modalidad del art. 163.1 del CP, considerando, por contra, que lo debía haber sido por la modalidad más atenuada del art. 163.2, se efectúa una crítica de la “teoría de la complementación del hecho” empleada a veces por la Sala, y se estima el recurso.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—El motivo quinto se acoge a la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha inaplicado el artículo 163.2 del Código Penal.

(...) existen bases fácticas, para aplicar la modalidad más atenuada de la detención, seguida de la puesta en libertad en un plazo no superior a las setenta y dos horas.

El relato de hechos probados no hace una referencia específica a la forma en que terminó el secuestro, por lo que carecemos de una base fáctica que nos permita apreciar, si nos encontramos ante una modalidad como la que ha estimado la sentencia recurrida o bien debemos optar por la tesis que mantiene el recurrente. La resolución recurrida de forma absolutamente incorrecta, relega, al fundamento de derecho segundo, la mención, no muy precisa, a la forma en que terminó el secuestro, diciendo de manera descriptiva y no tajante y afirmativa, que el acusado permaneció en la casa hasta el final

de la tarde y logró escapar, aprovechando el momento en que le desataron del poste para poder ir al baño, consiguiendo llegar hasta la casa de su padre.

3. La permisividad de una corriente jurisprudencial de esta Sala, ha intentado salvar la incorrecta técnica y sistemática de los redactores de algunas sentencias, complementando los hechos probados, con las referencias fácticas camufladas en el seno de las argumentaciones jurídicas. De esta forma, además de hacer una interpretación contra ley, perjudicial para el reo, se origina una cierta indefensión en la parte afectada, que tiene que escudriñar e interpretar, cuáles son las partes fácticas de la fundamentación jurídica, para conseguir combatir la calificación jurídica de la sentencia. No sabe de antemano qué pasajes van a ser considerados complementarios del insuficiente y deficiente relato fáctico, sin embargo esta Sala puede a su elección, elegir aquellos que considera integradores y llegar a una solución a

la que no ha tenido oportunidad de oponerse a la parte recurrente.

4. La técnica de la complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva, se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

El artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dice de manera expresa que el error de derecho tiene que partir de los hechos que se declaran probados. Exige, por tanto, el legislador y nuestro sistema tradicional, ahora reforzado por las previsiones constitucionales de la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, que la base y contenido de la imputación jurídica se concentra única y exclusivamente en los hechos que se declaran formal y restrictivamente probados. Es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho, nunca se dice, de forma concluyente, que, dichos pasajes, se declaran expresa y terminantemente probados. Este modelo de sentencias está además expresamente avalado por el ancestral artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece, desde hace más de un siglo, cuál es la técnica legal que debe seguirse, imponiendo hacer una declaración "expresa y terminante" de los hechos que se estimen probados. Más recientemente el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que se consignarán en párrafos numerados y separados los diversos apartados que constituyen la estructura de la sentencia, para que pueda ser comprendida y en su caso recurrida por la parte a la que perjudica.

La tesis de la complementación ha sido una rechazable técnica que se ha utilizado, casi siempre, en contra del reo y para salvar

las deficiencias imputables a los redactores y firmantes de la sentencia. Lejos de contribuir a la perfección del sistema, se ha coadyuvado a la vulneración de elementos sustanciales que deben ser observados en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales.

5. En consecuencia y ciñéndonos exclusivamente al contenido expreso y taxativo del hecho probado, debemos hacer una lectura e interpretación favorable al reo. No podemos utilizar el silencio o la omisión, en contra de sus tesis impugnatorias. Es cierto que el artículo 163.2 del Código Penal incluye en el tipo privilegiado las conductas voluntarias de los secuestradores encaminadas a dar libertad al detenido dentro de las setenta y dos horas primeras del secuestro y que, alguna sentencia, ha exigido una conducta activa y directamente positiva. Sin embargo ante la presencia de este dato no podemos integrarlo artificialmente y en sentido perjudicial para el acusado. Por otro lado, también existe una corriente doctrinal que concluye en los supuestos del tipo privilegiados y en aquellos casos en los que sin constar una actividad decidida y claramente exteriorizada de dar libertad al detenido, nos encontramos ante lo que gráficamente se conoce como "puente de plata" que supone una actitud de relajamiento voluntario de los sistemas de custodia, facilitando y casi invitando al acusado a que busque la salida del lugar en el que se encuentra encerrado. Todo ello nos lleva a considerar que, con el bagaje fáctico del hecho y con la interpretación exigida a favor del reo, y constanding que la salida tuvo lugar a las pocas horas de ser introducido en la casa, el tipo aplicable es el del artículo 163.2.d) que impone la pena inferior en grado a la básica, que fijaremos entre dos a cuatro años y que será individualizada en la segunda sentencia.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

**Sentencia 803/2003, Sala de lo Penal del TS, de 4 de junio de 2003**

INTERVENCIONES CORPORALES.

**Arts. 15 y 18.1 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

*Con crítica expresa de la ausencia de regulación específica en la materia de intervenciones corporales, se expone la doctrina general existente al respecto a propósito de un caso de toma de muestras de saliva para la determinación de ADN que, por obedecer a exclusivos fines de identificación, no representa en modo alguno la intromisión relevante en el ámbito de la integridad física ni en el de la intimidad denunciada por el recurrente.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se ha denunciado infracción de ley, de las del art. 849.1.º LECrim., al amparo de lo que dispone el art. 5.4 LOPJ, por infracción de preceptos constitucionales, en concreto, los arts. 15.1 y 18.1 CE, en relación con el art. 11.1 LOPJ. El argumento es que la obtención de saliva del acusado para la determinación del ADN se llevó a cabo con vulneración de su derecho a la integridad física y a la intimidad, por lo que debería haberse declarado la nulidad de esa prueba.

Según consta en la causa, recabado el consentimiento de aquél para la práctica de esa determinación, no lo prestó, por lo que el instructor dictó auto disponiendo que la misma se llevase a cabo y con el apercibimiento de que, en caso de reiterarse la negativa, cabría imputar al que ahora recurre un delito de desobediencia grave. En vista de la resolución, éste se prestó a la obtención de saliva para el fin indicado.

En el escrito de recurso se argumenta con base, sobre todo, en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 207/1996, de 16 de diciembre —que, en efecto, contiene una exposición precisa del marco constitucional y legal de intervenciones como la de que se trata— para llegar a la conclusión expresada en la formulación del motivo de que se ha dejado constancia. (...)

En este orden de cosas, lo primero que salta a la vista es que de forma ciertamente incomprensible, por injustificada, el legislador español, a estas alturas, sigue manteniendo, sustancialmente huérfana de regulación específica la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano, a pesar de la notable importancia que, desde hace tiempo, han cobrado en el desarrollo de la investigación criminal de determinados delitos, siempre graves, y de su posible incidencia en los derechos fundamentales de los afectados. El legislador, al eludir de este modo su responsabilidad, no obstante las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, se convierte en factor de inseguridad jurídica y delega, *de facto*, en los jueces competencias que desbordan la función jurisdiccional, incrementando su discrecionalidad más allá de lo aceptable.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia citada lleva a cabo un examen pormenorizado de las actuaciones procesales sobre el cuerpo humano del imputado, orientadas a obtener alguna información relevante para la instrucción criminal, susceptibles de incidir negativamente sobre derechos fundamentales como la integridad física (art. 15 CE) y la intimidad personal (art. 18.1 CE). En esa perspectiva distingue lo que denomina “inspecciones y registros corporales”, que “consisten en cualquier género de reconocimiento”, cuando “en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (...) o inciden en la privacidad”. Y, en segundo término, identifica las que llama “intervenciones corporales”, consistentes “en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”. En esta clase de intervenciones —se dice— “el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo”. A tenor de la intensidad del sacrificio de ese derecho que impongan, las intervenciones de referencia, resultan clasificadas en “graves” y “leves”, según tengan o no capacidad para “poner en peligro el derecho a la salud (u) ocasionar sufrimientos a la persona afectada”.

La toma de muestra de saliva consiste en obtener un fluido corporal, y en este sentido,

conforme a las anteriores consideraciones, en una primera aproximación, podría ser calificada de “intervención”, si bien es cierto que no afecta en absoluto a la integridad física, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido. Así, tanto por el modo de su realización como por la incidencia práctica en el afectado sería más bien asimilable a las “inspecciones y registros corporales”, siempre que —dado que no incide en “partes íntimas del cuerpo”— lo hiciera de manera estimable en la privacidad.

A este respecto, el propio Tribunal Constitucional, en la resolución que se examina, contempla el supuesto de actuaciones como las de referencia que, “pueden conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención (...) sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal”. En idéntico sentido, la sentencia del propio Tribunal Constitucional 234/1997, de 18 de diciembre.

Como se sabe, el conocimiento del perfil genético de un individuo, al que cabe acceder a través de la determinación de su ADN, permite obtener información amplia y muy sensible sobre sus características biológicas, razón por la que la materia, en principio, concierne directa e intensamente al derecho a la intimidad personal. Ahora bien, en casos como el contemplado, en los que la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad, la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente, ya que el resultado de la prueba es asimilable al que pudiera obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten una identificación fiable. Con lo que, tanto desde el punto de vista del modo de operar sobre el sujeto, como por razón del fin, la prueba en cuestión no representó una intromisión relevante en el ámbito de la integridad física y tampoco en el de la intimidad del recurrente, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**Sentencia 849/2003, Sala de lo Penal del TS, de 9 de junio de 2003**

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA.

**Art. 739 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Con cita de la sentencia de la Sala de 16 de mayo de 2002 (reproducida en el n.º 8 de la Revista de Derecho Penal) se exponen los argumentos que justifican que la vulneración del derecho a la última palabra conlleva, no ya la mera anulación de la sentencia, sino del juicio oral desde su comienzo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Al amparo del art. 5.4 LOPJ se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías consagrados en el art. 24.1 y 2 CE, por no haberse concedido el derecho a la última palabra al acusado que dispone el art. 739 LECrim.

(...) la queja que plantea el recurrente es idéntica a la que se analiza y resuelve en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2002 y la fundamentación jurídica y el pronunciamiento que en ella se explicita son perfectamente aplicables al caso presente, de forma que el motivo debe ser estimado puesto que, efectivamente, en el acta del juicio oral no consta que se cumpliera por el Tribunal de instancia lo dispuesto en el art. 739 LECr. En esta norma procesal se establece el deber del Presidente del Tribunal de preguntar a los procesados, terminados los informes de las acusaciones y defensas, si tienen algo más que manifestar y, a continuación, el deber de conceder la palabra al procesado que contestare afirmativamente. De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en las sentencias de 9-12-1997 y 5-4-2000, este último trámite del plenario no puede ser suprimido sin lesio-

nar gravemente el derecho fundamental a la defensa que garantiza a todos el art. 24.2 CE. Debe tenerse en cuenta que el derecho a la defensa es uno y el derecho a la asistencia de letrado otro, de suerte que la efectividad del segundo no deja sin contenido al primero. Así deben ser interpretados en nuestro ordenamiento jurídico los arts. 14.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.º 3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos que proclaman el derecho de todo acusado de defenderse personalmente —por sí mismo— o ser asistido por un defensor. Y constituye un rasgo significativo de nuestra vieja y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal —un rasgo revelador, por cierto, de la sensibilidad de sus autores para los valores liberales que inspiran el moderno proceso penal— que se anticipase en muchas décadas a la normativa que hoy refuerza el derecho a la defensa no considerándolo agotado con la intervención del Abogado defensor. El art. 739 LECrim. abre para el acusado la posibilidad de expresar, directamente y sin mediación alguna, las alegaciones que estime pueden contribuir al más eficaz ejercicio del derecho de defensa, matizando, completando o rectificando, en su caso, los hechos y los ar-

gumentos expuestos por su Letrado; y al mismo tiempo, permite eventualmente que el Tribunal incorpore, a los elementos que debe apreciar en conciencia según el art. 741 de la misma Ordenanza Procesal, algunos que, siendo dignos de advertencia y reflexión, hubiesen sido omitidos en la actuación del Letrado. Es por ello por lo que el derecho reconocido al acusado en el art. 739 LECrim. se inscribe plenamente en el derecho de defensa y por lo que privar al mismo de la posibilidad de decir la última palabra en el proceso penal debe ser considerado lesivo de dicho derecho fundamental y motivo suficiente para casar y anular la Sentencia que se haya dictado tras producirse tal infracción constitucional.

En principio, la casación de una sentencia por el quebrantamiento que hemos apreciado sólo debería llevar consigo, por aplicación analógica del art. 901.bis.a) de la LECrim., la reposición de los autos al momento en que se omitió el cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado art. 739. No obstante, la importancia que revisten en el proceso penal los principios de concentración y unidad de acto nos obligan a anular el juicio oral desde su comienzo y a ordenar la reposición de las actuaciones al momento mismo de su inicio para que, en el más breve plazo posible habida cuenta del tiempo que llevan los justiciables esperando una

respuesta penal definitiva, se celebre de nuevo ante un Tribunal integrado por Magistrados distintos de los que dictaron la Sentencia recurrida para eliminar, frente a las partes, toda sombra o sospecha de prejuicio. La estimación de este primer motivo del recurso no permite que continuemos conociendo del resto del mismo.

Podría argumentarse en contra de lo expuesto que existe la posibilidad de que al acusado se le hubiera ofrecido el uso al derecho a la última palabra y que, por error omisivo del actuario, no se hubiera reflejado en el Acta; o que la manifestación del reo hubiere sido inocua, omitiéndose su consignación dado que el art. 743 LECrim. señala que el Secretario del Tribunal “hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido” en el Juicio.

El primer eventual reparo no dejaría de ser una mera conjetura carente de base real y, por tanto, manifiestamente inhábil para justificar la vulneración del derecho del acusado. Y, en lo que se refiere a la segunda hipotética objeción, señalar, además de lo anterior, que todos los actos procesales que en la Vista Oral tengan al acusado como protagonista activo no son baladíes, sino de evidente relevancia, por lo que deben ser incluidos en el Acta fuerе cual fuese el resultado de los mismos.

## **Sentencia 883/2003, Sala de lo Penal del TS, de 12 de junio de 2003**

COMPETENCIA TERRITORIAL Y DELITO DE ESTAFA.

**Art. 14 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

### SÍNTESIS

*Aplicación por la Sala de la doctrina existente en materia de competencia territorial y en relación con el delito de estafa, considerando que el forum commissi delicti se identifica con el lugar donde se realiza el acto de disposición patrimonial viciado por el engaño y consiguiente perjuicio para la víctima.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...)

El Tribunal de instancia, en el Auto recurrido, recoge la doctrina de esta Sala que señala como *forum commissi*, en el delito de estafa, el lugar donde se realiza por el error el acto de disposición viciado por el engaño y el autor obtiene la disponibilidad efectiva de la cosa ajena y aplicando esa doctrina al hecho examinado, entiende que la competencia no corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles.

Ciertamente, esta Sala se ha pronunciado en bastantes casos sobre los criterios que hay que tener en cuenta para determinar la competencia territorial en los delitos de estafa.

Así, en el Auto de fecha 12 de diciembre de 2001 se establece que tratándose de un posible delito de estafa, delito que es un típico delito patrimonial, a los efectos de determinar la consumación del mismo, hay que estar no por el fuero del lugar donde se produjo el engaño, sino aquel en el que se produjo el desplazamiento patrimonial y consiguiente perjuicio para la víctima pues ese perjuicio equivale a la ejecución del delito, y por tanto a su consumación. Esta es la constante jurisprudencia de la Sala en relación al delito de estafa, pudiéndose citar, entre otras muchas, las SSTS de 4, 11 y 20 de noviembre de 1998, y entre los más antiguos Autos de 16 de junio de 1997, 24 de enero de 1985 y 15 de abril de 1988.

Igual criterio se expone en el Auto de esta Sala de 5 de mayo de 2003 en el que se dice que tiene declarado reiteradamente este

Tribunal que este tipo de delitos se consuman en el lugar donde se produce la lesión o el perjuicio económico para el sujeto pasivo mediante el correspondiente desplazamiento patrimonial (v. autos de 16 de junio de 1977, 29 de enero de 1985 y 15 de abril de 1988, entre otras muchas). Es palmario —siguiendo el reiterado criterio de esta Sala en sus resoluciones, entre otras, de 22 de mayo de 1961, 30 de septiembre de 1969, 20 de enero de 1970, 4 de febrero de 1972 y 20 de enero de 1981— que el *forum delicti commissi* es el de la consumación material, pues el lugar de comisión del delito para el delito de estafa es, por lo expuesto, aquél en que se consuma, no donde se inicia, y a propósito de dicho delito es constante la doctrina jurisprudencial que fija la consumación en el momento en que quedan a disposición del delincuente las cosas que por el medio engañoso se propuso obtener, pues entonces es cuando la defraudación se realiza.

Aplicando la doctrina que se acaba de dejar expresada al supuesto objeto de este recurso, acorde con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el criterio expuesto en el Auto recurrido, ya que tanto el contrato como el desplazamiento patrimonial y puesta a disposición del querellado de la suma presuntamente defraudada se produjo en territorio fuera de la competencia de los Tribunales españoles, sin que concurren otros presupuestos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permitan extender la jurisdicción de los Tribunales españoles al conocimiento de estos hechos.

**Sentencia 872/2003, Sala de lo Penal del TS, de 13 de junio de 2003**

TESTIMONIO DE INCAPAZ.

**Arts. 417.3.º, 433 y 442 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Precauciones acerca de la validez del testimonio de persona incapaz, como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—(...)**

4. Particular importancia tiene en la presente causa la habilidad del testimonio de incapaces para enervar el derecho constitucional en el que se fundamenta la impugnación. En el derecho penal procesal, a diferencia del proceso civil, el testimonio de un incapaz no aparece rebajado en su capacidad probatoria bajo una incapacidad natural para declarar (art. 1246 CC) y ello porque, el niño, el demente, el imbécil etc., ven, perciben y pueden narrar los hechos que han presenciado. Cuestión distinta será la forma en que debe de realizarse el interrogatorio, qué expresiones deben emplearse para obtener de su testimonio la mayor eficacia acreditativa de los hechos enjuiciados.

En términos de la STS 6-4-1992: “Como norma general dentro del Derecho procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra hechos y no formula valoraciones sobre ellos. De ahí que sea preciso que como primera nota para la atendibilidad

de tal prueba sea necesaria una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal capacidad natural. Así, la normativa civil en cuanto establece (art. 1246.3.º del Código Civil) tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido justamente criticada por la más reciente y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en orden a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones, añadiéndose que “capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de catorce años y no serlo algunos mayores de esa edad”.

En la normativa procesal penal española, a diferencia de la civil, cabe destacar varias notas: a) No se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo. (El art. 417.3.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal se limita a enunciar que “no podrán ser obligados a declarar como testigos”, lo que es algo distinto). b) El artículo 433 de la misma Ley distingue entre el interrogatorio de un impúber, con terminología absolutamente obsoleta pero significativa, al igual que el artículo 442 de la misma establece un régimen significativo de diferencia con res-

pecto al artículo 658 de la Ley de Enjuiciamiento civil. c) Finalmente, la singular naturaleza de uno y otro proceso impone un tratamiento distinto a la hora de valorar la prueba. Mientras con carácter general la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal —también por lo general y excepto determinados tipos delictivos— basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. De igual modo, el deficiente mental es susceptible de transmitir similar información que es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En cada caso y en cada tipo delictivo ello será facultad exclusiva del tribunal de instancia en base a la intermediación sin que quepa —se insiste— a este tribunal proceder a un nuevo análisis de la prueba”.

En parecidos términos las SSTS 24-1-1994 y 2-1-1995. En el proceso penal, el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y acreditación de unos hechos en función de que lo que haya visto y presenciado lo comuniqué al tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo.

El tribunal ha valorado esa declaración del testigo perjudicado en los hechos y para analizar la capacidad del testigo ha tenido en cuenta las periciales practicadas sobre las condiciones de valoración de esa testifical. También han tenido en cuenta las periciales médicas, las psicológicas, las declaraciones del acusado y la de los testigos referenciales

al hecho, como la hermana de la perjudicada, de cuyo conjunto, el tribunal obtiene una convicción fundada sobre los hechos que declara probados que expresados racionalmente son fruto de una intermediación de la que esta Sala carece.

5. En otro orden de cosas el recurrente cuestiona la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testigo, oponiendo criterios de valoración frente a los afirmados por el tribunal. Al respecto, hemos de recordar que la prueba pericial puede ser considerada, de manera excepcional, documento acreditativo de un error cuando verse sobre aspectos científicos de los hechos, y sean coincidentes en sus conclusiones y el tribunal, careciendo de otros acreditamientos en la materia, se aparte de sus conclusiones de forma acientífica o irracional. Desde esta premisa hemos de constatar que el juicio sobre la credibilidad de un testigo no es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata. En esa función jurisdiccional de valoración de la prueba, el tribunal no puede ser sustituido por un perito, aunque los criterios que proporciona pueden ser tenidos en cuenta, ni por la parte proporcionando criterios de valoración de la pericia y, en definitiva, de la credibilidad de la perjudicada.

6. El tribunal de instancia afirma su convicción sobre la testifical de la víctima, valorada en los términos de racionalidad prevenidos en el art. 717 de la Ley Procesal, las periciales médicas y psicológicas realizadas sobre la perjudicada, las declaraciones de los acusados y de los familiares de ambos, obteniendo una convicción que motiva en la sentencia. Fruto de esa valoración es la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia impugnada y a la que nos remitimos. Constatada la existencia de una actividad probatoria, el motivo se desestima.

**Sentencia 880/2003, Sala de lo Penal del TS, de 13 de junio de 2003**

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL.

**Art. 392 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se resume la jurisprudencia relativa al concepto de “documento mercantil”, para concluir que no lo es el recibo correspondiente a una relación subyacente de contrato de obra.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

Como dijimos en la STS 289/2001, de 23 de febrero, el Código Penal no contiene una definición de lo que debe entenderse por documento mercantil. Su concreción ha sido realizada por la Jurisprudencia de esta Sala y las posiciones de la doctrina científica con posiciones, en ocasiones, muy críticas. La jurisprudencia de esta Sala hasta 1990 mantuvo un concepto amplio de lo que debía entenderse por documento mercantil comprensivo de los documentos regulados en el Código de Comercio y leyes especiales mercantiles, también aquellos documentos que recogen una operación de comercio o que tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos (STS 22-2-1985; 3-2-1989).

A partir del año 1990 se abre paso una nueva posición jurisprudencial que delimita el concepto de documento mercantil. En algunas Sentencias se circunscribe el concepto de documento mercantil a los efectos penales a los documentos explícitamente con-

templados en la legislación mercantil que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique la agravación de su falsedad respecto a la de aquél (SSTS 31-5-1991; 1-4-1991 y su antecedente de 17-5-1989).

En otras, STS de 21-6-1989, se señala que los documentos que respondan a actos de comercio serán mercantiles, a los efectos de la punición por el Código Penal, cuando respondan a una efectiva operación entre comerciantes, esto es, cuando sea mercantil el contrato al que sirve de soporte el documento, “teniendo en cuenta el concepto de compraventa mercantil que da el art. 325 del Código de comercio que entiende ser tal las cosas muebles para recaudarlas con ánimo de lucrarse en la reventa, excluyendo así de tal concepto las compras de efectos destinados al consumo...”. Consecuentemente será mercantil el documento con relevancia jurídica respecto a contratos efectivamente mercantiles.

Justifica esa nueva jurisprudencia la mayor punición de este tipo de documento frente a los privados y su equiparación más los

documentos públicos y oficiales que sí tienen en nuestro ordenamiento una definición (art. 1216 Código Civil y 596 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil). También la constatación del hecho de que la falsificación de documentos mercantiles normalmente acompaña a otros delitos normalmente patrimoniales.

Se trata de documentos privados que aparecen especialmente protegidos por el ordenamiento penal con la finalidad de proteger el tráfico mercantil.

El documento falsificado al que se contrae la impugnación no es sino un recibo de

una anterior contratación entre la empresa de los acusados y un profesional por la realización de un proyecto con el objeto de justificar la extinción de la relación sobre la que se planteaba la reclamación de cantidad. El contrato subyacente es un arrendamiento de servicios regulado por el Código Civil y no es propiamente un documento mercantil.

Desde la perspectiva expuesta el motivo debe ser estimado. Tanto se adopte una u otra postura jurisprudencial, no nos encontramos ante un documento mercantil y, consecuentemente, procede absolver a los acusados del delito de falsedad en documento mercantil por el que vienen condenados.

**Sentencia 866/2003, Sala de lo Penal del TS, de 16 de junio de 2003**

FUNCIONARIO PÚBLICO.

**Art. 24 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

*El concepto de funcionario público a efectos penales, recogido en el art. 24 del CP, comprende también al personal laboral contratado para ejercer sus funciones en el ámbito de un organismo público.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El motivo segundo se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se le ha aplicado indebidamente el artículo 438 del Código Penal.

1. Sostiene que fue contratada por la Administración del Estado en su condición

de “personal laboral”, de acuerdo con lo previsto en el Convenio Colectivo aprobado por Resolución de 24 de Diciembre de 1998, de la Dirección General de Trabajo. Estima que no ejerce función pública alguna, ya que lo único que le compete es atender al público, por su conocimiento del idioma marroquí, recibir solicitudes de regularización y proceder a incorporarlas a la base de datos.

2. El artículo 438 del Código Penal, que estima infringido por aplicación indebida, castiga, dentro del Capítulo dedicado a los fraudes y exacciones ilegales, a la autoridad o funcionario público que abusando de su cargo cometiere algún delito de estafa. El artículo mencionado configura un delito especial propio, que absorbe al delito común de estafa, cuando es cometido por una persona que ostenta la condición de autoridad y de funcionario público. Esta modalidad lleva aparejada una pena correspondiente al delito común, en su mitad superior e inhabilitación especial.

3. El punto de debate, se centra exclusivamente en la determinación de, si el personal laboral contratado para ejercer sus funciones en el ámbito de un organismo público, adquiere la condición de funcionario, a los efectos de la especificidad de los delitos que pudiera cometer en el desempeño de las funciones encomendadas.

El artículo 24.2 del Código Penal vigente mantiene la cláusula amplia que ha sido tradicional en nuestra historia legislativa, atribuyéndole esta condición, no sólo a los que la ley asigna directamente la condición de funcionario, sino también a todos aquellos que por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas. Esta última cláusula permite dar un sentido amplio al concepto de funcionario, ya que la consideración de tal viene determinada por la participación, de alguna manera, en el ejercicio de funciones públicas, estableciéndose una atribución de las notas características de los funcionarios por la materialidad de estar en un organismo público y realizar actividades que sólo podrían ser llevadas a cabo por personas a las que se atribuye esta condición.

3. La posición del personal laboral contratado tiene una doble vertiente, por un lado, su vinculación con la Administración es de carácter estrictamente temporal y condicionada a la duración del contrato y, por otro, el ejercicio material de funciones públicas, de igual naturaleza y contenido que

las que realizaría una persona que tuviese un reconocimiento legal de sus funciones, produce una equiparación a estos efectos concretos.

El criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión "se considera", desmarcándose de todo rigor legalista.

Se ha dicho, por alguna sentencia, que los funcionarios de empleo en contraposición a los funcionarios de carrera, tienen similar o semejante cuadro de derechos y obligaciones, con independencia de su estabilidad o permanencia en el puesto. Lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos. En el caso presente, la actuación de la acusada, como traductora intérprete para la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía, se desempeñaba en la Oficina de Extranjeros, ubicada en la Delegación Provincial de Trabajo. La oficina fue creada para la regularización de ciudadanos extranjeros en España. Su funciones eran las de atender al público de habla marroquí, recepción de solicitudes de regularización y documentación anexa a las mismas y grabación en las bases de datos informáticas, de los datos correspondientes a dichas solicitudes. Estas actividades dotan de, un carácter público-administrativo al desempeño de funciones que, en otro caso, podrían haber sido encomendadas a funcionarios de carrera, que tuviesen estos conocimientos. Por consiguiente no se puede discutir su carácter de funcionaria pública.

**Sentencia 358/2003, Sala de lo Penal del TS, de 16 de junio de 2003**

TRÁFICO DE DROGAS.

**Art. 368 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri**

SÍNTESIS

*Recogiendo jurisprudencia al respecto se declara atípica, por falta de riesgo para la salud pública, la entrega a cambio de una cantidad de dinero no determinada, de una dosis de heroína con un contenido neto de 23 miligramos. [Por el contrario, la STS 887/2003, de 13 de junio, entiende típica la entrega de una dosis de 24 miligramos de cocaína con una pureza del 51%].*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.—(...)**

2. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia por un único motivo, basado en infracción de Ley y amparado en el art. 849.1.º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 368 del CP.

Entiende el recurrente que partiendo de los hechos declarados probados, debe apreciarse la existencia de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP, referente a sustancia que causa grave daño a la salud.

Pone de relieve el Fiscal que, según datos de la Comisaría General de Policía Judicial, contenidos en la “Estadística Anual sobre Actuaciones contra el Tráfico Ilícito de Drogas”, el 84,91% de las actuaciones policiales por heroína, con resultados penales, han sido decomisos inferiores a un gramo.

Cita el recurrente, el art. 43 de la CE, en cuyo apartado 1.º “se reconoce el derecho a la protección a la salud”, que conlleva la obligación de los Poderes Públicos de “organizar y tutelar la Salud Pública a través de

medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, según indica su apartado 2.º

Se señala por el Fiscal que en el ámbito europeo, la “Propuesta de decisión marco del Consejo de la UE sobre establecimiento de disposiciones mínimas relativas a los elementos constitutivos del delito y a las sanciones aplicables en materia de tráfico de drogas”, subraya la gravedad del tema, al contemplar el problema de la droga, como “un fenómeno que tiene numerosas incidencias sobre el tejido social, económico y organizativo de nuestra sociedad y que amenaza directa o indirectamente la salud y la seguridad colectiva e individual, así como la calidad de vida de los ciudadanos”.

Según el Ministerio Público, corresponde al Legislador tipificar las conductas que merecen reproche penal, sin que los otros poderes puedan modificar lo legislado, utilizando para ello argumentaciones que se contrapongan directa y patentemente con lo establecido en la Ley Penal.

Entiende el recurrente que en el caso de tráfico de drogas, el legislador ha estructurado la tutela penal mediante el adelantamiento de las barreras de protección, sancionando como comportamientos típicos conductas de tendencia, tales como la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal de drogas estupefacientes.

Según el fiscal, la consideración de delitos de peligro abstracto que se atribuye a los de tráfico de drogas significa que se tutela la simple posibilidad de que la salud se vea afectada a través de las conductas que se reflejan en los tipos penales aprobados.

Se indica en el recurso que la jurisprudencia no asocia automáticamente insignificancia de la cantidad objeto de tráfico con irrelevancia penal o absolución.

Se cita por el recurrente la sentencia de 14-9-2000, que expone los supuestos en que procede la absolución en esta materia así, en el caso de suministro a allegado para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, evitar el consumo clandestino insalubre o procurar su gradual deshabitación; los casos de consumo compartido, en sus diferentes modalidades; y aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias.

La referida sentencia liga la cuantía mínima a dos requisitos complementarios: transmisión a título gratuito y que sea entre adictos.

En consecuencia, entiende el Fiscal que un acto de compraventa, como es el caso de autos, con independencia de que sea un consumidor “enganchado” o nuevo, no está incluido entre los supuestos generales de exención punitiva, aunque la droga transmitida sea “escasa” o “ínfima”.

Cita el recurrente la sentencia de esta Sala de 9-4-2001, en la que se condena tratándose de 0,08 g. de heroína y cocaína mezcladas.

Y también pone de manifiesto la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2000, que delimita el bien jurídico del delito de tráfico de drogas respecto a los de lesión o resultado, y, en tal sentido se indica que el tipo de tráfico de drogas no contiene un delito de lesiones corporales en el sentido del art. 147 del CP. Se trata, por el contrario, de un delito cuya finalidad es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas y, como tal, de un delito de peligro abstracto. En el caso del delito de tráfico de drogas, este peligro no permitido no depende, por tanto, de las consecuencias biológicas generales, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador.

Según el recurrente, cualquier cantidad de droga implica riesgo y en esa medida nos encontramos ante un supuesto delictivo cuando se transmite a terceras personas con ánimo de lucro.

3. La representación de los recurridos impugnó el recurso del Ministerio Fiscal, y entendió que la sentencia impugnada debía ser confirmada, por no ser los hechos declarados probados constitutivos de delito contra la salud pública del art. 368 del CP, basándose en que la escasa cantidad de heroína objeto de venta excluye el requisito de la antijeridad.

Invocan los recurridos la jurisprudencia citada en el Fundamento tercero de la sentencia impugnada, y el criterio de tratadistas prestigiosos, como Jescheck y Mir Puig.

4. Y el recurso del Ministerio Fiscal debe ser desestimado, en cuanto que la resolución absolutoria de la sentencia recurrida se basa en doctrina jurisprudencial de esta Sala, manifestada en las sentencias de 29-5-1993, 27-5-1994, 12-9-1994, 772/1996, de 28-10, 33/1997, de 22-1, 1889/2000, de 11-12, que considera no comprendida en el tipo del art. 344 del CP de 1973 y del 368 del CP de 1995, la acción de tráfico, cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendido el peso de la misma y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo

de futura lesión para la salud de los que consumen, por lo que la antijuricidad de la conducta desaparece.

En la citada sentencia de 12-9-1994 se reputaron cantidades insignificantes 41 miligramos y 50 miligramos de heroína, en la de 28-10-1996, 60 miligramos de la misma sustancia —cantidad coincidente con la reflejada en la sentencia recurrida—, en la de 22-1-1997, 20 miligramos de heroína, en la de 11-12-2000, 20 miligramos de crack, en la 1591/2001, de 10-12, una pastilla de buprex, sin constancia de su peso y en la 216/2002, de 11-5, 37 miligramos de heroína.

Pues bien, la droga transmitida en el supuesto enjuiciado consistió en 60 miligramos de heroína, con una pureza del 35,84%, por lo que el peso de la heroína neta sería de 23 miligramos, y debe reputarse cantidad insignificante, cuya posesión y transmisión no integra el tipo de tráfico de drogas previsto en el art. 368 del CP puesto que no

llega ni a la décima parte del montante calculado para el consumo medio diario fijado en 0,60 grs. por el Instituto Nacional de Toxicología en informe de 18 de octubre de 2001.

El peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud.

Se entiende que esta potencialidad dañina desaparece en los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica o psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud, sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, y ello con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio.

## Sentencia 915/2003, Sala de lo Penal del TS, de 24 de junio de 2003

PRINCIPIO ACUSATORIO (VULNERACIÓN).

**Arts. 24.2 CE; 642 y 644 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

### SÍNTESIS

*Doctrina general sobre el principio acusatorio, vulnerado en el caso de autos al haberse procedido a la apertura del juicio oral por el Tribunal de instancia sin que mediara petición de las acusaciones.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Segundo.**—(...)

El principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal,

una garantía esencial del proceso que el Tribunal Constitucional ha elevado a la categoría de derecho fundamental, incardinado en el derecho a un proceso con todas las garantías, del art. 24.2 de la Constitución Española.

Aun cuando el principio acusatorio esté íntimamente relacionado con otros principios procesales básicos del enjuiciamiento penal como la igualdad de partes procesales y de armas empleadas, la efectiva contradicción o el derecho de defensa, el principio acusatorio no debe ser entendido en un sentido omnicompreensivo, absorbiendo a estos otros principios, derechos o garantías, y tampoco debe confundirse con ellos. Esta errónea absorción o confusión desdibuja un principio procesal autónomo, minimiza otros principios constitucionales que tienen una enorme relevancia propia, como el derecho de defensa y confunde el principio acusatorio con el modelo procedimental acusatorio o adversarial, que constituye un sistema de enjuiciamiento y no un principio constitucional.

Es cierto que tanto la jurisprudencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional, al analizar el contenido del principio acusatorio lo han anudado frecuentemente al derecho de defensa o al principio de contradicción, pero ello únicamente significa que los principios básicos del proceso se encuentran esencialmente entrelazados, no que carezcan de autonomía propia o que estos otros principios constitucionales constituyan una mera emanación del principio acusatorio.

**Tercero.**—Existe consenso doctrinal en incluir como contenido mínimo del principio acusatorio el aforismo *Nemo iudex sine accusatore*, que impone que tanto para el inicio de la fase de plenario o apertura del juicio oral, como para dictar una sentencia condenatoria, sea imprescindible la solicitud de una parte acusadora, distinta del Tribunal enjuiciador. En consecuencia el órgano jurisdiccional no puede ejercer acumuladamente las funciones de juzgador y acusador, ni para sentenciar ni para someter a juicio a una determinada persona sin petición de parte (SSTC 54/1985, 84/1985, 104/1986, 113/1992, 320/1993, etc.).

Esta separación de ambas funciones, acusadora y juzgadora, que impide al Tribunal condenar sin acusación y abrir el juicio oral

contra un imputado sin solicitud de las acusaciones, deriva de la necesaria configuración del enjuiciamiento penal como una relación triangular entre tres sujetos, acusador o acusadores, defensor y órgano jurisdiccional, en la que el órgano jurisdiccional se sitúa sobre las partes acusadora y defensora, totalmente ajeno a ellas, para poder garantizar su imparcialidad.

En consecuencia, la separación de funciones entre el órgano enjuiciador y las partes acusadoras se configura como la primera garantía orgánica del proceso penal, en la medida en que es absolutamente esencial para asegurar “un proceso con todas las garantías” (art. 24.2.º CE). Este exige, como presupuesto básico, que el Juez o Tribunal no tengan ningún interés en la causa, ni siquiera un interés público o institucional como el que se deriva de haber ejercitado funciones acusadoras, acordando por iniciativa propia la apertura del juicio oral contra un determinado imputado.

**Cuarto.**—Descendiendo del plano constitucional al de la legalidad ordinaria, es claro que la configuración en nuestra Ley de enjuiciamiento criminal del procedimiento ordinario, por el que se seguía la causa aquí enjuiciada, es respetuosa con este principio, y por ello veda al Tribunal sentenciador la apertura del juicio oral contra un procesado sin previa solicitud de alguna parte acusadora. Así se deduce de los arts. 632, 642, 644 y 645 de la Lecrim. El Tribunal puede acordar el sobreseimiento del núm. 2.º del art. 637 incluso cuando exista solicitud por parte de las acusaciones para la apertura del juicio oral (art. 645), pero, por el contrario, no puede acordar la apertura del juicio oral sin petición de las partes acusadoras (arts. 632, 642 y 644).

Es cierto que la Ley compensa esta imposibilidad con la facultad concedida al Tribunal de acudir al superior orgánico del Fiscal cuando considere improcedente la petición de sobreseimiento efectuada por éste (art. 644 LECrim.), y la de comunicar a los interesados en el ejercicio de la acción penal el

sobreseimiento solicitado por el Fiscal por si consideran oportuno defender su acción (art. 642). Pero precisamente esta regulación confirma lo que en ningún caso puede efectuar el Tribunal por su propia iniciativa: acordar la apertura del juicio oral contra alguien sin petición expresa de alguna parte acusadora. Si la Ley establece expresamente esta fórmula de búsqueda de acusador antes de la apertura del juicio es precisamente por que el Tribunal no puede abrir el juicio oral sin una parte que se lo solicite expresamente.

De hacerlo así estaría actuando como acusador, vulnerando con ello el principio acusatorio y comprometiendo su imparcialidad.

**Quinto.**—Pues bien, esto es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso. (...)

Pese a no haberse solicitado por ninguna de las partes, el Tribunal, sin más tramites, procedió, por propia iniciativa, a la apertura del juicio oral contra el recurrente, con lo cual se consumó la vulneración del principio acusatorio y el de imparcialidad, que fundamentan la estimación del motivo casacional.

**Sexto.**—Cabría alegar, frente a esta estimación, que una vez que el Tribunal decidió seguir adelante con la causa y acordar la apertura del juicio oral, la acusación particular decidió formular calificación acusatoria contra el recurrente, a diferencia del Ministerio Fiscal que formuló calificación absolutoria. Con ello, sostiene la acusación particular al impugnar el recurso, cabe estimar subsanada la vulneración consistente en que la Audiencia hubiese procedido a la apertura del juicio oral sin solicitud de parte, pues en definitiva la condena no carece de una pretensión acusatoria previa.

Esta alegación no puede ser estimada pues, dada la naturaleza de la vulneración constitucional y legal cometida, ésta ha de considerarse, en principio, como insubsanable.

Cabría admitir, como posibilidad, la eventual subsanación en un supuesto en el que nos encontrásemos manifiestamente an-

te un mero error formal, que no hubiese comprometido en absoluto la imparcialidad del Tribunal. Pero éste no es el caso del supuesto actual, como se deduce del examen de la decisión de apertura del juicio oral y de su motivación.

En efecto, en dicha decisión (auto de apertura del juicio oral de 10 de enero de 2002) el Tribunal expresa como fundamento de su decisión de abrir el juicio oral contra el recurrente que “a juicio de la Sala” no concurren los requisitos para proceder al sobreseimiento interesado por el Ministerio Fiscal y la defensa del procesado, “como evidentemente se deduce del auto dictado por esta propia Sala el día 29 de noviembre de 2001”, refiriéndose con ello al auto de desestimación del recurso de apelación contra el procesamiento. En consecuencia es claro que el Tribunal acuerda la apertura del juicio oral en virtud de una convicción ya formada a través de su contacto con el material probatorio obtenido con ocasión de la resolución de un recurso frente a una actuación sumarial, lo que indudablemente compromete su imparcialidad.

(...)

**Séptimo.**—Como ya se ha expresado reiteradamente en la doctrina de esta Sala, el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución Española, comprende, según una dilatada jurisprudencia (STC 145/1988, de 12 de julio y SSTS Sala Segunda de 16 de octubre de 1998, núm. 1186/1998, y 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, entre otras muchas), el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribu-

nal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el “proceso debido” o “juicio justo”, (SSTS de 31 de enero y 10 de julio de 1995 y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

(...)

**Noveno.**—La doctrina que se deduce de estas resoluciones implica que la pérdida de la imparcialidad como consecuencia de la resolución de algún recurso que haya determinado la puesta en relación con el material probatorio obrante en el sumario sólo se producirá cuando se aprecie en las circunstancias específicas del caso concreto que los integrantes del Tribunal, al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento, han expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado (Sentencias núm. 1288/2002, de 9 de julio, núm. 2338/2001, de 11 de diciembre, 274/2001, de 27 de febrero, 569/1999, de 7 de abril, 15 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2000, núm. 1393/2000, 30 de junio de 2000, núm. 1158/2000, y 2 de enero de 2000, núm. 1494/1999, entre otras).

En el caso actual nos encontramos ante uno de dichos supuestos, pues el Tribunal sentenciador, al proceder a la apertura del

juicio oral contra el recurrente sin petición de ninguna parte acusadora, y fundamentar esta decisión en el juicio prefigurado por la Sala al resolver el recurso contra el auto de procesamiento, juicio previo que se utiliza *de facto* como criterio único para declarar improcedentes las peticiones de sobreseimiento de las partes, tanto libre como provisional, ha expresado un criterio sobre el fondo del asunto, y ha adoptado como consecuencia del mismo una decisión en perjuicio del reo que legalmente no podía adoptar sin petición de parte.

Con ello se determina en este caso específico la vulneración del principio acusatorio, que se estima insubsanable pues se encuentra motivada en la pérdida de imparcialidad.

**Décimo.**—Procede, por todo ello, la estimación del motivo, apreciando la vulneración denunciada del derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, en el que se integra el respeto al principio acusatorio y el derecho a la imparcialidad del Tribunal.

El efecto de esta estimación no puede ser otro que la anulación de la sentencia condenatoria, retrotrayendo las actuaciones al momento de la decisión sobre apertura del juicio oral y decretando el sobreseimiento de la causa, pues ésta es la consecuencia de la falta de acusación en el trámite de la apertura del juicio oral.

## Sentencia 346/2003, Sala de lo Penal del TS, de 26 de junio de 2003

ROBO CON VIOLENCIA.

**Art. 242 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri**

### SÍNTESIS

*Se recuerda que en caso de aplicar simultáneamente la agravación por uso de armas y la atenuación por menor entidad del hecho, en delito de robo con violencia o intimidación, el orden a seguir es el de aplicar primero la atenuación y tener después en cuenta el dato agravatorio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...)

4. La jurisprudencia de esta Sala ha apreciado la posibilidad de aplicar la atenuante específica de poca entidad de la violencia y la intimidación que recoge el apartado 3.º del art. 242 del CP, a los supuestos de robo con uso de armas o instrumentos peligrosos, a que se refiere el n.º 2.º del mismo precepto, entendiendo que en tales casos se aplicará primero la atenuante degradando la pena del tipo básico establecida en el ap. 1 del art. 242 mencionado, y sobre la pena resultante —de uno a dos años de prisión— se aplicará la agravante específica, imponiendo la pena en su mitad superior —de un año y seis meses a dos años de prisión—. Este criterio se inicia con la sentencia 1396/1997, de 21-11, y se consolida en el Pleno no jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, manteniéndose la doctrina en sentencias posteriores, como la 22/1998, de 9-3, 610/1998, de 30-4, 1170/1998, de 3-9, 1408/1998, de 22-11, 32/1999, de 18-1, 257/1999, de 17-3, 417/1999, de 16-3, 664/1999, de 24-4, 1360/1999, de 2-10, 333/2000, de 28-2, 1882/2000, de 7-12, y la 1220/2002, de 276.

De los términos del apartado 3.º del art. 242 del CP se infiere claramente, que la atenuante específica habrá de aplicarse siempre respecto a la pena del tipo básico.

5. Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, debe concluirse que en la sentencia de instancia se aplicaron indebidamente los apartados 2.º y 3.º del art. 242 del CP, según refleja el Fundamento sexto, al apreciar prioritariamente la agravante específica, llegando a una pena oscilante entre cuarenta y dos y sesenta meses, y aplicar en segundo lugar la atenuante, rebajando la pena en un grado, con la que quedará comprendida, según el recurrente, entre veinticuatro y cuarenta y dos meses, e imponiéndola en la mitad superior por el juego de la regla del n.º 3.º del art. 66 del CP.

Según la doctrina expuesta en el precedente apartado, deberá aplicarse primero la atenuante y después la agravante, con lo que la pena resultante oscilará entre un año y seis meses y dos años de prisión, y dentro de tales límites habrá de imponerse en la mitad superior, por la aplicación de la regla 3.º del art. 66 del CP, por la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que la pena estará comprendida entre un año y nueve meses y dos años de prisión, estimando procedente aplicar la de veintiún meses, que beneficiaría no solo al recurrente, sino también al coacusado, según lo dispuesto en el art. 903 de la LECrim.

De los términos del apartado 3.º del art. 242 del CP se infiere claramente, que la atenuante específica habrá de aplicarse siempre respecto a la pena del tipo básico.

**Sentencia 930/2003, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2003**

SENTENCIA DICTADA POR MENOR NÚMERO DE MAGISTRADOS.

**Art. 257.4.º LOPJ; 154 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

*Con cita de la STS 750/2003 (reproducida en este número de la Revista de Derecho Penal), se llega a una solución diversa de la acogida en aquella, considerándose que bajo determinadas circunstancias la sentencia puede*

*ser dictada por dos magistrados al amparo de lo prevenido en los arts. 257.4.º de la LOPJ y 154.3.º de la LECrim.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Aun cuando no se plantee por la parte recurrente no puede dejar de hacerse mención a una peculiaridad de la sentencia impugnada que podría cuestionar su validez. En efecto, debido a una enfermedad que imposibilitó a uno de los Magistrados que intervinieron en la vista, enfermedad que le impidió culminar la deliberación y formular su voto, la sentencia fue únicamente suscrita por los otros dos Magistrados, ambos plenamente conformes con la absolución acordada.

Esta decisión se fundamenta legalmente en lo ordenado por el párrafo cuarto del art. 257 de la LOPJ, que reproduce lo prevenido en el art. 154 de la LECrim. Conforme a lo establecido expresamente por el Legislador en estos preceptos, para solucionar precisamente una eventualidad como la aquí acontecida, si después de la vista y antes de la votación algún Magistrado se imposibilitare y no pudiese votar, ni siquiera remitiendo su voto al Presidente o extendiéndolo ante un Secretario de la Sala, se votará el pleito o la causa por los no impedidos que hubieren asistido a la vista y, si hubiere los necesarios para formar mayoría, éstos dictarán sentencia.

Conforme a lo prevenido en el art. 258 de la LOPJ, sólo en el supuesto de que no hubiere votos bastantes para constituir la mayoría que exige el art. 255, se verá de nuevo el asunto, sustituyéndose el impedido, separado o suspenso en la forma establecida en la Ley. La mayoría exigida en el art.255 es la mayoría absoluta, es decir dos Magistrados conformes con una determinada resolución, en las Salas integradas por tres como lo era la de instancia.

En consecuencia, no procede acordar la nulidad de la resolución dado que los Magistrados de instancia se atuvieron a lo ex-

presamente resuelto en las Leyes Orgánica y Procesal para solucionar estos supuestos.

**Cuarto.**—No se desconoce la reciente sentencia de esta Sala (Recurso de casación núm. 151/2002, sentencia n.º 750 de 26 de mayo de 2003), que en un supuesto similar ha acordado la casación de la sentencia de instancia para la repetición del juicio con las consiguientes dilaciones. Pero se estima que tal decisión no resulta procedente en el supuesto actual, concurriendo algunas diferencias que permiten separarse de aquella resolución.

En primer lugar en el caso actual, aun siendo el mismo el Magistrado que se encontraba impedido para la votación, la sentencia de instancia justifica de modo más preciso lo acontecido, de manera que puede constatar que los Magistrados firmantes han actuado precisamente en la forma predeterminada por la Ley para estos supuestos. En efecto consta en la sentencia de instancia que la Sala se constituyó legalmente, con los tres Magistrados titulares, y que fueron éstos los que intervinieron íntegramente en la vista oral. Fue con posterioridad a la celebración de la vista y antes de producirse la votación cuando se produjo el impedimento de uno de los Magistrados, que no le permitió “culminar” la deliberación, debido, según se apreció posteriormente, a una enfermedad psíquica de carácter depresivo que le ocasionó un proceso de incapacidad o “paralización” laboral, que se prolongó durante meses.

Con independencia de las medidas de carácter disciplinario adoptadas por el Consejo General del Poder Judicial, que determinaron la suspensión cautelar de funciones del Magistrado afectado, es lo cierto que consta asimismo en las actuaciones su baja laboral por enfermedad. En consecuencia la

situación que se planteaba a los integrantes de la Sala de instancia era la prevenida en el art. 257.4.º de la LOPJ, es decir la de un Magistrado imposibilitado después de la vista y antes de la votación, que no se encuentra en condiciones de votar.

En estas circunstancias cabría eventualmente demorar la votación definitiva de la sentencia durante un tiempo prudencial a la espera de la reincorporación del Magistrado imposibilitado. Es lo que se realizó en el caso actual. Pero transcurridos unos meses (de junio a diciembre), sin que la incapacidad remitiese, el derecho fundamental a un juicio sin indebidas dilaciones exigía una resolución. Estando conformes ambos Magistrados en que la sentencia procedente era absolutoria, es claro que constituían la mayoría prevenida en el art. 255 de la LOPJ., para acordar dicha resolución, por lo que podían y debían culminar la deliberación votando la sentencia en este sentido.

La posibilidad de anular lo actuado y convocar a las partes y testigos para celebrar nueva vista, sustituyendo al impedido, además de las dilaciones e injustificados trastornos para los ciudadanos afectados que conlleva, no cuenta en este caso con el amparo legal, pues precisamente para evitar este tipo de dilaciones, el Legislador ha establecido expresamente en el art.258 de la LOPJ que sólo en el caso de que no se alcance la mayoría del art. 255 se dará lugar a una nueva vista. En consecuencia la aplicación de lo prevenido en el art. 257.4.º de la LOPJ

y 154.3.º de la LECrim. (votar la causa por los no impedidos que hubieren asistido a la vista) constituía en este caso la solución legalmente correcta, aun cuando sea totalmente excepcional.

**Quinto.**—En segundo lugar nos encontramos en el caso actual con una sentencia absolutoria, y en la que ninguna de las partes ha solicitado la nulidad. A diferencia del supuesto enjuiciado en la sentencia de 26 de mayo pasado, en este caso la única parte recurrente, la acusación particular, no ha interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, aquietándose con la composición de la Sala que ha dictado la resolución impugnada, y cuestionando únicamente el fondo de la resolución. Tampoco el Ministerio Fiscal, que tiene entre sus misiones la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley, ha interesado de oficio la anulación de la sentencia por estimar que la misma incurre en alguna causa radical de nulidad.

Además, siendo absolutoria la sentencia, la sumisión del acusado a un nuevo juicio por haberse incapacitado uno de los Magistrados después de la vista y antes de la votación, vulneraría su derecho a no ser sometido a un nuevo proceso penal por los mismos hechos de los que ha sido absuelto, manifestación procesal del principio *non bis in idem* que se incardina en el principio de legalidad penal garantizado por el art. 25.1.º de la Constitución Española (STC Pleno 2/2003, de 16 de enero, entre otras). (...)

### Sentencia 937/2003, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2003

REFUNDICIÓN DE CONDENAS.

**Arts. 76.2 Código Penal y 988.3.º LECrim.**

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

#### SÍNTESIS

*Sitúa la sentencia en la finalización del juicio oral el momento a partir del cual ya no cabe acumular las penas impuestas por hechos posteriores.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...)

Sabido es, tal y como ya es doctrina arraigada en esta Sala, y como en el caso presente lo reconocen tanto la solicitante como el Ministerio Fiscal, que el único criterio de conexión que hay que tener en cuenta, a los efectos de estos expedientes de refundición de condenas, es el cronológico, en virtud del cual el único límite que hay para incluir una determinada condena dentro de una acumulación junto a otras es el derivado de la existencia de una sentencia anterior a la comisión del hecho. Es claro que en modo alguno pudieron enjuiciarse en un solo proceso penal (art. 76.2 CP) un hecho ya sentenciado y aquel otro que ocurrió con posterioridad a la sentencia. En aras de un humanismo penal, que es el fundamento de los límites de cumplimiento de penas que estamos examinando, esta Sala ha tenido que prescindir de cualesquiera otros criterios que hubieran servido para restringir la aplicación de estas disposiciones que en beneficio del reo se dictaron, criterios derivados de las normas procesales reguladoras de la conexión entre delitos, las contenidas en los arts. 17 y 300 LECrim., normas de contenido impreciso —en definitiva la existencia o no, entre los diferentes delitos, de “analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal” (art. 17.5.º)—. Estos criterios procesales venían constituyendo un grave obstáculo para la seguridad jurídica, principio rector de nuestro sistema constitucional (art. 9.3 CE), como pudimos advertir enseguida ante la diferencia de soluciones en los juzgados y tribunales de instancia a la hora de aplicar, al problema que estamos examinando, tales normas procesales. Volvemos a decir: el único criterio para resolver estas cuestiones de refundición o acumulación de condenas es el cronológico antes referido.

Y respecto de este criterio cronológico hay que hacer una precisión. Es necesario que exista condena por sentencia firme para que la pena impuesta por esta sentencia pueda ser acumulada a otras para aplicar estos límites del art. 76 CP. Pero no es la fecha de la firmeza de la sentencia la que hay que tener en cuenta a los efectos de impedir que los hechos delictivos cometidos con posterioridad pudieran ser acumulados, sino la de aquel otro momento procesal a partir del cual la acumulación de procesos ya no se puede producir. Lamentamos que nuestra LECrim. no regule esta materia de la acumulación de procesos penales, a diferencia de lo que ocurre con la LEC (arts. 74 y ss. de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, que se corresponden con los arts. 160 y ss. de la vieja Ley de 1881). Pese a esta laguna legal, podemos decir que hay un momento a partir del cual en modo alguno pueden ya acumularse los procesos penales: el del final de las sesiones del juicio oral.

Prohibida ya la absolución en la instancia, la conclusión de tal acto solemne conduce necesariamente a la correspondiente sentencia. Ya conocemos cómo esta sentencia es de la misma fecha en que termine el juicio o de otra inmediatamente posterior, de forma que no hay inconveniente en que sea la fecha de esta resolución (nunca la de su posterior firmeza) la que determine el día a partir del cual los hechos delictivos posteriores ya no podrán acumularse con ese otro ya sentenciado a estos efectos del art. 76 CP.

Insistimos en recordar el criterio legal del párrafo 2 de este art. 76, en virtud del cual sólo pueden acumularse o refundirse las penas impuestas en distintos procesos si los hechos pudieran haberse enjuiciado en uno solo. Finalizado ya el juicio oral por uno, la pena impuesta por éste no puede acumularse a la pena o penas impuestas por hechos delictivos posteriores a ese juicio oral.

**Sentencia 939/2003, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2003**

PREVARICACIÓN.

**Art. 404 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

*Por no tratarse de “resoluciones”, no cabe hablar de prevaricación en la actuación de un Inspector de Trabajo que, movido por una animosidad hacia una determinada persona, levanta contra ella sucesivas actas de infracción.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se ha denunciado infracción de ley, de las del art. 849.1.º LECrim., por falta de aplicación del art. 404, en relación con el art. 74.1.º ambos del Código Penal. El argumento es que, en contra de lo que se dice en la sentencia, la actuación del acusado, Inspector de Trabajo, consistente en levantar actas de infracción movido por su animosidad hacia una determinada persona con la que tenía relación profesional, no encaja en el supuesto de hecho del primer precepto citado, debido a que, al obrar como se dice, el funcionario de referencia no dictó una resolución.

El tribunal de instancia entendió que las actas elaboradas por el acusado contenían una relación de hechos, cuya afirmación estaba dotada de presunción legal de certeza, salvo prueba en contrario; y que del contenido de las mismas podría derivarse un procedimiento liquidatorio sancionador, por lo que pertenecen a la categoría de actos administrativos “de trámite”, puesto que únicamente podrían servir de antecedente de una decisión a dictar, en su caso, por el órgano

administrativo competente, en ningún caso el redactor de aquéllas.

El recurrente ha querido poner de manifiesto en su escrito que, por ley, los Inspectores de Trabajo son funcionarios públicos dotados de autoridad, que, en el desempeño regular de su cometido de vigilancia y control, pueden imponer determinados comportamientos a los responsables de las empresas con las que se relacionan.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión.

La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad,

habrá estado precedidas de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el *thema decidendi*. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final.

Es frecuente que se hable de ellas como “actos de trámite”, lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) impone a la Administración la obligación de “dictar resolución expresa en todos los procedimientos” (art. 42.1). Y en su art. 82.1, afirma que “a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes”. Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de “la resolución” como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al “contenido” de las resoluciones administrativas, dice que la resolución “decidirá todas las cuestiones planteadas” y que la decisión “será motivada”.

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal “resolución” del art. 404 Código Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de “autoridad(es) o funcionario(s) público(s)”, que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito —especial propio— de que se trata. Por otra parte,

abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de “arbitraria”, para que pueda considerarse típica, haya sido dictada “a sabiendas de su injusticia”. De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material.

Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. 404 Código Penal, “resolución” es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de n.º 38/1998, de 23 de enero, que cita el recurrente, que reserva ese concepto para el “acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados”, considerando al respecto que “lo esencial es que tenga “un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración”.

Pues bien, así las cosas, es patente que los actos atribuidos al ahora recurrente no tienen esas características. Pero ello no impide que, en la calidad de actos arbitrarios, ejecutados —como dice la sala de instancia— por “la animosidad que sentía (el acusado Octavio) hacia el Sr. Pedro Jesús”, sean totalmente reprobables e indignos de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de derecho; como tampoco significa que deban ser indiferentes para el derecho (por ejemplo, el administrativo sancionador). Pero, con todo, lo cierto es que, por lo razonado, carecen de aptitud para constituir delito de prevaricación. Es por lo que el motivo no puede acogerse.

**Sentencia 959/2003, Sala de lo Penal del TS, de 30 de junio de 2003**

ADHESIÓN A LA PRUEBA.

**Arts. 850.1.º LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Vulneración del derecho de defensa al impedirse al letrado de la defensa continuar con el interrogatorio al perito comparecido a instancia de otra de las defensas que posteriormente la renuncia y pese a haberse admitido en su momento la adhesión de aquélla.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—(...)**

La queja que formula el recurrente no es propiamente de inadmisión de pruebas, pues la adhesión probatoria había sido tenida por tal por la Sala sentenciadora en la fase intermedia del juicio oral, sino de impedirle continuar a la parte recurrente con el interrogatorio al perito que comparecía en el plenario, sin justa causa, pues ya la Sala de instancia había entendido que podía interrogarle y de hecho le había concedido la palabra a tal fin, y se había iniciado la práctica de la prueba; no hay declaración de nulidad alguna de este apartado inicial, sino simplemente denegación de la continuación de la práctica de la prueba, bajo el argumento de que no es prueba del recurrente, pese a la admisión que se llevó a cabo en dicha fase intermedia, bajo la fórmula de la adhesión, con el aditamento procesal de “aunque fuese renunciada”.

El motivo tiene que ser estimado: se ha conculcado el derecho de defensa del recurrente, en su vertiente constitucional.

El proceso penal español, como ha dicho esta Sala en Sentencias de 14 de julio de 2000 y 3 de mayo de 2001, está configurado en sus líneas maestras en nuestra Constitución (arts. 1, 9, 24, 25 y 120 CE), en la que se reconoce a los acusados el derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que se incluye, como fundamental, el derecho de defensa, íntimamente relacionado con el derecho a asistencia de Letrado, dado que nuestro ordenamiento garantiza el derecho a la defensa técnica a través de un profesional de la abogacía (STC 216/1998), con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción (SSTC 178/1991, 132/1992 y 252/1994).

Este derecho fundamental no puede amparar conductas como la sucedida en el plenario que enjuiciamos, en el cual, tras concederse la palabra al letrado defensor para interrogar a una perito que debía ofrecer las características de la práctica de la prueba de análisis toxicológico de las sustancias intervenidas, se le impide continuar con el interrogatorio, bajo pretexto de no ampararle

ese derecho la concreta proposición probatoria.

El derecho de todo acusado a valerse de pruebas pertinentes para su defensa está recogido y garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que, además, proscribe que pueda en ningún caso producirse indefensión.

La adhesión del acusado a la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal convierte en

prueba propia la propuesta por éste, conforme hemos declarado en STS 1199/2001, de 20 de junio.

En consecuencia, procede la estimación del motivo, ordenándose la repetición del juicio oral, conforme se dispone en el art. 901.bis.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando de oficio las costas procesales de esta instancia.

### **Sentencia 981/2003, Sala de lo Penal del TS, de 3 de julio de 2003**

**HALLAZGO CASUAL (ENTRADA Y REGISTRO).**

**Arts. 545 y ss. LECrim.**

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

#### **SÍNTESIS**

*Doctrina general sobre el denominado “hallazgo casual” en una diligencia de entrada y registro, cuya aplicación en el caso de autos da lugar a la estimación del recurso deducido por el Ministerio Fiscal.*

#### **EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

##### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Segundo.**—En efecto, nos hallamos ante una Resolución judicial, autorizante de un registro domiciliario, dictada en el curso de la investigación de un delito contra el patrimonio, en cuya práctica los funcionarios que la llevan a cabo descubren una cantidad de sustancia estupefaciente, de tráfico prohibido, que pasa a ser considerada como posible evidencia de la comisión de un delito contra la salud pública.

Y, como ya hemos adelantado, la duda a despejar es, en definitiva, si debe otorgarse verdadero valor probatorio a ese resultado inesperado del registro o si, por el contrario, la circunstancia de que tal hallazgo no se correspondiera con la finalidad originaria de la diligencia, que sirvió para el otorgamiento de la dispensa judicial, le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con el delito casualmente así descubierto.

La Audiencia optó por el criterio negativo, es decir, por el de no otorgar esa eficacia probatoria y, por ello, declaró la nulidad de

la diligencia, con su resultado de la ocupación de la sustancia, así como denegó la práctica de otros medios de prueba derivados del anterior, tales como las declaraciones en Juicio de los policías que llevaron a cabo el Registro, concluyendo, en definitiva, en la absolución de los acusados por falta de prueba válida.

No obstante, esta Sala, ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse ya sobre el extremo que nos ocupa y, en los más recientes de esos pronunciamientos, viene sentando una doctrina, plenamente consolidada, en la que podemos destacar, entre varias otras, la STS de 22 de marzo de 1999, relativa a un hecho idéntico al que ahora nos ocupa y en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que:

“Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (Cfr. SSTs 28-4-1995 y 7-6-1997).

En esta última Sentencia ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la

inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal.

En igual sentido, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre, que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observen los requisitos de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales.

(...)

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual. Así, la STC 41/1998, de 24 de febrero, afirma que “...el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención.”

(...)

El Tribunal de instancia muestra un perfecto conocimiento de la anterior doctrina, a pesar de lo cual la rechaza, optando por el criterio contrario, considerando que el de esta Sala es “...tautológico y no resuelve en absoluto, desde luego, la cuestión ya que es evidente que solo concurriendo los presupuestos constitucionales y legales en el caso concreto de que se trate puede procederse a la restricción de cualquier derecho constitucional y, entre ellos, el de la inviolabilidad del domicilio, con lo que parece obvio que con relación a los objetos o efectos hallados casualmente, dichos presupuestos no concurrirían *a priori*, de manera que, en ningún caso, podría haberse autorizado la entrada y registro domiciliario con la lógica consecuencia de que su autorización, de haberse concedido, solo habría podido serlo en ausencia de los presupuestos legitimadores.

Ello habría comportado, como obligado colaborario, la ilicitud de la prueba obtenida.”

Ninguna censura puede merecer, por supuesto, la actitud crítica de los Jueces *a quibus* con respecto a los criterios jurisprudenciales actuales, evidencia de la postura independiente de esa Audiencia y expuesta con razonable y suficiente motivación, propiciando, por tanto, el fructífero diálogo jurisdiccional que tantas veces resulta imprescindible para el progreso y profundización de la propia Jurisprudencia.

Pero, en el presente caso, lo cierto es que la Audiencia yerra en su argumentación toda vez que, a pesar del contenido de la Sentencia de instancia, la doctrina expuesta sobre el valor probatorio del denominado “hallazgo casual” debe, una vez más ratificarse. Y ello pues, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura, como en el presente supuesto acontece al tratarse de un posible delito contra la Sa-

lud pública, sancionado por su trascendencia social con elevadas penas de prisión.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Circunstancia que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera ha sido objeto de sospecha.

Por consiguiente, debe concluirse, en definitiva, que el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio.

(...)

**Tercero.**—En consecuencia, procede la estimación íntegra del Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, debiéndose declarar la nulidad del Juicio celebrado por la Audiencia en las presentes actuaciones y ordenando la repetición de dicho acto, para que se proceda a una nueva celebración, a partir de la inicial validez de la diligencia de entrada y registro practicada y de las consecuencias probatorias de la misma, incluidas las testificales solicitadas como derivación de aquella y el análisis pericial de la sustancia ocupada, que tampoco fue tenido en cuenta a causa de la nulidad declarada, procediéndose a nuevo enjuiciamiento, por Tribunal con distinta composición al que participó en el Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente la imparcialidad objetiva de los Juzgadores de la instancia.

**Sentencia 976/2003, Sala de lo Penal del TS, de 4 de julio de 2003**

FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

**Arts. 24.1 y 120.3.º CE; 5.4.º LOPJ y 852 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

*Apreciada por la Sala la falta de motivación de la sentencia recurrida, pero siendo ésta la segunda que dictaba el Tribunal de instancia sobre el mismo asunto al haber sido la primera anulada en casación por la misma causa (falta de motivación), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas impide proceder a una nueva anulación y justifica que la Sala estime la pretensión deducida por el recurrente (aplicación del subtipo privilegiado del art. 242.3 del CP) dictando segunda sentencia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El primer motivo del recurso interpuesto, por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4.º de la LOPJ, denuncia la infracción del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales prevenido en el art. 120.3.º de la Constitución Española, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1.º de la Constitución Española. Alega la parte recurrente que en su escrito de calificación planteó diversas cuestiones jurídicas y concretamente la aplicación del subtipo prevenido en el párrafo tercero del art. 242 del Código Penal de 1995 (violencia o intimidación de menor entidad), descartando la Sala sentenciadora esta calificación sin referirse a ella en absoluto y sin motivación alguna.

Asiste plenamente la razón a la parte recurrente. Su impugnación adquiere todavía mayor relevancia si se aprecia que la sentencia impugnada es la segunda que dicta la

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga sobre este mismo asunto, después de que la primera se anuló por esta misma Sala Segunda del Tribunal Supremo precisamente por falta de motivación respecto de las pretensiones jurídicas planteadas por la defensa.

(...)

**Quinto.**—La estimación del motivo de casación por falta de motivación plantea en el caso actual la cuestión de sus efectos. La consecuencia ordinaria sería la anulación de la sentencia de instancia y su devolución al Tribunal sentenciador para subsanar la falta, completando la motivación, como ya se hizo en la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2001, que resolvió el primer recurso de casación.

Sin embargo, otro derecho fundamental, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, impide proceder a una segunda anulación, pues la primera ya ha determinado una dilación de dos años. Si el Tribunal no ha

subsano la ausencia de motivación en la forma ordenada por nuestra sentencia casacional, la solución no puede ser la de proceder indefinidamente a nuevas anulaciones, lo que vulnera indudablemente el derecho del acusado a un proceso sin indebidas dilaciones. Ha de entenderse, en consecuencia, que si la pretensión de la parte no es manifiestamente irrazonable, y la Sala sentenciadora no razona el porqué de su desestimación, ni en la primera ni en la segunda oportunidad que se le proporciona para ello, esta pretensión ha sido desestimada de modo absolutamente irrazonado, y en consecuencia debe ser acogida.

La sentencia de instancia relata un supuesto de robo cometido por una persona cuyas facultades se encontraban afectadas por una fuerte drogadicción, y que posteriormente devolvió al perjudicado la totalidad de lo sustraído. El medio peligroso utilizado no se ha identificado, definiéndose simplemente en el relato fáctico como un objeto punzante que presionó la espalda del perjudicado, y que según el acusado era simplemente un cepillo de dientes. La Sala sentenciadora estima, valorando la declara-

ción del perjudicado, que más bien se trataba de un destornillador u objeto similar, porque al parecer tenía un mango de madera. No consta en el relato fáctico que se utilizase ninguna expresión amenazadora, derivando la intimidación únicamente de la presión ejercida por el instrumento empleado, alegando el acusado que se limitó a engañar al perjudicado haciéndole creer que portaba un arma blanca, al presionarle con un cepillo de dientes en la espalda.

En estas circunstancias, no es irrazonable la pretensión de que se aplique el subtipo agravado de menor entidad, aun valorando el instrumento utilizado como peligroso por considerar que se trataba de un destornillador u objeto similar como ha estimado la Sala de instancia en su fundamentación jurídica. La desestimación absolutamente inmotivada de esta pretensión, deja a la sentencia carente de sustento en este aspecto. Dada la improcedencia, ya razonada, de anular por segunda vez la sentencia de instancia, procede estimar dicha pretensión, dictando segunda sentencia en la que se estime la concurrencia de la menor entidad.

## Sentencia 1080/2003, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2003

LESIONES.

### Art. 147 Código Penal

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

### SÍNTESIS

*Se ocupa la sentencia con el problema de en qué medida cabe penar automáticamente, como delito de lesiones, los trastornos psíquicos subsiguientes a otros delitos (en este caso, agresión sexual). En el supuesto enjuiciado, se casa la condena por lesiones psíquicas del Tribunal a quo. (Véase el posterior Acuerdo de 10 de octubre de 2003, recogido en este mismo número de la Revista de Derecho Penal).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—(...)

Plantea el recurrente un interesante problema, si los resultados psíquicos que pudieran aparecer en los delitos de agresión se consumen, o no, en los de agresión causales de estas conturbaciones, en este caso la agresión sexual, pero que pueden aparecer en otros delitos como los robos con intimidación, amenazas, etc. En otras palabras, si las consecuencias psíquicas o espirituales de la conturbación psíquica que la psicología y psiquiatría recogen con diversas denominaciones como estrés posttraumático, trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso, etc., que son consecuencia de una agresión se consuman en el delito de agresión del que hacen causa, o alcanzan una autonomía típica en el delito de lesiones.

En la Sentencia 1590/1999, de 13 de noviembre, ya dijimos que estas situaciones “son precisamente las consecuencias extratípicas del delito que han impulsado al legislador a poner bajo la amenaza de pena los delitos sexuales, en los que no se trata sólo de proteger la libertad, sino como medio de protección de la personalidad en un sentido mas amplio. Por esta razón... el legislador, aunque no ha exigido ninguna consecuencia psíquica de la víctima en el tipo del delito (de agresión sexual) ha considerado que por regla la comisión del delito las producirá”.

Consecuentemente, en el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir “normales”, correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsumción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto

subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto subsumible en el delito de lesiones.

Resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultado típico del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad. Lo relevante es la prescripción del tratamiento efectuado por un médico siendo indiferente que la actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (en este sentido, SSTS 355/2003, de

11 de marzo, 625/2003, de 28 de abril, 2463/2001, de 19 de diciembre).

En el caso de autos, el tratamiento psicológico ni fue prescrito por un médico ni se realizó a su instancia, limitándose el forense a señalar, más de diez meses después de su inicio, que según conversación telefónica

con la psicóloga que le dispensaba el tratamiento, el mismo era eficaz. Consecuentemente, no han quedado acreditado los elementos típicos del delito de lesiones y, por ello, el motivo debe ser estimado con la consecuencia de suprimir del fallo de la sentencia impugnada la condena por el delito de lesiones.

## Sentencia 1064/2003, Sala de lo Penal del TS, de 18 de julio de 2003

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.

**Arts. 18.3 CE y 11.1 LOPJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

### SÍNTESIS

*Se precisan por la Sala los límites del debido control judicial en la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, matizando que la exigencia sugerida en la STC 299/2000, de que “el mínimo indispensable de control ha de consistir en la constatación por el Instructor de la coincidencia entre las cintas grabadas y sus transcripciones, reflejada en la correspondiente diligencia” no ha de entenderse que constituye regla general al deberse presumir, por el contrario, este conocimiento del Juez así como que constituye el fundamento racional de sus resoluciones.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...)

La tutela ordinaria del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones —entre ellas, las telefónicas— está encomendada exclusivamente a los jueces en el art. 18.3 CE por lo que sólo el juez que instruye un procedimiento penal puede autorizar la escucha de conversaciones telefónicas

cuando ello sea necesario para la investigación de un delito o averiguación de sus autores. La autorización tendrá que hacerse siempre por resolución motivada en la que el juez ponderará las razones que justifican se le suspenda temporalmente a una persona el ejercicio del mencionado derecho, teniendo muy en cuenta que dicha suspensión debe tener una relación de proporcionalidad con la gravedad del delito que se investiga. La tutela judicial del derecho al secreto de

las comunicaciones telefónicas no exige sólo la exclusividad de la autorización jurisdiccional para su intervención sino también el control de la ejecución de la medida por el Juez que la decretó. El Tribunal Constitucional ha proclamado con reiteración que el control judicial de la intervención telefónica autorizada es un requisito de su validez constitucional. En la STC 49/1996 se dice lo siguiente: “El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención”. Esta doctrina aparece reforzada en la STC 49/1999 en la que, tras reiterar el pasaje anteriormente transcrito, se añade: “por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad”. Y la STC 166/1999 vuelve sobre la misma exigencia diciendo que “queda afectada la constitucionalidad de la medida si... el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes de desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación”. Todos estos pronunciamientos se reproducen en la STC 299/2000 sobre la que más adelante volveremos. La necesidad de que el Juez conozca el resultado obtenido en la investigación para que se entienda cumplida la exigencia de control judicial, es la razón por la que la Policía Judicial que lleva a cabo la observación de las comunicaciones debe tener permanentemente informado al Juez al que periódicamente debe remitir las cintas grabadas con sus correspondientes transcripciones, aunque éstas tienen sólo una función meramente auxiliar. Esta oportuna remisión es especialmente importante cuando del resultado de las escuchas se deriva la necesidad de prolongarlas o de acordar nuevas intervenciones. Porque es evidente que el nivel exigible de conocimiento, por parte del Juez autorizante, de las circunstancias que pue-

den justificar la intervención de unas comunicaciones telefónicas no puede ser el mismo cuando la medida se solicita por primera vez —pues entonces el control judicial se ha de limitar forzosamente a un juicio de suficiencia y proporcionalidad sobre unas causas sólo *a posteriori* susceptibles de comprobación— que cuando se solicita, durante la ejecución de una intervención ya concedida, sobre la base de datos que, por constar en las grabaciones efectuadas, son fácilmente comprobables. En este caso la tutela judicial del derecho es seguramente inseparable del conocimiento de los datos que figuran en las grabaciones y dicho conocimiento debe ser obtenido por el Juez mediante la audición de las cintas o la lectura de las transcripciones.

Ahora bien, la realidad de que este conocimiento ha sido alcanzado no es algo que se pueda hacer depender, en todo caso, del levantamiento de un acta de audición de las grabaciones o de una diligencia en que el Secretario del Juzgado dé fe de que las transcripciones realizadas por la Policía —que el Juez tiene a la vista— coinciden fielmente con el contenido de las mismas. La STC 299/2000, antes citada, en su FJ 7, afirma, en un caso en que la solicitud policial de intervención de un nuevo teléfono se apoyaba en conocimientos obtenidos en escuchas de otros teléfonos, que “el mínimo indispensable del control hubiera consistido en la constatación por el órgano jurisdiccional de la coincidencia entre las cintas grabadas y sus transcripciones que, de haberse producido, se debiera haber reflejado en las actuaciones en la correspondiente diligencia”. Entiende esta Sala, sin embargo, con el debido respeto al máximo intérprete de la Constitución, que la exigencia sugerida al final del párrafo transcrito estuvo con toda seguridad sólidamente fundada en el caso que dio lugar a aquella Sentencia pero es dudoso pueda convertirse en regla general. El Juez de Instrucción tiene acceso al material que le remite la Policía —cintas y transcripciones— tan pronto el mismo se incor-

pora a los autos y no es necesario que el Secretario certifique que lo ha examinado y que por eso se ha constituido en fundamento de una ulterior resolución. En principio, se debe presumir que el Juez conoce las actuaciones que instruye y que dicho conocimiento es el fundamento racional de sus resoluciones, de las que no hay razón alguna para excluir las que afectan al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Podrá ocurrir, sin duda, que en los fundamentos jurídicos del auto que autorice la prolongación de una escucha o el establecimiento de otra no se relacione este acuerdo con el resultado obtenido en la primera fase de la intervención, o que posteriormente se ponga de manifiesto que el auto se fundó, por ejemplo, en unas transcripciones que no reprodujeron fielmente las escuchas realizadas en sede policial, en cuyos supuestos habrá de concluirse que faltó, por una u otra razón, el debido control judicial y que se produjo la consiguiente lesión del derecho fundamental. Pero si lo que ocurre es justamente lo contrario, esto es, que la resolución judicial se fundó expresamente en los datos facilitados por las escuchas anteriores —lo que demostraría algo probablemente obvio: que el Juez las conoció y ponderó antes de acordar una nueva restricción del derecho— y que ni las cintas ni las transcripciones remitidas al Juzgado por la Policía habían sido alteradas ni manipuladas —de acuerdo con lo que cabe esperar de quienes sirven al bien común en un Cuerpo de la Administración Pública— la conclusión será que la intervención telefónica se autorizó y ejecutó bajo efectivo control judicial y que no se vulneró el derecho a que nos estamos refiriendo.

En la Sentencia recurrida se dice: “Para que el control judicial fuese una realidad en este caso, cuando en la solicitud policial de intervención de un nuevo teléfono, el móvil de Humberto, se aduce un conocimiento obtenido por las precedentes escuchas de otros teléfonos, el mínimo indispensable del control hubiera consistido en la constatación por el órgano jurisdiccional de la coinciden-

cia entre las cintas grabadas y sus transcripciones, que, de haberse producido, se debería haber reflejado en las actuaciones en la correspondiente diligencia. La falta de ésta en las actuaciones pone de manifiesto que el preceptivo control no se ejerció, sino que se dio por bueno sin constatación alguno lo que era una deducción policial del contenido de las escuchas precedentes. En otros términos, el órgano jurisdiccional se abstuvo de cualquier valoración crítica del resultado de lo actuado, contra lo que era exigible”. No está claro en el párrafo que acabamos de transcribir si de lo que se abstuvo el Juez de Instrucción, a juicio del Tribunal de instancia, fue de comprobar la autenticidad de las transcripciones —“el mínimo indispensable del control hubiera consistido en la constatación por el órgano jurisdiccional de la coincidencia entre las cintas y sus transcripciones” — o de llegar a un juicio crítico personal sobre el significado de las conversaciones grabadas en las cintas —“se dio por bueno (...) lo que era una deducción policial del contenido de las escuchas precedentes”— pero lo importante es que ni una ni otra omisión pueden ser legítimamente deducidas de que la audición de las cintas y su cotejo con las transcripciones realizadas por la Policía se documentase formalmente en las actuaciones con fecha posterior al Auto en que se acordó la intervención del teléfono móvil de Humberto. Lo más razonable, por el contrario, es pensar que en un caso como éste, en que la Policía Judicial había puesto ya a disposición del Juzgado de Instrucción abundantes datos que justificaban las sospechas de que Humberto formaba parte del grupo introductor de cocaína, el Juez leyó primeramente las transcripciones no limitándose a dar por buena la “deducción policial” y oyó a continuación las grabaciones comprobando su coincidencia con lo transcrito; y ello, tan pronto se incorporó este material a los autos y antes, por supuesto, de dictar el Auto de 15 de junio de 1999 en que, por cierto, no se acordó por primera vez suspender el derecho de Humberto al secreto de las comunicaciones telefónicas,

mediante la intervención de su móvil, ya que la suspensión de ese su derecho había sido el único objetivo perseguido mediante la intervención, acordada en el Auto de 4 del mismo mes, del teléfono fijo de que era titular su padre. Entenderlo así —insistimos— es lo más razonable a la vista de las consideraciones que se hacen tanto en los antecedentes de hecho como en los fundamentos jurídicos del Auto de 15 de junio (...) Entiende esta Sala, en consecuencia, a) que el Auto de 15 de junio de 1999, en que se decretó la intervención del teléfono móvil del acusado Humberto, absuelto en la Sentencia recurrida, no revela un deficiente control judicial de la ejecución del Auto anterior de 4 del mismo mes y año, b) que en dicha resolución por tanto no se vulneró el derecho del citado acusado al secreto de las comunicaciones telefónicas garantizado por

el art. 18.3 CE y c) que la inexistencia de tal vulneración no impedía que se valorasen por el Tribunal de instancia las pruebas conectadas con el resultado de aquella intervención, por lo que la decisión del Tribunal rehusando su valoración lesionó el derecho del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios pertinentes para la defensa, toda vez que dicho Ministerio apoyó en dichas pruebas, entre otras, las peticiones deducidas en el procedimiento en que tiene su origen la alzada que resolvemos. Procede, pues, estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, casar y anular la Sentencia recurrida y devolver los autos al Tribunal de instancia para que, valorando con el resto de las pruebas las que tachó de constitucionalmente ilegítimas, dicte nueva Sentencia con arreglo a Derecho.

**Sentencia 1060/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de julio de 2003**

TENTATIVA INIDÓNEA.

**Art. 16 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

*Se califica de tentativa inidónea punible la conducta de quien, arrebatando el arma a un agente de la autoridad, dispara contra éste a escasa distancia, no saliendo la bala por estar activado el seguro del arma.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Decimotercero.**—El sexto motivo de recurso, por infracción de ley, estima que los hechos no constituyen un delito de homici-

dio intentado en concurso ideal con un delito de atentado ya que la tentativa fue inidónea, por lo que el recurrente debió ser condenado únicamente como autor de un delito de atentado del tipo básico, de los arts.

550 y 551 del Código Penal. Este motivo, por infracción de ley, debe respetar el relato fáctico, por lo que para su resolución debemos partir de los hechos tal y como se han declarado probados por el Tribunal de instancia.

En relación con la punición en el nuevo Código Penal de la denominada tentativa inidónea ha de comenzarse señalando que esta denominación no responde en la doctrina a un concepto unívoco, pues según se acoja una denominación subjetivista, objetivista o mixta la amplitud de los supuestos incluidos en el correspondiente concepto de tentativa inidónea varía sustancialmente. En consecuencia la cuestión de si el nuevo Código Penal sanciona la tentativa inidónea, en abstracto, no puede responderse de un modo unívoco, en la medida que este concepto y los supuestos en él incluidos carecen de una suficiente y consensuada precisión doctrinal. Lo que debe definirse con precisión es el ámbito de la tentativa punible en el nuevo Código Penal. Y, en este sentido, esta Sala ya ha manifestado, reiteradamente, que el ámbito de punición no ha cambiado.

Reiterando lo ya expresado por esta Sala en las sentencias de 21 de junio de 1999 y 5 de diciembre de 2000, n.º 1866/2000, entre otras, ha de señalarse que si bien es cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.20 del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, ello es consecuencia de que dicha norma ya no es necesaria porque el Nuevo Código contiene una definición más precisa de la tentativa.

El art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conoci-

mientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva, 1.º los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2.º) los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3.º) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta.

En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Esto es lo que sucede en el caso actual, en el que el recurrente ha arrebatado a un agente policial su arma reglamentaria, una pistola semiautomática en perfecto estado para disparar, con varias balas en el cargador y una en la recámara, le ha apuntado con ella a la escasa distancia de un metro, le ha expresado “voy a matarte”, y ha apretado el gatillo, no saliendo el disparo porque el mecanismo de seguro estaba activado.

Se trata de un supuesto en el que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción inserta en la órbita del tipo y utilizando un medio generalmente idóneo, aun cuando no lo haya sido en el caso concreto. Tanto el plan o

actuación del autor (disparar a un agente policial desde un metro de distancia apuntando previamente a una zona vital), como el medio utilizado (una pistola semiautomática, reglamentaria para las fuerzas policiales, cargada y montada) “objetivamente” considerados, eran racionalmente aptos para ocasionar el resultado expresamente buscado por el acusado (“voy a matarte”, dijo antes de apretar el gatillo).

Sostener la concepción contraria afirmando desde una perspectiva *ex post* que el

resultado no podía producirse dada la acción del seguro, que el acusado no retiró por desconocer que se encontraba accionado, y sosteniendo en consecuencia la impunidad de esta acción equivaldría, prácticamente, a la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. Y lo cierto es que el Legislador no ha optado por este criterio despenalizador de las tentativas objetivamente idóneas *ex ante*.

**Sentencia 1081/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de julio de 2003**

TRÁFICO DE DROGAS.

**Art. 368 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*De modo análogo a la STS 358/2003, de 16 de junio, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal, se precisa en qué supuestos cabe declarar atípico, por aplicación del “principio de insignificancia”, el acto de transmitir mediante precio una mínima cantidad de droga.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección sexta, absolvió a Carlos Daniel del delito contra la salud pública por el que venía acusado por el Ministerio fiscal, declarando probado que transmitió me-

dante precio un envoltorio que contenía 0,326 gramos de heroína, con una riqueza en principio activo del 4 por 100, mediante la aplicación del denominado “principio de insignificancia” en relación con esta materia, que mejor puede denominarse atipicidad de la conducta por la falta de afectación del bien jurídico protegido, que lo es la salud

pública, y también se le relaciona con el principio de lesividad.

Recurre el Ministerio fiscal, mediante la formalización de un único motivo de contenido casacional, por el cauce autorizado por el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 368, 374 y 377 del Código Penal.

El motivo tiene que ser desestimado.

Esta Sala Casacional ha aplicado siempre con carácter restringido el tema objeto de autos desde la doble consideración del análisis de la estructura típica y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Tratándose de un delito de peligro —aun cuando sea abstracto— dicho peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidos aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro —aun potencialmente— la salud pública (Sentencia de 29 de mayo de 1993).

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, como dice la Sentencia 977/2003, de 4 de julio, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0,05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0,06 g. de heroína); 22 de enero de 1997 (0,02 g. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0,03 gramos de heroína y 0,10 gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0,02 gramos de cocaína), 10 de diciembre de

2001, núm. 1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0,037 gramos de cocaína).

El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 “el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.

Esta doctrina se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, “esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”.

Ahora bien esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva (Sentencias 527/1998, de 15 de abril, 905/1998 de 20 de julio, 789/1999, de 14 de mayo, 1653/2001, de 16 de julio), y concretamente en casos de tráfico como el que aquí se enjuicia, debe limitarse a supuestos de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto, en supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal. Es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo.

Esta cuestión, no obstante, fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003, en

el que se propuso que tal falta de incidencia en la salud pública no se entendería referida cuando, previo informe pericial solicitado a instancia de parte que lo sostenga, se determine que la cantidad de sustancia intervenida no es perjudicial para dicha salud, o subsidiariamente, cuando la sustancia intervenida sea de, al menos, una décima parte a la dosis de abuso habitual determinada por el Instituto Nacional de Toxicología, en informe de 18 de octubre de 2001, que ya tuvo en cuenta esta Sala para calificar el subtipo agravado de notoria importancia, en Pleno de 19 de octubre de 2001, teniendo finalmente en cuenta que dicho informe distingue entre el componente de una dosis de abuso habitual (también denominado recreacional), y el consumo diario de un drogodependiente (al que no se refería, en dicho caso, tal Acuerdo). Tras el pertinente intercambio de pareceres jurídicos, no se llegó a acuerdo alguno, por ser necesario previamente una consulta con el citado Instituto Nacional de Toxicología, dejando diferida la cuestión para un próximo Pleno, que aún no se ha celebrado.

El indicado informe del Instituto Nacional de Toxicología, en lo referente a la heroína indicaba que el peso de la mayoría de las papelinas estuvo comprendido en las muestras tomadas, entre los 50 y 150 miligramos, con un término medio aproximado de alrededor de 100 mg. La riqueza media, es decir, el porcentaje, en peso, de heroína frente a otros componentes de la papelina, fue de aproximadamente un 55 por 100 para las muestras no adulteradas (aunque pudieran estar diluidas o contener impurezas), y de un 45 por 100 para las adulteradas. Entre los adulterantes más comunes, en ambos casos, se encontró, en primer lugar, la cafeína, seguida de paracetamol, piracetam y anes-

tésicos (procaína y lidocaína), añadiendo que “ninguna de estas sustancias se encontraban en dosis tóxicas para el ser humano. Los diluyentes más frecuentes en estos años fueron la glucosa, el manitol y la lactosa, que como es obvio carecen de toxicidad alguna”.

A falta, pues, de acuerdo plenario hasta el momento, deben aplicarse los siguientes principios generales: a) esta materia debe ser interpretada de forma restrictiva, en función del bien jurídico tutelado por la norma penal, de indudable importancia para la salud pública; b) deben mantenerse los criterios tradicionales de la jurisprudencia de esta Sala, en tanto no sea modificada la doctrina legal, mediante acuerdo plenario; c) habrán, en consecuencia, ser observados con carácter orientativo los criterios ofrecidos en los distintos pronunciamientos judiciales, en cada sustancia tóxica en particular, para descartar su lesividad; d) pueden, finalmente, tenerse en cuenta, por el momento los criterios fijados sobre dosis de abuso por el Instituto Nacional de Toxicología en su informe de 18 de octubre de 2001, que sirvió de base para el Acuerdo Plenario de 19 de octubre de 2001.

En el caso de autos, la droga transmitida en principio activo fueron 13 miligramos (0,013 gramos de heroína) que cumple tanto el mínimo establecido por el Instituto Nacional de Toxicología (22,5 miligramos) reducidas todas sus apreciaciones al mínimo posible (50 miligramos, de entre 50 y 150, como peso de la dosis de abuso, y 45 por 100 de riqueza base mediante adulterantes), como los criterios de esta Sala Casacional, en las sentencias a las que antes nos hemos referido, razón por la cual el motivo tiene que ser desestimado.

**Sentencia 1108/2003, Sala de lo Penal del TS, de 21 de julio de 2003**

ABONO DE PRISIÓN.

**Art. 58 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

*Pese a no darse los requisitos del art. 58 del CP, se abona en causa distinta el tiempo excedentario pasado en prisión a consecuencia de un funcionamiento incorrecto de la Administración penitenciaria.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los antecedentes del recurso planteado son los siguientes: Marcelino cumplía pena de prisión impuesta por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Nacional, en ejecutoria n.º 83/96-13. Fue excarcelado el día 7 de diciembre de 1994, cuando el licenciamiento definitivo y, por consiguiente, el excarcelamiento, debería haberse producido el día 31 de marzo de 1994, es decir, 251 días antes.

Por esa razón, la administración penitenciaria propuso que ese excedente de pena cumplida le fuera abonado en la ejecutoria n.º 26/2001 de la Sección 4.<sup>a</sup> de la misma Audiencia Nacional.

La Sección 3.<sup>a</sup>, haciéndose eco del informe del Fiscal, rechazó esa propuesta fundando su decisión en el art. 58 Código Penal, que dispone que los abonos de tiempo de prisión preventiva sólo pueden efectuarse en causa seguida por hechos anteriores al ingreso en prisión.

**Segundo.**—Frente a esa resolución, por el cauce del art. 5.4 LOPJ, se ha formulado

impugnación por infracción de preceptos constitucionales (arts. 14, 17, 24 y 25 CE). Y se insiste en la validez de la propuesta a que se ha hecho mención como única forma de reparación específica.

Lo primero a que debe prestarse atención es el dato de que el recurrente, a juzgar por los antecedentes que constan, ha estado privado de libertad en una causa un tiempo que, en rigor, no le correspondía. Lo que comporta un claro coeficiente de injusticia material en la situación y denota un mal funcionamiento de la administración correspondiente.

Siendo así, es por demás obvio que, tanto en justicia como en derecho, la forma ideal de reparación es la específica, esto es, la consistente en cambiar al perjudicado ese tiempo de privación de libertad indebidamente sufrido por un número equivalente de días de prisión que tuviera pendientes de cumplimiento.

Es cierto que el art. 58 Código Penal prescribe lo que acaba de indicarse, que es a lo que se acoge la sala de instancia en la resolución impugnada. Pero esa regla, debe, primero, ser correctamente leída en su tenor

literal y, también, entendida conforme a la razón de ser de la regla que contiene.

Así las cosas, hay que advertir que en ella se habla del “tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente”. Pero aquí ocurre, primero, que no se está meramente en presencia de un tiempo normal de prisión provisional, sino de un excedente de pena; que, además, resulta de una liquidación que incluye, sí, la duración de la medida cautelar en esta causa, pero también otras variables, como el número de días redimidos por distintos conceptos. Con el resultado, por tanto, de que, ciertamente, no concurre en su integridad ese primer presupuesto normativo.

El mismo artículo reclama que la causa en que pudiera producirse el abono responda a “hechos anteriores al ingreso en prisión”, por aquella en que se produjo el exceso. Y, al respecto, esta sala, en sentencia n.º 808/2000, de 11 de mayo, que cita el recurrente, ha explicado que ese límite cronológico tiene por finalidad excluir la posibilidad de que el reo hubiera cometido nuevos hechos a sabiendas de que podría descontar de la pena correspondiente a éstos la que ya tuviera cumplida en el momento de ejecutarlos. Por eso, resuelve que sí cabría el abono “en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió”.

En estas palabras se expresa con claridad la *ratio* del precepto a examen, que no es otra que evitar una eventual instrumentalización perversa del expediente de justicia contenido en el mismo. Ahora se trata de ver si la petición de la parte, cuya desestimación ha dado lugar al recurso, choca o, por el

contrario, es compatible con tal inteligencia de aquélla.

Al efecto es de considerar que el recurrente tuvo efectivo conocimiento de que había cumplido un exceso de pena el día en que se le comunicó formalmente la propuesta de licenciamiento definitivo. Algo obvio, pues resulta impensable que, de haber sido consciente de ese dato con anterioridad, no lo hubiera hecho valer.

De esto se sigue que si los hechos de la causa en la que tendría que producirse el abono son posteriores a los de aquélla en que se dio el excedente de cumplimiento, no lo son, en cambio, al momento en el que el interesado tuvo noticia de este extremo, por lo que en modo alguno habría podido servirse de él en el sentido que el legislador ha tratado de prevenir.

Siendo así, es claro que desde el punto de vista político-criminal podría accederse a su solicitud sin quebranto para el fin de la norma; lo que hace que, en buen derecho, ésta no pueda ser invocada como obstáculo.

Pues bien, si, de una parte, el marco legal permite resolver en el sentido de la propuesta de la administración penitenciaria, que es el que interesa al recurrente, de otro es cierto que la situación producida vulnera objetivamente el imperativo constitucional de que toda privación de libertad debe producirse “en la forma prevista en la ley” (art. 17 CE). Y asimismo el principio de igualdad (art. 14 CE), que en este punto impone la equivalencia en el grado de aflicción que las penas deben representar para los afectados que se encuentren en idéntica situación desde el punto de vista de la norma, con lo que también en esto tendría razón el recurrente. Es por lo que debe estimarse este primer motivo, en vista de lo cual resulta innecesario entrar en el examen del segundo.

**Sentencia 1101/2003, Sala de lo Penal del TS, de 22 de julio de 2003**

MOTIVACIÓN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

**Art. 24 CE; 66.1 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**

SÍNTESIS

*Análisis de la exigencia de motivación en la individualización de la pena, concretándose los supuestos en que su conveniencia se transmuta en necesidad, siendo uno de ellos el de autos en que la Sala aprecia una exasperación de la pena huérfana de explicación razonada alguna.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Undécimo.**—Aun cuando no se plantee expresamente, ha de analizarse la cuestión de la insuficiencia de motivación de la individualización de la pena, que debe estimarse abarcada por la voluntad impugnativa del recurso.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la especial relevancia de la motivación y en concreto de la motivación de la individualización de la pena, que hoy es un imperativo legal expreso conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1 del Código Penal de 1995. (Sentencias TS de 26 de abril y 27 de junio de 1995, 3 de octubre de 1997, 3 y 25 de junio de 1999 y 6 de febrero de 2001, núm. 132/2001, entre otras).

(...)

La conveniencia de motivación sobre la determinación de la pena se transmuta en necesidad en determinados supuestos, como se-

ñalan, entre otras, las sentencias 1182/1997, de 3 de octubre y 879/1999, de 3 de junio.

Entre estos supuestos cabe señalar: a) cuando la pena se exaspera sin razón aparente (Sentencias 4 de febrero de 1992, 26 de abril de 1995 y 4 de noviembre de 1996); b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la Ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente prede-terminada (último párrafo del art. 506 del Código Penal de 1973 o párrafo segundo del art. 74 del Código Penal de 1995, por ejemplo); c) cuando uno de los autores de los mismos hechos, en quien no concurren específicas circunstancias de agravación, es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás, sin motivo aparente; d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los de-

más, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia (Sentencia núm. 1182/1997, de 3 de octubre); e) cuando la norma legal permite reducir la penalidad bien en uno bien en dos grados (art. 66 —tentativa— 66.4.º —atenuantes plurales o muy calificadas— y 68 —eximentes incompletas—, del Código Penal de 1995 y art. 65 —menores de 18 años— del Código Penal de 1973), en cuyo caso dicha opción debe ser motivada con referencia a los criterios legales (Sentencias de 27 de julio de 1998 y de 3 de junio de 1999).

Siempre recordando que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo obvio.

**Duodécimo.**—En el caso actual se aprecia una exasperación de la pena que no aparece expresamente razonada ni tiene, en el conjunto de la resolución, una explicación suficiente.

En efecto, el delito de apropiación indebida aparece sancionado en el art. 535 en relación con el 528 del Código Penal anterior, con la pena de arresto mayor. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, como sucede en el caso actual, la pena será de arresto mayor en grado máximo. Si esta especial gravedad es muy calificada, como la Sala de instancia estima acertadamente que sucede en el presente caso, la pena se incrementa a prisión menor. Pero la cuantía de la defraudación no resulta en el presente caso tan relevante para justificar, sin una motivación específica que así lo fundamente, una tercera agravación punitiva hasta el grado medio de prisión menor, multiplicando por seis el límite mínimo

de la referida pena (de seis meses y un día, límite mínimo de la prisión menor, a tres años que ha sido la pena impuesta).

Es cierto que las circunstancias del caso y del culpable (un abogado que traiciona la confianza de sus clientes y se aprovecha de su condición de extranjeros para apropiarse del dinero recibido en su calidad de apoderado) justifican que la pena de prisión menor no se imponga en el límite mínimo de seis meses y un día. Pero la elevación de la pena al grado medio precisaba de una motivación más convincente que la mera referencia genérica a las circunstancias del caso y a que es la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, máxime cuando también concurre la circunstancia del largo tiempo transcurrido entre el delito y la condena que juega a favor de la moderación punitiva. No puede considerarse motivación legal suficiente que la Sala estime la pena correcta por tratarse de la solicitada por el Ministerio Fiscal (S. 12-6-2002, núm. 1089/2002), como se expresa en el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada.

**Decimotercero.**—Esta insuficiencia de motivación no puede determinar la anulación de la sentencia, pues dicha anulación, que no ha sido solicitada por ninguna de las partes, constituye una consecuencia desproporcionada, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio sin dilaciones indebidas, cuando la infracción puede ser subsanada en este trámite. En consecuencia procede excluir la exasperación punitiva no expresamente motivada, imponiendo la pena de prisión menor dentro del grado mínimo, si bien en una medida proporcionada a las circunstancias del caso y del culpable ya explicitadas en el fundamento jurídico anterior.

**Sentencia 1109/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de julio de 2003**

DENEGACIÓN DE PRUEBA TESTIFICAL.

**Arts. 6.3.d) CEDH; 24.2 CE; 746.3.º LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

*Se declara vulnerado el derecho a obtener el interrogatorio de un testigo, al prescindir el Tribunal de Instancia, ante su incomparecencia, de proceder a una nueva citación considerando su declaración innecesaria por la falta de credibilidad que deducía de la previamente prestada ante el Instructor.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—En el segundo motivo del recurso, que por obvias razones metodológicas debe ser examinado en primer lugar, se denuncia, al amparo del art. 5.4 LOPJ, la infracción del derecho que la parte recurrente identifica, en principio, como el que todo acusado tiene “a la defensa mediante la promoción de la contradicción y posteriormente concreta en el de “obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. Así es como se define este derecho en el art. 6.º 3.d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 4 de octubre de 1979, derecho que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, debe considerarse integrado en el que reconoce el art. 24.2 de la misma norma a utilizar todos los medios pertinentes para la defen-

sa, con rango consiguientemente de derecho fundamental. El motivo debe ser estimado.

La representación procesal de la acusada había propuesto en su escrito de defensa, como prueba a practicar en el juicio oral, la testifical de A. cuyo domicilio constaba en los autos por haber prestado declaración en las diligencias instructoras. Se trataba evidentemente, a la vista de lo que había manifestado en aquella declaración, de un testigo de descargo. El Tribunal de instancia admitió dicha prueba como pertinente —igualmente admitió todas las demás propuestas por el Ministerio Fiscal y la Defensa— y el testigo fue citado en su domicilio con antelación suficiente. Pese a ello, el testigo no compareció el día señalado para el juicio oral, renunciando a su interrogatorio el Ministerio Fiscal que también lo había propuesto y solicitando la Defensa la suspensión del acto por entender que la prueba era fundamental. La Sala no accedió a la suspensión y la Defensa formuló la preceptiva protesta.

Sin ningún esfuerzo cabe deducir de este relato que a la acusada no le fue respetado, en el juicio oral celebrado contra ella, el derecho a obtener el interrogatorio de un testigo —el único— del que se podría esperar declararse a su favor. Fue respetado su derecho a obtener la citación del testigo pero no el de obtener su interrogatorio toda vez que, producida su incomparencia y aunque ningún obstáculo había para citarle de nuevo, el Tribunal decidió prescindir de su testimonio. Como ya habían declarado los testigos de cargo, tal decisión comportaba que la convicción del Tribunal —una convicción en la que había de descansar la imposición de una pena de siete años de prisión— se formaría sólo sobre la base de la prueba favorable a la acusación. De esta forma, no se puede decir que se respetó el derecho de la acusada a interrogar a su testigo “en las mismas condiciones” que se había permitido interrogar el Ministerio Fiscal a los suyos.

Los razonamientos expuestos por el Tribunal en el segundo fundamento de derecho de la Sentencia recurrida no son suficientes para justificar el acuerdo de continuar el juicio oral impidiendo que la prueba testifical de descargo se incorporase al conjunto del acervo probatorio. El Tribunal no podía considerar innecesaria la declaración de A. con el argumento de que el testimonio prestado por el mismo ante el Juez de Instrucción carecía de credibilidad, porque la facultad del Tribunal, reconocida en el art. 741 LECrim., de apreciar en conciencia la prueba —especialmente la de valorar la credibilidad de un testigo— está condicionada a que la prueba se practique en su presencia. Y anticipar que el testigo mentiría si mantuviese lo declarado durante la instrucción y que, precisamente por esta previsión, lo que pudiere decir no serviría “para llegar a una convicción distinta de la de la culpabilidad de la acusada”, porque ya se ha dado crédito a los testigos de cargo, no parece acorde con la exigencia, derivada del derecho a la pre-

sunción de inocencia, de que el Tribunal se coloque, al menos, en un estado anímico de duda sobre la culpabilidad del acusado hasta que el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral, en condiciones de igualdad para la Acusación y la Defensa, permita la superación de aquel metódico estado de ánimo.

Tampoco puede compartir esta Sala los razonamientos en que apoya el Ministerio Fiscal su impugnación del motivo de casación que analizamos. No se puede rechazar este motivo porque pudiendo haber sido formalizado al amparo del art. 850.1.º LECrim., ha preferido la parte recurrente abrirle camino por la vía de una infracción de derecho fundamental a fin de obviar los requisitos formales de un motivo de casación por quebrantamiento de forma. Con independencia de que no se puede negar a un justiciable el derecho a denunciar una infracción constitucional porque la misma se haya manifestado en un quebrantamiento de forma, es lo cierto que en el caso a que nos referimos concurren todos los requisitos que hubiesen hecho posible la tramitación de la queja como quebrantamiento de forma previsto en el art. 850.1.º LECrim. En efecto, la prueba fue propuesta en tiempo y forma hábiles, fue admitida como pertinente, no se practicó por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente y ésta formuló protesta ante la decisión del Tribunal de prescindir de la misma, a lo que debe añadirse que no debió ser declarada innecesaria por las razones que ya hemos expuesto. Faltó, sin duda, el requisito, tantas veces demandado por la doctrina de esta Sala, de la expresión de las preguntas que la parte recurrente se proponía hacer al testigo incomparecido, pero podemos entender que, en el caso, dicha exigencia hubiese podido y debido ser obviada por resultar fácilmente previsibles, a la vista de la declaración prestada por el testigo ante el Juez de Instrucción, las preguntas que no se pudieron llegar a formular.

**Sentencia 1113/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de julio de 2003**

PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR.

**Art. 17 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Frente a la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia, entiende presente el Tribunal Supremo la figura de la proposición para cometer el delito de asesinato en la conducta de quien ofrece a otro dinero para “liquidar” a un tercero, oferta que resulta rechazada.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

En esencia, el hecho no es otro que el de la oferta, por parte del acusado, a una tercera persona, de una determinada cantidad de dinero para que se proceda a “liquidar” (sic) a quien, al parecer, era su rival amoroso.

La Audiencia concluye en la absolución del autor de esa conducta, por considerar, con relación estrictamente a la pretensión del Fiscal de que la misma sea considerada como proposición para la comisión de un delito de Asesinato, que para la subsunción en el tipo penal del artículo 141 del Código Penal, habría sido preciso que el acusado hubiera tenido intención de participar él mismo, materialmente, en la ejecución del delito contra la vida. Asentando tal argumento sobre la base de la propia literalidad del artículo 17.2 del Texto punitivo, cuando dice que “La proposición existe cuando el

que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”.

Pero yerra el Tribunal *a quo* con semejante planteamiento pues, de una parte, la resolución en orden a la comisión de un ilícito no ha de entrañar, obligatoriamente, a la vista del precepto transcrito, el designio de la directa participación en su ejecución material. Y, de otra, incluso de aceptarse la tesis de los Juzgadores, no puede negarse que, en dicha comisión, el proponente sí que tendría participación y autoría, a título de inductor (art. 28 CP), por lo que a la figura legal de la proposición para delinquir doctrinalmente también se le denomina “inducción frustrada” (STS de 29 de noviembre de 2002, por ejemplo).

La proposición para delinquir es una de las hipótesis normativas de las conocidas como “resoluciones manifestadas”, supuestos de verdaderos actos preparatorios, previos a la ejecución del delito, pero que, por meras razones de política criminal y contra el habi-

tual carácter de impunidad de tales actos, inicialmente tan alejados de una verdadera afectación del bien jurídico protegido en cada caso, adquieren sustantividad y trascendencia penal por la expresa previsión normativa, derivándose de ello el requisito de que "...sólo se castigarán en los casos especialmente previstos por la Ley" (art. 17.3 CP).

Tanto el desvalor de la acción, en lo que supone el propósito mismo de que un delito se cometa llegando a invitar a tercera persona para su ejecución, como el del resultado, con el peligro evidente y efectivo de que el ilícito llegue en realidad a cometerse, justifican plenamente la previsión legal y el castigo para esta clase de conductas, en especial en los casos de atentados contra los más importantes bienes jurídicos y, por ende, más dignos de intensa protección, como es el caso paradigmático de las infracciones contra la vida.

Los requisitos, por consiguiente, para que nos hallemos ante una tal figura merecedora de punición son, en primer lugar, que exista previsión legal expresa en el supuesto del delito objeto de la propuesta, y aquí la hay a la vista del ya meritado artículo 141 del Código Penal, mientras que, en segundo lugar, la conducta ha de consistir en una propuesta o invitación a tercera persona que, hasta ese momento no hubiera decidido ya, por sí misma, la ejecución del mismo ilícito, para que lo lleve a cabo, conjuntamente con el proponente o en sustitución de éste.

Es evidente, no obstante, que esa propuesta ha de referirse a la ejecución de algo posible y ser lo suficientemente seria y mínimamente eficaz para que adquiera la relevancia penal necesaria.

Pero no sólo no requiere la aceptación por el destinatario de la propuesta, sino que, de producirse ésta, habría que considerar que nos hallaríamos ya dentro de la figura

de la conspiración más que en el de la inicial proposición.

Lógicamente, la ejecución del delito no ha debido dar comienzo, pues, en tal caso, estamos ya, cuando menos, en la categoría de la tentativa, en la que el proponente que no participa directamente en ella pasaría a ser considerado como inductor.

En este caso, en definitiva, a la vista de los propios Hechos Probados de la Sentencia de instancia, que antes resumíamos en lo esencial, advertimos que el acusado había resuelto decididamente quitar la vida a su rival, lo que le determinó a proponer, en firme, la ejecución de ese delito a un tercero, ofreciéndole un incentivo económico que podría resultar bastante para la aceptación de la ilícita encomienda.

El que el destinatario de la propuesta no sólo no estuviera dispuesto a aceptarla sino que comunicó semejantes propósitos a la Policía y que, por tanto, la ejecución del delito no llegara a comenzarse, no convierte, por sí mismo, en impune la conducta del proponente y es lo que nos sitúa, precisamente, en el terreno de la proposición para delinquir que, como en este caso, se dirigía hacia la ejecución de un delito de Asesinato, siendo el propio autor de la proposición quien aporta, con el ofrecimiento económico, el elemento integrante de este tipo penal (art. 139.2 CP), por lo que no ha de caber duda en que nos encontramos ante la figura prevista en el artículo 141 del Código Penal, procediendo, en consecuencia, la condena del autor de tales hechos.

Por tanto, el único motivo de Casación alegado por el Fiscal, ha de ser estimado, y con él el Recurso, debiéndose dictar, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se recojan, adecuadamente, las consecuencias jurídicas de tal pronunciamiento.

**Sentencia 614/2003, Sala de lo Penal del TS, de 5 de septiembre de 2003**

CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS DE CARGO Y SENTENCIA ABSOLUTORIA.

**Art. 24 CE**

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

SÍNTESIS

*Aplicando el acuerdo plenario adoptado el 11 de julio de 2003, conforme al cual “cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados”, la Sala desestima el recurso interpuesto por el Fiscal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El tema de la credibilidad de los testigos de cargo en sentencias de contenido absolutorio, fue tratado en Sala no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, celebrada el pasado día 11 de julio de 2003, en el que se valoró tanto lo tratado y resuelto por esta Sentencia, como por otras similares, llegándose al acuerdo de que “cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados”.

Al ser éste el objeto del único motivo que formaliza el Ministerio fiscal, por la vía autorizada por el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 24 de nuestra Carta Magna, esgrimiendo la tutela judicial efectiva, en tanto que “la sentencia recurrida ha valorado arbitrariamente la prueba en el presente proceso, de cuya valoración, este Ministerio fiscal ha visto lesionada la tutela que le concierne a favor de los intereses públicos, con el resultado de indefensión”, hemos de desestimar

su único motivo, en base al acuerdo plenario adoptado.

**Tercero.**—A las consideraciones anteriores, añadimos las expuestas por nuestras Sentencias de 2 y 5 de septiembre de 2003, en casos idénticos:

1. La incuestionable legitimación del Ministerio Fiscal para invocar el derecho a la tutela judicial se relaciona con la vulneración de otros derechos fundamentales, que son los que corresponden a un proceso con todas las garantías y especialmente el derecho a la prueba.

Como dijo la STC 256/2000, de 30 de octubre, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 210/1991, de 11 de noviembre; 163/1993, de 8 de mayo; 201/1994, de 4 de julio; 14/1995, de 24 de enero; 110/1996, de 34 de junio; 20/1997, de 10 de febrero).

Así lo reiteró la sentencia del mismo Tribunal 82/2001, de 26 de marzo, y así lo ha-

bía establecido esta Sala repetidamente, como en los casos contemplados por las sentencias 797/1994, de 7 de abril, 1439/1995, de 15 de diciembre, 1455/1997, de 25 de noviembre, 382/2000, de 8 de marzo y 2012/2000, de 26 de diciembre, que afirmaron la legitimación del Ministerio Fiscal, como parte en el proceso, para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que ahora se vuelve a reafirmar.

En todos esos casos se había privado a la acusación pública de pruebas lícitamente practicadas, por errónea decisión del Tribunal de instancia que las consideró nulas. En todos ellos se estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y se acordó al retroacción de las actuaciones al momento de debatirse la sentencia para que la Sala de instancia se formara su convicción valorando las pruebas excluidas y resolviendo, en definitiva, si existía prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

2. No ocurrió así en el presente caso. No se privó al fiscal de ninguna prueba, ni tampoco de ningún otro derecho integrado en el haz de garantías de un proceso justo (art. 24 de la CE, art. 6 CEDH). El objeto del recurso y su pretensión impugnativa se contrae en definitiva, a poner de manifiesto el déficit del argumento razonador de la Sala de instancia, criticándolo severamente como antes se dijo.

Según la citada STC 82/2001 “solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiesto y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de todo motivación o razonamiento”.

El recurso ha de ser desestimado.

## Sentencia 1138/2003, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2003

ABANDONO DE MENORES.

**Art. 229 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*A propósito de un “caso límite” (la sentencia concluye absolviendo) se analizan pormenorizadamente los elementos configuradores del delito de abandono de menores, prevista en el art. 229 del CP.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La sentencia recurrida absolvió a José Daniel del delito de abandono de un menor por el que le habían acusado el

Ministerio Fiscal y la Generalitat de Cataluña. Convivía con Sonia, también acusada y declarada en rebeldía, que tenía dos hijos, Andrés y Amanda, ambos menores de edad. Cuando dicha madre se ausentaba del domi-

cilio por razones laborales era José Daniel quien se quedaba al cuidado de tales dos hijos. El día 26-12-1993, cuando dicho Andrés tenía sólo 3 meses y 21 días hubo de ser ingresado de forma urgente en un hospital de Reus en un estado de salud límite padeciendo bradicardia extrema y apnea, shock séptico e importante suciedad con infestación parasitaria, deshidratación y desnutrición grave. Luego se le diagnosticó una encefalopatía hipóxico-isquémica no connatal y un desarrollo psicológico muy por debajo del que le correspondía por su edad. Fue dado de alta 3 meses y dos días después y quedó acogido por el correspondiente servicio catalán de Atención a la Infancia. Esa tarde-noche del 26-12-1993 también había estado José Daniel al cuidado de los niños hasta el regreso de la madre de su trabajo.

Contra tal absolución recurren en casación el Ministerio Fiscal y la acusación particular, por uno y dos motivos respectivamente, que hemos de rechazar.

(...)

**Tercero.**—Vamos a referirnos aquí conjuntamente al motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y al 1.º de la acusación particular, concretamente a todo lo alegado en dicho motivo único y en la parte más importante de este último.

Ambos recurrentes, por el cauce del n.º 1.º del art. 849 LECrim., alegan infracción legal por no haberse aplicado al caso, bien el art. 229 CP actual, bien el 448 CP anterior, que sancionan el abandono de niños por parte de la persona encargada de su guarda.

Veamos cuáles son los elementos de este delito en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros:

1.º Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño menor de siete años. El CP actual lo amplía a cualquier menor de edad o incapaz.

2.º El sujeto activo aparece definido en los términos “la persona encargada de su guarda”. Lo mismo en el CP vigente.

3.º La conducta delictiva se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: “el abandono”. Ha de existir una conducta activa u omisiva de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado.

4.º El delito ha de ser doloso. Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Veamos lo ocurrido en el caso presente con cada uno de esos cuatro elementos:

A) Ninguna duda hay en cuanto a que el niño Andrés reunía las condiciones exigida para ser sujeto pasivo de este delito, pues tenía 3 meses y 21 días en la fecha en que fue llevado al hospital en una situación límite para su vida.

B) Entendemos que también concurre el segundo elemento. Ése haberle encomendado la madre, con la que convivía, al acusado, que cuidara del menor mientras ella estaba fuera por razón de su trabajo, y la asunción de tal encomienda por parte de él, nos permite afirmar aquí que José Daniel era la persona encargada de ese menor durante ese período de tiempo en que la madre se ausentaba del domicilio.

Estimamos que esta expresión legal “persona encargada de su guarda” es más amplia que el concepto “guardador de hecho” utilizado en la sentencia recurrida en su argumentación para absolver al acusado. Basta examinar el párrafo 2.º del art. 488 para percatarnos de ello, como bien dice el escrito de recurso de la acusación particular. Si este párrafo 2.º está definiendo una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo, quiere decirse que hay otros posibles sujetos activos —los de la figura básica del párrafo 1.º— además de éstos cuyo comportamiento punible está más

castigado. Si en este párrafo 2.º se agrava el delito para “los padres, tutor o guardador de hecho”, es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

De aquí deducimos nosotros que el concepto “encargado de su guarda” ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz —art. 229—), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección. Son precisamente esos amplios términos legales utilizados en estos tipos delictivos básicos —“persona encargada de su guarda”— y esa necesidad de proteger bienes jurídicos tan valiosos, las razones que nos llevan a efectuar aquí una interpretación generosa de la ley penal, en todo caso respetuosa con sus propias palabras, como exige el principio de legalidad tan esencial en el Derecho Penal desde hace ya varios siglos, como una de las más importantes conquistas del moderno Estado de Derecho.

El hecho de que el CP 95 (art. 229.2) haya modificado los términos de esta figura agravada, al hablar de “padres, tutores o guardadores legales” —no guardadores de hecho—, no sirve para destruir la argumentación que acabamos de exponer. Habrá de servir para configurar un tipo de delito agravado de menor radio de acción en beneficio del tipo básico, pero no para obligar a una interpretación más restrictiva que la que acabamos de exponer (en cuanto al sujeto activo de este tipo básico).

No hay razón alguna para que una persona encargada de la guarda de un menor, en los amplios términos a que acabamos de referirnos, si realmente practica una conducta

de abandono (a continuación nos referiremos a este otro concepto), haya de quedar sin castigo por el hecho de que se trate de actividades de guarda realizadas a título gratuito y sin obligación alguna por razón de un título legal. En el caso presente no nos encontramos ante lo que vulgarmente se llama un “canguro”, expresión utilizada en la sentencia recurrida, sino ante algo más, por haber existido una continuidad en el ejercicio de esa guarda de David —mientras la madre desempeñaba su trabajo—, aunque no existiera autonomía o facultad de decisión propia en la forma en que el acusado tenía que desempeñar esta tarea, ya que había de someterse y se sometía de hecho a los mandatos de dicha progenitora.

No es necesario que aquí nosotros digamos si un “canguro” —guardador por unas horas y retribuido— puede o no cometer este delito (posiblemente pueda, dadas las diversas modalidades en la forma de comisión de estas infracciones penales). Pero sí hemos de afirmar que esas labores de cuidado de José Daniel respecto del menor Andrés encajan en este concepto de “persona encargada de su guarda”.

C) Sin embargo, no concurre el otro elemento objetivo, el tercero, el relativo a la forma de comisión definido en la norma penal como “el abandono”. De acuerdo con lo dicho en la propia sentencia recurrida abandono existió; pero no imputable a la persona del ahora acusado. Así lo deducimos de lo que tal resolución nos dice, en el párrafo 2.º del fundamento de derecho 2.º, donde podemos leer lo siguiente: “no consta acreditado en autos que la situación de desatención crónica que presentaba Andrés tuviera su causa en una supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por José Daniel”.

Para explicar lo que acabamos de decir razonamos del modo siguiente:

a) Entendemos que abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo. Este es

el caso ordinario en épocas pasadas cuando era frecuente dejar a un niño recién nacido o de corta edad en cualquier lugar con peligro de no ser atendido. Pero también existe abandono, y este es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada. Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por acciones u omisiones que se desarrollan en un período de tiempo más o menos prolongado.

Los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen en qué consistía ese “estado de salud límite” cuando nos pormenoriza la situación en que Andrés llegó al hospital el 26-12-1993, bradicardia extrema y apnea, shock séptico, deshidratación, desnutrición grave, suciedad importante e infestación parasitaria.

b) Pero para que se pueda condenar por este delito no basta que exista el mencionado abandono: es necesario que éste pueda imputarse al acusado. Es decir, tiene que haber una conexión tal entre la conducta activa u omisiva de dicho acusado (frecuentemente o primordialmente omisiva en los casos de la segunda modalidad antes referida) y esa situación del menor (o incapaz) reveladora del abandono por parte de ese acusado en su condición de cuidador. Es la llamada por la doctrina reciente imputación objetiva, que faltó en el caso presente como nos dice la sentencia recurrida en el párrafo 2.º de su fundamento de derecho 2.º en la parte que hemos transcrito al inicio de este apartado C).

D) El último de los elementos es el dolo, como requisito subjetivo que ha de concurrir en todos los delitos dolosos. En el CP actual ninguna duda puede existir sobre la naturaleza dolosa de este delito, que no podrá cometerse mediante imprudencia al no hallarse esta forma de comisión expresamente prevista como conducta delictiva, da-

do lo dispuesto en el art. 12 de este código. Si alguna duda podía existir sobre la posibilidad de comisión de este delito a título de imprudencia por el sistema abierto (*numerus apertus*) del art. 565 CP anterior, tal duda queda ya despejada ante el texto del mencionado art. 12.

El dolo, en este delito básico de los art. 488.1 y 229.1 que estamos examinando, exige en el sujeto activo conocimiento de que en su comportamiento concurren los hechos que configuran todos y cada uno de esos elementos objetivos del tipo, los tres antes referidos. Ha de saber el sujeto al obrar: 1.º, que el sujeto pasivo en un menor (o incapaz); 2.º, que él mismo se encuentra encargado de su guarda; 3.º, que con su conducta está originando, propiciando o favoreciendo la situación de abandono de dicho sujeto pasivo. Quien con este triple conocimiento actúa y produce (o ayuda) ese abandono actúa dolosamente.

Pues bien, en el presente caso, aunque pudiera decirse que objetivamente la conducta del acusado hubiera ocasionado o cooperado en la existencia de ese abandono (no es así, pues lo niega la propia sentencia recurrida como acabamos de ver), esto es, aun en la hipótesis de que así hubiera sido, en todo caso, habría faltado el dolo por no haber existido ese conocimiento en relación al 3.º de tales elementos objetivos del tipo delictivo. Cuando la sentencia recurrida, en esa parte del párrafo 2.º del fundamento de derecho 2.º, nos habla de que no se acreditó la “supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por José Daniel” está poniendo de relieve la falta del dolo como elemento del tipo. Los adjetivos “decidida y asumida” así lo ponen de manifiesto.

En conclusión, en el comportamiento de dicho acusado en relación con la persona del niño Andrés, que a la sazón tenía algo más de tres meses cuando los hechos de autos se produjeron, no ha quedado probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva antes referido, y, en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiera existido, habría faltado el dolo en su comporta-

miento, elemento necesario en toda clase de delitos dolosos.

Así pues, no existió el delito por el que José Daniel ha sido acusado.

Hay que desestimar también este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y el 1.º del formulado por la acusación particular.

**Sentencia 1176/2003, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2003**

ASESINATO (ALEVOSÍA, ENSAÑAMIENTO). MEDIDAS DE SEGURIDAD.

**Arts. 101 y 139 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se ratifica el criterio que obliga a considerar la eventual existencia de ensañamiento o alevosía, pese a la inimputabilidad del sujeto, a los fines de fijar el límite máximo de la medida de internamiento en centro psiquiátrico. De paso, se analizan los requisitos de aquellas dos circunstancias agravantes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...)

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 1995, ahora bajo la vigencia de este último código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente, cuando ésta consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho código en su art. 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el art. 6.2 del mismo CP 1995 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al respon-

der a la consulta número 5/1997, de 24 de febrero.

Esta referencia a la “pena abstractamente aplicable al hecho cometido”, como literalmente se dice en ese art. 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución, (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absoluta el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo

que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto.

La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad.

Y así llegamos a lo que aquí queremos decir; para examinar si concurrieron en el caso los requisitos del asesinato que apreció la sentencia recurrida, la alevosía y el ensañamiento (art. 139.1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>), a estos efectos de determinación del límite de la duración del internamiento acordado, hemos de prescindir de los elementos de naturaleza subjetiva que los definen, porque se encuentran conectados con el elemento de culpabilidad que aquí no existió y cuya falta propició la absolución. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad está en la base de esos elementos subjetivos que contribuyen a configurar tanto la alevosía como el ensañamiento. Si no hay capacidad de culpabilidad no cabe tener en consideración tales elementos subjetivos, por lo que nos hemos de limitar a examinar si concurren los elementos propios de tales dos agravantes constitutivas del delito de asesinato.

En definitiva, la peligrosidad, fundamento de la medida de seguridad, ha de cuantificarse en base sólo a tales elementos objetivos que, desde luego, en el caso presente concurrieron.

Veámoslo.

**Tercero.**—De la forma en que aparece definida la alevosía en el n.º 1.º del art. 22 CP podemos deducir que son tres los elementos que la conforman:

1.º Elemento normativo, pues sólo puede apreciarse en los delitos contra las personas.

2.º Elemento objetivo, consistente en el empleo de medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución del delito sin riesgo para la persona del autor que pudiera proceder de la defensa del ofendido.

3.º Elemento subjetivo, pues el dolo necesario para este delito ha de abarcar el mencionado elemento objetivo. Es decir, el sujeto activo de esta modalidad de asesinato ha de conocer que emplea tales medios, modos o formas de ejecución que excluyen la defensa posible de la víctima, en una perspectiva de tendencia, no de consecución de ese resultado. Basta para que exista alevosía que el procedimiento de ejecución del delito sea tal que revele la intención del autor de eliminar (o aprovechar) la posible actuación defensiva del sujeto agredido, aunque, por las razones que sean, se produzca un fracaso en ese modo de actuar y de hecho éste pueda defenderse.

Para el caso presente, por las razones expuestas en el fundamento de derecho anterior, hemos de prescindir de este elemento subjetivo, y, en cuanto a los otros dos, hay que afirmar su concurrencia:

A) En cuanto al primero, no cabe dudar de que el asesinato es un delito contra las personas. El propio artículo 139 prevé la alevosía como primera circunstancia constitutiva de este homicidio agravado.

B) Y en cuanto al segundo, para comprobar su presencia en el caso hemos de partir de lo que nos dice el relato de hechos probados al haber sido amparado este motivo único de casación en el n.º 1.º del art. 849 LECrim. (véase el n.º 3.º del art. 884 de esta misma ley procesal).

Al efecto podemos leer en tal relato lo siguiente: “Una vez llegaron ambos junto a la puerta del domicilio de Dña. Margarita, y cuando ésta iba a introducir la llave en la cerradura de la puerta de su vivienda para abrirla, el acusado, que ya había decidido pre-

viamente acabar con la vida de su hermana, y con tal finalidad tomó el antedicho objeto que escondía bajo el chaquetón y, al tiempo que su hermana volvía su rostro hacia él, le asestó con la azada un golpe en el lado izquierdo del rostro, cayendo Margarita al suelo, y procediendo el acusado a golpearla de modo repetido, propinándole numerosos golpes con la azada por todo el cuerpo a la vez que gritaba, dirigiéndose a ella, “maldita, maldita, maldita”.

Al oír los gritos y ruidos producidos, un vecino abrió la puerta, observando los referidos hechos, cerrándola de inmediato, y cesando en su agresión el procesado, abandonando el lugar, saliendo del inmueble y permaneciendo en las inmediaciones, quedando Margarita en el suelo junto a un charco de sangre”.

Es claro, a juicio de esta sala, que nos encontramos ante un caso de alevosía en su modalidad de ataque súbito o inesperado. La víctima se hallaba de espaldas a su agresor mientras abría la puerta de su piso y éste sacó la pequeña azada que llevaba oculta y con ella golpeó a su hermana Margarita en el momento en que ésta volvía el rostro hacia Lucio. La víctima cayó al suelo donde el agresor continuó golpeándola dejándola en un charco de sangre con lesiones muy graves que se describen en el mismo relato. Lo importante a los efectos de la concurrencia de esta circunstancia es la forma en que se produjo ese primer golpe cuando D.<sup>a</sup> Margarita estaba desprevenida y por tal situación no podía defenderse. Nos remitimos a lo que nos dice al respecto el fundamento de derecho 1.º de la sentencia recurrida.

Para contestar a las alegaciones del recurrente hemos de añadir lo siguiente:

A) La referida azada la guardaba Lucio debajo de su chaquetón y la hermana le preguntó qué llevaba allí contestándole que nada, ante lo cual ella le invitó a que subiera a su domicilio para comer. Así lo dice la narración de los hechos de la sentencia recurrida en el párrafo inmediatamente anterior a lo que acabamos de transcribir. Dicha sen-

tencia en el mencionado fundamento de derecho 1.º añade que ella “en modo alguno podía esperar semejante actitud agresiva por parte del procesado, como revela el propio hecho de haberse hecho acompañar por él hasta la puerta de acceso a su domicilio”. Tal explicación parece razonable: ella no sospechaba que iba a ser golpeada por su hermano.

B) Y en cuanto a la pretendida incompatibilidad entre la alevosía y la esquizofrenia paranoide sufrida por el acusado y que determinó su absolución por aplicación de la eximente 1.ª del art. 20, hemos de remitirnos también a lo que dijimos en el fundamento de derecho 2.º de la presente resolución, donde expusimos que, a los efectos aquí examinados, es decir, para la determinación de la duración máxima de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, ha de examinarse la alevosía desde una perspectiva exclusivamente objetiva. Por lo demás, procede añadir aquí que en un pleno de esta sala, celebrado el 26 de mayo de 1997 se trató este tema y se resolvió de modo afirmativo en cuanto a esta compatibilidad, tal y como luego se recogió en sentencia n.º 494/2000, de 29 de junio, a la que nos remitimos.

**Cuarto.**—Nos queda por examinar la otra parte de este motivo único del presente recurso, la relativa al ensañamiento como elemento constitutivo del delito de asesinato (art. 139.3.ª), también apreciado en la sentencia recurrida a los referidos efectos de fijación de la duración máxima de la medida de internamiento del inimputable absuelto en un centro psiquiátrico.

De acuerdo con lo que nos dice tal art. 139.3.ª, coincidente en lo sustancial con la definición genérica del art. 22.5.ª, el ensañamiento requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1.º Uno de carácter objetivo, consistente en que se produzcan males innecesarios en la ejecución del delito que aumenten el dolor del ofendido.

2.º Otro de naturaleza subjetiva, que se deduce de las expresiones “deliberada e inhumanamente” con referencia al aumento del mencionado dolor del ofendido.

Con el término deliberadamente se está exigiendo la existencia de un conocimiento reflexivo. No debe confundirse con la finalidad de ánimo, a veces requerida por algunas resoluciones de esta sala. Véase al respecto nuestra reciente sentencia n.º 276/2001, de 27 de febrero, que razona extensamente sobre el tema y donde podemos leer lo siguiente en su fundamento de derecho 4.º: “Alguna jurisprudencia ha asociado mecánicamente el modo de operar propio del ensañamiento a la frialdad de ánimo. Pero, en realidad, no cabe afirmar que exista una relación necesaria entre uno y otra. La calidad de las acciones depende, en última instancia, de la textura moral del sujeto; pero la manera de administrar las propias reacciones a los diversos estímulos y de dosificar su incidencia sobre terceros, es un rasgo de la personalidad que tiene mucho que ver con el carácter. Así, dos individuos de una falta de humanidad equivalente y de similar capacidad de crueldad proyectarán su abyección de distinta manera en función de la diversidad de sus temperamentos. De este modo, una acción perversa podrá desarrollarse, con más o menos excitación o autocontención, con morosidad o de manera impulsiva, según el perfil psicológico de su protagonista”.

Con la expresión “inhumanamente” se refiere a la exigencia de un comportamiento impropio del hombre, deshumanizado, es decir, excesivo por su crueldad o perversidad. Véase la reciente sentencia de esta sala de 2-1-2003 particularmente precisa en cuanto a este elemento subjetivo. También la de 9-9-2002.

Tal y como ya quedó razonado en el fundamento de derecho 2.º de esta resolución, a los efectos aquí examinados, hemos de prescindir del referido elemento subjetivo.

Y en cuanto al objetivo, estimamos que concurre en el caso presente, por lo que fue correctamente aplicado en la sentencia recurrida ese art. 139.3.º para determinar el límite máximo de la medida de seguridad objeto de este recurso. También hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida que sobre este punto, a propósito del ataque con la azada y la pluralidad de golpes a que antes nos hemos referido, nos dice así: “Como consecuencia de los hechos Dña. Margarita sufrió graves lesiones concretadas en múltiples heridas en cabeza, tórax, abdomen, espalda y extremidades, fractura de antebrazo izquierdo con luxación de radio, fractura del quinto metacarpiano izquierdo, neumotórax izquierdo, fractura maxilar inferior y paladar duro, shock hipovolémico y shock séptico. Luego nos hace una larga exposición de las secuelas que le quedaron a la víctima y en el fundamento de derecho 1.º nos dice que fueron numerosos los golpes dados por Lucio, a su hermana, tantos que no pudieron ser determinados por los médicos forenses que aproximadamente los cifraron “entre doce y más golpes”.

Basta lo dicho para comprender que existió ese aumento de dolor innecesario para los fines homicidas del procesado. Si quería matar a su hermana pudo hacerlo sin producir tantas lesiones en zonas no vitales.

Hemos de añadir aquí dos cosas:

1.ª Puede existir ensañamiento pese a tratarse de un hecho delictivo en grado de tentativa. Quiso matar a la hermana e inició la ejecución del delito mediante los numerosos golpes antes referidos y quedó interrumpida la acción homicida por la presencia de un vecino.

2.ª En cuanto a la compatibilidad del ensañamiento y la exigente del n.º 1.º del art. 20, nos remitimos a lo que acabamos de decir al final del fundamento de derecho 3.º sobre esa misma compatibilidad con referencia a la alevosía, aunque con relación al ensañamiento no se ha planteado cuestión alguna en reunión plenaria de esta sala.

**Sentencia 1177/2003, Sala de lo Penal del TS, de 12 de septiembre de 2003**

TRÁFICO DE DROGAS.

**Art. 270 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Entiende la Sala que concurrirá la “extrema gravedad” a la que se refiere el art. 370 del CP, cuando la cantidad objeto de tráfico sea mil veces superior a la que determina la “notoria importancia” del art. 369 del CP.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Séptimo.**—1. En el motivo 3.º del recurso de Juan Luis, por el mismo cauce del art. 849.1.º LECrim., se alega aplicación indebida del art. 370 que constituye un subtipo penal para una agravación de grado superior prevista para los casos en que las conductas definidas en el art. 369 sean de “extrema gravedad”.

2. A propósito de tal norma penal y por lo que aquí nos interesa procede hacer el razonamiento siguiente:

A) Nos hallamos ante un concepto, “extrema gravedad”, sumamente indeterminado, por lo que suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad penal en su vertiente de *lex certa*, de tal modo que algún autor ha afirmado su inconstitucionalidad por no respetar dicho principio reconocido en el art. 25 de nuestra Ley Fundamental.

Sin compartir tan radical postura (véanse las sentencias del TC 105/1988, 69/1989 y 150/1991, entre otras), sí hemos de decir que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante

una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal.

B) En tal línea de interpretación restrictiva, entendemos que no basta una exacerbación en la cantidad de la droga de que se trate para aplicar la agravante penal aquí examinada (Sentencias de esta Sala de 17-7-1993, 21-4-1994 y 14-3-1995).

El legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado, la del n.º 3.º del art. 369 (cantidad de notoria importancia) y sobre ésta podría haber establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto; pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad, sino de extrema gravedad refiriendo este concepto a las conductas definidas en el artículo anterior (también a las del n.º 3.º). Entendemos que, ante tal forma de expresarse (“conductas... de extrema gravedad”), hemos de examinar en cada caso cada uno de los comportamientos concretos de los distintos acusados, si hubiera varios, y siempre en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos que lo conformen, objetivos y subjetivos, todos aquellos que nos puedan conducir a reputar una conducta personal como más o menos reprochable, por el acto en sí mismo o por la

implicación de cada cual en dicho acto, para situar la extrema gravedad en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en esta clase de conductas, ya de por sí graves por referirse a las del artículo anterior (art. 369) que ordena imponer las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el que le precede (art. 368).

C) En esa línea de interpretación restrictiva, razonada en el anterior apartado, lo difícil es concretar qué elementos (objetivos y subjetivos, como ha quedado dicho) han de tenerse en consideración para conformar esa "extrema gravedad". En general, podemos decir que cualesquiera que pudieran ser constitutivos de una reprochabilidad en grado extremo pueden servir para definir el concepto que aquí examinamos, considerando como conductas de extrema gravedad aquellas que la sociedad reprocha en grado sumo.

Examinemos algunos de ellos referidos al hecho en sí mismo y a la participación concreta de cada sujeto:

1. Aunque no único, como ya hemos dicho, el criterio de la cantidad, ha de ser considerado imprescindible en estos casos. Si de cantidades pequeñas o normales se tratara, parece claro que nunca habría de aplicarse la agravación de segundo grado a que nos estamos refiriendo.

2. Otro criterio para la valoración de tal "extrema gravedad" puede ser el de que concurren en el supuesto varias de las conductas relacionadas en el art. 369. Sin embargo, la del n.º 6.º (pertenencia a una organización, aun transitoria) parece que poco puede añadir a la reprochabilidad del hecho, pues, se pruebe o no su existencia, es lógico pensar que una organización siempre ha de existir para traficar con droga en las cantidades extremas a que nos estamos refiriendo. Así dos sentencias de esta Sala —de 17-7-1993 y 21-4-1994— han negado la aplicación de esta agravación del art. 370 a

dos casos en que se apreciaron conjuntamente las agravaciones 3.ª y 6.ª del art. 369, relativas, respectivamente, a 3.875 y 17.191 kilogramos de hachis (este último referido a una sustancia con muy poca concentración de THC).

3. Otra circunstancia que puede determinar un mayor reproche social contra estas conductas puede ser el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico ilícito, como ocurrió en otro caso en que se utilizó un remolque frigorífico preparado para transporte de fruta en el que se había construido un departamento aislado donde se ocultaba la mercancía prohibida.

4. Ha de tenerse en cuenta, además, el papel que cada acusado desempeña en el hecho. Los jefes, administradores o encargados de la organización prevista como agravación específica en el n.º 6.º del art. 369, en el mismo precepto que estamos examinando, pero en un inciso segundo separado por la conjunción disyuntiva "o", tienen asignada la misma pena con que se sancionan los casos de extrema gravedad. Por ello no puede exigirse tal condición (de jefes, administradores o encargados) para aplicar la agravación del inciso 1.º, pues si así lo hiciéramos dejaríamos a este inciso sin contenido (interpretación abrogatoria prohibida por el citado art. 117.1 CE).

Ahora bien, en el lado opuesto de la organización están los meros "peones" a quienes se encomiendan funciones subalternas, que carecen de toda capacidad de decisión.

Entendemos que a estos meros subalternos no cabe aplicar nunca la agravación específica aquí estudiada. A tales personas de último rango la sociedad no les reprocha una "conducta de extrema gravedad" que parece habrá de aplicarse solamente a los jefes, administradores o encargados, por aplicación del inciso 2.º, o a los escalones intermedios por aplicación del 1.º

5. Otro criterio que podría tenerse en cuenta es si se actúa en interés propio a al servicio de otra persona, para excluir, en su

caso, de tal extrema agravación a estos últimos.

En definitiva, repetimos, con estos criterios y otros que la experiencia nos vaya ofreciendo en cada caso, hemos de aplicar esta suma agravación del inciso 1.º del art. 370 solamente cuando el comportamiento del sujeto concretamente acusado, por sus circunstancias específicas, objetivas y subjetivas, pueda calificarse como reprochable en grado extremo, es decir, como situado al borde o casi al borde de aquello que la experiencia nos ofrece como ejemplo de lo que la sociedad al respecto considera como más dañoso o peligroso

Véanse las sentencias de esta sala de 19-6-1995, 7-12-1996, 20-12-1997, 3-6-2000, 29-1-2001, 1-3-2001 y 10-7-2001, entre otras muchas.

3. Esta sala, tras una reunión de pleno no jurisprudencial celebrada el 19-10-2001, acordó elevar las cuantías que se venían requiriendo para aplicar la agravación específica del n.º 3.º del art. 369 CP prevista para los casos de drogas o sustancias tóxicas en cantidad de notoria importancia. Sobre la base de unos informes técnicos recibidos al efecto, acordamos que se aplicara en lo sucesivo tal agravación cuando esa cantidad superase las quinientas dosis de consumo diario, fijándose así para la cocaína la cantidad de 750 gramos de sustancia pura, y para el éxtasis (MDMA) la de 240 gramos.

Nada acordamos en tal reunión acerca de la cantidad requerida para poder aplicar, (como requisito mínimo, junto con otros datos o circunstancias, como acabamos de decir) esta super-agravante del art. 370. Sin embargo, en algunas sentencias hemos hablado de superar en más de mil veces ese mínimo requerido, respecto de cada sustancia, para aplicar el art. 369.3.º, para, a partir de ahí, considerar posible que nos encontremos ante tales conductas de extrema gravedad de este art. 370 (sentencias de 10-7-2001, 3-12-2002, 15-2-2003).

Y cuando, como aquí, hay drogas de diferente clase, hay que sumar las cantidades de cada una de ellas y referirlas a las dosis de consumo diario (500, acabamos de decir, para la mencionada agravación de primer grado del n.º 3.º del art. 369).

En el caso presente nos encontramos con 147.629 gramos de cocaína del 71,5% de pureza que equivalen a 105.547,73 gramos de sustancia pura, además de otros 980,2 del 62,2% que equivalen a 609,68 gramos de cocaína pura. Sumando ambas cantidades nos encontramos con un total de 106.157,41 gramos de cocaína pura que, a razón de 1,5 gramos por dosis de consumo diario, nos da un resultado total de 70.771,60 dosis.

Respecto del éxtasis ocupado, nos dicen los hechos probados de la sentencia recurrida que fueron aprehendidos en casa de Pedro Antonio y Estefanía 40.000 pastillas, que pesaron casi 14 kilogramos. No nos concreta el porcentaje de principio activo de MDMA, que nos sería necesario para precisar las dosis de consumo diario a sumar a las de la cocaína para determinar el total de las ocupadas a los efectos de precisar si ha de aplicarse o no este art. 370.

Repetimos que no hay un criterio cuantitativo preciso en esta sala a tales efectos. Pero la solución del caso presente nos parece clara: la cantidad se halla muy lejos de esa mil veces más que la cantidad de notoria importancia del art. 369.3.º Aunque no sepamos las dosis de consumo diaria correspondiente a esas 40.000 pastillas de éxtasis, aunque consideremos (en perjuicio de los acusados) que cada una de tales pastillas es una de tales dosis, si sumamos 40.000 al total que acabamos de obtener respecto de la cocaína, 70.771.606, alcanzaríamos la cifra de 110.771.606, muy alejada de las 500.000 dosis de consumo diario que resultarían de multiplicar por 1.000 las 500 acordadas en esa reunión plenaria de esta sala de 19-10-2001.

No concurre, pues, esa cantidad superelevada que habría de ser imprescindible para construir el concepto de conducta de extrema gravedad del inciso 1 del art. 370 CP.

**Sentencia 1169/2003, Sala de lo Penal del TS, de 20 de septiembre de 2003**

DECLARACIÓN TESTIFICAL SUMARIAL. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

**Arts. 24 CE; 448 y 730 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

*No habiéndose practicado como prueba anticipada la declaración de un testigo de cargo, en un caso de patente conveniencia, no es posible posteriormente su introducción en el juicio oral por el cauce del art. 730 de la LECrim., de necesaria interpretación restrictiva.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En el primer motivo del recurso, que se ampara en el art. 5.4 LOPJ, se denuncia una vulneración del derecho del procesado a la presunción de inocencia por haber sido considerada probada la comisión por el mismo de un delito de robo en grado de tentativa pese a la falta de una prueba practicada en el acto del juicio oral que acreditase válidamente la realización del hecho así calificado. El motivo debe ser estimado. La afirmación de que el procesado realizó, en la ocasión de autos, la acción de intentar despojar a la víctima de su dinero amenazándola con un cuchillo, descansa únicamente, a diferencia del resto de las declaraciones probadas, en la manifestación de la víctima que obra a los folios 63 y 64 de las actuaciones sumariales. Esta declaración no pudo ser reiterada y sometida a contradicción en el acto del juicio oral porque en las fechas de su celebración la progresiva demencia de la víctima hacía inviable la práctica de su testimonio, por lo que ambas partes renunciaron a esta prueba. Es cierto que, al amparo de lo dispuesto en el art. 730 LECrim., el Tribunal de instancia acordó a instancia del Mi-

nisterio Fiscal la lectura de la citada declaración y así se hizo frente a la formal oposición de la Defensa, pero hay que decir que la autorización prevista en dicha norma procesal no podía, en el caso debatido, convertir la lectura de la diligencia sumarial en prueba apta para ser valorada por el Tribunal. Al establecerse en el art. 730 LECrim. que, en el juicio oral, “podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas” en dicho acto, se le otorga a la lectura de tales diligencias el rango procesal de prueba, pero no debe olvidarse que ello está condicionado a que la reproducción de las mismas no sea posible por causas independientes de la voluntad de las partes que insten su lectura. Esta condición debe ser interpretada hoy restrictivamente cuando la diligencia sumarial cuya lectura se solicita y realiza es la declaración de un testigo de cargo porque, en ese caso, la previsión del art. 730 LECrim. choca con el derecho, que al acusado se reconoce en el art. 6.º 3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, “a interrogar o hacer inte-

rogar a los testigos que declaren contra él”. Como quiera que este derecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, se integra hoy en el que reconoce el art. 24.2 CE a un proceso con todas las garantías y tiene, por consiguiente, categoría de derecho fundamental, la eventualidad de que la mera lectura en el plenario de la declaración de un testigo se erija en prueba de cargo debe entenderse igualmente condicionada a que no haya sido posible, durante la instrucción sumarial o en algún momento posterior previo al juicio oral, preconstituir la prueba de la forma establecida en el art. 448 LECrim., es decir, anticipando la garantía de la contradicción, examinando la Autoridad judicial al testigo a presencia del procesado y de su Abogado defensor, así como del Fiscal y del querellante si quisiere asistir al acto, y permitiendo a estos hacer al testigo cuantas preguntas tuvieren por conveniente y no fueran, a criterio del Juez, manifiestamente impertinentes. Así debe hacerse, entre otros casos, a tenor del art. 448 LECrim., cuando “hubiere motivo racionalmente bastante para temer” que el testigo pierda su capacidad intelectual antes del juicio oral. No fueron observadas estas prevenciones en la declaración recibida de la víctima en el sumario. Cuando la misma se prestó, teniendo en cuenta que quien testificaba era una persona de 87 años que había sido declarada incapaz para gobernarse a sí misma días antes, por padecer un notable deterioro de la memoria

y de la capacidad cognoscitiva a consecuencia de una demencia que podía considerarse irreversible, debió acordar el Instructor —o, en su defecto, instar el Fiscal— recibirle nueva declaración con las garantías previstas en el art. 448 LECrim. puesto que podía temerse racionalmente que la testigo perdiera, como efectivamente ocurrió, la capacidad intelectual necesaria para rememorar y narrar los hechos en el juicio oral. No habiéndose procedido de esta forma, ni la sola presencia del Fiscal pudo trasmutar la diligencia sumarial en prueba preconstituida ni su lectura en el plenario pudo remediar la ausencia de plena contradicción de que, en su momento, pudo ser rodeada la declaración de la víctima. La ponderación de esta incorrecta forma de proceder nos lleva a la conclusión de que la afirmación, como hecho probado, del que ha sido calificado en la Sentencia recurrida como robo en grado de tentativa, no se basa en una prueba preconstituida, que voluntariamente se omitió cuando pudo practicarse, ni en una prueba celebrada en el juicio oral en las debidas condiciones de contradicción, por lo que tener tal hecho por probado e imputarlo al procesado —no así los otros igualmente declarados probados de cuya realidad pudo convencerse el Tribunal de instancia por medio de otras pruebas de indiscutible legitimidad— supuso una infracción del derecho de aquél a la presunción de inocencia.

**Sentencia 1168/2003, Sala de lo Penal del TS, de 22 de septiembre de 2003**

OBJETO DEL VEREDICTO.

**Art. 846 bis.c), apartado a) LECrim. y 52 LOTJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

*No constituye desnaturalización alguna del recurso de casación el empleo de esta vía para denunciar el defecto en la proposición del veredicto*

*en tanto constitutivo de un quebrantamiento de las normas y garantías procesales generadora de indefensión y vulneratorio, por tanto, de un derecho fundamental.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—En el primer motivo del recurso, que se dice amparado en los arts. 850 y 851 LECrim., en relación con lo dispuesto en el art. 846.bis.c), apartado a), de la misma Ley, se denuncia un quebrantamiento de las normas y garantías procesales causante de indefensión, que se produjo, a juicio de la parte recurrente, como consecuencia de un defecto en la proposición del objeto del veredicto en la primera instancia, constando en autos la oportuna reclamación de subsanación. La misma denuncia se reproduce en el segundo motivo de casación, residenciado en el art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 849.1.º LECrim., en el que aquel quebrantamiento de normas y garantías procesales se presenta *sub specie* de vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa que reconoce el art. 24.1 y 2 CE, así como de la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la misma Norma. Nos encontramos, pues, ante un mismo reproche que debe recibir una sola respuesta. No es óbice a que la respuesta sea debida —y a que, por consiguiente, haya sido acertada la decisión de admitir a trámite el motivo, así singularizado— el que la pretendida infracción haya sido denunciada, en una primera caracterización, como uno de los motivos que pueden fun-

dar, de acuerdo con el art. 846.bis.c) LECrim., el recurso de apelación que cabe interponer contra la sentencia dictada, en el ámbito de la Audiencia Provincial, por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado cuando se entienda que la infracción de una norma procesal ha causado indefensión porque ésta, de haberse efectivamente producido, significaría la violación de un derecho fundamental, siempre denunciabile en casación al amparo del art. 5.4 LOPJ o del 852 LECrim. El recurso de casación no puede dejar de estar abierto a la denuncia de una pretendida vulneración de derecho fundamental o libertad pública cuando la misma sea atribuida, al amparo de lo dispuesto en el art. 847.a) LECrim., a la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, bien por haber incurrido directamente en ella, bien por no haber remediado, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, la vulneración en que éste pudo incurrir. Rechazada, por las razones expuestas, la primera objeción opuesta a los motivos que examinamos por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, a cuyo juicio la impugnación de la parte recurrente sería inadmisibles por suponer una desnaturalización del recurso de casación, veamos si tiene fundamento la pretensión de que los defectos de que adoleció el objeto del veredicto sometido al Jurado causó indefensión a la parte acusadora hoy recurrente.

**Sentencia 1187/2003, Sala de lo Penal del TS, de 22 de septiembre de 2003**

COOPERACIÓN NECESARIA.

**Art. 28 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*A propósito de la conducta de custodiar y poner a disposición de los autores un vehículo para el transporte de la droga, analiza la sentencia los criterios de separación entre cooperación necesaria (que entiende presente aquí) y simple complicidad.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—El restante motivo del recurso se basa en la infracción del art. 28.2.º b) CP. Estima el Fiscal que “la colaboración del acusado, en los términos en que la prestó, no se trata de una aportación que sea fácil de obtener de cualquier persona (teoría de los bienes escasos) pues no cualquiera está dispuesto a custodiar un vehículo que, dado su destino, y en el caso de ser descubierta la operación, puede comportar consecuencias graves para el que lo hace”. Asimismo, entiende que desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, el acusado ha co-dominado el hecho, pues si hubiera retirado su cooperación, el mismo no se hubiera podido cometer.

El motivo debe ser estimado.

Cierto es que en el F.ºJ.º primero de la sentencia recurrida la Audiencia ha sostenido que “la única intervención atribuible con certeza al acusado es la ya descrita de guardar el vehículo posteriormente utilizado para transportar el alijo”. Pero, luego tiene también por probado a los efectos de acreditar que el acusado “asumió participar en la

operación de tráfico, bien que con la limitada intervención que se le ha podido acreditar”, que aquél hizo entrega del vehículo “abandonándolo en un sitio transitado —la gasolinera de Barbate— con las llaves puestas a la espera de la llegada de alguien”. Es decir, el Tribunal *a quo* tuvo también por probado lo que ha utilizado como base de los indicios en los que dice haber apoyado su decisión respecto del dolo. Al mismo tiempo la Audiencia no ha dado ninguna explicación de por qué no ha tomado este aspecto del hecho en consideración a los efectos de su subsunción bajo el tipo objetivo.

Por lo tanto, la cuestión de la subsunción debe ser planteada de una manera distinta. Se trata de si la acción de tener un vehículo bajo custodia, que, en un momento determinado y luego de ser convenientemente modificada su identidad, es puesto a disposición de los otros partícipes, sólo constituye una participación secundaria que se podría calificar de complicidad.

Ante todo debemos aclarar que el criterio de los bienes escasos ha sido aplicado en la sentencia recurrida de una manera que esta Sala no puede compartir. El criterio se basa

en la escasez de los bienes, no de las personas que estén dispuestas a cometer un delito. Si se tratara de la escasez de las personas se produciría el resultado sorprendente de que el que actúa en un medio infectado de delinquentes sería siempre beneficiado con una reducción de la pena porque su participación sería fácilmente reemplazable. Tal interpretación sería contraria a todas las finalidades imaginables de la pena.

Desde otra perspectiva, la Audiencia y el Ministerio Fiscal discrepan respecto de la posibilidad de evitación del delito mediante el retiro de la cooperación. La Audiencia sostiene que el acusado no tuvo el dominio del hecho, toda vez que con el retiro de su cooperación, no hubiera podido impedir la comisión del delito. El Fiscal, se pronuncia en sentido contrario.

Es evidente, que, sin perjuicio de la insignificancia práctica de la discusión a los efectos del marco penal aplicable, la cuestión del dominio del hecho sólo se plantea a los efectos de la coautoría. Con relación a la cooperación necesaria o a la complicidad, el dominio del hecho queda excluido por definición, pues sólo los autores o los coautores deben haber tenido dominio del hecho. Los primeros como dominio de la acción, los segundos como dominio funcional del hecho. Por lo tanto, no es adecuado considerar a los efectos de este caso, si el recurrente hubiera impedido o no con su desistimiento la consumación del delito.

El Código Penal parece haber distinguido entre coautores, que menciona en el art. 28 primer párrafo al referirse a los cometen el delito "conjuntamente" con otro (u otros), y partícipes necesarios, que define en el segundo párrafo, b). Aparentemente, los cooperadores necesarios tendrían lo mismo que los coautores, el dominio del hecho, dado que, se podría pensar, si alguien hace una aportación al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer, retirando su aportación, impediría que el hecho se llevara a cabo. Si esto fuera así, su dominio (funcional) del hecho parecería claro, pero, al mismo tiempo, la distinción entre coautores y cooperadores necesarios

sería prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria. Sin embargo, en el sistema de derecho vigente la distinción es dogmáticamente necesaria.

Como se ha señalado en la doctrina, el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en el que la aportación se produce. Por esta razón, el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos. Consecuentemente si la aportación necesaria se ha producido en la etapa de preparación, el agente que realiza una aportación necesaria será un partícipe necesario, pero no coautor.

De esta manera se explica que la distinción entre cooperador necesario y cómplice no deba ser apoyada en la noción de dominio del hecho, como lo ha hecho la Audiencia. Lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Desde este punto de vista, la custodia de un vehículo mientras es preparado para ser utilizado en la comisión del delito y la puesta a disposición del mismo en el lugar y en el momento en el que los autores lo necesitan según su plan, configuran una aportación sin la cual el hecho no hubiera podido ser cometido, dada la importancia que tienen en la programación de un delito, que requiere un vehículo de identidad falsificada para el transporte de los objetos del mismo. Sin ese vehículo y sin disponer de él en ese momento el delito no se hubiera podido cometer según el plan de los autores y, no obstante, el partícipe carece del dominio del hecho. Con otras palabras: el dominio del hecho no se determina sólo mediante la causalidad.

Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan

del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28.2.º b) CP. Si no lo es, será aplicable el art. 29 CP. No se trata, en

consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto.

**Sentencia 1193/2003, Sala de lo Penal del TS, de 22 de septiembre de 2003**

REVISIÓN PENAL.

**Art. 954.1.º LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

*Los supuestos en que, como el de autos, alguien es condenado en más de una ocasión por los mismos hechos, han de reconducirse al núm. 1 del art. 954, dando el tratamiento de contradictorias a las sentencias concurrentes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Esta Sala Segunda viene incluyendo en el artículo 954.1.º LECrim. los supuestos en que alguien es condenado en más de una ocasión por los mismos hechos, dando el tratamiento de contradictorias a las sentencias concurrentes. En casos similares (SSTS 134/1998, 3 de febrero; 614/2002, 3 de abril; 1045/2002, 7 de junio, entre otras) la Sala ha optado por la anulación de la dictada en último lugar, manteniendo aquélla que primeramente adquirió firmeza.

Del examen de los antecedentes obrantes en esta Sala, como ya se expresó en el auto mediante el que se autorizó la interposición de este recurso, se deduce que el Juzgado de instrucción n.º 3 de Utrera instruyó diligencias previas número 1758/1999A para la in-

vestigación de las lesiones sufridas por Felipe (...) y que, tras la práctica de las diligencias oportunas para el esclarecimiento de los hechos, fue incoado juicio de faltas que concluyó con sentencia de 8 de noviembre de 2000, en la que se condenó a Manuel como autor de las lesiones referidas. Esta resolución adquirió firmeza y devino ejecutoria en fecha 3 de abril de 2001.

Coetáneamente, el Juzgado de instrucción n.º 2 de Utrera instruyó procedimiento abreviado, iniciado en fecha 18 de febrero de 2000, para la investigación de las lesiones sufridas por Felipe (...) Concluida la instrucción y remitida la causa al Juzgado de lo Penal n.º 9 de Sevilla para su enjuiciamiento se dictó sentencia condenatoria respecto de Manuel en fecha 5 de marzo de 2001. Esta sentencia fue recurrida en apelación y con-

firmada por la Audiencia Provincial en fecha 16 de noviembre de 2001, y actualmente su ejecución se encuentra en suspenso a resultas del presente recurso de revisión, sin declaración de firmeza.

De conformidad con lo informado por el Fiscal procede acceder a lo solicitado y anular la sentencia dictada por el Juzgado penal número 9 de Sevilla en fecha 5 de marzo de 2001.

### **Sentencia 1189/2003, Sala de lo Penal del TS, de 23 de septiembre de 2003**

DENEGACIÓN (INDEBIDA) DE PRUEBA.

**Art. 850.1.º y 569.4.º LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*La Sala considera indebidamente denegada la declaración testifical del Secretario Judicial que intervino en la diligencia de entrada y registro aunque tardíamente sin presenciar la entrada por la Policía Judicial.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El recurso de casación por motivo de denegación de prueba establecida en el núm. 1.º del art. 850 de la LECrim., según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3.º, 792 y 793.2 de la citada Ley y de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, requiere las condiciones que a continuación se indican: 1.º La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales (arts. 656, 790 y 791 de la LECrim.) y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abre-

viado (art. 793; ap. 2 de la citada Ley). 2.º La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona. 3.º Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del

mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4.º Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa, y 5.º Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación.

En el caso, examinados los autos, consta al final de la diligencia obrante al folio 18 de las actuaciones penales instruidas, lo siguiente: “la extiendo yo el Secretario para hacer constar que cuando llegué al bloque núm. ..., vivienda núm. ..., del polígono ..., dicha vivienda se encontraba abierta con la puerta rota y sus ocupantes mayores de edad esposados, manifestándome la encargada del grupo policial, que entraron unos diez minutos años por motivos de eficacia. Cuando me constituí en las otras viviendas también estaban abiertas. Doy fe.”

Este aspecto es relevante para el enjuiciamiento de los hechos, siendo esta cuestión expresamente planteada por las partes, como consta en la transcripción mecanográfica del acta del juicio oral, y al que se refiere la Sentencia recurrida en el párrafo segundo de su fundamento jurídico primero, por remisión, y se realizan mayores consideraciones jurídicas en el tercero de tales fundamentos jurídicos.

Ha destacado la doctrina científica que la presencia del Secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro, y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial, en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional autorizante de la diligencia, se garantiza que la

intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial.

Por Ley 22/1995, de 17 de julio, se da la redacción actual al art. 569.4.º LECrim. disponiéndose que “el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiere autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias”; el Secretario podrá ser sustituido en caso de necesidad en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al constar en los autos por nota del Secretario que hemos transcrito, que la entrada policial no se produjo a su presencia, y que había transcurrido ya un tiempo desde la apertura hasta el comienzo del registro, en tanto que los ocupantes ya se encontraban esposados, lapso temporal que también se había producido en las dos diligencias anteriores, la declaración testifical de mencionado funcionario judicial se hacía necesaria, siendo el tema desde luego relevante para resolver la nulidad planteada por las defensas, no pudiéndose prescindir de su testimonio, que aclarará las particulares de tal registro, en el cual describió como incidencia tal acontecimiento, de modo que debe estimarse el motivo, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 901.bis.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenar que se reponga el estado de la causa al momento en que se cometió la falta, esto es, la celebración de nuevo del juicio oral, con distintos magistrados, para que se sustancie y termine con arreglo a derecho, todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia (art. 901).

**Sentencia 1073/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2003**

PREVARICACIÓN. DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. CONCURSO IDEAL DE DELITOS.

**Arts. 77, 325 y 329 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

*Pese a que la Audiencia había absuelto de los dos delitos al acusado, el Tribunal Supremo le condenó no sólo por la prevaricación medioambiental del art. 329 del CP, sino por el daño genérico al medio ambiente (art. 325 del CP) causado como consecuencia de la resolución prevaricadora (concurso ideal de delitos), analizando las reglas sancionadoras correspondientes (art. 77 del CP).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—La segunda parte del recurso de las acusaciones versa sobre la existencia añadida, de un delito contra el medio ambiente al margen del delito de prevaricación que ya ha sido examinado.

1. Los delitos contra el medio ambiente contemplan la posibilidad ilimitada de que cualquier persona pueda ser autora de los mismos, en función de la realización material de las conductas que se describen en el tipo básico del artículo 325 del Código Penal. No se trata, por tanto, de un delito especial propio, que exige una determinada cualidad o condición en el autor del hecho punible, por lo que, cualquiera que actúe en el marco punitivo previsto puede ser considerado autor del mismo. Ello no evita que, en algunos casos, que nada tienen que ver con el presente, como cuando se actúa en el seno de las personas jurídicas tengamos que inda-

gar a quiénes se puede y se debe imputar la actividad delictiva.

En el caso presente, el (...) (...) del Ayuntamiento, desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del medio ambiente y como consecuencia directa de este comportamiento ilícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. El daño ambiental al margen de la actuación prevaricadora, tenía además, como desvalor añadido, el hecho de querer transformar un paraje de protección natural, por sus especiales características, en suelo urbanizable, lo que demuestra que, además de su actuación administrativa irregular, estaba cometiendo, de forma directa y material, una de las conductas típicas previstas en el artículo 325 del Código Penal. Las personas que solicita-

ron la autorización para hacer los vertidos y que la obtuvieron, no aparecen implicados en unos actos, cuya materialización dependía directamente del acusado.

2. La cuestión que debemos solventar es la relativa a punición de ambas conductas, en función de la posible conexión concursal, abriéndonos a todas las variantes posibles, según el texto punitivo, desde la concurrencia de normas, hasta las modalidades concursales de carácter real, ideal o medial. Esta cuestión tiene diversos precedentes en nuestra literatura jurisprudencial, lo que nos obliga a ponderar todas las tesis manejables, desde el punto de vista doctrinal y legal para buscar las que mejor solucionen el conflicto, que se nos presenta.

Para enfrentarnos a este dilema debemos partir, por razones lógicas y sistemáticas, del tipo penal que constituye el inicio de la vulneración de los derechos y bienes jurídicos tutelados. No cabe duda que la agresión al medio ambiente tiene su origen en una conducta, que hemos estimado prevaricadora y que tiene entidad propia e independiente, sin perjuicio de su conexión con la prevaricación genérica del funcionario, que se contempla en el actual artículo 404 del Código Penal. A consecuencia de esta decisión prevaricadora, se da vía libre para la realización de las conductas típicas que inciden de manera directa y con carácter autónomo, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, que tiene, a su vez, un rango constitucional. Desde este punto de vista, podemos aislar dos modalidades delictivas distintas, lo que descartaría los problemas y cuestiones derivadas de los conflictos de normas que confluyen sobre una determinada conducta. En términos más sencillos, podemos afirmar que, se ha prevaricado y además se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido. Es precisamente la conducta prevaricadora del funcionario, garante de la protección de ambos bienes jurídicos, la que, que con su actuación dolosa, da vía libre a la producción del riesgo o daño.

4. El concurso entre la prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ha dado lugar a un debate doctrinal que se ha tenido en cuenta en algunas resoluciones jurisprudenciales. En las sentencias de 7 de noviembre de 1986 y 10 de abril de 1992, se contemplan supuestos en los que la decisión prevaricadora ha ido seguida de un desalojo o demolición de una vivienda. En estos casos, se ha considerado que existía un concurso de normas, que producía la absorción de todo el desvalor del ordenamiento jurídico en el delito de prevaricación, llegando a considerar que, la demolición del edificio, no eran daños adicionales, sino secuelas cíviles de la prevaricación.

Sin embargo en otra sentencia de 22 de abril de 1996, que aborda una doble condena por cohecho y prevaricación, considera que no ha existido vulneración del *ne bis in idem*. Establece como doctrina que la recepción de dinero por abstenerse de vigilar, es antecedente de la efectiva dejación de funciones que permitió que se llevaran el tabaco almacenado. Considera que ambas conductas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción.

5. El punto sobre el que gira la construcción de las alternativas concursales, se centra en torno a la naturaleza y conformación del acto delictivo. Es decir debemos dilucidar si nos encontramos ante un solo hecho, en su sentido natural y jurídico, o ante varias acciones que pueden ser descompuestas, desde la perspectiva de lo que, en la doctrina se conoce como acción natural.

Desde el punto de vista del concurso de acciones, se puede admitir, a efectos puramente doctrinales y jurisprudenciales, que el delito de prevaricación es compatible con el delito contra el medio ambiente, si se cumplen las reglas generales de la autoría y participación. Se puede producir una connivencia entre el funcionario y el particular que lleve a aquel a la comisión de un delito de prevaricación, del que se puede conside-

rar inductor al extraño, y por supuesto una cooperación necesaria en el delito medio ambiental.

Ahora bien, para ello es necesario contemplar las vicisitudes reales de cada caso y, en concreto, lo que ha sucedido, en el supuesto que ha sido objeto de recurso. El autor de las autorizaciones de vertidos ilegales fue el propio (...), por lo que se considera autor de un delito de prevaricación específica contra el medio ambiente. No consta que ninguna otra persona haya participado, por inducción o compra de voluntades, en la expedición de las autorizaciones, lo que impide que busquemos responsabilidades mas allá de la actuación del funcionario público. Los terrenos sobre los que se producían los vertidos autorizados, eran de dominio público y lo que pretendía el recurrente es que, por este medio se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma también, en autor del delito contra el medio ambiente.

6. Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el artículo 77 del Código Penal, que nos lleva a considerar, *a priori*, la imposición, en la mitad superior, la pena correspondiente al delito que tenga fijada una sanción más elevada. Todo todo ello, sin perjuicio de buscar la formula mas adecuada y proporcionada, cuando sea posible llegar a una solución mas favorable para el reo, si se procede a penar por separado cada una de las infracciones constatadas.

7. La pena correspondiente al delito de prevaricación del artículo 329 del Código Penal es la genérica de la prevaricación (artículo 404): inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de siete a diez años, complementada por la pena específica del delito especial, que es la de seis

meses a tres años de prisión o alternativamente, la multa de ocho a veinticuatro meses. Por su lado, la pena correspondiente al tipo básico del delito contra el medio ambiente del artículo 325 del Código Penal, es la de seis meses a cuatro años de prisión, con multa conjunta de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años. Como puede verse la combinación de opciones condenatorias, de muy diversa naturaleza e índole, y la necesaria búsqueda de la proporcionalidad e individualización de la pena, plantea problemas a la hora de escoger la pena imponible, según el artículo 77 del Código Penal.

En principio parece que la existencia de un delito cometido por un servidor público, que ostenta además la confianza de sus votantes, por ser un cargo electivo, aconsejaría decantarse como pena más grave por la de prevaricación, que permitiría una inhabilitación específica para cargo o empleo público por un tiempo mínimo de siete años y máximo de diez. A ello se acompañaría una pena privativa de libertad, que, situada en la mitad superior, nos llevaría a una duración de un año y nueve meses mínimo a tres años máximo. Como hemos señalado, cabe la alternativa por una pena de multa que afectase de forma importante al patrimonio del autor. Esta opción, en principio, podría satisfacer la adecuación de la pena a las circunstancias personales del autor y al contexto en el que se produce.

8. Ahora bien el delito contra el medio ambiente, supone una infracción grave, que perjudica no solo el buen funcionamiento de la Administración Pública, sino que supone un riesgo potencial o en todo caso una agresión, prácticamente irreversible, a una paraje medio ambientalmente protegido a través de una conducta típica, como es el aterramiento. La pena prevista en orden a a privación de libertad es más extensa, seis meses a cuatro años lo que nos sitúa en una pena mínima de dos años y un mes a cuatro años de prisión, debiendo acumularse la pena de multa y manteniendo una inhabilitación que

no afecta al cargo público y sí solamente a la profesión u oficio. Como diremos más adelante, al motivar la individualización de la pena, los titulares de los poderes públicos y especialmente los Alcaldes, tienen un especial deber de cumplir con el mandato constitucional y legal que impone conservar y proteger el hábitat natural, no solo en función del respeto por la calidad de vida, sino asumiendo que nos encontramos ante un bien permanente, que no es patrimonio de los actuales habitantes, sino que debe transmitirse a las generaciones futuras como muestra de una insoslayable solidaridad colectiva.

9. No obstante, el artículo 77 del Código Penal, impone la punición por separado de ambas conductas delictivas cuando la pena que resulte de la aplicación de las reglas anteriores (delito más grave en su mitad superior) es superior a la que resultaría de penar los delitos separadamente.

En el caso presente la prevaricación permite una pena de multa, alternativa a la prisión, que va desde los ocho a los veinticuatro meses. Aplicando las previsiones del

Código Penal sobre la forma de cuantificar la pena de multa, la cuota diaria, cuando todavía no se había adoptado el euro era de un mínimo de doscientas y un máximo de cincuenta mil pesetas. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales, por parte de un servidor público elegido por voluntad ciudadana, estimamos que la cuantía ajustada y proporcionada del día multa debe ser la de cincuenta mil pesetas. A su vez, por las mismas razones y por haberse sustituido la pena privativa de la libertad por una sanción pecuniaria, la cantidad debe calcularse sobre su duración máxima, es decir, veinticuatro meses. En relación con la pena de inhabilitación especial, su duración se debe fijar en ocho años, que equivalen a dos períodos electorales.

Por su parte el delito contra el medio ambiente nos permite imponer una pena de un año de prisión, una multa de veinticuatro meses en la cuantía de día-multa de cincuenta mil pesetas y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de dos años.

### Sentencia 1231/2003, Sala de lo Penal del TS, de 25 de septiembre de 2003

POLICÍA JUDICIAL (S.V.A.). INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.

**Art. 283 LECrim.**

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

#### SÍNTESIS

*En discrepancia con el criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Consulta 2/1999, se niega la condición de Policía Judicial al Servicio de Vigilancia Aduanera, no obstante lo cual se desestima la pretensión de nulidad deducida por el recurrente en relación con las escuchas telefónicas practicadas por sus funcionarios.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Noveno.**—1. Formaliza un noveno motivo en el que con amparo en los arts. 5.4, 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicita la nulidad de actuaciones de investigación realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera y de las resoluciones judiciales por las que se encomendaron a este servicio la observación e intervención telefónica, funciones ajenas a su competencia.

El núcleo esencial de la impugnación radica en negar la condición de policía judicial al servicio de vigilancia aduanera. Reproduce la legislación vigente en la materia y considera derogado el art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las disposiciones legales dictadas en desarrollo del art. 126 CE, contenidas en la LOPJ, 443 a 446, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado LO 2/1986, art. 29 al 36, y RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía judicial.

2. Los intereses públicos perjudicados por un hecho sospechoso de resultar delictivo determinan que el Estado establezca un sistema encargado de su investigación, depuración y sanción a quien resulte autor de la acción lesiva típica constitutiva de delito. Ese sistema se estructura con la diferenciación de los órganos encargados de la investigación, de la acusación y del enjuiciamiento de manera que quien actúe en una de las fases del sistema aparece inhabilitado para la actuación en otra, exigencia derivada de la vigencia en nuestro ordenamiento del principio acusatorio.

Los artículos de la Constitución 126, para la policía judicial, 124, para el Ministerio Fiscal y 117 y siguientes, para el Poder Judicial, delimitan las funciones encomendadas respectivamente a cada órgano configurando un sistema de reprensión de las conduc-

tas antisociales típicas constitutivas de delito y sobre los que la ley, informada en los principios y derechos contenidos en la Constitución y en los principios recogidos en Tratados Internacionales, hacen que el sistema funcione como un instrumento de control social formalizado, característico del Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular (Preámbulo de la Constitución).

Es patente que la legislación española no ha desarrollado, de forma integral, el art. 126 de la Constitución con una legislación, cada vez mas necesaria, que articule la policía judicial, su posición en el sistema penal y las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente con dependencia de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal.

Esa falta de desarrollo integral permite la aparición de problemas como los que son objeto de esta impugnación. No obstante, el desarrollo normativo permite obtener algunas conclusiones.

En efecto, el art. 126 de la Constitución dispone la existencia de una policía judicial con la finalidad de averiguar el delito y descubrir y asegurar al delincuente. El desarrollo legislativo del precepto lo encontramos en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado L.O. 2/1986, de 13 de enero, y el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, con su modificación operada por el R.D. 54/2002, de 18 de febrero, para incorporar a las Comisiones de coordinación de Policía Judicial las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia. Igualmente las leyes emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas del País Vasco (Ley 4/1992, de 17 de julio) y de Cataluña (Ley 10/1994, de 11 de julio), han desarrollado el precepto constitucional en el ámbito de sus competencias.

Cabe destacar, como con acierto argumenta la consulta del Ministerio Fiscal 2/1999, de 1 de febrero, sobre el servicio de

vigilancia aduanera como policía judicial, que la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado “no es la ley de policía judicial sino una ley de desarrollo de la competencia estatal de seguridad pública”, que ha de coexistir con otras disposiciones legales concurrentes en esta materia para el desarrollo del art. 126, teniendo en cuenta que la policía judicial es la “policía de los jueces y fiscales dependiente de ellos para que independiente sea el desempeño de la función jurisdiccional”.

Del desarrollo normativo del precepto constitucional, destacamos, además de las citadas, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la primera merece especial relevancia las disposiciones que atribuyen al funcionario de policía judicial la condición de “comisionado” del Juez para la práctica de funciones específicas atribuidas por el Juez instructor o el Ministerio Fiscal, en su ámbito respectivo, y la atribución de un “status de inamovilidad” en el ejercicio de sus funciones de policía judicial.

La anterior normativa nos lleva a afirmar que de las funciones varias que cabe atribuir a la policía en un Estado democrático, de ejecución de actos de la administración y del gobierno, de prevención de la seguridad, de inspección del funcionamiento de servicios, de control, de información y de reconstrucción de hechos delictivos, sólo ésta última es la que es función de la policía judicial. Su actuación específica comienza cuando el hecho delictivo se ha perpetrado, cuando han fallado en su cometido otros funcionarios de la policía de prevención, de seguridad o de información, desarrollando su actuación de reconstrucción bajo dependencia de Jueces y del Ministerio Fiscal, en la averiguación y descubrimiento del hecho delictivo y en el aseguramiento del delincuente y su puesta a disposición judicial para que los órganos de la jurisdicción competentes depuren la conducta y, en su caso, la enjuicien y sancionen de acuerdo a las leyes penales y leyes procesales.

Esta función a desempeñar por la policía judicial aparece fuertemente relacionada con la naturaleza formalizada propia del sistema penal en un Estado de Derecho lo que hace que en la función de averiguación de hechos delictivos y aseguramiento de delincentes deba actuar con estricta observancia del principio de legalidad penal, en sus vertientes penal sustantiva y procesal, observancia que si bien es predicable para todas las funciones de la policía juega con una intensidad especial cuando se trata de la actuación en un sistema penal de depuración de hechos delictivos en el que las injerencias en derechos fundamentales son frecuentes sobre personas constitucionalmente protegidas por el derecho a la presunción de inocencia.

Características, por lo tanto de la policía judicial, han de ser la dependencia, al menos funcional, respecto de los jueces y fiscales para asegurar la función jurisdiccional y el ejercicio de la acción de la justicia; la exclusividad en su función de investigación, lo que impide que puedan serle encomendadas actuaciones que entorpezcan la averiguación encomendada; ha de estar especializada en las distintas formas de delincuencia; su actuación ha de estar presidida por el secreto en relación a las órdenes recibidas y a la investigación que realiza; ha de estar en formación permanente y en contacto continuo con los jueces y fiscales de los que depende.

Estas características, junto a la nota de inamovilidad mientras realiza la investigación, permite la aparición de un sentimiento de pertenencia al sistema penal de represión de hechos delictivos en el que actúa, junto a órganos judiciales y al Ministerio Fiscal, con sus respectivas funciones.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, ley marco para la actuación procesal de investigación de hechos delictivos, regula la realización de actos de investigación de hechos delictivos que en muchos supuestos suponen injerencias en los derechos de los ciudadanos que, en observancia de la normativa

vigente —el art. 8 CEDH—, siempre requieren una previsión legislativa y su consideración de medidas necesarias para la seguridad nacional y pública. Por ello todas las actuaciones de investigación de delitos necesitan de una cobertura legal que enmarque la actuación investigadora bajo el principio de legalidad.

Las funciones de la policía judicial se inician una vez se tiene constancia de la existencia de un hecho delictivo. En un principio, la mera recepción de la denuncia y las actuaciones iniciales de investigación, de protección a los perjudicados, etc. son realizados por miembros de la policía en una función genérica de policía judicial. De manera específica, la policía judicial realiza una función propia en la investigación de hechos delictivos, averiguación del delito y aseguramiento y descubrimiento del delincuente. El art. 11.1.g) de la LOFCSE, señala que corresponde a la policía, en su función de policía judicial, investigar los delitos para descubrir y detener a los presentes culpables, asegurar los efectos y pruebas del delito poniéndoles a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. (Con similar redacción el art. 786 LECrim., y 443 LOPJ).

Como señalamos al inicio de este fundamento corresponde al Estado, a través del legislativo, la determinación de los órganos a los que se encomienda la función de policía judicial, sin que los jueces de instrucción puedan atribuir funciones de policía judicial a cualquier funcionario, o trabajador por cuenta de empresa privada, las funciones propias de la policía judicial, sin perjuicio del deber de colaboración que a todos corresponde.

La Ley atribuye la función de policía judicial a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dependientes del Gobierno central y de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales (art. 443 LOPJ), precepto que, como vimos, es concretado en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 29 y siguientes) que organiza el

modelo de policía judicial respecto a la policía dependiente del Gobierno central, y las leyes del Parlamento Vasco y de Cataluña, anteriormente citadas, respecto a sus respectivas policías con funciones de investigación de hechos delictivos.

Las policías locales son órganos de colaboración de la policía judicial.

Respecto al Servicio de Vigilancia Aduanera, la Disposición Adicional primera de la L.O. 2/1995 de contrabando atribuye a dicho servicio la condición de colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en referencia a la investigación y represión de los delitos de contrabando. Esta atribución de órgano colaborador aparece referenciado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —no expresamente a policía judicial— y a un tipo delictivo concreto, sin que quepa realizar una interpretación extensiva de su actuación respecto a otras actividades de investigación que no tienen previstas.

Se alude, en primer lugar, como norma habilitadora de la condición de policía judicial, al art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, argumento que se apoya en la consulta 2/1999 del Ministerio Fiscal, y a las determinaciones del Acuerdo de Schengen.

El art. 283 es un precepto que ha de ser tenido por derogado, tácitamente, por la posterior legislación promulgada tras la Constitución de 1978. Incluso, las últimas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto atribuyen a la policía judicial funciones cada vez más precisas en el procedimiento penal, hacen difícilmente compatible la atribución de esa condición de policía judicial a un grupo tan variopinto de personas como las relacionadas en el art. 283 de la Ley Procesal Penal, en ocasiones, sin ninguna relación con la investigación de hechos delictivos.

El precepto de la Ley procesal, por otra parte, contempla una policía judicial concebida como órgano de ejecución de decisiones judiciales de investigación, toda vez que la Ley de 1882 estatuyó un único órgano de

investigación, el Juez de instrucción. Hoy la policía judicial desarrolla, como función propia, la investigación de hechos delictivos bajo la dependencia y sujeto a la investigación del Juez de instrucción que la policía dirige la investigación de los hechos delictivos, pero en esa función actúa con competencia propia y específica de acuerdo a las prescripciones de las leyes anteriormente referidas e interpretadas desde el art. 126 CE.

La atribución de la condición de policía judicial no es una cuestión meramente nominal. Supone, en primer lugar, la integración en el sistema penal de represión de hechos delictivos, con específicas posibilidades de actuación, coordinación y control en las respectivas Comisiones de Coordinación, Nacional y provinciales, diseñadas en el RD 769/1987, además de las que el propio Juez de instrucción o Tribunal o el Ministerio Fiscal puede realizar en el ejercicio de sus respectivas funciones, durante la investigación que realizan, y entre ellas la verificación y depuración de los posibles abusos y extralimitaciones que eventualmente pudieran producirse en su actuación (STC 55/1990, de 28 de marzo) y que la pertenencia al sistema penal posibilita a través del contacto permanente entre jueces y policías.

Además, el acceso a determinadas bases de datos, antecedentes policiales, reclamaciones judiciales, etc., necesario en la investigación, por enmarcarse en el derecho a la intimidad de los ciudadanos debe estar limitado a aquellos funcionarios de policía judicial pertenecientes al sistema penal de depuración de hechos delictivos, pues ese contenido de la información ha de estar encomendado y controlado por los agentes que lo utilizan para las finalidades de investigación de hechos delictivos.

El ordenamiento jurídico prevé una distribución de las competencias, en este caso de investigación de hechos delictivos, designando unos específicos cuerpos habilitados para su realización, sin que quepa una extensión de las competencias sin un amparo legal que así lo disponga, posibilitando

así la existencia de los precisos mecanismos de control propios de un Estado de derecho.

Por otra parte, sería difícil imaginar el ejercicio del control político o de los medios de comunicación social al Ministerio de Hacienda, responsable del servicio de vigilancia aduanera, por una detención o una actuación de injerencia en un derecho fundamental de un ciudadano realizado en el curso de una investigación por hechos delictivo, extremo que la experiencia indica sí existe con relación a los funcionarios de policía en funciones de policía judicial. Además, la necesaria coordinación policial es, ciertamente, difícil establecer con dependencias orgánicas bajo distintos Ministerios.

Se ha citado, como argumento de autoridad jurídica en favor de la consideración del servicio de vigilancia aduanera como policía judicial la Consulta 2/1999, de 1 de febrero, del Ministerio Fiscal. La mencionada consulta ya expone la dificultad de la conclusión que alcanza: la atribución de la condición de policía judicial al servicio de vigilancia aduanera destacando como norma habilitadora de esa consideración al art. 283 de la Ley Procesal y a lo dispuesto en el Acuerdo de Schengen.

Las consultas de la Fiscalía General del Estado no tienen, obviamente, rango normativo, aunque por su calidad puedan ser tenidas en cuenta en la interpretación de la norma. En este supuesto la Circular ya expresa la dificultad de la cuestión, y su conclusión aparece rectificada por el posterior Acuerdo de la Comisión Nacional de la Policía Judicial en el que participó en Fiscal General del Estado.

Tampoco cabe atribuir la condición de policía judicial al servicio de vigilancia aduanera por aplicación del Acuerdo de Schengen. El Acuerdo referido se limita a autorizar a los institutos de Aduanas de los países signatarios para la realización de las actividades propias del servicio de vigilancia aduanera mas allá de las fronteras de los países signatarios, sin atribuir una específica competencia en lo referente a la investigación de los hechos delictivos.

3. Señalado lo anterior, analizamos la pretensión de nulidad que se solicita como consecuencia de la no consideración de policía judicial al servicio de vigilancia aduanera.

La nulidad que se pretende sería desproporcionada. Hemos declarado que una cualquier omisión o un quebrantamiento de algún presupuesto o requisito procesal no es bastante para dar lugar a la nulidad, siendo necesario atender, en cada caso, a la importancia, a la transcendencia de la omisión o quebrantamiento y a las consecuencias producidas y su incidencia en derechos del justiciable.

El artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se apoya la pretensión de nulidad, 238.3, requiere que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento y la producción de efectiva indefensión. La encomienda al servicio de vigilancia aduanera de funciones propias de policía judicial, que en esta Sentencia declaramos no procedentes, no puede integrar el presupuesto de la nulidad, “que se prescinda total y absolutamente”, pues, ciertamente, el ordenamiento jurídico no es lo preciso que debiera subsistiendo normas que dan lugar a actuaciones equívocas apoyadas, incluso, en pronunciamientos de esta Sala (SSTS 139/2002, de 18 de julio, 624/2002, de 10 de abril y 120/2003, de 28 de febrero). Estas Sentencias transcriben un Auto de esta Sala por el que se archivaron unas actuaciones procesales de investigación por un hecho denunciado contra un

Juez y un Fiscal de la Audiencia Nacional que habían encomendado, precisamente, al servicio de vigilancia aduanera atribuciones de policía judicial. En este Auto, al tiempo de archivar la causa con desestimación de la querrela por no ser constitutivo de delito, se afirma la condición de policía judicial del servicio de vigilancia aduanera, sobre la base normativa prevista en la Ley procesal que consideramos derogada tácitamente.

La Comisión Nacional de Policía Judicial ya señaló en el Acuerdo anteriormente referenciado, la necesidad de reformar la Ley procesal para clarificar la cuestión, al tiempo que destacaba los medios y experiencia del Servicio de vigilancia aduanera en la represión del contrabando y tráfico de drogas.

La ausencia de un fundamento claro sobre el mencionado servicio de aduanas exige del legislador un pronunciamiento claro y urgente sobre la policía judicial que delimita su composición, sus funciones, su dependencia y los controles de su actuación.

Por otra parte, la actuación investigadora del servicio de vigilancia aduanera como policía judicial, tampoco ha supuesto, o al menos no se denuncia, una indefensión al acusado quien ha visto respetados sus derechos en el proceso.

El motivo, consecuentemente, se desestima, al no concurrir, con la claridad precisa, el presupuesto de la nulidad —que se prescinda total y absolutamente de normas esenciales— ni la indefensión requerida.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

**Sentencia 724/2002, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 22 de octubre de 2002**

IMPRUDENCIA PROFESIONAL DEL FARMACÉUTICO.

**Art. 152 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Concepción Sotorra Campodarve**

### SÍNTESIS

*Analiza la sentencia de apelación la condena al farmacéutico que preparó erróneamente la fórmula magistral, de suerte que, debido a la sobredosificación suministrada, se ocasionan importantes lesiones a la paciente menor de edad. Comparte la Sala la calificación de imprudencia “profesional” que efectuó el Juzgado de lo Penal por cuanto la imprudencia: a) se desarrolló en la esfera de los hechos propia de la profesión del sujeto activo del delito; y b) debió evaluarse como temeraria por cuanto el farmacéutico prescindió de las más elementales normas de diligencia.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Tratándose de una imprudencia grave profesional, como el caso que nos ocupa, a los anteriores elementos, comunes a las infracciones imprudentes, han de unirse otros dos, también de forma necesaria. El primero, la esfera concreta de

actuación en la que se desarrollan los hechos, esfera que en supuesto analizado se refiere al ejercicio de la profesión farmacéutica que desempeñaba el hoy recurrente. El segundo, a la entidad de la imprudencia cometida, que ha de ser ubicable en el más alto escalón de la culpa, legal y jurisprudencialmente identificado con la temeridad, enten-

diendo por ella la que se comete cuando se vulneran las más elementales normas de cautela, prevención y cuidado para evitar el resultado lesivo típicamente relevante.

Partiendo de las anteriores premisas, se hace preciso abordar la eventual concurrencia de aquellos elementos típicos en la actuación de Augusto, cuando preparó la solución de "pirimetamina" que había de ser suministrada a la menor Isabel en una concentración sensiblemente superior a la que le había sido facultativamente prescrita, y cuando colocó, a pesar de ello, en el frasco que la contenía, una etiqueta en la que figuraba la concentración adecuada del medicamento con el que la niña debía ser tratada durante su primer año de vida; un tratamiento que le había sido prescrito para evitar el desarrollo de la infección subclínica que la menor sufría ya en el momento de nacer como consecuencia de la toxoplasmosis contraída por su madre en el segundo trimestre de la gestación.

La recurrente sostiene que no hubo tal imprudencia. Que el farmacéutico recibió la orden telefónica por parte de la madre de la menor, de que incrementara la concentración de pirimetamina en una cantidad diez veces superior respecto de las suspensiones preparadas con anterioridad; que se limitó a cumplir escrupulosamente con la prescripción que por esa vía le fue facilitada; y que no se ha demostrado nexo de causalidad suficiente entre la sobredosificación de pirimetamina que fue suministrada a la menor y las posteriores convulsiones, que abocaron, mediante prolongado y doloroso proceso evolutivo, a la parálisis cerebral y demás secuelas descritas en los hechos probados de la sentencia que se recurre, que padece la niña de forma definitiva.

Para determinar si asiste o no razón a la recurrente, es necesario deslindar los diferentes actos que compusieron la actuación farmacéutica que generó el procedimiento, concretados primero, en la comunicación, meramente telefónica y proveniente de persona profana en la materia, la madre de la

menor, a través de la que tuvo conocimiento el hoy apelante de que debía incrementar la concentración de "pirimetamina" en la fórmula magistral que debía ser por él preparada; segundo, en la preparación directa de esta nueva fórmula sin contraste previo con la receta, o, ante su falta, directamente con la doctora que prescribía el tratamiento, la cual decidió el cambio de dosificación, ante el aumento de peso del bebé, un aumento ligero que se debía al desarrollo ordinario de su crecimiento; tercero, en la introducción de tan alta concentración de pirimetamina (diez veces superior a la prescrita) en el frasco que fue facilitado a la madre de la menor, el cual contenía así en elevado grado de pureza una sustancia que, según la literatura científica desarrollada con apoyo en ejemplos reales, a dosis elevadas, presenta indudables riesgos para la salud de quien la ingiere, el cual puede sufrir profundas convulsiones, y a mayor concentración, la muerte por la ingestión; cuarto y último, en colocar una etiqueta errónea en el frasco que contenía el preparado, etiqueta que expresaba la concentración que había sido prescrita facultativamente, de 3,7 mg/ 37,5 ml; en lugar de la que verdaderamente incorporaba, en proporción aproximadamente diez veces superior, para continuar con el tratamiento en su día iniciado, lo que impidió a los médicos que atendieron a la menor, una vez sufrida la crisis tóxica, reaccionar adecuadamente por ignorar el verdadero origen de la misma.

Entiende el Tribunal de Apelación, asumiendo así en su totalidad la fundamentación jurídica argumentada por el Juzgador *a quo*, que el hoy recurrente infringió en estos cuatro momentos con su conducta las más elementales normas de cuidado exigibles en el ejercicio de su profesión por no verificar adecuadamente la concentración de pirimetamina precisa para continuar con el tratamiento de la menor de acuerdo a la mínima diferencia de peso que presentaba en relación a momento de su nacimiento, dados los escasos meses que habían transcurrido des-

de que el mismo tuvo lugar; al elaborar la fórmula magistral con tan desproporcionada solución sin asegurarse de que la misma podía resultar gravemente perjudicial para la lactante a que estaba destinada; y, por último, al introducir el contenido de lo que no resultaba ser sino un verdadero veneno para aquélla en un frasco con etiqueta equivocada, en el que aparecía la concentración que en efecto debió de preparar, dotando así a su contenido de apariencia de normalidad, lo que provocó no sólo que la misma le fuera suministrada a la menor sin precaución adicional alguna, sino también que, cuando

aquélla sufrió la crisis descrita en el relato fáctico como indubitada consecuencia de su ingestión, y a pesar de ser inmediatamente trasladada al centro hospitalario más próximo, los facultativos que la atendieron tardaron en encontrar la causa del cuadro presentado por aquélla, y de frenar a tiempo sus lamentables consecuencias, hasta que, analizada en el laboratorio la muestra que le fue suministrada, se obtuviera definitivamente la ingestión de tan elevada dosis de esa sustancia como el real motivo de su producción.

**Auto AP BARCELONA, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2002**

ACUERDO DE VARIOS SUJETOS PARA LA COLOCACIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO: ¿COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL?

**Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de reforma de la LECrim.; arts. 64, 65, 89 bis y 88 LOPJ; arts. 573, 577 Código Penal.**

**Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Albert Pons Vives**

SÍNTESIS

*El concierto de varias personas para colocar un artefacto explosivo podría merecer la calificación de delito de terrorismo, con la consiguiente atribución de competencia a la Audiencia Nacional. A tal efecto, el auto examina:*

a) *Si, en el caso concreto que viene en consideración, pudiera estimarse que los autores pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.* b) *Si, descartado lo anterior, pudiera entender que se trata de un delito de terrorismo sin pertenecer a banda armada (art. 577 del CP).* c) *Si fuere de aplicación la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores, en cuanto delitos de terrorismo cometidos por menores de 18 años, colaboren o no con organizaciones terroristas.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—El recurrente impugna la resolución del Juez *a quo*, toda vez que considera que no procede su inhibición con respecto a los Juzgados Centrales de Instrucción.

Para ponderar la presente cuestión debemos establecer cuál es el alcance de la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Este precepto dispone:

“...los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial”.

El citado precepto sustenta no sólo la competencia objetiva de la Sala de lo Penal de la Audiencia Penal para el enjuiciamiento de delitos de terrorismo cometidos por bandas u organizaciones terroristas, sino también la competencia objetiva de los Juzgados Centrales de lo Penal y de los Juzgados Centrales de Instrucción, artículos 64, 65, 89 bis y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(...)

A efectos de valorar la corrección de la inhibición del Juzgado de Instrucción, debemos ponderar en primer lugar si los hechos objeto de las presentes diligencias previas son, a efectos de la determinación de la competencia objetiva, indiciariamente cons-

titutivos de un delito de terrorismo contemplado en el artículo 573 del cuerpo penal material. Este precepto castiga la mera colocación de aparatos explosivos por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Así pues, para sostener la competencia objetiva de los Juzgados Centrales de Instrucción en base a este precepto deberemos en primer lugar si podría considerarse indiciariamente que los imputados pertenecen a una banda armada, organización o grupo terrorista. A tal efecto debemos recurrir a la interpretación dada de tales términos por el Tribunal Supremo al analizar el tipo de asociación ilícita, previsto en el apartado segundo del artículo 515 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de julio de 1998, Fundamento de Derecho decimoquinto, expuso que:

1.º) Que exista realmente una banda es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos. Evidentemente no es necesario que se trate de una asociación que haya adoptado alguna de las formas jurídicamente previstas al respecto: basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad.

2.º) Que tal banda sea armada, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento, entendiendo por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes, que son aquellos cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una sola ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana a que nos referimos a continuación.

3.º) La referida STC 199/1987 (FJ 4.º) nos obliga a una interpretación restrictiva del concepto de banda armada, en coincidencia con la jurisprudencia de esta Sala, porque este último concepto no puede separarse del de elementos, organizaciones o

grupos terroristas» con el que aparece unido, tanto, en nuestra Constitución (artículo 55.2) como en las distintas Leyes que han regulado esta materia en los últimos tiempos y en el CP vigente (artículos 515.2.º y 571 a 577), de tal modo que hemos de añadir un elemento más a este concepto: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE), es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo.”

(...)

En el presente caso y a efectos de valorar la inhibición del Juzgado de Instrucción, debemos considerar que del testimonio del recurso de queja no aparecen elementos suficientes que permitan considerar que existía una mínima organización entre los imputados que permita entender que pertenecían a una banda armada.

En su declaración ante los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, el recurrente manifestó que D. Luis Manuel le comentó que se celebraría un concierto de apoyo a ETA en las cocheras de Sans y que había que hacer algo para que los radicales independentistas no convirtieran Cataluña en un segundo País Vasco, en violencia callejera. Con este fin, el recurrente y el Sr. Luis Manuel decidieron hacer un explosivo con una olla, azufre y carbón vegetal. El recurrente, el Sr. Luis Manuel y otros individuos se encontraron en un bar y el citado Sr. Luis Manuel explicó al recurrente como preparar el explosivo para su detonación. Realizado esto, el Sr. Luis Manuel y el recurrente, acompañados de otras personas, salieron del bar dirigiéndose a la plaza de Sans, donde colocaron el explosivo que deflagró en sus manos.

No podemos considerar que por la dinámica de los hechos los imputados sean inte-

grantes de una banda armada, ya que no existen los requisitos de permanencia, estabilidad, organización jerárquica y distribución de funciones que caracterizaría cualquier colectivo cuyo objetivo fuese atentar de forma persistente contra la paz pública y el orden constitucional. (...).

**Segundo.**—Descartada la presencia de una banda armada, a efectos de valorar la inhibición del Juzgado de Instrucción, debemos considerar si la calificación de los hechos como un delito de terrorismo contemplado en el artículo 577 del Código Penal implicaría la atribución de la competencia objetiva a los Juzgados Centrales de Instrucción.

Debemos señalar que el delito de terrorismo contemplado en el artículo 577 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 castiga la comisión de actos terroristas sin pertenecer a una banda armada. Dicho precepto no tiene precedente en el Código Penal derogado de 14 de septiembre de 1973. Debemos interpretar pues el artículo 577 del Código Penal en relación con la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo.

Haciendo una interpretación gramatical de la citada Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, apartado primero del artículo 3 del Código Civil, debemos llegar a la conclusión que atribuye la competencia objetiva a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los supuestos que los delitos de terrorismo sean cometidos por bandas armadas o grupos terroristas o por quienes cooperen o colaboren con dichos grupos u organizaciones. Así pues, *prima facie* el delito de terrorismo cometido sin pertenecer a una banda armada caería fuera de la competencia objetiva de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuando el acto terrorista no se cometa como apoyo a una banda terrorista preexistente.

Por otra parte, debemos señalar que la jurisprudencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo no es totalmente aplicable al presente caso. Así las Sentencias

del Tribunal Supremo 546/2002, de 20 de marzo, y 1819/2001, de 11 de octubre, se refieren a supuestos de comisión de acciones terroristas por parte de individuos no integrantes en una banda armada, pero como medida de apoyo o colaboración con las actuaciones de la banda terrorista ETA. Lo mismo podemos decir de los Autos del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2000 y de 24 de noviembre de 1998, que resuelven cuestiones de competencia planteadas entre Juzgados de Instrucción del País Vasco y Juzgados Centrales de Instrucción.

(...)

No podemos considerar que exista coincidencia entre los hechos contemplados por las resoluciones del Tribunal Supremo citadas *supra* y el presente caso, ya que en aquellos casos la actuación terrorista de los individuos no integrantes de una banda armada se realizaba como medio de colaboración con una banda armada ya constituida, concretamente ETA, que tendría su cabida en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988. Sin embargo, en el presente caso la presunta actuación terrorista de los imputados no se configuraba como un medio de colaboración a una banda armada, ya que con independencia de la actuación de los imputados no existía tal banda armada.

(...)

No se nos escapa que la Disposición Adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, según la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, dispone que los Juzgados Centrales de Menores serán competentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por menores de dieciocho años, contemplados en los artículos 571 a 580 del Código Penal, es decir, todos los delitos de terrorismo sean cometidos o no por personas que pertenezcan o colaboren con una banda armada.

Nos hemos planteado los efectos de la atribución de la competencia objetiva a los nuevos Juzgados Centrales de Menores, apartado segundo del artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cabría sostener

que dicho precepto supone una modificación de la citada Disposición Transitoria de Ley Orgánica 4/1988 y que en cualquier caso los delitos de terrorismo deben ser instruidos y enjuiciados por los órganos de la Audiencia Nacional.

Entendemos que no es posible esta interpretación según las normas hermenéuticas de nuestro ordenamiento jurídico. La atribución de competencia objetiva contenida en la Disposición Adicional cuarta de la citada Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores no puede considerarse que suponga una modificación de las normas generales de competencia objetiva de los diferentes órganos de la Audiencia Nacional, ya que regula la competencia de un tipo concreto de órganos jurisdiccionales, los Juzgados Centrales de Menores, y, por otra parte, esta interpretación expansiva de la citada Disposición Adicional tendría como base una interpretación analógica de la misma. Debemos señalar que constituye presupuesto de la interpretación *a simili* la existencia de un vacío legal, apartado primero del artículo 4 del Código Civil. Este extremo no concurre en el presente caso, ya que existe una norma que regula la competencia objetiva de la instrucción e enjuiciamiento sobre esta materia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional, que tiene un contenido sustancialmente distinto a la Disposición Adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Por otra parte, una aplicación expansiva de la Disposición Adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores conculcaría la supletoriedad de dicha norma con respecto al ordenamiento procesal común, en atención a lo dispuesto en la Disposición Final primera de la citada Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

(...)

Por estos motivos, debemos considerar que los órganos competentes para la instrucción de esta causa son los Juzgados de Instrucción de Barcelona.

**Sentencia 567/2002, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 13 de diciembre de 2002**

DIFERENCIAS ENTRE ACUSACIÓN Y DENUNCIA FALSA Y ESTAFA PROCESAL.

**Arts. 456.1.º y 2.º, 248 y 250.2.º Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José de la Mata Amaya**

SÍNTESIS

*Los acusados interpusieron querrela en la que afirmaba que la parte actora de un procedimiento civil por desahucio había aportado al pleito un contrato de arrendamiento con firmas falsificadas. Ello motivó la suspensión del proceso civil. Ulteriormente, se sobreseyó el proceso penal, al acreditarse que las firmas del contrato eran auténticas. Sobre este substrato fáctico, la sentencia de la Audiencia condena por acusación y denuncia falsa pero absuelve del título de estafa procesal que imputaba la acusación particular. En la fundamentación de la resolución que seleccionamos se razonan las diferencias entre ambas figuras penales.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

La entidad mercantil ..., S.L., promovió contra ..., S.L., demanda de desahucio en resolución del contrato.

Los demandados tuvieron conocimiento de la existencia de tal demanda al ser emplazados (...)

En ese momento, considerando que habían sido incumplidos los pactos alcanzados con el pago de la renta de dicho local, así como que la gestión, relacionada con la administración, podría ser fraudulenta y constitutiva de delito, decidieron interponer querrela criminal contra la empresa ..., S.L., lo que hicieron por presuntos delitos de falsedad en documento, utilización a sabiendas de un documento falso en juicio, estafa procesal, coacciones y administración fraudulenta.

Interpuesta que fue la querrela, solicitaron la paralización del procedimiento de desahucio a tenor de lo dispuesto en el art. 114 LECrim., lo que efectivamente se produjo.

En dicha querrela criminal se aportaba como documento probatorio el ya referido contrato de arrendamiento del local sobre el que la empresa de los acusados ejercía su negocio. Y se alegaba que las firmas que figuraban en el mismo como pertenecientes a ellos no habían sido realizadas por los acusados ya que no habían suscrito nunca ningún contrato de arrendamiento y que, por tanto, había sido confeccionado por los querrelados.

(...)

La querrela criminal fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción, el cual, tras practicarse prueba pericial caligráfica

que determinó que las firmas que obraban en el contrato cuya falsedad pretendían haber sido realizadas por los propios Marcos, Jesús Manuel y Vicente, dictó Auto de sobreseimiento libre del procedimiento, el cual fue recurrido por éstos en reforma y seguidamente en apelación, que desestimó la Audiencia Provincial.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Tales hechos declarados probados constituyen un delito consumado de acusación y denuncia falsa, tipificado y penado por el artículo 456.1.2 del Código Penal.

(...)

**Quinto.**—La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, postula la existencia de un delito de estafa en su modalidad de fraude procesal, en la conducta de los cinco acusados.

(...)

Este delito, en definitiva, requiere una maniobra fraudulenta inequívoca por parte del sujeto activo. Por esta razón, no existe cuando la finalidad última perseguida sea legítima. Esto ya se apuntaba con toda claridad en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1899, que cita la ya indicada STS de 14 de marzo de 2002, que indicaba que “quien somete a la decisión judicial lo que cree que es un derecho no puede decirse que trate de defraudar”.

Y esto es lo que ocurre en el caso de autos. La simple lectura de la querella que ..., S.L., pone de manifiesto que su objeto no era únicamente la falsedad del repetido contrato de arrendamiento. Junto a este hecho (que merece el tratamiento penal que ya se ha indicado), los querellantes aludían también a delitos de coacciones y administración fraudulenta. Y ello lo hacían tanto en el antecedente de la querella como en la relación circunstanciada de hechos o en las diligencias de investigación que se solicitaron.

La misma conclusión se alcanza analizando toda la prueba practicada en el acto

del juicio oral. La situación no es tan simple como la presenta la acusación particular: no fue algo tan sencillo como una demanda de desahucio por falta de pago de renta de un local de negocio y unos demandados que presentan una querella alegando falsedad de las firmas del contrato de arrendamiento, resultando que el contrato sí había sido firmado por ellos. Junto a ello hay una larga serie de elementos que han de ser tomados en consideración:

(...)

Resulta pues que la conducta de los ahora acusados no respondió para nada a una maniobra engañosa inequívoca. Su intención fue someter a la decisión judicial lo que creían que era un derecho, tratando de evitar precisamente convertirse en las víctimas de lo que consideraban una actuación manipuladora y fraudulenta por parte de ... S.L. y de Gonzalo, en cuyo comportamiento a lo largo de un dilatado período de tiempo advertían indicios de distintos delitos (particularmente en la actuación de Gonzalo). Y a tal efecto claro es que pretendían con su querella paralizar el procedimiento civil de desahucio por falta de pago, como han reconocido. Pero no es descartable que su finalidad fuera conseguir el reconocimiento y la protección de sus derechos y evitar verse desposeídos de sus derechos, y no la de causar perjuicios ilícitos a terceros y lucrarse indebidamente.

Ciertamente, incluyeron en su querella un documento suscrito por tres de los acusados respecto del que negaron su autoría, pero esta circunstancia, que conlleva la responsabilidad que ya ha sido determinada, no desnaturaliza la esencia de la querella criminal, mediante la que aspiraban a impedir lo que ellos consideraban una actuación fraudulenta y criminal por parte de los querellados y, muy especialmente de Gonzalo.

No concurren, por esta razón, ninguno de los elementos necesarios para integrar el delito de estafa procesal, procediendo dictar sentencia absolutoria en relación con los cinco acusados.

**Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 27 de diciembre de 2002**

COMPATIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO EN RUEDA Y EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO.

**Art. 368 LECrim.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. M.ª Dolores Balibrea Pérez**

SÍNTESIS

*Estima la Sala el criterio interpuesto por el Ministerio Fiscal al no partir las razones expuestas por el Juez instructor al denegar la práctica del reconocimiento en rueda. Ni la circunstancia de haber transcurrido mucho tiempo desde la producción de los hechos, ni el haberse practicado ya reconocimiento fotográfico pueden ser razones que impidan este medio de identificación del acusado.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—El Ministerio Fiscal impugna la resolución denegatoria de la práctica de la prueba de reconocimiento en rueda interesada, alegando que es imprescindible esta diligencia para determinar la identidad del autor del hecho enjuiciado y por ello para poder formular el escrito de acusación.

El Juez de Instrucción deniega esta diligencia alegando que no es válida por haber transcurrido mucho tiempo desde que se produjeron los hechos hasta el momento de realizar el reconocimiento y por haber visto con anterioridad el testigo que ha de reconocer al autor fotografías de éste en el reconocimiento fotográfico que realizó en sede policial.

Ninguno de estos argumentos puede ser aceptado. Es doctrina jurisprudencial consolidada que el reconocimiento por medio de fotografías es un método válido como medio policial de investigación, que puede servir para ulteriores diligencias que sean

base de auténticas pruebas posteriores; así es, dice, cuando no existen datos para identificar al delincuente y, por tanto, al no haber podido ser detenido, es imprescindible acudir a la exhibición de fotografías (STS de 10 de octubre de 1983 o 31 de enero de 1991). Sin embargo, establece la jurisprudencia (sentencias de 14 de junio de 1994 y 23 de enero de 1995) que su pertinencia ha de estar supeditada a la provisionalidad y accesoriidad de la diligencia, en tanto que debe servir tan sólo como medio inicial de posteriores, investigaciones y diligencias de tipo identificatorio, como serán (habitualmente) los posteriores reconocimientos en el Juzgado de Instrucción y posteriormente en el plenario.

(...)

De esta doctrina se deriva que la diligencia de reconocimiento fotográfico no es, más que un elemento para iniciar la investigación, siendo imprescindible, cuando sea habido el presunto autor del hecho, que sea reconocido de acuerdo con lo dispuesto en

el art. 368 de la LECr., por los testigos presenciales, sin que ello pueda ser sustituido por el reconocimiento por los agentes policiales que han visionado la cinta de vídeo en la que aparece el autor, ya que estos últimos carecen de la intermediación que tuvieron los primeros, quienes vieron al autor en forma directa y no a través de una filmación.

La citada doctrina también rechaza que el reconocimiento previo de fotografías vicie la posterior diligencia de reconocimiento en rueda y en cuanto a la capacidad de memoria del llamado a reconocer es algo que no puede ser establecido *a priori*, sin ni siquiera contar con el propio testigo. Además no se entiende por qué se ha demorado tanto tiempo en la práctica de esta diligencia

puesto que el detenido paso a disposición del Juzgado Instructor en fecha 24-10-2001, habiéndose podido practicar esta diligencia inmediatamente, cuando solo había transcurrido un mes escaso desde que se produjo el hecho denunciado, lo que sin duda habría redundado en una identificación más fiable y eficiente y en una mejor instrucción. No obstante ello, el tiempo transcurrido no es razón suficiente para excluir la posibilidad de tal identificación.

#### PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar íntegramente el Recurso de Queja interpuesto por el Ministerio Fiscal.

### Sentencia 167/2002, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 30 de diciembre de 2002

DECLARACIÓN DE TESTIGO PROTEGIDO POR VIDEOCONFERENCIA Y DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.

**Art. 4.5 de la Ley Orgánica 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ana María Ferrer García**

#### SÍNTESIS

*El equilibrio que debe guardarse entre el derecho al proceso debido para el acusado, del que forma parte la facultad para interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, y el necesario respeto a los derechos fundamentales de dichos testigos es especialmente delicado en los supuestos de testigos protegidos cuando emiten su declaración de forma no presencial (en este caso, a través de videoconferencia). La sentencia expone con detalle las garantías que deben observarse en estos casos.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—El primer motivo de recurso considera que en el procedimiento se han

quebrantado las garantías constitucionales, en concreto, por la manera en que se celebró la prueba testifical de la persona identificada como Testigo Protegida n.º 1. Y esta de-

claración se efectuó, previa resolución motivada del Juzgado de lo Penal acordándolo así, a través del sistema de video conferencia, encontrándose la testigo en una dependencia judicial distinta de aquella donde se celebraba el juicio, y siendo percibido su testimonio a través de la pantalla instalada en la Sala de Audiencias.

El Juez sentenciador basa esa medida en el marco legal que le otorga la Ley de Protección de Testigos, LO 19/1994, de 23 de diciembre. Alude también, con carácter supletorio, a lo dispuesto en el art. 147 de la LEC. Y ambas referencias legislativas son impugnadas por el recurrente. La primera, en concreto la referencia que la sentencia hace al art. 2 apartado b) de la citada LO 19/1994, porque entiende el recurrente que ese precepto solo autoriza la adopción de medidas de protección respecto a testigos y peritos en la fase de instrucción. Este argumento no puede ser aceptado y ello porque tal precepto no puede desconectarse del resto del texto en que se inserta, y especialmente de su art. 4 que no solo ordena al Juez o Tribunal encargado del enjuiciamiento que, una vez que reciba las actuaciones en las que se hubiera acordado alguna medida de protección con base en la ley citada, se pronuncie sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas adoptadas, sino que prevé la posibilidad de que tal órgano judicial, “previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto, y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal que se trate”, adopte nuevas medidas de protección. Y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso. El Juez no solo mantiene las medidas adoptadas en fase de instrucción, respecto a las cuales la defensa no efectuó alegación alguna ni mostró su oposición, sino que incrementa estas medidas adoptando una concreta respecto a la manera de desarrollarse la prueba testifical en el acto de plenario. Acude a la posibilidad tecnológica

que ofrece la video conferencia, que garantiza la visualización simultánea desde la Sala de Audiencia de la declaración que el testigo presta en otra sede judicial. En cuanto a la cobertura específica que la medida adoptada pueda encontrar dentro del marco normativo, como señala la resolución impugnada, la LO de 19/1994 de Protección de Testigos no enumera las medidas que pueden utilizarse, sino que deja abierta la posibilidad a cualquier medida de protección, sin más limitación que los principios que rigen el proceso penal. Como dice la exposición de motivos de la ley, es necesario buscar el “equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de los derechos fundamentales inherentes a los testigos...”. Y el Juez sentenciador razona exhaustivamente el porqué de la medida que adoptó respeta los principios del proceso penal y con ellos el derecho a un proceso con todas las garantías.

De manera reiterada ha expresado el Tribunal Supremo y el Constitucional de que la prueba apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de modo muy específico la declaración de los testigos de cargo, exige que se practique en el acto del juicio oral con las garantías de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

El derecho del acusado en la causa penal a defenderse lleva consigo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él, según se consagra en los arts. 6.3 apartado d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (Roma, 4 de diciembre de 1950), y en el art. 14.3 apartado e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), ambos suscritos por España. Ese derecho ya venía reconocido en la LECrim en su art. 708. En el presente caso la defensa de la acusada ninguna merma ha experimentado en las posibilidades de interrogatorio de la testigo.

La sentencia detalla exhaustivamente la manera en que se celebró la prueba. Colo-

cándose la testigo en una dependencia judicial, alejada de la Sala de Audiencias, el sistema de vídeo conferencia permitió que su imagen fuera vista desde ésta, a través de una pantalla de gran tamaño y alta definición. Así, pudo ser directamente interrogada por las partes intervinientes en el proceso, y sus respuestas percibidas directamente por todos ellos, simultáneamente. De ahí que haya de compartirse el criterio del Juez en el sentido de considerar que el mecanismo utilizado respetó los principios de inmediatez, contradicción, oralidad y concentración. Y explica la sentencia porqué se cumplieron todos ellos. La imagen se reproduce con una “perfección prácticamente igual a la de la visión directa”, además el mecanismo permite que en la pantalla que tiene la testigo se proyecte su imagen instantánea y simultáneamente la de quien interroga. El testigo ve a quien le interroga y las partes ven al testigo, todo se produce simultáneamente, con aparatos de alta definición, que permiten apreciar las modulaciones o gesticulación del testigo y a la inversa. Es decir, como señala la sentencia cuestionada, no se producen otras limitaciones que las del sentido del tacto o el olfato, lo que no parece que pueda afectar a los principios antes citados.

El escrito de recurso opone una serie de inconvenientes. Sostiene que al enfocarse la cara de la testigo no puedan advertirse la gesticulación que hiciera con otras partes del cuerpo, como las manos. Sin embargo, aunque así hubiera sido, en principio no hubiera existido inconveniente en que la parte que interroga, si lo desea, solicite un plano que permita advertir esas extremidades mientras se desarrolla el interrogatorio. De otro lado, dice que no existe la certeza de que la testigo no hubiera estado coaccionada por otra persona en el momento de prestar la declaración. Sin embargo esta posibilidad debe quedar absolutamente descartada, y ello porque la declaración de la testigo se realiza desde una dependencia judicial, y a presencia de un funcionario de la Adminis-

tración de Justicia habilitado en funciones de Secretario, que da fe de, por una parte, de la identidad del testigo, y de otra, de que su testimonio se presta sin inferencias externas de ningún tipo. Y en este aspecto ha de considerarse de supletoria aplicación el precepto de la LEC que la sentencia cuestionada menciona, el 147, en cuanto que éste dispone al hablar de la documentación de las actuaciones mediante sistema de grabación y reproducción de la imagen y el sonido que “la grabación se efectuará bajo la fe del Secretario judicial”. De esta manera queda garantizado la identidad de la testigo, y que ésta presta de manera espontánea y sin injerencias sus declaraciones.

Señala la parte recurrente que el sistema utilizado le hubiera irrogado indefensión en cuanto que le hubiera impedido la exhibición a la testigo de determinados documentos, indefensión que efectivamente no llegó a producirse pues admite el recurrente que habida cuenta del reconocimiento por parte de la testigo del extremo sobre el que debía versar el reconocimiento, éste no fue necesario. Pero en cualquier caso entiende esta Sala que esa indefensión no tenía porque producirse, o lo que es lo mismo, que el mecanismo no imposibilita el reconocimiento documental. Si la cámara utilizada no goza de definición y posibilidades suficientes para exhibir a través de la misma el documento, ningún inconveniente existe en que a través del agente judicial el mismo sea trasladado a la sede judicial donde se encuentra la testigo, tal y como señaló el Juez al rechazar la impugnación que, como cuestión previa, planteó la defensa al comienzo de la vista.

Finalmente ha de señalarse que, aun cuando la Ley Protección de Testigos no establece un listado taxativo de aquellas medidas que son de posible aplicación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin analizar en concreto el testimonio a través de vídeo conferencia, sí admite que dentro del marco que crea la LO 14/99 se encuadren medidas tendentes a evitar “la confrontación visual directa entre acusados y testi-

gos” (entre otras, Sentencia 1169/00 de 30 de junio, o la 2461/01 de 18 de diciembre).

Por lo demás, la posibilidad de declarar a través de mecanismos que impidan la confrontación visual del testigo y del acusado, está previsto para testigos menores de edad en el párrafo 2.º del art. 707 de la LECrim., introducido por la LO 14/99 de 9 de Junio. Esta reforma legislativa viene dirigida, según expresa la exposición de motivos de la mencionada norma, a minorar las consecuencias que sobre la víctima o testigo menor de edad tiene el desarrollo del proceso. Ello redundaría en la consideración de entender que la práctica de la prueba testifical a través del sistema de vídeo conferencia, en los términos en que se ha ido exponiendo a través de este fundamento, queda encuadrada en el ámbito de medidas que respetan los principios del proceso penal, salvaguardando el derecho a un juicio justo. Todo ello precedido de una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, que se exterioriza a través de la motivación de la medida. Y en el presente caso esa motivación existió. Por una parte con carácter previo a la celebración del juicio, pues el Juez de lo Penal acordó la práctica de la prueba testifical a través de vídeo conferencia en auto separado del que el acusado tuvo conocimiento an-

tes de comenzar la vista. Ello le permitió oponerse a la decisión en el trámite de cuestiones previas que faculta el art. 793 de la LECrim. En ese momento el Juez denegó tal cuestión, motivándose en el acta la razón de la denegación, y finalmente en la sentencia se ofrece de nuevo explicación exhaustiva respecto a, de un lado, la justificación de las causas que vienen motivando la aplicación a la testigo de la Ley 19/94, extremo éste que el apelante no discute, y de otro la regularidad constitucional y procesal de la práctica de la prueba testifical a través del sistema de vídeo conferencia, por ello también en este caso se viene cumpliendo ese requisito que de manera inexorable exige la mencionada Ley de Protección de Testigos, y al que también se refiere de manera continuada el Tribunal Supremo, de manera especial a partir del acuerdo no jurisdiccional de la Sala II de fecha 6 de Octubre del 2000 respecto a la necesidad de que el Tribunal motive razonadamente la decisión en relación a la medida que acuerda con apoyo en la citada LO.

Por todo lo expuesto entiende esta Sala que en ningún caso se ha producido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que el primer motivo de recurso ha de ser desestimado.

**Sentencia 1153/2002, AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 30 de diciembre de 2002**

LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

**Art. 114 Código Penal de 1973**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

*Aun con aplicación del antiguo artículo 114 del Código Penal de 1973, la presente sentencia es de interés para la aplicación del artículo 132 del vigente Código Penal, a los efectos de interpretar qué debe entenderse por “paralización del procedimiento” a estos efectos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Segundo.**—Articula la parte apelante el primer motivo de su recurso alegando la prescripción del delito por el que el encausado fue condenado en la instancia.

(...)

Conforme al dictado del art. 114 del Código de 1973 se inicia el plazo legal “el día en que se hubiere cometido” el delito. La tarea de concreción de la fecha *a quo* no ofrece duda alguna al venir claramente referida al 26 de junio de 1991 y la fecha *ad quem* tampoco. Aquí lo realmente decisivo es cómo deba entenderse la expresión legal que “el procedimiento se dirija contra el culpable”, determinante en cualquier caso de la interrupción del “lapsus” legal ex art. 114 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos. Aun teniendo presente que no es pacífica la doctrina de los autores siquiera a la hora de convenir en lo que deba entenderse como “procedimiento” (si bien un sector que pudiere considerarse mayoritario lo asimila a cualquiera de las actividades instructoras que describe la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que excluye indefectiblemente en la doctrina legal la virtualidad interruptora la incoación de cualquier procedimiento distinto al penal —por todas STS de 10 de junio de 1990—), se entienda con el grueso de la doctrina legal como iniciado el procedimiento por la presentación de la denuncia o querella o se entienda, con las últimas resoluciones, la fecha de su admisión (SSTS de 21 de enero y 23 de febrero de 1993) es en todo punto evidente que tampoco se produciría el transcurso del plazo legal.

Ahora bien no sólo el extremo analizado (“procedimiento”) es requisito legal de la interrupción del lapsus prescriptivo sino que es preciso que se “dirija contra el culpable”. Si el cabal concepto de aquel suscita la divergencia doctrinal apuntada forzoso es reconocer que la identificación del culpable que ahora se aborda resulta notoriamente

más espinoso, sin que tampoco la doctrina de casación mantenga una línea argumenta; con uniformidad. La dulcificación de la exigencia de encaminarse el proceso contra determinado culpable, tradicional en la jurisprudencia, desechando la identificación *nominatum* que derivaría de la imputación judicial que es el momento a partir del que el imputado puede hacer valer su defensa en el proceso (y que ha sido mantenida en resoluciones aisladas como pe la STS de 13 de junio de 1997), se trunca en la doctrina legal mayoritaria más reciente y de esta forma señala la STS de 30 de septiembre de 1997 que “no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o concretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por “dirigirse el procedimiento contra el culpable” (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya sentencia firme condenatoria) que en la querella, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querella o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas”.

Trasladando la doctrina referida al supuesto llegado a la presente alzada y haciendo propio el razonamiento que dispensa la Sra. Juez de lo Penal es de ver en la denuncia que cuenta con la completa designación de la persona del condenado hoy apelante.

Tampoco desde la perspectiva del cómputo una vez pendiente la causa criminal tiene cabida el alegato. En el recurso se fija

como período en cuestión el que media entre el Auto de transformación en procedimiento abreviado y el de apertura de juicio oral, significándose que entre uno y otro median más de seis años. Cronológicamente el dato es incontestable pero lo que exige la norma es la paralización del proceso (art. 114 de constante referencia). Conforme a doctrina legal reiterada no todas las actuaciones procesales son aptas para interrumpir la prescripción sino aquellas que lejos de suponer una ficticia o vacía “reactivación formal” (en términos utilizados por los tratadistas) poseen un contenido sustancial propio de toda aquella que inicia o prosigue el proceso y es evidente que así se ha producido. La propia representación recurrente alude a las diligencias interesadas por las partes acusadoras para calificar. La finali-

dad de aquellas diligencias viene claramente establecida en el art. 790,2 LECrim. (“cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, accediendo el Juez a lo solicitado” y debe repararse que la dicción legal alude a “hechos” y a “tipificación” de los mismos. Resulta a todas luces evidente que la finalidad de la práctica de tales diligencias (“indispensables”) en la medida que se efectúa en función de esta labor calificadora de los hechos no son, en absoluto, actuaciones carentes de contenido sino por el contrario íntimamente enlazadas con la esencia del proceso.

**Sentencia 8/2003, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 8 de enero de 2003**

LA CONDENA A CONDUCTOR NO PROPIETARIO POR TIPO DEL ART. 636 DEL CÓDIGO PENAL EXIGE DOLO.

**Art. 636 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Eloísa Gutiérrez Ortiz**

SÍNTESIS

*Para poder condenar al conductor no propietario por la falta de “conducción sin seguro” se requiere su conocimiento de que el titular no tiene contratada cobertura de riesgos, puesto que no está prevista la comisión imprudente de esta infracción.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...)

El conductor no propietario que realiza la actividad para la que es necesario el seguro, pero cuya obligación de contratación no le compete, podría, a lo sumo, una vez perfec-

cionada la infracción especial, ser participe, si concurrieran en él las notas comunes de la participación. Pero, en todo caso, lo que no cabría es prescindir de los demás elementos del tipo, y en especial del elemento subjetivo. En este caso, al no estar tipificada la comisión por imprudencia, el hecho, para po-

der ser sancionado, ha de ser necesariamente doloso, lo que tiene como base la prueba —directa o indiciaria— del conocimiento por el sujeto de que el propietario del vehículo que conducía no había cumplido la obligación de aseguramiento.

(...) constando por las propias manifestaciones del denunciado, que conocía que el coche carecía de seguro, es obvio que procede de la condena del mismo como autor de la referida falta.

**Auto 37/2003, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 15 de enero de 2003**

SUPUESTOS QUE DAN LUGAR A LA EMISIÓN DE AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA.

**Art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Nekane San Miguel Bergaretxe**

SÍNTESIS

*El auto denegando la fijación de la cuantía máxima que puede reclamarse en vía civil por indemnización por daños y perjuicios tras sentencia absoluta en vía penal es recurrible. Da lugar a su emisión toda lesión derivada de hechos de la circulación, entendido este término en sentido amplio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Único.**—(...)

La interpretación de la imposibilidad de plantear recurso contra tal auto ha venido siendo entendido por las diversas audiencias provinciales, de forma generalizada, en el sentido de que la improcedencia lo es respecto de aquellos autos en los que sí se fija la cuantía máxima reclamada. Esta práctica es constatable por la multitud de autos emitidos en resolución de apelación presentada precisamente contra denegación de emisión de este tipo de autos (...).

Entre los presupuestos que dan lugar a la emisión del auto ejecutivo, es primordial, que el hecho que da lugar a lesión, sea de los que están cubiertos por el Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor... Ahora bien, esta expresión contenida en el citado artículo 10 del Texto Refundido ha sido interpretada por los juzgados y tribunales en el sentido de que el vocablo circulación, ha de ser interpretado, englobando, tanto el aspecto dinámico (desplazamiento o tránsito de automóviles) como el aspecto estático (las actividades realizadas a vehículo parado, directamente relacionadas con la circulación y que conllevan un

deber de cuidado para el conductor del vehículo) comprendiendo así todo lo relacionado con el fenómeno circulatorio y en esa posibilidad, es igualmente conocido que la interpretación lo ha sido en sentido amplio: desde aquel automóvil que, parado y sin conductor se desplaza... hasta cuando alguien (incluso el copiloto) abre la puerta y

golpea a un viandante... la casuística es tan variada, y es emitido en tantas ocasiones, que **solo cabe concluir con una interpretación a favor del perjudicado, de la que prácticamente cabe excluir el supuesto de caso fortuito y sin relación alguna con la circulación en ninguno de sus aspectos.**

**Sentencia 56/2003, AP MADRID, Sec. 23.<sup>a</sup>, de 24 de enero de 2003**

LA INCORPORACIÓN DE LOS EFECTOS AL PATRIMONIO DEL SUJETO ACTIVO NO ES REQUISITO IMPRESCINDIBLE DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

**Art. 535 Código Penal de 1973; art. 252 Código Penal de 1995**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Mozo Muelas**

SÍNTESIS

*La sentencia de instancia absolvió a la acusada por entender que, aunque recibió determinada cantidad de dinero para invertirlo en determinados productos y no dio a lo recibido dicho destino, no se acreditó que lo hubiere incorporado a su patrimonio particular. La Sala, por el contrario, estima el recurso interpuesto por el Fiscal y declara que existen dos tipos diferentes de apropiación indebida, que se reflejan en los verbos “apropiar” y “dis-traer”, integrando los hechos probados esta última modalidad.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El Ministerio Fiscal, por el cauce del error en la valoración de la prueba e infracción de ley, aduce en el recurso que la sentencia de instancia declara probado que “el día 17 de abril de 1995, Catalina, recibió de María Consuelo la cantidad de 1.165.000 de pesetas... con la finalidad de invertirlo en determinados productos..., la

acusada no ha devuelto ni la cantidad recibida ni los réditos esperados...”.

Considera el Ministerio Fiscal que, tratándose de dinero, basta que se entienda cometido el delito de apropiación indebida que el dinero se aplique a un fin distinto para el que fue entregado, ocasionando el consiguiente perjuicio patrimonial al sujeto pasivo, no siendo necesario que el dinero haya sido incorporado al patrimonio del sujeto activo.

La Sala comparte las alegaciones del Ministerio Fiscal efectuadas en el recurso.

En efecto, de un lado, en el relato fáctico y jurídico de la sentencia se admite que la denunciante le entregó a la acusada 1.165.000 de ptas., para que lo invirtiera en determinados productos financieros, sin embargo, la acusada no ha devuelto ni la cantidad recibida ni los réditos esperados, ni tampoco consta que haya incorporado tal cantidad a su propio patrimonio.

De otro lado, aunque el Juez *a quo* argumenta que no existe inconveniente alguno para admitir la tesis de la acusación, pues su versión no ha sido contradicha en ningún momento por la acusada, que ni siquiera compareció al acto del juicio, concluye que no se puede descartar, siguiendo la versión de la acusada en la tasa de instrucción, que estuviéramos ante un contrato de mutuo que excluye la apropiación indebida, pues la acusada relató en su declaración en la instrucción que acordó con la denunciante invertir el dinero recibido, pero ese dinero se lo dio a una tercera persona para que lo invirtiera, pero no tiene ningún recibo de haber dado ese dinero a esa tercera persona y no quiere decir quién es esa tercera persona.

Pues bien, con estos datos la Sala considera que la cuestión debatida no consiste en otorgar mayor credibilidad a una u otra de las versiones, sino que, partiendo de los hechos recogidos por el Juez *a quo* en el relato fáctico y jurídico, nos encontramos pura y simplemente ante un problema de tipicidad, esto es, si los hechos declarados probados son o no subsumibles en el delito de apropiación indebida.

En efecto, la entrega del dinero, acreditada por el cheque y recibo que obran en los folios 25 y 26, y su no devolución por la acusada, no ofrece ninguna duda, como tampoco la ofrece su entrega a otra persona.

**Segundo.**—El art. 535 del Código Penal de 1973, y el art. 252 del Código Penal de 1995, con análoga redacción, castigan a los que, en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeran dinero, efectos o cualquier otra cosa

mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

La STS de 26-2-1998, siguiendo el criterio de las STS 14-3-1994 y 30-10-1997, argumenta que en el art. 535 del Código Penal derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorporara a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se prueba que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrador como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*.

Esta corriente jurisprudencial entiende que el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el art. 535 sugiere la diferencia que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que se precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus ren sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

A la luz de la doctrina expuesta es evidente que los hechos probados recogidos en la sentencia de instancia nos permiten, claramente, la subsunción en el tipo de apropiación indebida, pues si el dinero se entregó con una finalidad determinada —para

aplicarlo a determinados productos financieros— nos encontramos ante un contrato de correduría que obligaba a la acusada, como administradora de ese dinero, a destinarlo a la finalidad pactada y a devolverlo a su propietario. Por tanto, si lo entregó a un tercero sin dar explicación alguna de su destino, es evidente que la acusada por esta vía, realizó una gestión desleal, violando los deberes de fidelidad inherentes a la correduría.

En consecuencia, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia son constitutivos de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en el art. 535 del Código Penal de 1973, vigente en el momento de producirse los hechos enjuiciados y aplicable en este caso por ser más favorable que el art. 252 del Código Penal de 1995, concurriendo todos los requisitos en los términos anteriormente expuestos, ascendiendo la cantidad distraída en 1.165.000 de ptas. (7.001,79 euros).

**Sentencia 43/2003, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 27 de enero de 2003**

APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

**Arts. 249, 252 y 295 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José de la Mata Amaya**

SÍNTESIS

*Junto a la condena por apropiación indebida, al no dar uno de los socios al dinero recibido el destino que le encomendó el otro, sino al incorporarles ilícitamente a su patrimonio personal con ánimo de lucro, contiene la sentencia que examinamos una segunda condena por delito societario de administración desleal del artículo 295 del CP, si bien referido a hechos diferentes: los actos de disposición sobre los activos de la empresa (cartera de clientes, trabajadores, relaciones comerciales, etc.) que llevó a cabo fraudulentamente el acusado en su calidad de administrador.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

**Primero.**—Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que Jesús Miguel y José Manuel eran socios de la empresa ..., S.L., empresa dedicada a la mensajería. José

Manuel poseía el 20% de las participaciones y Jesús Miguel el 80%. José Manuel era incluso trabajador de dicha empresa. La participación de José Manuel en la empresa le supuso una aportación de tres millones de pesetas.

Ambos socios, ante las buenas perspectivas del negocio y de su colaboración en común, decidieron disolver la referida sociedad y constituir otra nueva, que tuviera por objeto la misma actividad mercantil que la anterior y que gestionara su cartera de clientes. En esta nueva sociedad cada uno de los socios tendría una participación del 50% del capital social.

A tal efecto, Jesús Miguel recibió de José Manuel la cantidad de dos millones cuatrocientas cincuenta mil pesetas (2.450.000 pts.) el día 29 de noviembre de 1996.

Esta cantidad estaba destinada a comprar su futura participación en la sociedad ..., que había de constituirse e iniciar su actividad comercial antes del día 31 de diciembre de 1996.

La sociedad no se constituyó hasta el día 23 de enero de 1997, por las largas que al asunto daba Jesús Miguel. Y llegó a constituirse por la insistencia de José Manuel. Sin embargo, nunca comenzó a funcionar ni tuvo ninguna actividad, y Jesús Miguel dispuso del dinero entregado por José Manuel en su propio beneficio, sin que haya procedido a su devolución.

**Segundo.**—Poco después de la constitución de la sociedad y del comienzo de los problemas entre ambos socios, Jesús Miguel despidió a José Manuel de su empleo en la entidad ..., S.L., despido que fue declarado improcedente.

Al mismo tiempo, convocó Junta General Extraordinaria de la misma sociedad, en la que se acordó su disolución el día 20 de febrero de 1997 prevalidándose de su mayoría, habiéndose declarado posteriormente la nulidad de dicho acuerdo de disolución.

Al mismo tiempo, Jesús Miguel desvió todo el negocio que desarrollaba la entidad, propiedad de su entonces compañera sentimental Elisa, produciéndose una sucesión empresarial entre ambas empresas, asumiendo toda la cartera de clientes de aquella empresa y a la mayor parte de los trabajadores, todo ello sin el conocimiento ni consentimiento del socio José Manuel.

Fruto de esta maniobra, la sociedad ..., S.L. quedó sin actividad alguna, causándose un importante perjuicio económico, que no ha sido evaluado.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Los hechos declarados probados en el párrafo primero del epígrafe Hechos Probados constituyen un delito consumado de apropiación indebida, tipificado y penado por el artículo 252 del Código Penal, en relación con el art. 249 del CP.

(...)

La fórmula amplia y abierta del art. 252 del Código Penal de 1995, permite incluir toda una serie de relaciones jurídicas, teniendo especial cabida los supuestos de entregas de dinero que tienen un destino determinado, previamente determinado, destino que es abortado por la acción ilegítima del agente receptor del dinero (STS de 2 de noviembre de 1993), que es el caso de autos.

No concurre, sin embargo, la circunstancia agravatoria específica prevista en el párrafo 6.º del art. 250 CP. El límite cuantitativo establecido por la jurisprudencia del TS, a partir del cual se estima la cuantía del delito de estafa o de apropiación indebida de especial gravedad, ha quedado fijado en 36.060,73 euros, equivalentes a seis millones de pesetas (Cfr. SSTS de 22 de enero de 1999; de 1 de septiembre de 1999, 12 de febrero de 2000 y de 14 de febrero de 2002, entre otras).

**Tercero.**—Los hechos, sin embargo, no constituyen, en la consideración de la Sala, el delito de estafa que alternativamente sostienen la acusación pública ni particular.

La figura penal de la estafa requiere como elemento básico y primordial la existencia de engaño precedente o concurrente; engaño que ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, (...)

En el caso de autos no consta la existencia de tal engaño. José Manuel trabajaba en la empresa y era socio de la misma, la cono-

cía perfectamente y conocía también perfectamente cuales eran sus rendimientos y utilidades. No hubo pues engaño de clase alguna ni elaboración y puesta en acción de ningún ardid por parte del acusado para convencer a José Manuel de que le entregara la cantidad, puesto que también era su voluntad y su interés, hasta el punto de que no es descartable que fuera el propio querellante quien propusiera el negocio a su socio, ahora acusado. Y tampoco hay indicio alguno que haga pensar que el acusado pretendiera engañarle cuando propuso e asunto al querellante o cuando aceptó la propuesta de éste.

(...)

**Cuarto.**—En relación con los hechos consignados en el epígrafe segundo de los Hechos Probados, constituyen un delito societario previsto y penado en el art. 295 CP.

El tipo del art. 295 del Código Penal, en su modalidad de “disposición fraudulenta de bienes”, castiga realmente una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la Sociedad

Concurren todos los elementos constitutivos del ilícito penal antedicho.

a) El sujeto activo ha sido el administrador, que en este caso era el de derecho de la sociedad;

b) El sujeto pasivo ha sido la sociedad y su socio José Manuel, así como los restantes socios minoritarios de la misma;

c) El objeto material han sido los bienes de la sociedad y, al ser un delito típico de resultado, es necesario un perjuicio económico evaluable, que en este caso es evidente, en cuanto el acusado, con su gestión fraudulenta, vació la empresa, la dejó a cero, privándola de todo su valor, para conseguir su personal beneficio económico. Y es innegable que el activo patrimonial del que ilícitamente dispuso el acusado (el fondo de comercio de la empresa, su cartera de clientes), posee un indudable valor económico. De hecho, colocó a la otra empresa en una

situación que imposibilitaba su normal actividad. Y prueba del valor económico indudable de este fondo de comercio es que la empresa ..., S.L., siguió utilizando los logos comerciales de ..., S.L., con la intención de hacer creer a los clientes que se trataba de la misma empresa;

d) La acción consistió en una gestión desleal de la empresa y en la disposición fraudulenta de su bienes. El acusado, en beneficio propio y abusando de las funciones de su cargo de [...], traspasó materialmente la actividad de la empresa a otra (Josefa González S.L.), que controlaba personalmente aunque estaba a nombre de su compañera sentimental. De este modo, “vacío” la empresa de todos sus activos: cartera de clientes, trabajadores, relaciones, etc., hasta dejarla reducida a cero y, por tanto, privada de cualquier valor.

e) Desde el punto de vista subjetivo, es evidente que el autor tuvo conocimiento de que la actuación de disposición que realizó estaba dirigida a fines diversos de los que tenía encomendado como administrador de la entidad, y que produciría un perjuicio a la misma. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2000, los actos de administración fraudulenta no se producen, por lo general, en virtud de una inicial, previa e intencionada maniobra engañosa sino por el ulterior, consciente e interesado quebrantamiento *a posteriori* de la genuina relación de confianza que vincula al administrador del patrimonio ajeno con el titular del mismo, aprovechamiento que aparece con claridad en el caso enjuiciado.

Ciertamente, el art. 295 CP no contempla una genérica falta de lealtad o probidad del administrador, sino, concretamente, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad. Y alguna resolución (vid. AAP Barcelona de 29 de junio de 1999) considera que no puede sostenerse que la captación de la clientela por otra empresa, incluso a medio de conductas confusionales, equivale a disponer fraudulentamente de los bienes de una sociedad cuando la realiza el administrador de hecho o de derecho de ésta. Pero

este no es exactamente el caso, en el que no estamos ante actos de competencia desleal, sino ante un sistemático, fraudulento y des-

leal vaciamiento de la empresa, en concreto perjuicio de la misma y de sus socios y en beneficio del administrador.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 5 de febrero de 2003**

LOS SOBRINOS CARECEN DE DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR MUERTE DE UN TÍO EN ACCIDENTE DE TRÁFICO

**Tabla I del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Guillermo Castelló Guilabert**

SÍNTESIS

*A pesar de que la víctima mantenía con su sobrina una relación análoga a la materno filial, las disposiciones del baremo son vinculantes y en ellas no se extiende el derecho a indemnización a los sobrinos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) responsabilidad civil al haberse condenado al pago de indemnización en favor de una sobrina de la fallecida.

El Tribunal Supremo, en un caso semejante al presente de exclusión de beneficiarios, ha declarado que las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación, han sido resueltas por la jurisprudencia constitucional al afirmarse que el sistema tasado o de baremo vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor (...).

Partiendo de ese carácter vinculante, nos encontramos con que el sistema de valoración en el apartado primero punto cuarto dispone que “tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la Tabla I”, y si acudimos a dicha Tabla I comprobamos que en ninguno de sus cinco grupos contempla como beneficiarios a los sobrinos de la víctima. Y aunque la sentencia recurrida le reconoce el carácter beneficiario por entender que mantenía con la víctima una relación análoga a la materno-filial, tampoco la Tabla I contiene cláusula alguna que permita esta asimilación en el caso de hijos, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio y las uniones conyugales de hecho.

Por el carácter vinculante del baremo, debe excluirse la indemnización por el fallecimiento de la víctima, manteniendo la indemnización por los gastos de entierro que fueron sufragados por la denunciante.

**Sentencia 39/2003, AP MADRID, Sec. 4ª, de 5 de febrero de 2003**

ESTAFA “DEL NAZARENO”: ESTAFA, FALSEDAD, INTRUSISMO, ASOCIACIÓN ILÍCITA.

**Arts. 74, 77, 248, 249, 250.3.º, 6.º y 7.º, 390.1.º, 2.º y 3.º y 392 Código Penal de 1995; 173, 174, 321 y 572 Código Penal de 1973.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. M.ª Carmen Fresneda García**

### SÍNTESIS

*La adquisición masiva de mercancías, con la finalidad de su inmediata reventa y sin la intención inicial de abonarlas constituye una modalidad defraudatoria que encaja indudablemente en la figura de la estafa. Los autores de los hechos lograron engañar a sus proveedores por haber falsificado pólizas de garantía de las letras de cambio que libraban contra la entrega de los productos. La audiencia pena por delito continuado de falsedad en documento mercantil como medio para cometer estafa continuada. Aplica las circunstancias agravantes de colocar a la víctima en grave situación económica (algunas de las empresas suministradoras tuvieron que cerrar, despidiendo a sus plantillas) y de revestir especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación (esta circunstancia, como muy cualificada). Sin embargo, no se estima la agravante de afectar a múltiples perjudicados.*

*Desde otro punto de vista, se pena como falta y no como delito la conducta de quien ejerció como asesor jurídico pues, aunque se había dado de baja en el Colegio de Abogados, se encontraba en posesión del título de licenciado en Derecho.*

*Finalmente, se declara que no concurren los elementos del tipo de asociación ilícita (fundamentalmente, el carácter duradero y no puramente transitorio de la asociación).*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### HECHOS PROBADOS

Los acusados Simón, administrador único de (...) S.A., destinada a la explotación de embutidos, Romeo, apoderado por el anterior, y Víctor Manuel, jefe de ventas de la misma, puestos de común acuerdo con una

persona no enjuiciada y con la colaboración del también acusado Alfonso, no computables, quien actuaba como asesor jurídico de (...), pese a haber causado baja en el Colegio de Abogados de Madrid en el año 1982, idearon la forma de adquirir a diversas empresas, grandes partidas de productos distin-

tos al objeto de aquélla, tales como queso, bacalao y tripas, por precios millonarios, que no pensaban abonar, librando a tal efecto letras de cambio aceptadas por ...

Como garantía del pago de los cambiales, CC, S.A. ofreció el aseguramiento a través de unas pólizas ficticias de seguro, con la sociedad aseguradora LI, no autorizada para actuar en España, lo que daba una apariencia de legalidad y solvencia al negocio.

De esta forma consiguen que les suministren queso (...) y tripas (...). Dichas mercancías son vendidas rápidamente por CC, S.A., sin reintegrar sus precios, desapareciendo de sus domicilios tanto esta empresa como la LI.

Al llegar el vencimiento de las cambiales, éstas no son atendidas, ocasionando gastos bancarios de devolución (...).

Tales perjuicios económicos han provocado que Industrias Queseras de IQO, S.A. cerrase, tras despedir a la totalidad de la plantilla mediante un expediente de regulación de empleo tramitado ante la Dirección Provincial de Trabajo. Asimismo, LCA también cerró, lo que afectó a sus 15 empleados; y LGH se vio obligada a pedir diversos créditos para atender la financiación.

(...)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa de los arts. 303, en relación con el art. 302.2.º, 4.º y 9.º del Código Penal y arts. 528 y 529.5.º y 7.º del Código Penal y 69 bis del Código Penal de 1973. Su equivalencia en el Código Penal de 1995 se encontrará, respecto del delito continuado de falsedad en documento mercantil en los arts. 392, 390.1.º, 2.º y 3.º y 74 del Código Penal. Y respecto del delito continuado de estafa en los arts. 248, 249 y 250.3.º, 6.º y 7.º y 74 del Código Penal. El concurso con el otro ilícito en el art. 77 CP.

El delito de estafa se caracteriza por el engaño que conlleva la actuación en connivencia de los acusados, a las empresas perjudicadas para que suministrasen a Casto Castellanos importantes partidas de alimentos (quesos, bacalao y tripas), cuyo pago aplazado del precio se incorporaba a letras de cambio que no iban a ser abonadas a su vencimiento y cuyo cobro se garantizaba por unas pólizas ficticias de una sociedad no autorizada en España, la Lloyd Italiana.

(...)

Concurre la circunstancia 5.ª del art. 529 del Código Penal, “cuando se coloque a la víctima en grave situación económica”, esto es, cuando a consecuencia de la perpetración del delito de estafa, la víctima o víctimas queden en precaria situación económica; que no ha de entenderse necesariamente en el sentido de que el perjudicado directo por la acción criminal haya quedado en penuria o indigencia más absoluta, rayana a la miseria, sino que se vea en una situación patrimonial difícil, de cierto agobio o necesidad; fundándose la agravación en el desvalor del resultado, siempre en apreciación relativa, a la vista de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo. Así, IQO, a los dos años cerró tras despedir a los empleados. LGH tuvo que pedir créditos en cuatro ocasiones al Banco, para atender la financiación. Y LCA después de esta segunda estafa tuvo que cerrar afectando a 15 empleados.

Concurre también la agravante muy cualificada del art. 529.7.º “cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación”, ascendiendo en la presente causa las compras a 5.000.000 ptas., 21.000.000 ptas., 15.969.728 ptas., 26.235.000 ptas., 33.844.000 ptas., 11.939.836 ptas. y 10.986.900 ptas. Por ello ha de considerarse la referida agravación como muy cualificada, entendidos los parámetros objetivos jurisprudencialmente establecidos en relación al tiempo de defraudación y no cuando son juzgados los hechos,

momento ajeno a la conducta del sujeto responsable y sobre todo a su culpabilidad.

Por el contrario no concurre la circunstancia 8.<sup>a</sup> “cuando afecta a múltiples perjudicados”. El delito masa, sea único o continuado, que no se concibe sin pluralidad de sujetos, personas, perjudicados, no debe ser interpretado atendiendo a su sentido literal. No depende sólo del mayor o menor número de sujetos pasivos, sino sobre todo, de la potencial difusión subjetiva de los elementos negativos del delito y que el agente haya utilizado un mecanismo criminal apto para espaciarlos indiscriminadamente, multiplicando sus ganancias económicas en perjuicio de un número indeterminado de personas y no de patrimonios individualizados (como acontece en el caso examinado).

El delito de falsedad se produce mediante la suscripción de pólizas ficticias de una entidad aseguradora inexistente en España, a fin de dar apariencia de que si las letras no son pagadas, las mencionadas pólizas garantizarán el cobro del precio de los géneros suministrados..

La continuación delictiva en ambos ilícitos se caracteriza por la pluralidad de acciones delictivas, que aunque singularizadas, guardan homogeneidad comisiva, unidad o afinidad de precepto penal violado, unidad de sujeto activo y en definitiva, un dolo, propósito o intención unitaria de haberse manifestado en identidad de ocasión. Sin que a ello se oponga en el caso de la estafa, la apreciación de la agravante de cualificada, al basarse la misma en actos singulares que por sí mismos la integran, no necesitando por consiguiente acceder a la suma de la totalidad de las cantidades defraudadas para la aplicación de la referida agravación, que en otro caso impediría a su vez la aplicación de la continuidad delictiva en base al principio *non bis in idem*.

Concurre el concurso entre el delito de estafa y el de falsedad.

La defensa don R. alega en su informe que con anterioridad a la celebración del juicio no se había dicho nada referente al concurso medial entre falsedad y estafa, lo cual

genera indefensión a su defendido al haberse vulnerado un derecho fundamental, cual es el derecho a un proceso con todas las garantías, saber de que se le acusa. Decir al respecto que don R. tenía pleno conocimiento al inicio del plenario de los escritos de acusación, tanto del Ministerio Fiscal como de las acusaciones particulares, quien había declarado ante el Juzgado Instructor en relación no sólo a las compras efectuadas por Casto C. sino en relación a las pólizas de seguro, y por tanto difícilmente se le ha generado indefensión alguna, sin perjuicio del concurso medial entre los delitos, que será aplicable en su caso si le beneficia, pues en caso contrario se individualizarán las penas.

B) Una falta del art. 572 del Código Penal de 1973, ejercicio de la profesión, sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, tal y como ha quedado acreditado por la certificación del Colegio de Abogados de Madrid, el Sr. A. está dado de baja en dicho órgano colegial desde el año 1982.

No procede la aplicación del art. 321 del Código Penal, que preceptúa que el ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocidos por disposición legal o convenio internacional. Dicho precepto requiere la ausencia de titulación, que no es el caso de A., pues habiendo sido letrado en ejercicio resulta obvio que debió acreditar su condición de Licenciado en Derecho ante el Colegio de Abogados. (...)

Los hechos enjuiciados tampoco son constitutivos de un delito de asociación ilícita de los arts. 173 y 174 del Código Penal, tal y como acusa la representación procesal de Lácto.

De acuerdo con la STS 28-10-97, el concepto de asociación, a los efectos de tal ilícito, supone una pluralidad de personas, a su vez independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porque ser ilícito. Igualmente la STS 3-5-2001 establece que tal ilícito precisa de la unión de va-

rias personas organizada para determinados fines con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación, en el caso del art. 515.1 inciso primero (o art. 173.1, inciso 1.º), CP de 1973, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Requisitos que no han sido puestos de manifiesto, especialmente el C).  
(...)

**FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos a Simón, Romeo, Víctor Manuel y Alfonso, como autores criminalmente responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa. (...)

Debemos absolver y absolvemos a dichos acusados del delito de asociación ilícita y al Sr. A. del delito de intrusismo (...).

**Sentencia 40/2003, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 11 de febrero de 2003**

ACCIDENTE OCASIONADO POR EMPLEADO DE TALLER PROBANDO VEHÍCULO REPARADO

**Arts. 117 y 120.4 y 5 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro**

**SÍNTESIS**

*La responsabilidad civil en accidente ocasionado por empleado de taller probando vehículo reparado recae de forma directa en ese trabajador y en la Compañía Aseguradora del taller y de forma subsidiaria en el empleador, y no se extiende al propietario del vehículo ni a su seguro.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**HECHOS PROBADOS**

La entidad aseguradora recurrente, ACSR,S.A., impugna su condena como responsable civil directa, y al mismo tiempo postula la condena de la entidad “Agrupación Mutual Aseguradora (AMA)”, al considerar que la responsable civil directa debe

ser la aseguradora del vehículo causante del siniestro y no la entidad aseguradora de los trabajos realizados en el taller a que fue conducido el vehículo, cuyo mecánico de pruebas generó el siniestro que dio origen a la causa.

(...)

Según el art. 117 del texto punitivo, las entidades aseguradoras que comparezcan en el proceso penal para responder civilmente de una acción punible lo harán siempre como responsables civiles directas y no subsidiarias. Y ello independientemente de que el contratante de la póliza de seguro sea condenado sólo, como en este caso, como responsable civil subsidiario, pues lo cierto es que el conductor del automóvil sí ha sido condenado como responsable civil directo.

En segundo lugar, habiendo sido condenado como responsable penal el empleado del taller que conducía el vehículo en pruebas, es obvio que “Talleres [...]”, para quien trabajaba el denunciado, ha de responder como responsable civil subsidiario, con arreglo al art. 120.4.º del C. Penal.

(...) aunque el art. 120.5.º permitiría insertar a la dueña del coche en al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria, de forma que el lesionado —y nunca la parte recurrente, insistimos— pudiera también reclamar en la vía penal contra la entidad aseguradora del turismo, cosa que no hizo, lo cierto es que a la hora de dilucidar cuál de las dos entidades habrían de abonar los perjuicios, es claro que el vínculo directo de dependencia y el control sobre el trabajador que tenía la entidad recurrente, se constituye en factor decisivo para que la responsabilidad civil subsidiaria recaiga de forma definitiva sobre la empresa “Talleres [...]”, con la responsabilidad civil directa consiguiente de la aseguradora que cubría los riesgos generados por esa empresa, que es la entidad Allianz recurrente.

**Sentencia 32/2003, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 12 de febrero de 2003**

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA.

**Art. 534.1.º y 2.º Código Penal.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carolina Rius Alarcó**

SÍNTESIS

*El tipo penal por el que se pretendía condenar exige, para su apreciación, que la entrada o registros dolosos e inautorizados se produzcan en un domicilio particular. En el presente supuesto no se acreditó suficientemente que los funcionarios policiales tuvieran conocimiento o sospecha de que parte del espacio del pub pudiera estar destinado a vivienda.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

(...) Alfredo y Carlos Manuel, quienes eran funcionarios del Cuerpo Nacional de

Policía adscritos, acudieron al Pub [...], a fin de proceder a practicar una notificación de la Consellería de Justicia y Administración Pública al titular del establecimiento. Al ad-

vertir aquéllos que el mismo se encontraba abierto al público, solicitaron la colaboración de otra dotación policial, como consecuencia de lo cual acudieron para asistirles en la práctica de la diligencia los también funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía adscritos a la Policía Autónoma, Íñigo y Víctor Manuel.

Una vez en el establecimiento, que se encontraba en ese tiempo con clientes en el local, a los funcionarios policiales les resultó sospechosa la actitud de su titular, Augusto, quien se encontraba tras el mostrador y que, al identificarse aquéllos y preguntar por el titular del pub, abandonó apresuradamente el mostrador y se marchó hacia el interior del local, por lo que dichos funcionarios policiales se dispusieron a seguir al mismo.

Cuando los policías autonómicos iban a pasar por una puerta que acababa de atravesar el Sr. Augusto, les salió al paso Angelina, quien les bloqueó el paso. Ante ello, el Sr. Alfredo la cogió de un brazo y la apartó a un lado, para franquear el camino, cayendo la Sra. Angelina al suelo, y golpeándose en un lado de la cara con el marco de la puerta y unas cajas que allí había.

Tras ello, los funcionarios policiales, Sres. Alfredo y Carlos Manuel, se introdujeron en las dependencias interiores del local, en donde incautaron, entre otros efectos, un arma de fuego, que se hallaba a la vista dentro de un cajón abierto, y cierta cantidad de cocaína, que se encontraba en diversos envoltorios o "papelinas" que había en el interior de un paquete de tabaco, abierto y sin cigarrillos, que estaba en un neceser situado encima de una mesa. En la dependencia interior en donde se hallaban dicha arma y envoltorios, había un sofá, una mesa con cajones, sillas, y otra mesita, con consumiciones o vasos encima. No consta que a simple vista resultase manifiesto el carácter de dormitorio privado de esa dependencia, ni el que los funcionarios policiales procediesen a un verdadero registro del establecimiento, y no se limitasen a incautar determinados efectos

de apariencia peligrosa, que se hallasen a la vista.

Los policías autonómicos procedieron a la detención y presentación ante el Juzgado de Instrucción de Guardia de Valencia de los Sres. Augusto y Angelina, que dejó a éstos en libertad, incoando diligencias previas contra los mismos, que fueron archivadas posteriormente.

Asimismo, (...), y tras los hechos relatados *supra*, por miembros del Cuerpo Nacional de Policía se solicitó autorización judicial para la entrada y registro en el referido establecimiento, que fue denegada.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Estima la Sala que en el presente supuesto no ha resultado suficientemente acreditada la comisión por los acusados del delito contra las garantías constitucionales, del artículo 534,1, 1.º y 2.º, del vigente Código Penal que se imputaba a aquéllos. Y así, no consta que los mismos irrumpiesen dolosamente en lo que les constare ser, en alguna de sus dependencias, domicilio o morada alguna, ni que, con conocimiento de tal circunstancia, procediesen a practicar en un domicilio, y también dolosamente, un verdadero registro, no autorizado judicialmente.

Primeramente, debe observarse que los tipos penales del citado artículo 534,1 del Código requieren, para su apreciación, en ambas modalidades comisivas, el que la entrada o registros dolosos e inautorizados se produzcan en un domicilio particular. Y este trascendental extremo, de la voluntaria violación de morada, no ha resultado, a criterio de la Sala, suficientemente probado en el presente caso. Así, si bien los acusados en todo momento reconocieron que se personaron en el local en cuestión, y que por el Sr. Alfredo, se siguió al titular del establecimiento hacia las dependencias interiores del local, y que, por último, se procedió a la incautación de determinados efectos, entre ellos, un arma de fuego, un arma blanca, y

droga, también en todo momento negaron haber tenido conocimiento o haber sospechado siquiera que parte del espacio del pub pudiese estar destinado a vivienda.

(...)

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Alfredo, a Carlos Manuel, a Íñigo y a Víctor Manuel de los delitos contra las garantías constitucionales.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2003**

SIMULACIÓN DE DELITO: POR “ACTUACIONES PROCESALES” NO DEBE ENTENDERSE NECESARIAMENTE ACTUACIONES QUE INICIEN EL PROCEDIMIENTO.

**Art. 457 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos González Zorrilla**

SÍNTESIS

*Recogiendo los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal, declara la Sala de Apelación el error de estimar —como lo hizo la resolución del Juzgado de Instrucción— que no puede darse la figura de simulación de delito cuando el proceso penal ya ha sido incoado. Muy al contrario: el requisito de provocar actuaciones procesales se colma cuando se provocan las mismas si, de otro modo, tales actuaciones no se hubieran llevado a cabo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

En sustancia alega el Ministerio Fiscal que, la argumentación de la sentencia de que en el caso enjuiciado la falsa autoimputación no ha dado lugar a actuaciones procesales ya que el procedimiento por el hecho que el acusado se atribuía ya se había iniciado, es errónea, ya que, a su parecer, el tipo no condiciona su aplicación a que el procedimiento se haya ya iniciado o no, bastando con que la autoinculpación motive nuevas

actuaciones judiciales que de otro modo no hubieran tenido lugar.

La Sala comparte el criterio expresado por el Ministerio Fiscal.

En efecto, lo único que el artículo 457 del Código penal requiere para entender producido el resultado del delito es que la falsa autoinculpación del sujeto acto provoque “actuaciones procesales”, sin distinguir si las mismas han de dar inicio a un procedimiento o no. Clara es en ese sentido la STS de 28 de mayo de 1999 que afirma que “existen actuaciones procesales derivadas cuya integración por razones de conexidad

en un procedimiento penal ya iniciado por otro delito, no excluye el elemento típico consistente en la provocación de actuaciones procesales, porque es actuación procesal toda la que se dirige a la averiguación del hecho criminal simulado, con independencia de que haya incoación de un procedimiento específico por ello o de que sean diligencias procesales sustanciadas en procedimiento ya incoado por otra causa, si aquéllas están provocadas por la apariencia del delito inexistente. (TS, Sala Segunda, de lo Penal, S. 28 de mayo de 1999)

Y a mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda, de lo Penal, S. 6 de marzo de 2002 afirma que “la necesidad político-criminal de la pena de este delito no depende de que se hayan producido o no actuaciones procesales, pues el peligro de que éstas tengan lugar tiene ya relevancia social suficiente como para atacar la confianza en la vigencia de la norma. Por lo tanto, el legislador no ha tenido ninguna razón para condicionar la punibilidad a la producción de actuaciones procesales y renunciar, por consiguiente, a la punibilidad de la tentativa y la frustración”.

Por lo tanto, si el propio Tribunal Supremo ha entendido que la provocación de actuaciones procesales puede entenderse producido simplemente cuando existe un peligro de que lleguen a realizarse, con mayor razón ha de entenderse que el resultado del

delito se ha producido cuando, como en el caso presente, se ha obligado al Juzgado de Instrucción y a la Audiencia Provincial a adoptar las numerosas actuaciones que el propio juez de instancia recoge como hecho probado.

(...)

Claramente se advierte, como argumenta el Ministerio Fiscal, que el Tribunal Supremo no pone el acento en dicha resolución en el hecho de que el procedimiento se haya ya iniciado o no, sino en la conducta del reo, que en un caso se limita a declarar falsamente ante el Juzgado de Instrucción con el fin de lograr la exculpación de quien hasta ese momento aparecía como imputado (y la figura típica como apunta la sentencia del Tribunal Supremo podría ser la de falso testimonio y no la de simulación de delito) y en el otro —en el que ahora, nos ocupa— se autoinculpa, cuando ninguna persona aparecía hasta entonces como imputado, con la nada oculta intención de tener legitimación activa para tratar de obstaculizar la decisión del Juzgado de Instrucción de desalojar a los presuntos ocupantes del inmueble ocupado, provocando con ello actuaciones que, en caso contrario, no hubieran tenido lugar.

(...)

Por lo dicho, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

### **Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 17 de febrero de 2003**

**CRITERIOS PARA DECLARAR EL SOBRESEIMIENTO COMO LIBRE O COMO PROVISIONAL.**

**Arts. 634 y 637 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero**

#### **SÍNTESIS**

*Si bien es cierto que, a los efectos de la consecución del derecho a la presunción de inocencia, es irrelevante el tipo de sobreseimiento que se haya*

*acordado, no lo es menos que el sobreseimiento provisional carece de la fuerza de cosa juzgada, por lo que posibilita la reapertura de las actuaciones. El auto de la Sala examina los supuestos en que debe apreciarse uno u otro y concluye en que debe confirmar el sobreseimiento provisional que acordó el instructor, pues que, si bien no existe justificación de la imputación pretendida, tampoco está ausente sospecha fundada de la participación del entonces inculpado en los hechos.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Conviene señalar, aunque resulta innecesario a la vista del contenido del auto del Juzgado instructor dictado en resolución de reforma planteada, que el sobreseimiento impugnado lo fue provisional, aspirando el recurrente a pronunciamiento de sobreseimiento libre.

**Segundo.**—La alternativa sobreseimiento libre/sobreseimiento provisional que se deriva de la clasificación realizada por el art. 634 de la LECrim se sustenta en los diversos motivos que sustenta uno u otro tipo. Mientras el sobreseimiento libre, cualquiera que sea la causa, se sustenta en la certeza, razón por la que resulta inmodificable y produce efecto de cosa juzgada, el sobreseimiento provisional se sustenta en la duda, pudiendo modificarse si ésta se disipa. Así, como señala la doctrina, el libre pone fin al proceso de manera definitiva y el provisional lo hace temporalmente.

No obstante ha de señalarse que en lo que atañe a otros efectos, por ejemplo la presunción de inocencia la equiparación entre sobreseimiento provisional y libre es patente, y así lo sienta la doctrina del TC (34/1983, 62/1984) el auto de sobreseimiento provisional tiene el mismo carácter que el sobreseimiento firme a los efectos de no impedir al sobreseído reaccionar en vía judicial frente a las acusaciones que dieron lugar al proceso penal, si las tuviese por falsas. El sobreseimiento libre, regulado en art. 637 de la LECrim recoge en sus tres apartados lo

que ha sido clasificado (TS 5-11-79) como: falta de elemento fáctico, referido al n.º 1 del precepto, falta de elemento jurídico, referido al n.º 2, y falta del elemento personal, referido a 3.º

Centrados en el n.º 1, que es el ahora inculcado, debemos compartir con la defensa apelante, que se hace eco de la sentencia del TC antes citada, que una cosa es la falta de indicios racionales de haberse cometido el delito, a la que alude la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otra muy distinta que se halle probada la inexistencia del delito imputado. Sin embargo, no debemos desconocer la génesis del motivo primero del sobreseimiento provisional, que aparece en Ley de 1882 y como consecuencia de la restricción la anterior regulación del sobreseimiento libre (Ley 1872 y Compilación de 1879) “cuando no resultare justificado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa”. La restricción está en que se reserva el sobreseimiento libre para los supuestos de ausencia de indicio racional, o si se prefiere, como dice la doctrina calificada, sospecha fundada, de la comisión del hecho.

Antes de entrar en la definitiva conclusión del caso debemos señalar que no es clara la pretensión de que en el apartado 1 del art. 637 deba incluirse la ausencia de indicios racionales de realización del hecho. Un sector doctrinal lo incluyó en el apartado 3.º, en interpretación extensiva, aunque bien es cierto que el hecho delictivo comprende también la acción del sujeto, y su ausencia podría dar lugar a la pretendida del n.º 1.

Dejando de lado este debate, que ahora no es central, a nuestro juicio no cabe apreciar el sobreseimiento libre porque si existe alguna sospecha de participación, mucho más cuando lo que se le atribuyó al apelante en la inicial imputación judicial, y de lo que le acusaron en la calificación provisional los ejercientes de acción penal, fue de comportamiento omisivo, calificado como homici-

dio o como omisión del deber de impedir la comisión de ciertos delitos. Pues bien, situados en esa imputación no hay debida justificación, pero no ausencia de sospecha fundada, y ello es así porque el acusado está en el inicio de la acción.

En consecuencia se rechaza el recurso y confirma la resolución de la instancia.

**Sentencia 70/2003, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 18 de febrero de 2003**

GRABACIÓN DE CONVERSACIÓN TELEFÓNICA POR UNO DE LOS INTERVINIENTES EN ELLA SIN EL CONOCIMIENTO DEL OTRO: ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN COMO PRUEBA.

**Art. 18.3 CE**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

*Recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto, declara la Sala que la grabación de una conversación telefónica por parte de uno de los intervinientes en ella sin el conocimiento del otro no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18 de la CE, por lo que dicha grabación es admisibile como medio de prueba en el proceso penal. Cuestión diversa es que dicha prueba deba ser sometida a contradicción en el plenario, con todas las garantías legales, así como la valoración que de dicha prueba deba hacer el juzgador.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

**Segundo.**—1. El apelante Clemente alega como primer motivo de impugnación que se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones al grabar el querellante la conversación que mantuvo con él, presentando después la grabación como prueba en la vista oral del juicio.

El motivo no puede, obviamente, prosperar, pues, tal como se razona en la sentencia impugnada, se está ante una grabación efectuada por uno de las dos personas que intervinieron en la conversación y no por un tercero ajeno a la comunicación telefónica. Y, como es sabido, el Tribunal Constitucional tiene establecido en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que quien graba una

conversación telefónica de otros sí conculca lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE, pero no quien se limita a grabar la conversación telefónica que él mismo tiene con otro. A partir de esta resolución del TC han sido dictadas en el ámbito penal varias sentencias por el Tribunal Supremo en la misma línea de no considerar vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de grabar las propias conversaciones telefónicas con otras personas, sentencias que aparecen recogidas en la resolución impugnada, a la que nos remitimos.

Por lo demás, una vez descartada la ilicitud de las grabaciones telefónicas, y después de haber sido sometidas a contradicción en la vista oral del juicio, es el juzgador de instancia quien ha de apreciar la credibilidad y veracidad de su contenido. Para lo cual ha tenido en cuenta el hecho relevante

de que hayan sido periciadas y se haya comprobado que la voz sí corresponde al acusado Clemente, a pesar de que éste lo negara en el ejercicio de su incuestionable derecho de defensa. Sin que las suspicacias que pudieran derivarse de que fuera una de las partes del proceso la que efectuara la grabación y la presentara en la causa, suponga de por sí su exclusión como prueba. Pues si bien ello da la posibilidad de aportar sólo los fragmentos de la grabación que interesan a la parte querellante que la realizó, lo cierto es que la riqueza del contenido de las conversaciones grabadas, la unidad contextual de las mismas y el hecho de que el acusado no diera explicación convincente alguna que las cuestione o desdiga, permite concluir que el juzgador de instancia no ha incurrido en error probatorio a la hora de obtener su convicción sobre los hechos plasmados en la sentencia.

**Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 18 de febrero de 2003**

ACCIÓN POPULAR: NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y MODIFICACIÓN DE FIANZA POR SU EJERCICIO.

**Art. 280 LECrim.; art. 24 CE.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ignacio Gallego Soler**

SÍNTESIS

*Examina el auto que seleccionamos la constitucionalidad de la exigencia de fianza para el ejercicio de la acción popular, así como también la proporcionalidad de la misma y los criterios para su determinación. Sin embargo, reprocha la Audiencia al juez instructor la falta de motivación de su resolución al incrementar notablemente la fianza que exigió a la entidad querellante.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Interpuesta querrela criminal por presunto delito de lesiones, detención

ilegal y delito contra los derechos de los trabajadores, interpuesto por la ASSOCIACIÓ (...), habiéndose practicado las diligencias que se tuvieron por pertinentes, se dic-

tó auto, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos denunciados no eran constitutivos de infracción penal alguna.

**Segundo.**—Como quiera que la querella se había presentado a partir de la legitimación procesal que confiere el ejercicio de la acción popular, el anterior auto acordó la cancelación de la fianza en su momento prestada, deviniendo firme dicha resolución al no haberse recurrido por ninguna parte interesada.

**Tercero.**—En escrito de fecha 17 junio 2002, el ahora recurrente interesaba la reapertura y desarchivo de las actuaciones. Dado el traslado preceptivo al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, el ministerio público interesado se acordara una fianza de 60.000 euros, previa a la resolución de la petición de reapertura, justificando dicha cuantía en su informe fechado el 28 de junio de 2002 en el número de personas implicadas y la naturaleza del hecho a que se refiere la solicitud de reapertura.

**Cuarto.**—Por auto de fecha 10 julio 2002 se exigió fianza de 60.000 euros. Contra dicha resolución el Procurador, interpuso recurso de reforma, presentado escrito de oposición al mismo el propio Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el Procurador, oponiéndose asimismo el Abogado del Estado. El recurso de reforma fue resuelto en sentido desestimatorio.

(...)

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Articulan los recurrentes en esta alzada cinco alegaciones formales, si bien todas ellas van referidas a: 1) la propia necesidad de consignar fianza para el ejercicio de la acción popular (alegaciones primera y segunda); 2) vulneración del principio de proporcionalidad e idoneidad al exigirseles la cuantía de 60.000 euros (alegaciones tercera y cuarta); 3) verosimilitud de la tesis

incriminatoria (alegación quinta). Es preciso indicar que esta, última alegación excede del objeto del presente recurso, puesto que todavía no se ha decidido acerca por el Ilmo. Sr. Magistrado a quo acerca de la eventual reapertura de las actuaciones, de tal modo que no existiendo pronunciamiento alguno sobre este particular en la resolución que ahora se recurre, no es posible dar solución a una controversia hasta la fecha no planteada.

**Segundo.**—Aunque ciertamente se plantea en otros términos dialécticos, lo primero que pretende el recurrente en sus dos primeras alegaciones, es que se aprecie por el instructor la operatividad del art. 281 de la LECrim que establece una dispensa de la prestación de la fianza, argumentando que algunas de las personas físicas que se engloban en la entidad que ha ejercido la acción popular son perjudicados de los presuntos hechos delictivos. Del mismo modo se afirma que las entidades querellantes eran promotoras de la manifestación disuelta, ilegalmente según su parecer, por lo que son "portadoras de intereses difusos. Estas argumentaciones no son atendibles.

Si en el seno de la entidad que se persona en la causa como querellante articulando el mecanismo de la acción popular existen personas físicas que se dicen ofendidos o perjudicados por los eventuales delitos denunciados, tienen la posibilidad de articular la acusación particular, estando en este supuesto plenamente exentos de la prestación de la fianza, como se dispone en el art. 281.1 de la LECrim, pero este Tribunal no tiene constancia de que se haya ejercitado nunca la acusación particular. En el escrito del recurso de queja no se indica quiénes son esas personas físicas eventualmente perjudicadas, ni tan siquiera se hace referencia alguna a su número en referencia a la totalidad de las personas físicas que engloban la ASOCIACIÓN. La entidad recurrente en sentido estricto, esto es, la ya citada asociación, ha asumido en todo momento la situación procesal de ejercicio de la acción popular, por lo que tampoco puede pretender ahora tener

el derecho de exención de fianza del que goza todo perjudicado cuando ejercita la acusación particular, y que de haberlo estimado pertinente se hubiese podido articular a tenor de lo contemplado en el art. 7.3 LOPJ. Pero nada de ello ha hecho la entidad ahora recurrente, personándose en todo momento como acusación popular, por lo que en este caso no puede ser de aplicación el art. 281 de la LECrim como denuncia, sino el régimen del art. 280 de la LECrim, debiendo recordar que nuestro Tribunal Constitucional (por todos SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985) ha declarado que la exigencia de una fianza para el ejercicio de la acción penal, que se impone a quien no resulta directamente ofendido por el delito que trata de perseguir no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho (scil contenido en el art. 24 CE), pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción". Sobre la cuestión de la cuantía y su proporcionalidad se hará referencia inmediatamente, baste en este lugar afirmar que la decisión genérica de la adopción de la fianza para personarse como parte actora acordada por la resolución recurrida es conforme a Derecho.

**Tercero.**—En un segundo orden de cosas se cuestiona la proporcionalidad de la fianza acordada para posibilitar su ejercicio del derecho de acción popular, 60.000 euros, una cuantía doce veces superior a la que en un primer momento se acordó. Es preciso también traer a colación algunos argumentos que el recurrente ubicó en su segunda alegación, y que viene a afirmar la contrariedad a Derecho que implica adoptar una cuantía sin tener en cuenta las circunstancias del querellante y que son, según expone, que parte de las entidades que presentan la querrela son entidades sin ánimo de lucro, no disponiendo de recursos económicos propios, de tal modo que la fianza es una carrera que frustra el libre ejercicio a la acción.

Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado (además de las resoluciones indicadas anteriormente cfr. también SSTC

79/1999, 326/1994) que la exigencia de la fianza no es contraria el ejercicio del derecho contenido en el art. 24 CE siempre que su cuantía "en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarla, no impida ni obstaculice gravemente su ejercicio". No hay que olvidar, por otra parte, que el art. 20.3 LOPJ afirma que no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular.

Como ya se ha puesto de relieve, el Ilmo. Sr. Instructor, haciendo materialmente suyas las fundamentaciones esgrimidas por el Ministerio Fiscal, justifica la cuantía de la fianza esencialmente en el gran número de entidades y de afiliados que dirigen la acción popular, sin que se haya acudido al expediente de justicia gratuita. No se pueden aceptar declaraciones genéricas en el marco de este recurso del tipo que "si se fija una cuantía total nos encontraríamos ante un derecho de carácter oligopolístico". Nuestro sistema constitucional-procesal garantiza, a diferencia de otros muchos, la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer, en pie de igualdad de armas con el Ministerio Fiscal, una función pública cual es la acusación, tradicionalmente reputada un monopolio estatal. Ahora bien, a fin de que no se produzca un desmedido abuso de esta institución y, principalmente, un uso torticero de la misma, el art. 280 de la LECrim regula la exigibilidad de la fianza para prevenir la responsabilidad en la que se pueda incurrir como consecuencia de una actuación procesalmente temeraria. Es decir, en contra de lo que opina el recurrente, la prestación de una fianza no tiene en nuestro sistema una finalidad oligopolística sino de mera garantía. El que los Letrados que intervengan en la tramitación de la presente causa se realice de forma gratuita, renunciando a sus propios honorarios profesionales no puede ser, como pretende la recurrente, un criterio para ponderar la proporcionalidad de la cuantía fijada, sin que haya acreditado en ningún modo en la tramitación de este recurso la imposibilidad de hacer frente al pago de la fianza impuesta. Desde este punto de vista

podría afirmarse que en términos abstractos no existe una desproporción de la fianza peticionada por el Ilustre Instructor.

Ahora bien, en lo que podríamos denominar “juicio de proporcionalidad estricta” este Tribunal entiende que la imposición en este momento procesal de una fianza doce veces superior a la anteriormente impuesta no puede considerarse proporcionada por los siguientes motivos:

a) el Ilustre Instructor no argumenta en el auto recurrido sobre la modificación en la capacidad económica de los querellantes, único elemento que hemos visto que nuestro Tribunal Constitucional reputa como admisible para efectuar el juicio de ponderación de la medida: si estimó como ajustada a las finalidades propias de la fianza una determinada cuantía al momento de admitir la personación como actor popular de la entidad querellante, su Auto debería haber hecho

mención expresa a qué cambio de circunstancias se ha producido para pretender ahora que la fianza tenga un monto doce veces superior al inicialmente acordado;

b) la eventual complejidad del proceso que devendría en el caso de reapertura de las actuaciones no puede ser nunca un argumento a articular en este momento, puesto que la finalidad que ostenta la institución de la fianza no se agota en la prevención de la responsabilidad en que se pueda incurrir como consecuencia de una conducta procesalmente temeraria, ya que para subvenir este torticero uso de la Administración de Justicia se cuenta también con la posible condena en costas.

Es por lo anterior que este Tribunal entiende que no es proporcionada la cuantía de la fianza, debiendo revocarse el auto recurrido en lo que respecta a la concreta cuantía de 60.000 euros, y mantenerse la cuantía establecida en un primer momento.

**Sentencia 26/2003, AP MADRID, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2003**

¿DETENCIÓN ILEGAL O DELITO CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO?

**Arts. 167, 530, y 632 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

*Dado el hecho probado de que el funcionario policial privó indebidamente a un ciudadano de su libertad ambulatoria, dilucida la presente sentencia si los hechos son constitutivos de un delito de detención ilegal cometido por funcionario público (art. 167 del Código Penal) o de un delito contra el derecho individual a la libertad cometido por funcionario público (art. 530) o cometido en su modalidad culposa (art. 532), inclinándose por esta última posibilidad por las razones que se exponen.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

María del Pilar presentó denuncia (...) en la que denunció que un autobús de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, de color rojo, de la línea C, de cuya matrícula sólo había podido recoger las letras finales “WG” ya que no se había detenido el autobús, circulando a gran velocidad, arrancó el espejo retrovisor de la puerta delantera izquierda de su automóvil, (...) solicitando en la misma denuncia que se averiguara la matrícula completa de dicho autobús y se diera traslado de la denuncia al correspondiente Juzgado de Instrucción, a los efectos de que se condenara a la Empresa Municipal de Transportes a abonar los daños causados, que se estimaban en el importe mencionado, así como en el coste de los transportes de ida y vuelta al taller.

Remitida esa denuncia a la Comisaría, donde presta sus servicios como funcionario del Cuerpo Nacional de Policía el ahora acusado, José Manuel —mayor de edad y sin antecedentes penales— procedió éste a realizar gestiones para la localización del conductor de ese autobús y, en su caso, posterior detención, para lo que llamó en varias ocasiones a la Asesoría Jurídica de la EMT, uno de cuyos letrados le indicó finalmente que el posible conductor de ese autobús —vehículo que podría ser el n.º (...), con matrícula K-....-KY— era B.

Personado voluntariamente este conductor, en unión del Letrado de la EMT, en la Comisaría, comunicó a ambos una funcionaria del Cuerpo Nacional de Policía, que actuó como secretaria del atestado, que se iba a proceder a la detención del Sr. B.; detención a la que mostró reiteradamente su disconformidad dicho abogado, a pesar de lo cual el acusado, tras ser consultado por esa funcionaria, mantuvo la necesidad de que se practicara.

A tal fin, se efectuó la información de derechos como detenido a B. y, también por

orden del ahora acusado, funcionarios de Policía Técnica de Proximidad le trasladaron al sótano del edificio y tomaron la impresión dactilar de los dedos índice y pulgar de la mano derecha del Sr. B., tras lo que, en presencia de dicho abogado, le recibieron declaración a las 9,40 horas, siendo finalmente informado de que era puesto en libertad “con cargos” a las 10,15 horas del mismo día.

Fruto de la tensión nerviosa sufrida a consecuencia de estos hechos por B., sufrió una crisis de ansiedad que determinó su baja laboral durante seis días.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

A raíz de esa denuncia, los sucesos posteriormente acaecidos vienen perfectamente reflejados en ese atestado y coinciden con los relatados por acusado y testigos en el juicio oral: las gestiones que realizó el acusado poniéndose en contacto telefónico con la asesoría jurídica de la EMT; la posible identificación del autobús causante de los daños y de su conductor; la comparecencia voluntaria de éste junto con un abogado en la comisaría; la comunicación a ambos —por parte de una funcionaria que actuaba bajo las órdenes del acusado— de que dicho conductor iba a ser detenido; las protestas que formuló verbalmente el abogado, indicando a esa funcionaria que los hechos no podían ser considerados como constitutivos de un delito, ni siquiera de una infracción penal, sino solamente una cuestión civil; las consultas que realizó esa funcionaria al acusado, quien insistió en la necesidad de practicar la detención; la lectura de derechos que se realizó al Sr. B. y su traslado al sótano del edificio (afirmado por el mismo denunciado y por su letrado, y no desmentido por los demás) donde se le tomaron las huellas dactilares; la posterior declaración, y finalmente su puesta en libertad “con cargos”, como recoge el atestado utilizando un término que

parece tomar carta de naturaleza en el lenguaje judicial.

**Segundo.**—Ante los hechos así acreditados, cabe preguntarse, en primer lugar, si se produjo efectivamente una detención, con independencia de las formalidades plasmadas en el atestado y de los términos utilizados para denominar las actuaciones que realmente se practicaron.

(...) lo esencial para determinar si se produjo o no una detención —entendida como cualquier privación de la libertad ambulatoria—, es preciso determinar si efectivamente ese mero cumplimiento de las formalidades establecidas en las leyes procesales para practicar la detención de tradujeron en concretos actos que limitaran o restringieran la libertad del citado denunciado para desplazarse o permanecer bajo su exclusiva voluntad en el lugar que tuviera por conveniente.

**Tercero.**—Partiendo, pues, de la existencia de una detención, son varias las figuras penales en las que podría tener encaje: la detención ilegal del artículo 167 del Código Penal o el delito contra la libertad individual cometido por funcionario público del artículo 530 del mismo Código, e incluso en la modalidad culposa de este último delito contemplada en el artículo 532 del propio cuerpo legal.

La diferencia esencial entre la primera infracción y las otras dos es que la detención se practicara mediando o no “causa por delito”. En el concepto de “causa” debe incluirse, no sólo los procedimientos iniciados por una Autoridad Judicial, sino igualmente las actividades realizadas por la policía, como las diligencias “a prevención” dirigidas a comprobar los hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, descubrir a sus autores, o a recoger los efectos, instrumentos o pruebas de la misma (arts. 282 y 283 LECr). Y, exigido que la causa sea por delito, se excluyen los procedimientos iniciados por la comisión de faltas, aunque también se ha considerado que sería extensible a aquellos casos en los que

la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la detención por simples faltas: cuando el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle (art. 495 LECr).

Se distingue así en la punición de las detenciones ilegales las cometidas por una autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo, pero fuera del cometido propio de la función pública que tiene encomendada en relación con un procedimiento penal abierto por delito, de las realizadas en el curso de su actuación profesional en el curso de ese procedimiento, aunque incumpliendo los requisitos legalmente establecidos.

Para determinar en este caso si la detención se practicó en el curso de una causa abierta por delito, no cabe duda que la valoración, en este momento, de los hechos denunciados no permite su calificación como delito, puesto que es evidente que, aparte de la ausencia de dolo en la causación de los daños, éstos no superaban, en los propios términos de la denuncia, las 50.000 pesetas que fijan la separación entre delito y falta, al no poder comprenderse a efectos de esta cuantificación los perjuicios de otro orden que pudiera acarrear para la propietaria del vehículo.

Pero lo crucial es determinar si cuando el acusado ordenó practicar la detención podía racionalmente creer que los hechos denunciados eran calificables o no como delito. (...)

Puede dudarse que el acusado fuera consciente, en el momento de ordenar la detención, de que los hechos no eran constitutivos de delito. Iniciadas efectivamente unas actuaciones penales —con instrucción de un atestado— a raíz de la denuncia formulada, es posible que ordenara erróneamente la detención en la creencia de encontrarse ante un posible delito “de daños y perjuicios” como aparece en la diligencia de lectura de derechos. Error sobre un elemento —negativo— del tipo (creencia errónea de que mediaba causa por delito), que impide la puni-

ción de los hechos por el tipo de detención ilegal del art. 167, aunque dicho error se considere vencible, puesto que no se prevé en el Código Penal la comisión culposa en esta modalidad, lo que permitiría la aplicación del n.º 1 del artículo 14 de dicho Código.

Ahora bien, en tal caso, considerando a favor del acusado que la detención ilegal se acordó en el curso de una causa abierta por delito, entra en aplicación el artículo 530 del Código Penal —infracción penal homogénea con la prevista en dicho artículo 167—, al concurrir todos sus elementos: Condición de funcionario público del acusado; incoacción de causa por delito; y decisión acordando la detención con violación de las garantías legalmente establecidas.

Respecto a este último elemento, las garantías legales violadas en este caso por el acusado son las que se derivan del artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite a los Agentes de la Autoridad practicar la detención de una persona sólo en los casos que taxativamente prevé, en ninguno de los cuales tiene cabida el aquí contemplado, ni siquiera en el n.º 4.º del artículo 492, que requiere, por remisión al n.º 3.º (“al que se hallare en el caso del número anterior”), no sólo que haya motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y para creer que la persona a la que se intente detener tuvo participación en él, sino también que sus antecedentes o las circunstancias del hecho hagan presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.

Y es evidente que ninguna sospecha de sustracción a la acción de la Justicia podía surgir de una persona que, como el Sr. Braulio, estaba perfectamente localizable, com-

pareció voluntariamente en comisaría y mostró desde el primer momento una plena colaboración en la investigación de los hechos. Ningún motivo había, pues, para proceder a su detención, que nunca puede considerarse como automática ante la mera imputación de una conducta delictiva, sino ajustada a unos condicionantes estrictos establecidos en los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**Cuarto.**—Únicamente queda por resolver si los hechos se cometieron dolosa o culpablemente. Debiendo deducirse el dolo, a falta de un expreso reconocimiento, de un juicio de inferencia a través del análisis razonado de las circunstancias concurrentes en los hechos demostrativas de una conciencia y voluntad en el autor, ninguna evidencia hay en este caso de que el acusado fuera consciente de la ilegalidad de la detención y actuara conscientemente para privar de libertad injustamente a esa persona. No consta que hubiere algún tipo de relación con denunciante o denunciado, ni la concurrencia de algún motivo espurio que hubiera impulsado a la ilegal detención.

Por el contrario, todo parece apuntar a una supina ignorancia de las condiciones en las que puede acordarse la detención, como confirma el hecho de que parezcan compartir ese inexcusable desconocimiento de las normas más elementales que debe conocer todo policía dos agentes que comparecieron como testigos: Mauricio y Juan Pedro.

Tal ignorancia inexcusable provocadora de la detención debe entenderse equiparable a la imprudencia grave exigida por el artículo 532 del Código Penal, lo que obliga a la sanción de los hechos conforme a este artículo.

**Sentencia 63/2003, AP VALENCIA, Sec. 1.ª, de 24 de febrero de 2003**

DIFERENCIA ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL EN CONSTRUCCIONES ILEGALES.

**Art. 319 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Castellano Rausell**

## SÍNTESIS

*Si la obra fuera autorizable, es decir, si en el futuro pudiera ser declarado el suelo donde se ubica urbanizable, y si se pudiera ampliar la superficie de la finca mediante la adquisición de otra colindante hasta alcanzar la unidad mínima de parcela, no existe infracción penal.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Tercero.**—(...) no pueden dejar de desconocerse los reflejos que en el concepto de suelo no urbanizable tienen las actuales disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 4/2000, mitigador de las exigencias legales imprescindibles para la catalogación del suelo como urbanizable, hasta el punto de invertir el concepto inicial del suelo pasando a ser siempre urbanizable salvo que se disponga lo contrario por una serie de motivos tasados, esencialmente basados en criterios de preservación de altos valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos o ambientales. Con lo cual, en el caso presente, dado que no figura que la obra denunciada afecte a alguno de los valores mencionados, no es desdeñable la idea de que el concepto de suelo no urbanizable pueda ser objeto de modificación en el lugar donde se ubica, supuesto razonable que cambiaría radicalmente la actual consideración de edificación no autorizable, segundo requisito legal exigible para se castigada la conducta penalmente.

De otra parte, analizando la cuestión en el actual estado de cosas, nada se opone a que las dimensiones de la unidad mínima de parcela que exige el PGOU de Sagunto, puedan ser completadas por el acusado en un futuro mediante el recurso a la compra de los terrenos que circundan su propiedad, posibilidad también razonablemente susceptible de poder ser materializada, en cuyo caso de nuevo la edificación pasaría a ser idónea para su recalificación y exclusión del concepto de no autorizable.

Estas dos circunstancias impiden que la obra realizada pueda ser considerada como “no autorizable”, (...) la adaptación de la obra a la legalidad ha de contemplarse desde una perspectiva dinámica, evolutiva y razonablemente posibilista, y no desde el momento presente de la confección del expediente urbanístico, como si de una constatación se tratara, desapareciendo la tipicidad cuando la autorización forma parte del futuro capaz de ser materializado.

**La diferencia entre la ilegalidad administrativa y la infracción penal radica precisamente en el sentido que ha de otor-**

garse al termino “autorizable”, que sirve para distinguir aquellas obras realizadas vulnerando la legalidad administrativa del momento, pero que en atención al carácter de legislación localista y cambiante que tiene la misma, y a la posibilidad de que la obra llegue a reunir las condiciones legales

exigidas, pueda razonablemente obtener el rango de obra legal, de aquellas otras en las que por su ubicación o cualquier otra circunstancia afectante a terceros la anterior posibilidad sea inexistente o tan remota que la convierta en inapreciable.

**Sentencia 90/2003, AP MADRID, Sec. 2ª, de 24 de febrero de 2003**

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE ALEJAMIENTO: ¿ES NECESARIO QUE LA ADOPCIÓN DE LA MISMA SEA FIRME?

**Art. 468 Código Penal; arts. 224 y 225 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José de la Mata Amaya**

SÍNTESIS

*Alegó el recurrente que no pudo quebrantar la orden de alejamiento dictada por el instructor al carecer de firmeza el auto que la contenía, por haber interpuesto contra el mismo los recursos de reforma y de apelación. Frente a ello, declara la Sala que el recurso de apelación sólo tiene carácter suspensivo cuando así expresamente lo establece la Ley, lo que no es el caso.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Sustenta el recurrente su recurso en los siguientes motivos:

a) Respecto del delito de quebrantamiento de medida cautelar, existe una incorrecta aplicación del art. 468 CP motivada por errores en la apreciación de las pruebas practicadas por el juzgador de instancia respecto de los autos de alejamiento de fechas 9 de julio de 2001, 16 de octubre de 2001 y 10 de abril de 2002.

(...)

**Segundo.**—El primer motivo del recurso no puede ser estimado.

El recurrente basa su recurso fundamentalmente en que los autos de alejamiento dictados en la causa no eran firmes y por tanto no debían ser obedecidos por el apelante en tanto se sustanciaban y resolvían los recursos de reforma y apelación que interponía contra los mismos. Así, el auto de alejamiento de 9 de julio de 2001 no habría sido realmente efectivo hasta que devino firme el día 26 de noviembre de 2001, cuando la Sección 5.ª AP Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto, y el auto de

16 de octubre de 2001 no lo habría sido hasta el día 23 de mayo de 2002, en que la Sección 6.ª AP Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto.

Lo cierto es que el apelante carece por completo de razón: los recursos que interpuso contra las resoluciones de alejamiento en absoluto tuvieron el efecto suspensivo que el apelante reclama.

En relación con el recurso de reforma, aunque la ley no contiene norma específica alguna, con carácter general se admite que este recurso no tiene efecto suspensivo y, por tanto, no suspende la ejecución de la resolución impugnada, con una única excepción, que no concurre en este caso: que frente a la resolución impugnada la ley admita la apelación con dos efectos.

En cuanto al recurso de apelación, la LECrim es clara y terminante: es un recurso devolutivo, que únicamente tiene efecto suspensivo cuando la ley disponga expresamente que se admitirá en ambos efectos. Así prescindiendo (en cuanto a la interposición del recurso fue admitida por el Juzgado de Instrucción y fueron resueltos por la AP) que este recurso únicamente es admisible

cuando expresamente ese señalado en la Ley, lo que no es el caso, lo cierto es que en ningún momento se indica que el recurso que puede interponerse contra los autos de alejamiento sea admisible en ambos efectos.

Y, efectivamente, aunque el juez instructor no se pronunció expresamente sobre la cuestión, limitándose a tener por interpuesto el recurso, lo cierto es que dio al procedimiento en ambos casos el trámite establecido en el art. 225 LECrim para el caso de los recursos de apelación en un solo efecto. Esto es, no remitió los autos originales al tribunal competente previo emplazamiento de las partes (art. 224 LECrim), sino que dedujo testimonio de particulares, dio traslado a las partes y luego las emplazó para ante la AP.

Admitidos por tanto los recursos en un solo efecto, no tuvieron por tanto efecto suspensivo.

(...)

Los hechos, por tanto, han quedado suficientemente probados, como por otra parte ya razona el juez de lo penal en la resolución recurrida, por lo que procede desestimar el motivo de recurso.

**Sentencia 97/2003, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 26 de febrero de 2003**

PREVARICACIÓN: EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO.

**Art. 404 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José de la Mata Amaya**

SÍNTESIS

*La punición a título de prevaricación del art. 404 del CP exige la prueba del elemento subjetivo de este delito: la conciencia clara de la injusticia o arbitrariedad de la resolución que dicta el sujeto activo. La Audiencia, basándose en la inexistencia de indicios que hagan suspender una intención de bonificar a algún aspirante en concreto, de manipulación de los méritos de los candidatos, de la circunstancia de que existieren nuevos candidatos, excluye*

*dicha intención, concluyendo que el tribunal de selección integrado por los acusados interpretó erróneamente —sin intención maliciosa— las bases de la convocatoria, por lo que concluye la absolución de los imputados.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Quinto.—(...)**

El legislador, en el tipo de art. 404 CP, como se ha indicado, exige un dolo específico que también ha sido denominado reduplicado o reforzado, lo que indica que el autor ha de tener una conciencia clara de la injusticia o arbitrariedad de la resolución que dicta. Este actuar injusto o arbitrario indica también la existencia de un propósito inequívoco de conculcar la legalidad reguladora de la decisión que va a adoptarse. Conviene destacar que no toda resolución contraria a derecho entraña en sí misma un delito de prevaricación, ya que es necesario valorar las circunstancias concurrentes y comprobar si se ha actuado movido por el desprecio a las técnicas o formalidades legales o lo neutralizan con la aparición de factores de hecho que justifican o explican la decisión adoptada. Como indica la STS de 30 de noviembre de 1999, en este punto es donde debe entrar en juego el grado de error permisible según las circunstancias de cada caso y la medida de los conocimientos jurídicos del sujeto activo de la acción (ello porque la exigencia de la injusticia de la resolución debe apreciarse de manera más nítida en aquellas autoridades o funcionarios que son legos en derecho).

Las explicaciones que aportan los acusados para justificar su conducta son de diferente naturaleza: exponen que estaban muy ocupados, que dedicaron a esta tarea muy poco tiempo, que no conocían muy bien la tarea que tenían que desempeñar, que no examinaron los expedientes y que pensaron que los que les fueron sometidos ya estaban “filtrados”, por lo que ya estaban excluidos quienes no cumplían los requisitos básicos.

Todas estas excusas, con lógico afán defensivo, no son admisibles. Es obvio que si fueron designados para integrar esta Comisión es porque tenían la cualificación necesaria. Y si no la tenían, debían habérsela procurado para desempeñar su función adecuadamente. Si no lo hicieron, o si dedicaron al estudio, deliberación y decisión menos tiempo o menos atención del requerido, ello sólo muestra una inadmisibles frivolidad, negligencia o ligereza en el desempeño de sus funciones, por lo que no pueden pretender justificar su conducta basándose en tales incumplimientos. Sin embargo, en lo que ahora es relevante, estas circunstancias no acreditan suficientemente la malicia en su comportamiento y el propósito inequívoco de conculcar la legalidad vigente, de modo que no es el tipo penal aquí discutido el medio para corregir esta posible desatención de los acusados a sus tareas.

Hay otras circunstancias sin embargo, que sí permiten deducir la intención de los acusados:

— No existe indicio alguno que permita sospechar que la intención directa o indirecta de los acusados fue beneficiar a ninguno de los aspirantes en particular, por razón de recomendaciones, presiones, influencias o amistad de clase alguna. (...).

— No consta que se haya producido (de hecho esto no es denunciado) una manipulación de los méritos de los candidatos, ni una ocultación de información, ni una asignación de puntos que no les correspondan por los méritos acreditados. (...).

— La simple observación de los baremos que la Comisión utilizó como instrumentos de trabajo en cada uno de los tres lectorados permite observar que los candi-

datos seleccionados en cada caso fueron los mejor puntuados según baremo: (...).

— El examen del currículum de los candidatos discutidos que fueron preseleccionados, permite comprobar que tenían una alta cualificación profesional para la tarea de lector de español en los respectivos países.

— El criterio adoptado en los restantes lectorados fue que en los casos en que no había candidatos que reunieran los requisitos básicos, era preferible, antes que dejar desierto el concurso, designar a aquellos que resultaran idóneos, con la finalidad de poder cubrir las plazas en todos los lectorados, siempre que reunieran tuvieran los méritos y la capacidad necesarios.

Resulta pues que no existe el más leve indicio de que la conducta de los acusados estuviera movida por el desprecio a la ley ni que actuaran a sabiendas de que su actuación era meridianamente ilegal e injusta. El detenido examen de los autos y las propias circunstancias reflejadas evidencian que la Comisión de Valoración tomó sus decisiones tratando de configurar, en cada caso, la mejor terna posible, incluyendo a los candidatos que objetivamente consideraron más idóneos para el puesto de trabajo a la vista de sus hojas de vida profesional, y que no actuaron movido por motivos espúreos ni con específica conciencia de que su actuación fuera arbitraria.

Lo que ocurre es, al hacerlo, interpretaron erróneamente las bases de la convocato-

ria, y en vez de excluir sin más a aquellos candidatos que no reunían el requisito de ser licenciados en filología hispánica, evaluaron también sus méritos y los baremaron, (...).

Es decir, que la misma flexibilidad en la interpretación de las bases de la convocatoria que aplicaron en el caso de lectorados sin candidatos que reunieran los dos requisitos la aplicaron en estos tres casos, en que entendieron que concurrían circunstancias especiales que podían entender completado el requisito exigido, procediendo en consecuencia a incluirlos en la baremación y a seleccionar a los que resultaran más idóneos y con mayores méritos y capacidad.

Esta interpretación de la norma es desde luego discutible y produjo como resultado una resolución que, desde una perspectiva estrictamente objetiva, fue ilegal, en cuanto se produjo una vulneración flagrante del requisito de la convocatoria y resultaron propuestos quienes no reunían este requisito. Pero al mismo tiempo permite poner de relieve que los miembros de la Comisión (en la que no se olvide que al menos dos de los integrantes no eran juristas) ni actuaron con clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad cometida, ni con un propósito inequívoco de conculcar la legalidad.

Procede, por tanto, habida cuenta la no concurrencia del elemento subjetivo imprescindible en la figura de delito objeto de acusación, desestimar el recurso interpuesto y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5.<sup>a</sup> de 26 de febrero de 2003**

SUSTRACCIÓN, FALSIFICACIÓN Y COBRO DE CHEQUE: IMPUNIDAD POR LA ESTAFA Y POR LA FALTA DE HURTO.

**Arts. 74, 248, 390.2, 392 y 623.1.<sup>a</sup> Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Augusto Morales Limia**

SÍNTESIS

*El acusado sustrajo el talonario de cheques, los falsificó librándolos al portador y cobró para sí el importe de los mismos. La sentencia de la Audiencia le condena como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, pero le absuelve del delito de estafa, al estimar que la entidad bancaria pagó imprudentemente el cheque (esto es, que el engaño no era en sí “adecuado” o “bastante”, para el error que generó); tampoco pena por falta de hurto al considerar que el talonario en sí mismo carece de valor estimable a los efectos del tipo penal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

**Único.**—(...)

El acusado, Ricardo, trabajaba en el mes de febrero de 1998 como guardia de seguridad de la empresa, I., SA, en las oficinas de la entidad T.F.I., SA. El acusado aprovechó la circunstancia de tener acceso a las mismas para, a principios de febrero de 1998, apoderarse de tres cheques que extrajo de una chequera guardada en un cajón no cerrado bajo llave. Los cheques correspondían a una cuenta corriente abierta por la empresa T. Ricardo rellenó personalmente los cheques por importes, de 120.002 pesetas, 275.400 pesetas y 440.002 pesetas, los extendió al portador y estampó su propia firma que, lógicamente, no era una de las autorizadas procediendo a cobrarlos en los días 11, 13 y 18 del mismo mes de febrero dada la actuación negligente de la propia entidad bancaria (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, en grado de consumación, conforme a los arts. 74, 392 y 390.2 del Código Penal. Los hechos no son constitutivos ni de delito continuado de estafa ni de falta de hurto por lo que después se dirá.

(...)

**Cuarto.**—No procede, en cambio, la condena por delito de estafa. En este sentido no concurre en el caso concreto un engaño de suficiente entidad o importancia (requisito del tipo) como para haber provocado seriamente el error del pagador de los cheques, o sea, la entidad Banca.

(...)

**Quinto.**—En el caso concreto, nos encontramos con que el acusado presenta tres

cheques al portador en una específica oficina bancaria, cuyo importe consigue cobrar en tres días distintos pero muy próximos entre sí, 11, 13 y 18 de febrero de 1998. Aunque ciertamente los títulos lo son al portador y se presentan en una entidad bancaria distinta de la que tiene domiciliada la cuenta corriente correspondiente —lo que puede dificultar en principio una cierta comprobación de la veracidad del título—, concurren circunstancias especiales que demuestran que hubo verdadera negligencia por parte del personal de la sucursal bancaria de que se trata y que, de haberse adoptado unas precauciones mínimas, el desplazamiento patrimonial no se hubiera producido.

En este sentido, existía un específico protocolo interno de actuación para estos casos que obligaba al personal bancario a seguir determinadas cautelas. Al folio 28 del rollo de Sala (...), constan las normas a seguir en los casos de “disposiciones de efectivo contra cuentas personales en oficina distinta a la de la cuenta”. Y ahí se especifica que el pago de cheques por las oficinas correspondientes (distintas de las del titular de la cuenta) exige que, tratándose de importes entre 100.001 y 200.000 pesetas (601 euros y 1.200 euros), se efectuará “únicamente al titular de la cuenta, previa identificación del mismo, anotación al dorso del DNI y verificación de su firma”. En el supuesto de autos, hablamos de cantidades que sobrepasan todas tales cifras (...) y, sin embargo, no se procedió en consecuencia. Ocurre, además, que cuando se trata de cantidades que exceden a su vez de 200.000 pts. (hasta 500.000 pesetas) —aquí ocurre esto con dos de los cheques entregados— se exige el complemento obligatorio de “autorización de persona apoderada” (doc. obrante al folio 29, que se examina por la vía del art. 726 de la LECrim en cuanto prueba anticipada de la Defensa declarada pertinente).

Sin embargo, aquí se pagaron los cheques a persona distinta del titular de la cuenta —aunque fueran al portador, pues eso era indiferente a tenor de la normativa interna existente—, o sea, al acusado, cuando lo

cierto es que éste exhibió en la oficina bancaria pagadora su propio DNI quedando patente desde entonces que no era el titular de aquélla puesto que los propios cheques explicitaban claramente quien era éste. Tampoco se verificaron mínimamente las firmas estampadas (las tres son muy diferentes, folio 32) para comprobar que eran de alguno de los apoderados de la sociedad titular y, mucho menos, se pidió el añadido de la expresa autorización de la persona apoderada.

Es decir, no se cumplió prácticamente ninguna de las normas internas de seguridad. Así las cosas, es evidente que hubo verdadera negligencia por parte de los encargados de hacer no sólo las comprobaciones mínimas sino, incluso, recabar la documentación complementaria correspondiente. Es cierto que se trataba de plazas diferentes (ambas dentro de la Provincia de Barcelona); pero ello no podía suponer precisamente motivo de relajación alguna, más bien al contrario, cuando la tecnología moderna al alcance de cualquier banco (uso de fax, por ejemplo) permitía recabar fácilmente la firma o firmas autorizadas; hubiera bastado tan elemental actuación para comprobar que las firmas de los cheques no eran de su verdadero titular.

(...)

Por todo ello esta Sala entiende que no se dan en el caso concreto los presupuestos necesarios para entender que hubo engaño bastante y causal del desplazamiento patrimonial habido: Y sin ello no puede haber delito de estafa.

**Sexto.**—No procede, tampoco, la condena por falta específica de hurto por la sustracción de los tres cheques en blanco de la chequera correspondiente porque se trata de documentos emitidos por la propia entidad bancaria que, aunque están destinados al futuro tráfico mercantil, carecen por sí mismos de valor económico concreto de la mínima consideración. Pueden ser instrumento necesario para cometer, por ejemplo, un delito de falsedad o uno de estafa pero por sí mismos no reportan beneficio económico

alguno al que los sustrae. Esta doctrina puede aplicarse al caso concreto (talones en blanco) por las mismas razones que se aplican por la jurisprudencia a las tarjetas de crédito en STS 169/2000, de 14 de febrero. En realidad, es conducta que queda absorbida (art. 8.3 CP), en este caso, por el propio delito de falsedad en documento mercantil; sin dicha sustracción no hubiera podido cometerse el delito de que se trata.

(...)

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de pertinente y general aplicación (...) debemos condenar y condenamos a Ricardo, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil (...) Se le absuelve del delito continuado de estafa y de la falta de hurto por los que también venía acusado.

**Sentencia 169/2003, AP MADRID, Sec. 3.ª, de 6 de marzo de 2003**

DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL O COACCIONES.

**Arts. 173, 620.2.º Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Adrián Varillas Gómez**

SÍNTESIS

*El carácter “grave” del menoscabo que exige el tipo de delito contra la integridad moral no concurrió —a juicio de la Audiencia— en la conducta del policía que amenazó al conductor del vehículo, por lo que aquél sufre el reproche penal definido en la falta de amenazas y vejación injusta. Para fundar su razonamiento, la Audiencia cita supuestos enjuiciados por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos que merecen a éste la calificación de tratos inhumanos o degradantes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Cuando una dotación de la policía local (...), circulaba en un vehículo oficial, de servicio, por la Vía Complutense, fue rebasada por el vehículo Talbot Horizontón, en el que viajaban cuatro individuos.

En la creencia de que ese mismo vehículo era el que sobre las 3,30 horas de esa misma noche había eludido un control de alcohole-

mía montado por los citados policías y otros dos de un equipo de alcoholemia de la policía local de ese Ayuntamiento en la calle (...), de la misma localidad, intentando su conductor atropellar al policía (...), procedieron a seguirle, dándole alcance en un semáforo cercano, que se encontraba en color rojo.

Una vez detenido el vehículo policial, en paralelo al Talbot, el acusado V, policía lo-

cal, se bajó del mismo portando el arma reglamentaria en su mano, sin montar, y se dirigió al conductor del vehículo C., de 23 años de edad, colocando la pistola a la altura de la cabeza de éste, conminándole, así como a los otros tres acompañantes del vehículo para que se bajaran y acreditaran su identidad, cuando ya había llegado también el otro policía local, que no llegó a sacar su arma reglamentaria.

Cuando el acusado se dirigió a C. le dijo que menos mal que no tenía una bala en la recámara, refiriéndole que le había intentado atropellar, lo que negó éste. Una vez había descendido C. del vehículo, y el acusado había guardado la pistola, éste le dijo que le iba a romper la cabeza y al requerirle C. para que se identificara ante las amenazas proferidas, mostrando la suela de la bota que calzaba le dijo que el 43.

Instantes después llegó al lugar el equipo de alcoholemia de la policía local, a fin de practicar la prueba de tal índole al conductor del vehículo, recibiendo en el curso de los hechos los acompañantes de éste en su vehículo algún empujón, en concreto J.E., con la puerta del vehículo en el que viajaba.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de una falta de amenazas y vejación injusta, prevista y penada en el art. 620.2.º del CP, cumpliéndose el requisito de perseguibilidad previsto en el párrafo segundo del citado artículo al denunciar el sujeto pasivo, agravado en los hechos, éstos (folio 1).

(...)

Sobre la imputación delictiva que realiza la acusación particular al acusado, como autor de un delito contra la integridad moral,

tipificado en el art. 173 del Código Penal, que no en el art. 174.1 en el que se describe por el legislador el delito de torturas, los hechos enjuiciados no pueden entenderse constitutivos de dicha infracción punible al no haberse menoscabado “gravemente” la integridad moral del sujeto pasivo, tal y como exige el expresado tipo delictivo, con la actuación vejatoria del acusado.

En orden a esta figura delictiva, la doctrina jurisprudencial hace referencia a que los malos tratos definen una actitud general, con un plus de perversidad y maldad, y la doctrina del TEDH (Sentencias 28-1-79 y 25-2-82) menciona que el trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad, repetida más en relación a situaciones de menor entidad, siempre hirientes a la dignidad.

Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 120/90 y 137/90) señala, a los efectos de lo dispuesto en el art. 15 de la CE que los tratos degradantes denotan la causación de padecimientos físicos o psíquicos infligidos de modo negativo para quien los sufre, con intención de vejear o doblegar la voluntad del sujeto pasivo.

El citado Tribunal europeo, en su Sentencia de 18-1-78, reprobó cinco técnicas por las fuerzas de seguridad: mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante varias horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua o restringirles la dieta.

Como se observa claramente las conductas descritas nada tienen que ver con la desarrollada por el acusado en los hechos enjuiciados, y son de una mayor reprochabilidad y antijuridicidad que ésta, por lo que procede absolverle del delito contra la integridad moral que le imputa la acusación particular, declarando de oficio las costas procesales correspondientes.

**Sentencia 109/2003, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 10 de marzo de 2003**

VALIDEZ DE PRUEBA DE ALCOHOL EN SANGRE OBTENIDA MEDIANTE ANÁLISIS CON FINES TERAPÉUTICOS Y CONCURSO ENTRE CONDUCCIÓN TEMERARIA Y HOMICIDIO IMPRUDENTE.

**Arts. 15 CE; 77, 379, 381, 383, 384.1 y 142.1 y 2 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero**

### SÍNTESIS

*No se considera inconstitucional la obtención de prueba mediante análisis de sangre y orina obtenida de un paciente en coma porque tenía fines esenciales de diagnóstico. En el concurso ideal entre homicidio imprudente y conducción con consciente desprecio por la vida de los demás, debe aplicarse la pena que sanciona esta última infracción por ser más grave.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...) La imposibilidad de prestación de consentimiento por el acusado o su familia acerca de la extracción de muestras de sangre y de orina de que fue objeto a su llegada, en estado grave, al Hospital 12 de Octubre, enmarcándose tal actuación médica en el normal protocolo, siendo inimaginable que a un paciente que provenga de un accidente de tráfico gravísimo no se le hagan análisis de sangre y de orina al llegar al departamento de urgencias donde recibirá los tratamientos paliativos adecuados, conforme previene el art. 10.6.c) de la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril, que establece que “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”, no es preciso el consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. A lo cual debe añadirse que la información obtenida de los análisis, acogiendo la tesis del Minis-

terio Fiscal, no se encuentra sometida a la reserva prevista en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1999, de 13 de diciembre, ante la actuación judicial desplegada, conforme previene su art. 11.2 d), que establece que no es preciso el consentimiento del interesado para la comunicación de datos de los que sean destinatarios el Ministerio Fiscal y los Jueces y Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.

(...)

**En consecuencia, los fines terapéuticos y de diagnóstico de la extracción sanguínea y de orina practicada al paciente ingresado en coma excluye cualquier tacha de inconstitucionalidad de dicha intervención corporal, pues constituyó una restricción legal de carácter médico, que cumplió los requisitos de razonabilidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo que el motivo de recurso aducido no puede prosperar.**

(...)

**Tercero.**—Alega el Ministerio Fiscal que la sentencia que recurre parte de que el art. 384 del CP no es sino un subtipo agravado del art. 381 del CP y que, como tal subtipo, debe aplicársele la regla concursal del art. 383, que no hace sino recoger un supuesto concreto de concurso de leyes al que da una solución específica, pues, como ha establecido la jurisprudencia, el art. 383 disciplina un supuesto de concurso de normas con régimen específico asentado en la absorción de la infracción menos grave por la más grave, como son las de peligro y resultado, de acuerdo con el principio de alternativa establecido en el art. 8.4 del CP.

(...)

Dicha tesis concursal, superadora de la del concurso real mantenida en la primera instancia y acorde con la última jurisprudencia a la que se ha aludido, debe acogerse, puesto que en la sentencia combatida, en efecto, se hace expreso pronunciamiento sobre condena por la conducción bajo la influencia del alcohol (art. 379 del CP), por la conducción con temeridad manifiesta que puso en peligro la vida y la integridad física de otros usuarios de vía (art. 381 CP) y por el resultado de muerte ocasionado (art. 142.1 y 2 del CP), con aplicación de la regla

concursal prevista en el art. 383 del CP. Sin embargo, en la sentencia recurrida, aunque se mencionó, no se contempló a efectos punitivos el acreditado consciente desprecio por la vida de los demás desplegado por el acusado, como lo demuestra el hecho de no ser condenado el acusado a la pena pecuniaria prevista en el art. 384.1 del CP ni a la pena privativa de derechos igualmente prevista en dicho precepto, evidentemente tipo de mayor gravedad que el previsto en el art. 142.1 y 2 del CP.

En consecuencia, el recurso del apelación del Ministerio Fiscal debe estimarse íntegramente, debiendo revocarse la sentencia dictada para modificar los pronunciamientos condenatorios, a fin de que éstos recojan que **el acusado es autor criminalmente responsable de un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 y 2, en relación de concurso ideal del art. 77.1 con los arts. 379, 381 y 384.1, todos del CP. Por lo que debe ser castigado con la mitad superior de las penas previstas para la infracción más grave cometida; en este caso, el delito previsto en el art. 384.1 del CP, sin que proceda la determinación punitiva accesoria establecida en el art. 77.2 último inciso y 3 del CP.**

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2003**

ALZAMIENTO DE BIENES FRENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL.

**Art. 519 Código Penal de 1973 y 257 Código Penal de 1995.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos González Zorrilla**

SÍNTESIS

*Tres cuestiones fundamentales resuelve la presente sentencia de la Audiencia, a saber: en primer lugar, la posibilidad de que un organismo público —en el presente supuesto, la Tesorería General de la Seguridad Social— pueda ser sujeto pasivo del delito de alzamiento de bienes, tanto en el anterior*

*como en el vigente Código Penal; en segundo término, si es requisito imprescindible del tipo que los actos dispositivos sean anteriores a las diligencias de embargo; y, en fin, si es circunstancia que exonera —a los fines del alzamiento— que los actos dispositivos se realicen para pagar otras deudas.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal absolviendo a todos los acusados como autores de un delito de alzamiento de bienes es recurrida por la representación procesal y asistencia técnica de Jesús Manuel impugnando la no condena en costas a la Tesorería General de la Seguridad Social por entender que concurría en su acusación temeridad.

Y recurre la Tesorería General de la Seguridad Social contra la absolución de los acusados por entender que ha existido infracción de precepto penal por inaplicación del artículo 519 del Código penal.

Por razones metodológicas conviene resolver en primer lugar este segundo recurso, puesto que su estimación dejaría sin contenido el primero.

**Segundo.**—Recurso de la Tesorería General de la Seguridad Social Se articula el recurso con base a tres motivos:

a) Se impugna el criterio del juzgador de instancia de que un organismo público como la Tesorería General de la Seguridad Social no puede ser sujeto pasivo del delito del artículo 519 del Código penal 1973 ya que dicho precepto castigaba la defraudación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor frente a los acreedores privados.

b) Se considera que es erróneo el criterio del juzgador de que siendo los contratos de venta de bienes a las sociedades creadas por los acusados anteriores a las diligencias de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, no puede existir ánimo de

defraudar las expectativas de cobro de la entidad recurrente.

c) Se considera, por fin, que concurren todos los elementos del tipo de alzamiento de bienes que no exige ni la efectiva insolvencia del deudor, ni deba ejecutarse totalmente el procedimiento de ejecución de la deuda.

Asiste la razón al recurrente en los dos primeros motivos del recurso, pero no en el último. Analizándolos en el mismo orden en el que han sido expuestos, se explicitan a continuación los criterios de la Sala al respecto.

**Tercero.**—El carácter público del acreedor no es, por sí mismo, causa de atipicidad de la conducta de alzamiento de bienes.

Como ha puesto de relieve la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona (Sección 3.<sup>a</sup>), de 29 de enero de 2001 en un caso perfectamente similar (aunque referido a la Administración de Hacienda, con independencia de determinadas posiciones doctrinales, el Código Penal de 1973, aun cuando no contuviera la concreta previsión ahora establecida en el art. 257.2-2 del vigente Código Penal, permite comprender, dentro del concepto de acreedores, no sólo a las personas físicas o jurídicas privadas, sino también a las personas jurídicas de naturaleza pública. La Hacienda Pública es acreedora frente al ciudadano que no ha cumplido con sus obligaciones tributarias, de las que nace un vínculo obligacional *ex lege* cuando se produce el hecho impositivo. No puede sino calificarse como obligación la que corresponde en este supuesto al contribuyente y como crédito el que corresponde a la Hacienda Pública, crédito que merece, al menos, idén-

tica protección que el de carácter privado y ello con abstracción de que el origen de la obligación sea el mandato legal y no la voluntad de los particulares. La existencia de otros tipos penales, como los delitos contra la hacienda pública o el delito de apropiación indebida, por referirse a conductas diversas de la sancionada en el art. 519 del Código Penal, no impiden que pueda entenderse concurrente éste cuando la deuda del contribuyente con la Hacienda Pública no puede hacerse efectiva por que los bienes de los que era titular han desaparecido mediante la realización por el contribuyente deudor de actos tendentes a su ocultación o a impedir la vía de apremio.

Y esa doctrina tiene perfecto apoyo en la del Tribunal Supremo explicitada entre otras en las Sentencias de 27 de noviembre de 2001 citada por la recurrente y la de 11 de noviembre de 1988, la primera referida a deudas con la Seguridad social y la segunda con la Seguridad social y el Tesoro público.

**Cuarto.**—Tampoco el hecho de que los contratos de venta de activos tuvieran lugar antes de los procedimientos de embargo es, aisladamente considerado, causa de atipicidad de la conducta.

(...)

Es cierto que el art. 257.2 CP 1995 hace expresa mención 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, no obstante, olvida el recurrente que 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 TS 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 art. 519 CP 1973, es decir, todos aquellos

supuestos en los que se ha producido el hecho generador de la deuda aunque esta aún no se haya ejercitado y el deudor provoca una situación perjudicial para los derechos económicos del acreedor.

(...)

También en ese motivo, asiste pues la razón al recurrente.

**Quinto.**—No asiste, en cambio, la razón al apelante, cuando afirma que concurren todos los elementos del delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código penal 1973.

(...)

Dice el fundamento jurídico segundo “a lo largo del juicio se manifestó que las empresas y los contratos eran anteriores y que respondían a deudas reales que se correspondían con el activo que se transfería (o, como mínimo, no se demostró lo contrario por las acusaciones). De hecho no se practicó en el acto del juicio, prueba alguna tendente a acreditar la falsedad de los contratos”.

Es decir, tras el análisis de la prueba practicada, el juzgador de instancia llegó a la convicción de que los contratos se correspondían y servían de pago a deudas realmente existentes, sin que el recurrente impugne la valoración de la prueba realizada por el juzgador, sino tan sólo la valoración jurídica de esa prueba.

Pues bien, como es sabido, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que si el deudor no está sometido a ningún procedimiento universal de ejecución en el que es obligatorio respetar un determinado orden prelatorio al satisfacer los créditos, el pagar a unos acreedores con respeto a otro no supone en sí ánimo defraudatorio, pues la jurisdicción penal no es la adecuada para decidir por qué unos créditos deben pagarse antes que otros.

Por tanto no hay alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que el Código penal cas-

tiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura de infracción criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos. La determinación de la preferencia entre los acreedores para la satisfacción de sus respectivos derechos es una materia de Derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto del delito examinado (TS, Sala Segunda, de lo Penal, S. 18 de septiembre de 2001).

Ha de ser pues desestimado el motivo y, en consecuencia, el recurso interpuesto.

**Sexto.**—Recurso de Jesús Manuel.

Las consideraciones efectuadas en el fundamento anterior deben llevar a desestimar el recurso basado en la temeridad de la acusación. En primer lugar, porque excluida por ley la imposición de las costas al Ministerio Fiscal sería incongruente que se impusieran a quien llevó durante todo el procedimiento una actitud paralela cuando no coincidente con la acusación pública. Y en segundo lugar, porque la existencia de una controversia doctrinal como la que se ha dejado expuesta, descarta de plano la existencia de la temeridad denunciada.

Se desestima el motivo.

**Sentencia 91/2003, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 17 de marzo de 2003**

OBLIGACIÓN DE DICTAR AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA.

**Art. 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Isabel Sifres Solanes**

SÍNTESIS

*No se puede denegar la emisión de auto de cuantía máxima por absolver al denunciado al considerar que existe culpa exclusiva de la víctima. El auto debe dictarse después de la sentencia y recoger los datos objetivos de descripción de los hechos, indicación de personas y vehículos que intervinieron en el accidente, los aseguradores y la cantidad líquida máxima que puede reclamarse.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) De la conclusión fáctica sobre el decurso de los acontecimientos del caso, descrita en la sentencia, deduce la

Magistrada *a quo* que habiendo culpa exclusiva de la conductora del vehículo, Sandra, en el evento lesivo y dañino, no procede dictar a su favor ni a favor de su acompañante en el vehículo, Carlos Daniel, el

título ejecutivo previsto por el art. 10 de la mentada ley.

(...)

Sin embargo, (...), la jurisprudencia predominante (...), viene estableciendo el carácter obligatorio del título en todas aquellas causas penales, por hechos punibles de la circulación viaria —distinto sería el caso de supuestos del tráfico carentes de tipicidad penal— que concluyan por sentencia absolutoria, salvo que se hubiera producido una renuncia a la reclamación civil o reserva de la misma, lo que en el presente caso no ha ocurrido. Los argumentos que apoyan esta postura son los siguientes:

1. La literalidad de la ley: La lectura directa de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, donde se dice que después de que recaiga sentencia absolutoria sin declaración de responsabilidad, antes de acordar el archivo de la causa el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma dictara el auto de título ejecutivo, sin que se excepcione los casos de culpa exclusiva (...).

2. El principio acusatorio: La magistrada sentenciadora deniega en el presente caso la expedición del título ejecutivo porque a su juicio los hechos tuvieron su causa en la “culpa exclusiva” de los perjudicados. Sin embargo, formalmente la sentencia no puede efectuar ninguna declaración de responsabilidad en la esfera penal, porque ninguna acusación se formuló en tal sentido contra la

recurrente (...), que simplemente intervino en su condición de denunciante, ni muchos menos contra su acompañante, simple usuario del vehículo conducido por esta, (...), del que ninguna responsabilidad cabe deducir en el evento (...).

3. La no invasión de la competencia de la jurisdicción civil: (...) la Sentencia penal absolutoria no puede contener pronunciamiento civil, (...). **Se invaden competencias ajenas cuando se deniega dictar título ejecutivo, declarando la culpa exclusiva de la víctima, o se reduce la cuantía máxima en un concreto porcentaje, en base a la preponderancia de la culpa de esta o una concurrencia de culpas, pre-juzgando sobre responsabilidades civiles, en vez de limitarse a dictar resolución que da paso a un proceso civil (...)**

4. La innecesariedad de especificación del sujeto pasivo del título: (...) la innecesariedad de la especificación en el título ejecutivo de la Aseguradora concreta, de entre las implicadas, contra la que pueda dirigirse la acción ejecutiva (...)

(...) debe revocarse en este aspecto la sentencia recurrida y en su lugar deberá dictarse el título ejecutivo, donde se expresará tan sólo “la descripción del hecho”, “la indicación de las personas y, vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos”, y la determinación de “la cantidad líquida máxima” que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro obligatorio.

**Sentencia 132/2003, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 17 de marzo de 2003**

FALSEDAD DOCUMENTAL: CARÁCTER BURDO DE LA FALSIFICACIÓN.

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. A. María Riera Ocáriz**

SÍNTESIS

*Revoca la Sala la sentencia de instancia y la condena que impuso el juzgado de lo Penal al acusado que, con un bolígrafo, cambió la fecha de caducidad de su permiso de conducir, en el entendimiento de que el bien jurídico protegido no podía resultar afectado por una maniobra tan grosera que a nadie podía pasar desapercibida. Más dudosa es la afirmación de la sentencia de la Audiencia de que la fecha de caducidad sea un elemento “accesorio” o “periférico” del carnet de conducir.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

El recurso debe ser estimado. En principio los hechos podrían integrar el delito de falsedad en documento oficial previsto en el art. 392 y en el art. 391.1.1.º del CP, pues estamos ante un documento oficial alterado en la forma descrita en el segundo precepto, es decir, un permiso de conducir auténtico alterado en uno de sus elementos esenciales, que es la fecha de caducidad. El acusado, además, admitió en la única declaración prestada, que fue durante la instrucción (f. 11), que había sido él quien con un bolígrafo había cambiado la fecha de caducidad de su permiso de conducir.

Ahora bien, a la vista de las manipulaciones realizadas en el permiso de conducir descritas en el informe de documentos copia de Policía Científica (f 21 a 23) y sobre todo a la vista del propio documento incorporado a las actuaciones, hay que convenir que la alteración o falsificación llevada a cabo es realmente burda o grosera y puede calificarse de auténtica chapuza sin temor a exage-

rar, porque a simple vista es incapaz de engañar a ninguna persona con un mínimo nivel intelectual. Como se dice en la STS de 11-2-2000 “Esta situación pone en evidencia la inexistencia en términos jurídicos de la *mutatio veritatis*, es decir de la alteración de la verdad, que no existe tanto cuando la alteración falsaria recae sobre extremos no esenciales, y por tanto periféricos o accesorios del documento, como en el presente caso en el que la alteración es tan tosca que a simple vista es perceptible, pues tanto en uno como en otro caso las alteraciones carecen de la entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, y es evidente que si el documento en cuestión no proyecta ningún riesgo, ningún bien jurídico, tampoco puede gozar de la protección del ordenamiento penal”.

En base a esta misma doctrina debe estimarse el recurso, al estimar que no se ha cometido el delito de falsedad porque no ha habido lesión del bien jurídico protegido en el tipo penal.

(...)

**Sentencia 140/2003, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 20 de marzo de 2003**

RECEPTACIÓN: PRUEBA DEL CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL DELITO PRECEDENTE.

**Art. 298 Código Penal.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Araceli Perdices López**

### SÍNTESIS

*La prueba del conocimiento, por parte del sujeto activo, de la existencia del delito precedente, para poder castigar por delito de receptación es —salvo en los escasos supuestos de voluntaria confesión del autor— de carácter indirecto o indiciario. La sentencia que seleccionamos estima que debe reputarse probado tal extremo a través de criterios como la existencia de un “precio vil”, las características del objeto material aprehendido y los conocimientos técnicos del poseedor de los efectos.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

Concurren así varios de los elementos que caracterizan el delito de receptación y que son:

(...)

e) ... que se tenga conocimiento por el sujeto activo, no mera sospecha, del delito cometido anteriormente si bien tal conocimiento no se exige que sea pormenorizado, exhaustivo o detallado.

Respecto a este elemento, que sería el cuestionado por el recurrente, ha señalado la STS de 14 de mayo de 2001 que “ha de darse un elemento básico de carácter normativo y cognoscitivo, consistente en el conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de tal delito contra los bienes, conocimiento que no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura.

Dicho conocimiento habrá de ser inferido como hecho psicológico o interno, al faltar prueba directa en la mayoría de los casos, de datos externos y objetivos acreditados, con los que pueda establecerse un nexo causal y lógico, a tenor de los arts. 1249 y 1253 del Código Civil bastando de ordinario para entender cumplido dicho requisito con que el Tribunal de instancia emplee expresiones tales como “a sabiendas o con conocimiento de su origen ilícito”.

Pues bien ese conocimiento, al pertenecer al ámbito íntimo de la personal sujeto, solo se puede extraer o por una confesión del mismo —lo que no es el caso presente—, o como se ha expuesto, por vías de la inferencia, que es lo que ha hecho correctamente el Magistrado-Juez de instancia, explicitando detalladamente cuáles han sido las mismas, y que van, entre otras, desde la existencia de lo que en la doctrina se conoce como “precio vil”, esto es, cuando el precio pagado por los efectos es manifiesta-

mente dispar con el común en el tráfico mercantil, —se habrían pagado por las monedas 30 euros, siendo así que su valor de mercado superaría los 1.500 euros, y por las características de material de algunas de las monedas que eran de plata, y por los conocimientos de que hizo gala la encartada en el plenario en relación a esta materia, parece difícil que se le pudiera escapar lo ridículo del precio— hasta la conducta desarrollada por Rita ante la presencia policial al afir-

mar que solo tenía las monedas que primeramente se le intervinieron —lo que pudo oír Juan Carlos y confirmaron los agentes policiales— intentando ocultar al manifestarse así que además estaban en su poder otras monedas hasta sumar un total de 130 que finalmente le fueron ocupadas, conducta que difícilmente se puede entender y justificar si no fuera porque era plenamente consciente de la procedencia ilícita de las mismas.

**Sentencia 151/2003, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 20 de marzo de 2003**

DELITO FISCAL: IVA: *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

**Art. 305.2 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Rodríguez González Palacios**

SÍNTESIS

*Se alza uno de los condenados en el Juzgado de lo Penal contra la sentencia de instancia por entender que el delito había prescrito, al tratarse del IVA, cuyos períodos impositivos serían períodos estancos, sin posibilidad de comunicación entre ellos, es decir, sin que pueda considerarse como dies a quo el 30 de enero de cada año. Frente a ello, razona la sentencia de la Sala que el día inicial para contar la prescripción del delito es el de su consumación, esto es: el día en que finaliza el período de pago voluntario (el 30 de enero de cada año), debido a que, hasta ese mismo momento, se puede pagar, evitando la consumación del delito.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—En el recurso deducido por el condenado en la instancia José Carlos y la entidad ..., S.A., declarada en la sentencia responsable civil subsidiaria, se invoca, co-

mo primer motivo, el de la prescripción del delito imputado, alegando que los períodos impositivos del IVA son períodos estancos, sin posibilidad de comunicación entre ellos, sin que pueda considerarse como el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción el 30 de enero de cada año, como se hace en

la resolución impugnada, sino que ha de contabilizarse en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago, en criterio expresado en la STS de 6 de noviembre de 2000, es decir, el día 20 del mes siguiente al trimestre natural, por lo que constando en la causa que la Fiscalía formuló querrela el 15 de enero de 1999, en reclamación de unas cuotas de IVA referidas al año 1993, se encontraban prescritos el primero, segundo y tercer trimestre de dicho año, pudiendo tomarse únicamente en consideración el cuarto trimestre, cuya cuantía no supera el límite fijado en la norma como elemento objetivo del tipo.

**Segundo.**—Es evidente que el cómputo de la prescripción debe partir del momento en que dicho delito se entiende consumado, por lo que para la determinación del momento en que transcurre el plazo de prescripción en el caso relatado en los hechos probados de la sentencia objeto de recurso será fundamental determinar cuándo puede entenderse consumado el delito de defraudación tributaria, en el concreto supuesto de impago del IVA. A este respecto, decía esta Sala, en la sentencia 475/2002, de 20 de septiembre, que “lo característico, a estos efectos, del citado impuesto es su carácter auto liquidatorio y ser de declaración periódica en plazos inferiores a los 12 meses. Respecto de este tipo de tributos tiene sentada la jurisprudencia del TS la doctrina de que en los supuestos de autoliquidación “el *dies a quo* o momento en que se inicia la prescripción es el que concluye el período voluntario de declaración” (SSTS de 6 de noviembre de 2000, de donde se cita, y de 26 de julio de 1999). De otra parte, el artículo 305.2 del CP dispone, en relación con este tipo de impuestos, que “a los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo de-

fraudado se referirá al año natural”. El citado precepto tiene la finalidad de determinar la cuantía de lo defraudado pero el mismo no puede interpretarse de manera independiente a la cuestión relativa a la consumación delictiva, en particular en los tributos que, como el del IVA, poseen períodos de declaración en plazo inferiores a ese año natural. Ello, de una parte, ha de ser así si se acoge la tesis doctrinal, muy atendible, de que la cantidad mínima de la defraudación no es una condición objetiva de punibilidad, sino un elemento del tipo de injusto del delito fiscal y que, en consecuencia, además debe implicar: que dicha cantidad debe ser abarcada por el dolo del agente, la referencia del 305.2 estaría contemplando la determinación de un elemento del injusto de cuya presencia —y determinada según la regla establecida en el citado precepto— dependerá la concurrencia de la consumación. Pero, aunque se entendiera esa cantidad es técnicamente una condición objetiva de punibilidad, no otra podría ser la conclusión. En este sentido se pronuncia, por ejemplo la sentencia de la AP de Barcelona de 21 de septiembre de 2000 (RJA 3239), cuando, en un supuesto de idénticas características que el objeto de decisión por esta Sala, afirma que en los tributos “de declaración periódica como el presente, debe estarse a cada período impositivo y si son inferiores a doce meses el importe de lo defraudado se referirá al año natural. La prescripción está en función de la consumación del delito y en este caso sólo se ha consumado cuando a través de la liquidación anual se puede determinar si la suma defraudada excede o no del límite legal”. A partir de este argumento, la conclusión a la que dicha sentencia llega es perfectamente aplicable a este caso: “El período se extiende al 30 de enero debido a que es la fecha en que finaliza la declaración de pago voluntario y hasta esa fecha el contribuyente tiene la oportunidad de cumplir su obligación y hasta que dicha obligación no se ha inobservado de forma definitiva no puede decirse que se ha producido lesión del bien jurídico protegido”. Es efectivamente esa

interpretación teleológica la que permite llegar a la conclusión más ajustada a Derecho: consistiendo el ilícito penal del delito fiscal la infracción del deber de tributación, y dependiendo la lesión del bien jurídico de la efectiva infracción de ese deber, que no se produce ya en el momento en que surge el reconocimiento de la deuda tributaria, sino cuando el sujeto elude el concreto pago al que estaba obligado, sólo cuando haya dejado transcurrir el momento definitivo en el que todavía puede cumplir con su obligación surgirá el ilícito fiscal.

(...)

En consecuencia, pues, con la doctrina hasta aquí expuesta, no puede apreciarse la prescripción del delito enjuiciado, pues en relación al IVA del ejercicio de 1993, la fecha límite del pago sería el 31 de enero de 1994, y no el día veinte del mes siguiente al trimestre natural, como pretende el recurrente, por lo que habiéndose interpuesto la querrela por la Fiscalía el 15 de enero de 1999 no habría transcurrido el plazo de cinco años de prescripción previsto en el Código Penal, lo que ha de motivar el rechazo del motivo.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2003**

MALVERSACIÓN IMPROPIA. DEPOSITARIO DE BIENES EMBARGADOS

**Art. 432.1 Código Penal.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Santiago Vidal Marsal**

SÍNTESIS

*Recuerda la sentencia de la Sala que la aceptación del cargo de depositario judicial no es obligatoria, por lo que quien lleva a cabo dicha aceptación se constituye en la posición jurídica de custodia legal de los efectos trabados con todos los deberes inherentes a la misma, sin que el hecho de cesar en su actividad mercantil le exonere de sus obligaciones, a no mediar mandato judicial al respecto.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

1.º Se declara expresamente probado que: el acusado G., fue nombrado depositario por el Juzgado de 1.ª instancia en relación con los bienes embargados en el juicio ejecutivo seguido a instancia de la mercantil

Leasin, ..., S.A., contra, ..., S.A., cuyo Administrador era el propio acusado.

2.º Los bienes reseñados en dicha diligencia de embargo fueron una máquina excavadora, y un camión, valorados respectivamente en 1.200.000 pts. y 1.050.000 pts. Tales bienes se hallaban en el almacén de la sede social de la empresa ..., S.A. en el mo-

mento de practicarse la traba, sin que el acusado hiciera manifestación alguna de corresponder a terceros su propiedad cuando firmó la aceptación del cargo.

3.º Una vez dictada sentencia de remate en el proceso civil, el Juzgado acordó la remoción del depositario a fin de asegurar la posesión de los bienes y poder iniciar los trámites de subasta. Personada la comisión judicial en el domicilio social de la empresa demandada, no fueron hallados ni los bienes embargados ni el depositario hoy acusado, al haber cesado la empresa ..., S.A., en su actividad. Requerido para que indicara la ubicación de los mismos y los pusiera a disposición de la mercantil ejecutante, el acusado hizo caso omiso de la orden judicial, sin que hasta el día de hoy haya acreditado fehacientemente su paradero.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos relatados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el art. 435 en relación con el 432.1 del Código penal. (...)

En este punto, debe recordarse que el título de depositario no es de aceptación obligatoria para el requerido, y por tanto, si el sujeto no estaba dispuesto a observar escrupulosamente tales obligaciones esenciales de custodia de los bienes a disposición del juzgado, tuvo la oportunidad —y no lo hizo— de rechazar el nombramiento, (...).

**Segundo.**—Del expresado delito es responsable en concepto de autor el acusado G., conforme a lo previsto en el art. 28 del Código Penal. Dicha autoría culpable se infiere del análisis conjunto y razonado de las siguientes pruebas practicadas en el juicio oral. En primer lugar, la propia declaración del acusado tanto en fase de instrucción como en el plenario, donde afirma que era conocedor de las obligaciones generales del cargo, y en concreto, de su deber de tener los bienes a disposición del juzgado embargante, pero que la culpa de no haber comu-

nicado al mismo las incidencias acontecidas tanto con la máquina excavadora como con el camión, es de su abogado defensor en el pleito civil instado por Leasing ..., S.A. contra ..., S.A., ya que en su día le comunicó el cierre de la empresa y traslado de los bienes para que regularizara la situación ante el órgano judicial. Dicho letrado no ha sido sin embargo citado a juicio por la defensa del acusado, con lo que su manifestación evasiva y autorexculpatoria carece de todo apoyo probatorio.

Alega en segundo lugar la defensa que en realidad estamos ante una desaparición “aparente” de los bienes, más bien calificable de simple dificultad de localización por desidia concurrente de demandante y demandado que de malversación punible consumada, pues la máquina excavadora fue devuelta en su día a su legítimo propietario). En cuanto, al camión, afirma que se halla abandonado desde el año 1996 en un descampado a unos 150 metros del almacén que fue sede social de la empresa ..., S.A. administrada por el acusado. Respecto de la citada máquina, es necesario precisar que aun cuando sea cierto que el testigo afirma que en el año 1994 tenía una máquina de similares características en reparación en el taller de ..., S.A., ello no demuestra que “su” máquina fuera la misma que se embargó por el juzgado en la diligencia obrante al folio 9. Y ello es así, puesto que el testigo reconoce que no puede precisar, dado el tiempo transcurrido, si el día 25-4-94 efectivamente “su” máquina estaba en dicho local. Es más, no aporta a juicio como prueba documental (y tampoco existe constancia alguna en la causa) de que efectivamente haya sido nunca titular de una máquina de dichas características técnicas. De ahí, que la fiabilidad de su ambiguo testimonio sea nula e ineficaz para sostener la tesis de la defensa en orden al destino final legítimo dado a la excavadora hidráulica embargada. Por último, le resulta ciertamente inverosímil al tribunal que si la máquina existente en la sede de ..., S.A. el día del embargo era de un cliente y estuviera allí en reparación, dicha incidencia trascen-

dental no hubiera sido inmediatamente puesta en conocimiento de la comisión ejecutiva embargante por parte del Administrador, antes de aceptar ser designado depositario. (...) Por si todo ello fuera poco, consta acreditado que ni tan siquiera el presunto titular fue informado por el acusado del embargo, como ambos reconocen en el juicio oral, lo que a todas luces pone de manifiesto que no existe tal pretendida identidad de maquinaria.

La alegación autoexculpatoria referida al camión tampoco puede prosperar en clave excluyente de la antijuridicidad de la conducta ejecutada por el acusado, puesto que aun siendo cierto que se ha aportado a juicio prueba documental fotográfica acreditativa de que a fecha de hoy existe un camión con matrícula MPE 387, dichas fotos no permiten verificar ni el lugar donde se halla el mismo ni que se trate del vehículo en su día embargado y sometido a custodia del depositario. (...) La duda, en absoluto puede beneficiar al acusado ya que la matrícula del camión embargado era VM9136 y la del camión que aparece en las fotografías es MPE387. Cierto es que dichas matrículas han podido ser cambiadas, pero en tal caso corresponde al depositario acreditar fehacientemente cuándo se hizo tal alteración,

por qué se hizo, y quién lo hizo, además de aportar prueba suficiente de que el número de bastidor coincide en ambos casos. Nada de ello se ha hecho, razón por la que su argumentación defensiva está condenada al fracaso.

En consecuencia, habiéndose acreditado fehacientemente la correcta constitución del depósito, la aceptación del cargo por parte del acusado, la desaparición prolongada de los bienes, la desobediencia contumaz del depositario a cumplir los requerimientos judiciales que le fueron cursados a fin de que indicara dónde estaban los bienes embargados, así como la ausencia de explicaciones mínimamente razonables de su destino, obligado es concluir que existe perjuicio económico de tercero y daño a la correcta administración de justicia, elementos configuradores del delito de malversación impropia de que se le ha acusado en esta causa. Las pruebas que antes se han reseñado y analizado, son suficientemente ilustrativas de su conducta antijurídica y culpable, válidas en derecho e idóneas para destruir el principio constitucional de presunción de inocencia que le concede el art. 24.1 CE, en los términos exigidos por las SSTs de 14-12-93 y 9-7-01, razón por la que procederá dictar sentencia condenatoria.

**Auto 358/2003, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 8 de abril de 2003**

DERECHO DE LAS PARTES A OBTENER COPIA ÍNTEGRA DE LAS ACTUACIONES PENALES.

**Arts. 24 CE; 234 LOPJ; 2, 3 y 4 Reglamento del CGPJ de 7 de junio de 1995**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Manuela Carmena Castrillo**

SÍNTESIS

*Como razona el auto que seleccionamos, es una paradoja que tanto la LOPJ como el Reglamento de publicidad del CGPJ hayan previsto expresa-*

*mente el derecho de los terceros interesados a obtener testimonio de las actuaciones, silenciando el derecho que asiste a quienes son o han sido partes en el proceso penal. Concluye la presente resolución judicial reconociendo el derecho de las partes a obtener, a su costa, copia íntegra de las actuaciones.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El art. 234 de la ley Orgánica establece la máxima publicidad de las actuaciones Judiciales para los interesados en ellas. Esto es consecuencia, sin duda, de dos diferentes principios, sin embargo relacionados íntimamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, genérica y el derecho de defensa específico de cada litigante.

El Reglamento del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 comprende, entre otros, el de la reglamentación de las obligaciones de los Juzgados y Tribunales para garantizar la publicidad de todas las actuaciones.

El Consejo General del Poder Judicial en sus resoluciones sobre las quejas que se producen a veces, por la negativa de Juzgados y Tribunales a suministrar copias o testimonios de las actuaciones estableció un procedimiento específico previsto en los artículos 2, 3, y 4 de ese Reglamento, que se viene interpretando distinguiendo diferentes grados de información-publicidad según se trate de quienes lo insten sean partes procesales o terceros interesados.

El grado de publicidad máxima y por tanto de facilitación máxima de la información sobre lo que existe en cada uno de los procedimientos lo tienen, sin duda las partes procesales.

Es una paradoja que tanto la Ley orgánica como el Reglamento de Publicidad del Consejo General del Poder Judicial hayan previsto específicamente el derecho de los terceros “interesados” de obtener testimonio de las actuaciones judiciales, sin abordar de forma específica el derecho de las partes procesales a obtener copias o fotocopias de

las actuaciones, que sólo puede explicarse como consecuencia de la obviedad del derecho de las partes a conocerlas directamente.

En cierta medida la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletorio en la jurisdicción penal según establece su art. 4 clarifica en su art. 140 el derecho de obtener, no testimonios sino simples copias, siempre a costa del que las interesa.

Así pues entendemos y esta Sala lo ha dicho ya en otras ocasiones el propio contenido del derecho de defensa del art. 24 de la Constitución Española obliga a no hacer de peor condición a las partes que a los interesados legítimos y por tanto a facilitar especialmente a los comparecidos como partes en todos los procesos penales de aquellas copias de las actuaciones judiciales que se estén desarrollando y que considere necesarias para el ejercicio de sus estrategias procesales.

**Segundo.**—El examen sistemático de los distintos preceptos citados nos hace concluir que sin duda las partes procesales, en todos los procedimientos penales tienen derecho a que se les faciliten copias (por supuesto o fotocopias), de todas las actuaciones judiciales, a su costa.

Así pues, el Juzgado de instrucción deberá disponer lo necesario para que las partes puedan obtener a su costa las fotocopias que considere necesarias. Este sistema es el habitual en prácticamente todas las Sedes Generales de los Juzgados, donde habitualmente, en los Decanatos existe algún tipo de fotocopiadora que se dedica a realizar esa función. De no contar con esos medios en los Juzgados de Leganés se habilitara lo que se considere más oportuno para que no se

pueda trabar o entorpecer, en medida alguna, el derecho de defensa de las partes.

(...)

La Sala acuerda estimar el recurso de queja interpuesto y revocar el auto dictado y ordenar que se facilite al Procurador recu-

rente y aquellos otros que se han adherido, las fotocopias o copias que precise, siempre a su costa y con los condicionamientos que el Juzgado considere convenientes en cuanto al día y hora en que pueda llevarse a cabo el fotocopiado necesario de las actuaciones.

**Sentencia 301/2003, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 3 de junio de 2003**

ABSOLUCIÓN DE FALTA DE DESOBEDIENCIA POR LLEVARSE VEHÍCULO INMOVILIZADO POR AGENTE DE LA AUTORIDAD.

**Art. 634 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Andrés Escribano Parreño**

SÍNTESIS

*La orden de inmovilización del vehículo no especificaba el tiempo de mantenimiento de esa situación, motivo por el que se considera que no existió desobediencia al llevarse unas horas después tras intentar, sin éxito, localizar a los Agentes.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Segundo.**—La infracción penal de desobediencia exige la emisión de una orden o mandato cuando por la Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones y revestida de las formalidades legales, así como la intención en el sujeto del dolo específico de burlar el principio de autoridad. Respecto de lo primero es cierto que al denunciado se le ordenó que no podía conducir por la inmovilización de su automóvil, pero la orden fue incompleta pues no se ha acreditado hasta cuando duraba la prohibición, si hasta la realización de una segunda prueba o hasta que se pasaran los efectos del alcohol. (...) El denunciado aduce que estuvo esperando en el vehículo hasta las ocho

de la mañana y luego fue a las dependencias policiales pero no había nadie, lo que concuerda con lo manifestado por uno de los agentes de que a esas horas estaban cerradas.

(...)

**Tercero.**—De todo ello aparece que el denunciado cumplió en parte la orden recibida de permanecer en el lugar con el vehículo, así como el personarse ante la Policía para poder conducir de nuevo, estando cerrada la dependencia, por lo que optó por marcharse; (...) falta del dolo específico en el denunciado de menosprecio a la autoridad representada por ser agente, pues en todo caso estaríamos ante una interpretación equivocada de la orden recibida que no tiene transcendencia penal.

**Sentencia 234/2003, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 6 de junio de 2003**

ABSOLUCIÓN DE CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y CONDENA POR DESOBEDIENCIA.

**Arts. 379 y 380 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín**

## SÍNTESIS

*La apreciación de síntomas de embriaguez no resulta suficiente para determinar el grado de impregnación alcohólica y, por tanto, se absuelve del delito del art. 379 del CP, pero sí sirve para fijar los elementos del delito de desobediencia.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...)

La Juzgadora *a quo* para formar su convicción, en virtud de la cual ha dictado un pronunciamiento de condena, ha tenido en cuenta la declaración de la denunciada, en la que reconoce la previa ingestión de bebidas alcohólicas, así como las manifestaciones de algunos de los Funcionarios que procedieron a la interceptación del vehículo.

(...)

**Cuarto.**—Dadas las circunstancias que concurrieron con anterioridad a que se efectuara a la denunciada el requerimiento para que se sometiera a la práctica de las pruebas de alcoholemia, como lo acaecido con posterioridad en las dependencias policiales, se suscita una duda racional sobre el grado de afectación del alcohol ingerido por aquella en la conducción del vehículo.

(...) el principio *in dubio pro reo* implica la existencia de prueba contradictoria, incluida la de cargo, que los Tribunales, de acuerdo con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal valoran y, si como

consecuencia de esa valoración se introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos, deben de absolver.

**Quinto.**—Cuestión distinta es el pronunciamiento de condena dictado por el delito de desobediencia, no siendo admisible que la circunstancia de no tener el etilómetro los Funcionarios en el lugar donde se efectuó el requerimiento constituya un obstáculo para dictar un pronunciamiento de condena, si existe causa legal para requerir su práctica y consta la negativa a someterse a las pruebas con la advertencia de las consecuencias derivadas de esta conducta omisiva.

(...)

De la prueba practicada resulta acreditado que los Funcionarios apreciaron en el momento en que requirieron a la acusada para que se sometiera a las pruebas de alcoholemia síntomas de embriaguez advirtiendo a la misma de las consecuencias derivadas de su negativa, por lo que sin perjuicio que, por las razones antes expuestas, sus apreciaciones no se han considerado suficientes para dictar un pronunciamiento de

condena por estimar que no ha resultado probado el grado de afectación de sus facultades, ello no implica que su conducta no sea constitutiva del delito de desobediencia por el que ha sido condenada. No obstante

ser incompatible la atenuante apreciada con todo lo anteriormente expuesto, dados los límites del recurso de apelación respecto al agravamiento de las responsabilidades declaradas, debe mantenerse la pena impuesta.

---

# DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

# **CIRCULAR 2/2003 SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO DELITO CONSISTENTE EN LA REITERACIÓN DE CUATRO FALTAS HOMOGÉNEAS**

## **I. INTRODUCCIÓN**

Una de las novedades de la reforma operada por la reciente Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha sido la elevación a la categoría de delito de la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de una misma falta, cuando se trate de las faltas tipificadas en los arts. 617, 623.1 o 623.3 CP y siempre que, en el caso de estas últimas, el valor global de lo sustraído sea superior a 300,50 euros. Así se desprende de la lectura conjunta de los párrafos segundos de los arts. 147.1, 234 y 244.1 CP.

Para configurar este nuevo delito, es preciso que un mismo autor haya cometido cuatro veces una falta con encaje en el mismo tipo penal. Es decir, la comisión de tres faltas de hurto del art. 623.1 y de tres faltas de hurto de uso del art. 623.3 siguen siendo seis faltas y no un delito. Sólo cabe hacer una matización al respecto, y es que, al no hacer distinción el nuevo párrafo segundo del art. 147.1 y remitirse genéricamente a la acción descrita en el art. 617, que comprende tanto las lesiones como los malos tratos de obra sin causar lesión, ambas conductas (falta de lesiones o falta de malos tratos de obra) tienen idéntica aptitud para completar el supuesto de hecho del delito; es decir, dos faltas de lesiones y dos de malos tratos son constitutivas de delito, como lo son tres de lesiones y una de malos tratos o viceversa. Análogamente, ninguna consecuencia jurídica se deriva del hecho de que una o varias de las cuatro faltas de sustracción de vehículos, que conforman el tipo penal del párrafo segundo del art. 244.1 CP, se haya cometido empleando fuerza en las cosas. Por el contrario, si se hubiese empleado violencia o intimidación en las personas, resulta evidente que —aunque el valor de lo sustraído sea inferior a 300,51 euros— habrá tantos delitos como acciones.

## II. CUESTIONES GENERALES

Sin embargo, la introducción de estas nuevas modalidades delictivas en nuestro sistema penal, construidas artificialmente como resultado de la acumulación de varias faltas, plantea no pocas dificultades interpretativas.

La primera duda que se suscita es la relativa a si pueden tenerse en cuenta para integrar estas conductas las faltas que ya hayan sido previamente enjuiciadas y objeto de condena; o, yendo incluso más lejos, si lo que integra estos tipos de nuevo cuño es precisamente el haber sido condenado ejecutoriamente en distintos procedimientos como autor de tres faltas idénticas a la que se esté enjuiciando actualmente, siempre que se den los restantes requisitos que establece la ley.

El simple tenor literal de la ley no ofrece argumentos decisivos para resolver la anterior cuestión en uno u otro sentido. Sin embargo, una primera aproximación meramente intuitiva al problema sugiere que, en el caso de que se pretendiese construir el tipo mediante la mera acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio *non bis in idem*. Al margen de esta primera consideración, existen también otros argumentos que confirman la misma tesis.

En primer lugar, podemos encontrar un importante elemento de interpretación sistemática en la exposición de motivos de la ley, donde se afirma que con la reforma de los arts. 147, 234 y 244 se pretende “mejorar la respuesta penal que merece la habitualidad de la conducta cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados”.

Este argumento se ve reforzado, además, por el hecho de que en la redacción inicial del anteproyecto de ley se contemplaba, junto a estas nuevas figuras delictivas construidas mediante la acumulación de faltas, el haber sido condenado previamente por tres faltas homogéneas como circunstancia agravante a la hora de determinar la pena correspondiente a la cuarta falta, de manera análoga a lo que para los delitos prevé la nueva regla 5.<sup>a</sup> del art. 66. Aunque esta agravante de *multirreincidencia* en las faltas no se haya incorporado finalmente al texto de la ley, el hecho de que se haya contemplado en el anteproyecto como una institución netamente diferenciada de las figuras que estamos analizando confirma la tesis de que, para completar el tipo de estas últimas, únicamente pueden ser tenidas en cuenta las conductas que todavía no hayan sido enjuiciadas ni condenadas.

Por último, tampoco es desdeñable el argumento *a contrario ex art. 173.3 in fine*. Cuando —como sucede en este precepto— la ley permite que se tengan en cuenta las conductas ya enjuiciadas para integrar una figura delictiva distinta, lo hace expresamente. Además, hay que tener en cuenta que el tipo del citado artículo, al construirse sobre la nota de la habitualidad, constituye por su in-

fluencia en la vida familiar un ataque, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente más grave al bien jurídico protegido en el tipo básico.

En conclusión, sólo la comisión de cuatro conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aún enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

Otra cuestión problemática, en relación con estos tres preceptos, es la de si se pueden tomar en consideración hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la ley para apreciar la existencia del delito, siempre que, obviamente, la cuarta conducta constitutiva de falta se haya cometido con posterioridad a la misma. También en este caso la respuesta ha de ser negativa.

La duda únicamente podría plantearse en un sistema penal sustentado sobre la teoría del resultado, ya que efectivamente se podría sostener que sólo con la comisión de la cuarta acción se colma el resultado típico. Sucede sin embargo que nuestro Código Penal ha optado, a la hora de determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo, por la teoría de la acción. Su art. 7.º no ofrece ninguna duda al respecto: “los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción”. Tratándose de delitos que consisten en una sucesión de actos (en este caso, cuatro conductas perfectamente escindibles y que incluso pueden estar muy alejadas en el tiempo, repartidas a lo largo de todo un año), todos y cada uno de los actos han de haberse realizado durante la vigencia de la nueva ley.

Por otra parte, resulta aplicable a este supuesto la doctrina sentada en su día por la Circular n.º 2/1996 de la Fiscalía General del Estado acerca de la aplicación del nuevo Código Penal a los delitos de tracto sucesivo o de varios actos, como son los tipos que estamos analizando. La nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.

Por otra parte, hay que tomar en consideración también la posible incidencia del instituto de la prescripción en la configuración de estos delitos, toda vez que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses (art. 131.2 CP) y las cuatro conductas englobadas en el tipo pueden abarcar un período temporal de hasta un año. En línea de principios podría sostenerse que estamos ante un delito complejo, de pluralidad de actos y, por tanto, a efectos de prescripción, no cabe considerar cada una de las cuatro faltas aisladamente. El transcurso de más de seis meses entre la comisión de una de las faltas y la siguiente sin que se hubiese abierto el procedimiento sería intrascendente, y habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siem-

pre —claro está— que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última. Esta interpretación, sin embargo, tiene un gran inconveniente práctico, y es la posibilidad de que ya haya recaído auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas. En tal caso, la posibilidad de integrar la falta prescrita en el delito complejo pugnaría con un elemental principio de seguridad jurídica. Por otra parte, hay que recordar que la prescripción es un instituto de derecho sustantivo, que opera *ipso iure* y que los jueces deben apreciar de oficio, de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas.

Por el contrario, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v.gr. por falta de autor conocido), siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito.

Por último, en el caso de que se cometan cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta.

### III. LA COEXISTENCIA DE LOS NUEVOS TIPOS CON LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO

Es esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra —por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física— no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP).

La actual redacción del párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación *a contrario* de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que —en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado— si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto.

Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantar, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan integrar

conductas materialmente constitutivas de falta, siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los arts. 234 o 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta n.º 3/1999 de la Fiscalía General del Estado.

El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño. En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los arts. 234 o 244.1 CP y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el art. 8.º CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén —como ya se ha apuntado anteriormente— la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo.

#### **IV. LA PENA PREVISTA EN EL REFORMADO ART. 147.2**

El art. 147.2 CP contempla un supuesto atenuado del delito de lesiones, que es aplicable también al caso descrito en el novedoso párrafo segundo del art. 147.1. En efecto, no faltarán casos en que proceda apreciar dicho tipo atenuado, pues si ha de aplicarse cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, también podrá estimarse que se da esta circunstancia cuando se cause una lesión de menor entidad, o incluso un simple maltrato de obra sin causar lesión, pese a que la conducta sea reiterada. El art. 147.2 CP prevé, en su actual redacción, la imposición de la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. La elección de la pena de multa no plantea problema alguno; sin embargo, sí los plantea su alternativa, que es la de prisión de tres a seis meses.

En efecto, el CP de 1995 se propuso suprimir las penas cortas de prisión, y estableció el umbral mínimo de la pena de prisión en los seis meses. En la redacción inicial del Código, ningún precepto contemplaba una pena de prisión inferior a los seis meses. Congruentemente con lo anterior, el art. 71.2 CP establece que, cuando por efecto de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, resulte una pena de prisión inferior a seis meses, se sustituirá en todo caso.

Así las cosas, la duda que se plantea es la siguiente: ¿supone el nuevo art. 147.2, al permitir la imposición de una pena inferior a los seis meses de prisión, la única excepción a la regla general del CP de 1995? O, por el contrario y

conforme al criterio del art. 71.2, ¿habrá de ser sustituida en todo caso la pena de prisión contemplada en el art. 147.1?

Pensamos que la primera opción es la correcta, por los siguientes motivos. En primer lugar, se trata de una ley posterior que, en caso de antinomia —en el presente caso más aparente que real, como tendremos oportunidad de comprobar— derogaría la ley anterior. Por otra parte, a nadie escapa que se trata de la primera manifestación de una reforma más amplia, la operada por la LO 15/2003, que afecta a todo el sistema de penas del Código y que, únicamente por el carácter fragmentario de esta primera reforma operada por la LO 11/2003, ha introducido un factor de distorsión en el sistema.

En segundo lugar, hay que tener presente que el art. 71.2 se refiere únicamente a los supuestos de reducción de la pena en uno o más grados como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la misma, pero no contempla el hipotético caso de que una ley prevea expresamente la imposición de una pena de prisión inferior a los seis meses.

Por último, es necesario recordar que en el sistema de penas ideado inicialmente por el CP de 1995 es posible el cumplimiento de penas de prisión de menos de seis meses, ya que —incluso en los supuestos que contempla el art. 71.2— si se quebranta o incumple la pena sustitutiva, ha de procederse al cumplimiento de la pena sustituida (art. 88.3), que —en el caso del art. 71.2— es precisamente una pena de prisión inferior a seis meses.

Obviamente, todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad que los jueces y tribunales tienen para sustituir las penas inferiores a un año (y la pena del art. 147.2 evidentemente lo es), conforme a lo previsto en el art. 88 CP.

## **V. CONCLUSIONES**

1.<sup>a</sup> Sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito, pueden ser tenidos en cuenta para integrar los delitos tipificados en el párrafo segundo de los arts. 147.1, 234 y 244.1 del Código Penal.

2.<sup>a</sup> La introducción de estas nuevas figuras penales no afecta a la posibilidad de apreciar el delito continuado de hurto, o de hurto y robo de uso, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 74.1 y 2 del Código Penal, aunque sólo se hayan cometido dos o tres hechos constitutivos de falta, si el valor global de lo sustraído supera el límite del delito.

3.<sup>a</sup> El art. 147.2 CP permite, en su nueva redacción, la imposición de una pena de prisión de tres a seis meses, lo cual se ha de interpretar —en tanto no

entre en vigor la LO 15/2003— como una modificación excepcional y expresa del sistema penológico original del CP de 1995, en el que no se contemplaban penas de prisión inferiores a seis meses. En consecuencia, la imposición efectiva de dicha pena está sometida al régimen general de sustitución de las penas de prisión inferiores a un año (art. 88), sin que la sustitución resulte imperativa por aplicación del art. 71.2, ya que este precepto contempla un supuesto distinto al del art. 147.2.

## **CIRCULAR 3/2003 SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA ORDEN DE PROTECCIÓN**

### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

La Ley 27/2003, de 31 de julio, ha introducido en la LECrim el art. 544.ter que regula la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Las cifras estadísticas sobre la utilización de este nuevo procedimiento, ofrecidas desde el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, que —sintéticamente— arrojan en los primeros treinta y siete días de su vigencia (desde el 2 de agosto al 7 de septiembre) un total de 1.573 solicitudes, de las cuales en un 76% se ha dictado auto acordando algún tipo de medida cautelar, y que en el período de 3 meses (del 2 de agosto al 31 de octubre) contabilizan 4.043 solicitudes de las cuales en un 75% se acordó la orden de protección, ponen de relieve la enorme importancia práctica y frecuencia con la que el Ministerio Público está interviniendo en este cauce procesal, y el esfuerzo que se exige de la Institución para acometer seria y eficazmente dicha tarea.

Resulta indudable que las especiales características que confluyen en las infracciones penales de esta naturaleza obligan a no demorar ni un ápice la respuesta judicial. De ahí la importancia que tiene resolver con carácter inmediato acerca de la adopción o no de una serie de *medidas cautelares* que permitan proteger y ordenar las relaciones de quien se decide a presentar denuncia por hechos constitutivos de maltrato. No obstante, es tarea esencial y nada fácil deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aun legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal.

En julio de 2003 se creó la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, prevista en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley, e

integrada por representantes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España. Dicha Comisión acordó, en su primera reunión, la elaboración de un Protocolo para la implantación de la orden en el que se establecen una serie de pautas y obligaciones para las partes firmantes. No es este el lugar para reproducir íntegramente el contenido del citado Protocolo que habrá de ser conocido y observado por los Sres. Fiscales, sin perjuicio de posteriores alusiones en la Circular a extremos particulares del mismo.

Procede ahora abordar algunas de las principales cuestiones que suscita la orden de protección en relación a la actuación del Ministerio Fiscal. La extensión del art. 544 ter LECrim, y las continuas referencias a su contenido, hacen aconsejable su transcripción literal:

“1. El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a las víctimas o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la

solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apañado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier

disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores”.

## **1. Solicitud de la orden de protección.**

El procedimiento de la orden de protección puede ser incoado de oficio por el Juez de Instrucción o a petición de alguna de las personas referidas en el art. 544 ter apartado 2.

A fin de facilitar la cumplimentación de la solicitud y asegurar que contiene todos los datos precisos para su posterior valoración judicial, la Comisión de Seguimiento ha aprobado un formulario normalizado y único que recoge las anteriores características. Dicho formulario habrá de estar a disposición de los denunciadores en las Fiscalías. Los Sres. Fiscales ajustarán al mismo las peticiones que cursen presentadas por los particulares. Las órdenes de protección que se soliciten directamente por el Fiscal no habrán necesariamente de dirigirse en dichos impresos normalizados sino en los escritos que de ordinario se dirigen al Juzgado.

La solicitud se dirige siempre al Juez de Instrucción en tanto órgano competente para conocer de la misma. Ahora bien, el art. 544 ter apartado 3, para facilitar a las víctimas la presentación de la solicitud, ha abierto la posibilidad de que puedan solicitar la orden de protección no directamente en el Juzgado sino ante la Fiscalía, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima, ante los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. El Protocolo, por su parte, cita además expresamente a los Servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Tal elenco de posibilidades a través de las que canalizar la petición, en principio indiferentes en tanto que “dicha solicitud —como reza el precepto citado— habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente”, sin embargo conlleva distintas consecuencias procesales. Así, conforme a la exigencia del art. 795.1, sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la orden de protección se hubiera solicitado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de Diligencias Previas, salvo que el hecho denunciado aparejado a la petición de la orden de protección sea calificable como falta —lo que determinaría la incoación de este procedimiento— o como uno de los delitos que obligan a la incoación de sumario o de jurado. En definitiva, la orden de protección ha de dar lugar a la incoación de aquel procedimiento acorde con el hecho ilícito que se denuncie, sin que sea procedente la apertura de Diligencias indeterminadas.

Consecuentemente, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección expresó en el Protocolo que “resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía”. Y más adelante puede leerse: “resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial”.

La preferencia por la presentación de la orden en sede policial, por la que se decantarán los Sres. Fiscales en cuanto ello sea posible, se fundamenta en la posibilidad de confección de un atestado que, aparte de complementar la información de la que se dispondrá en sede judicial, permite la tramitación de la causa como Diligencias Urgentes de juicio rápido.

## **2. Procedimiento ante el Juez de Instrucción. La comparecencia.**

La regulación actual de las *medidas cautelares* personales penales se caracteriza por las siguientes notas.

Primero, son adoptables de oficio todas las *medidas cautelares*, excepto las de prisión y libertad con fianza, únicas sujetas al principio de rogación para las que es precisa la previa petición de parte (art. 505.4 LECrim).

Segundo, se han ampliado los supuestos en que se requiere la celebración de una comparecencia ante el Juez. Ya no sólo es precisa dicha comparecencia, como sucedía antes, para acordar *medidas cautelares* sujetas al principio de rogación: la prisión provisional y la libertad bajo fianza. Ahora, tras la Ley 27/2003, toda medida cautelar acordada como consecuencia de la previa solicitud de una orden de protección exige —art. 544 ter— la celebración de una comparecencia judicial. Asimismo, tras la Ley Orgánica 1 3/2003, el art. 544 bis reclama la necesaria comparecencia judicial para, en caso de previo incumplimiento de una medida ya acordada judicialmente, poder adoptar cualquier otra que, sustitutiva de la incumplida, implique una mayor limitación de la libertad personal.

Por tanto, el número de supuestos en que se requiere la comparecencia judicial se ha visto ampliado. Además, la solicitud de una orden de protección conlleva la celebración de una audiencia para adoptar *medidas cautelares* que en bastantes casos (por ejemplo las prohibiciones del art. 544 bis) podrían ser adoptadas de oficio y directamente por el juez. Todo ello obliga a examinar algunas cuestiones que, en relación con la orden de protección, suscita la citada comparecencia.

a) *Inadmisión a trámite de la orden de protección.*

En primer lugar, el art. 544 ter dispone en su apartado 4 que recibida por el Juez de guardia la solicitud de orden de protección, “*en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia...*”. El citado apartado 1 establece los presupuestos para que el juez pueda dictar la orden de protección: que existan indicios fundados de la comisión de un determinado delito o falta contra alguna de las personas del círculo señalado en el art. 173.2, y que resulte una situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de una medida.

Por ello, aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el art. 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen *medidas cautelares* suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.

Por ello, los Sres. Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando —en supuestos que serán excepcionales— apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia.

Una de las primeras comprobaciones, a tales efectos, que habrán de llevar a cabo los Sres. Fiscales es la de indagar mediante consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica si frente a la persona denunciada ha sido solicitada y adoptada anteriormente orden de protección en vigor.

b) *Consideración de las medidas cautelares como primeras diligencias y juez competente para adoptarlas.*

Si de la solicitud, por el contrario, se apreciare que concurren indiciariamente los presupuestos del apartado 1 del art. 544 ter de la LECrim, lo procedente será la inmediata convocatoria a una audiencia en presencia judicial.

Sobre este punto debe repararse en la naturaleza de “primeras diligencias” de la orden de protección, así como de las *medidas cautelares* del art. 544 bis, conforme establece la renovada redacción del art. 13 de la LECrim (“*Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley*”). En atención a dicha naturaleza y a lo dispuesto en los apartados 3 y 11 del art. 544 ter, los Sres. Fiscales adoptarán las medidas precisas y dictaminarán a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de Guardia ante el que se presentó la solicitud, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa. Se trata de evitar que cuestiones de competencia, frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de *medidas cautelares*, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de Guardia ante el que se formulare la solicitud.

Dos cuestiones previas han de ser resaltadas en aquellos casos, relativamente frecuentes, en que no es posible celebrar la comparecencia de la orden de protección.

Por un lado, la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la

falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el Juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas *medidas cautelares*, amparando éstas en el art. 544 bis LECrim, si se trata de medidas de alejamiento, o en los arts. 13 LECrim y 158 CC, para cualquier medida en relación a los menores de edad para apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. La posibilidad de adoptar las *medidas cautelares* del art. 544 bis LECrim es contemplada expresamente por el art. 544 ter LECrim, en el párrafo cuarto *in fine* del apartado 4, y las medidas del art. 158 CC, en el apartado 7 del mismo artículo. La orden de protección, en definitiva, no ha venido a restringir las posibilidades de protección de la víctima que se recogían con anterioridad a su vigencia en la Ley procesal penal o en el Código Civil.

De otra parte, cabe cuestionarse cuál sea la decisión que haya de seguir el Juez de Guardia que no pudo celebrar la audiencia y resolver sobre la orden de protección, cuando conste la existencia de causa abierta contra el denunciado en otro Juzgado. Las opciones posibles —al margen como hemos visto de la adopción de *medidas cautelares* vía art. 544 bis o 158 CC inmediatamente por el Juez de Guardia— son varias: primera, remitir lo actuado al Juez competente para que sea éste quien procure la celebración de la audiencia y termine resolviendo la orden de protección; segunda, continuar con los autos de la orden de protección hasta su resolución por él mismo cuando sea posible y sólo entonces remitir testimonio de las actuaciones y del auto al Juez competente por antecedentes.

La preferencia por la segunda de las soluciones se basa en la conveniencia de evitar tiempos muertos entre la remisión y la aceptación de los autos de uno a otro Juez, por lo que se estima preferible que el Juez ante el que se instó una orden de protección decida finalmente sobre la misma y la remita, una vez resuelta, a aquel que estuviere conociendo de causa por tales hechos. La ventaja práctica de esta solución, que procura evitar lapsos de inactividad, es la única razón, pero estimamos que suficiente, para decantarse por este criterio, que apoyarán los Sres. Fiscales en sus intervenciones. En todo caso, la previsión del apartado 11 del art. 544 ter se refiere a un supuesto de hecho distinto del presente: es el caso en el que el Juez que conoce de causa anterior es quien recibe directamente la solicitud de orden de protección o quien de oficio acuerda su tramitación.

- c) *Comparecencia judicial. Asistencia del Fiscal y demás partes. Motivos de suspensión.*

El apartado 4 del art. 544 ter dispone que el juez de guardia “*convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal*”.

Por ello, la regla general es que la audiencia se celebrará con la presencia del denunciado asistido de letrado, de la víctima, del solicitante y del Ministerio Fiscal.

La audiencia se erige en cauce procesal obligado para resolver sobre la orden de protección que hubiere sido admitida a trámite.

Dicha audiencia se hará coincidir cuando sea posible, en aras de la economía procesal, con la regulada en el art. 798 si se sigue juicio rápido, con el acto del juicio de faltas si la infracción fuere de dicha naturaleza o, en su caso, con la prevista en el art. 505. Fuera de esos casos, el Juez habrá de convocar específicamente a esa audiencia. Siempre la convocatoria se realizará en el plazo más breve posible y dentro de las 72 horas siguientes a su solicitud.

Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de la misma al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad pero no motivo de nulidad (art. 241 LOPJ).

La presencia del Fiscal resulta de enorme importancia en esta audiencia. Basta reparar en que en la misma se trata de diseccionar la situación generada en el ámbito familiar, lo que presenta, cara a la adopción de *medidas cautelares* y de protección de la víctima en este campo, mayores dificultades de criterio y de valoración que en otro tipo de manifestaciones delictivas habida cuenta la existencia de bienes jurídicos en juego de enorme trascendencia, generalmente con afectación de los derechos e intereses de menores de edad.

Por ello, a fin de facilitar la participación del Fiscal en la audiencia, junto a su presencia física, la Ley Orgánica 13/2003, añadiendo un nuevo párrafo al art. 306 LECrim, ha abierto la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal a través de sistemas telemáticos. Conforme a ese precepto, “cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videokonferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”. Se excluyen de este modo determinados medios tecnológicos —v.gr. teléfono— que no reúnen dichas características. Sólo, pues, cuando el Fiscal intervenga en la audiencia mediante su presencia física o mediante uno de los medios reseñados podrá reputarse comparecido en dicha audiencia.

La cuestión esencial en este punto es la de dilucidar en qué casos puede celebrarse la audiencia pese a la incomparecencia del Fiscal o de alguna de las restantes partes.

Si dicha incomparecencia es justificada (por no citación o por enfermedad o por imposibilidad de traslado, por ejemplo) la cuestión debe resolverse a favor de la suspensión del acto, debiendo convocarse debida y nuevamente la

audiencia. Todo ello al margen, como antes se dijo, de la posible adopción entre tanto de *medidas cautelares* al amparo de los arts. 544 bis LECrim. o 158 CC.

Ahora bien, las cosas son distintas si la incomparecencia de alguna de las partes citadas al acto no está justificada.

### — Incomparecencia del Fiscal.

En primer lugar, por lo que respecta al Ministerio Fiscal, es de notar que ha desaparecido —en el texto reformado del art. 505— la obligación específica de comparecencia que imponía el art. 504 bis 2. Dicho precepto señalaba: “*El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer*”. La supresión de dicha mención en la LECrim., tras la redacción operada por la LO 13/2003, admite una conclusión interpretativa para la comparecencia de prisión (art. 505 LECrim) extensible a la comparecencia de la orden de protección (art. 544 ter LECrim) o a la audiencia para la agravación de la medida previamente incumplida (art. 544 bis LECrim), conforme a la cual la validez de la comparecencia no se resentiría por la ausencia injustificada del Ministerio Fiscal. En tal caso, el Juez de Instrucción podrá acordar la suspensión de la comparecencia para procurar la intervención del Fiscal, pero ello no será un desenlace obligado en todo caso puesto que también podrá acordar que continúe la audiencia y resolver sobre las *medidas cautelares* pese a la incomparecencia del Fiscal (salvo que no podría acordar entonces medidas de prisión o libertad con fianza si ninguna acusación las solicitara).

Si la comparecencia se sustancia coincidiendo con la regulada en el art. 798 o en el acto del juicio de faltas, la presencia del Fiscal es ineludible para tales otras finalidades (resolver sobre la fase intermedia de las diligencias urgentes o celebrar el juicio de faltas) que no se podrán llevar a cabo, pero no para la adopción de medidas, que sí será posible si se redujera la comparecencia a una específica sobre medidas u orden de protección.

Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las *medidas cautelares*. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiere dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia.

Esta solución interpretativa obliga, sin embargo, a los Sres. Fiscales a adoptar todas las medidas que eviten la consecuencia procesal de la celebración de audiencia y adopción de *medidas cautelares* sin su intervención. En todo

caso, si se diere en la práctica algún supuesto de esta naturaleza nada obsta a la intervención en cualquier momento ulterior del Fiscal: en el recurso procedente contra el auto adoptando *medidas cautelares* o en cualquier incidente posterior para su modificación por cambio de circunstancias.

— **Incomparecencia del agresor.**

En segundo lugar, hay que distinguir entre determinados supuestos de incomparecencia injustificada que, con relación a la víctima y al agresor, se están presentando en la práctica con relativa frecuencia y analizar los efectos derivados de tales situaciones.

Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de *medidas cautelares* de todo orden. No cabe sostener que dichas *medidas cautelares* son, en tal caso, adoptadas *inaudita parte*, en tanto que es el denunciado quien incumple su obligación procesal de acudir. La contradicción se satisface por la posibilidad de ser oído y no por el hecho efectivo de utilizar ese cauce el denunciado. La base legal para esta interpretación cabe encontrarla en los arts. 505 y 544 bis y 544 ter LECrim que, a diferencia del derogado art. 504 bis 2, nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de adoptar *medidas cautelares*. En todo caso, el auto resolviendo sobre la orden de protección se notificará al denunciado, quien, con independencia de su asistencia o no a la audiencia, podrá interponer los recursos oportunos.

Respecto de la asistencia de Letrado del denunciado las cosas son distintas. El art. 544 ter.4 señala que el agresor será “asistido, en su caso, de abogado”. La expresión “en su caso” debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas (coincidiendo con el juicio oral) en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva. La audiencia en cualquier otro supuesto por hechos inicialmente reputados delito y en consecuencia por procedimiento distinto al de faltas (ya coincida con la del art. 798, 544 bis, 505 o sea específica) exigirá la asistencia de letrado del denunciado. Sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza.

Por último la inasistencia injustificada de la víctima o del solicitante de la orden de protección no determinará necesariamente la suspensión de la audiencia, sin perjuicio de que el juez pueda acordarla.

d) *Contenido de la comparecencia.*

Sobre el desarrollo de la comparecencia ante el Juez nada dice el art. 544 ter, a excepción de la previsión de la adopción por el juez de medidas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, a cuyo efecto dispondrá que su declaración en la audiencia se realice por separado (art. 544 ter 4 párrafo 3).

Cuando la audiencia coincida con la prevista en los arts. 505, 798 y ss., o con el acto del juicio de faltas, habrá de seguir los trámites propios de tales actuaciones. Ahora bien, en todo caso, la audiencia tiene por objeto determinar la existencia de los presupuestos necesarios para adoptar determinadas *medidas cautelares*, es decir establecer si existen indicios fundados de la comisión de una infracción penal entre las personas mencionadas en el art. 173.2, y si de ello resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de medidas (art. 544 ter núm. 1 LECrim).

No se trata en la comparecencia de agotar la instrucción de la infracción penal. Ahora bien, el art. 544 ter presupone que se oiga a determinadas personas en la comparecencia; por ello, la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas, evitando de ese modo sucesivas comparecencias en el Juzgado.

Sobre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto son reproducibles aquí las consideraciones que se efectuaban en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

En la comparecencia el Fiscal únicamente interesará o se pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces, como cabe deducir de la legitimación restringida que establece el apartado 7 del art. 544 bis. La única excepción a la restricción de la intervención del Fiscal radica en la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas civiles, pese a la inexistencia de menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan incidir oponiéndose frontalmente al contenido de las acordadas penalmente que, en tal caso, deberán considerarse prioritarias con apoyo en el art. 8 LECrim.

La referencia legal a que, tratándose de falta, la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar *medidas cautelares*. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del juez, además de la petición de condena, las *medidas cautelares* precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en

sentencia al amparo del art. 57 CP, y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el art. 544 ter 7.

### 3. Resolución del Juez de Instrucción.

El Juez resuelve por medio de auto adoptando, en su caso, las medidas penales de cualquier tipo y las civiles que se refieren al uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, y cualquier otra oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan, determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confiriendo así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan por la legislación administrativa, para la obtención de ayudas y asistencia (art. 544 ter 5).

### 4. Notificación del auto.

Las previsiones de notificación de la orden de protección se contemplan en los apartados 8 a 10 del art. 544 ter.

La notificación efectiva desde el Juzgado a todas las partes y Administraciones implicadas, así como la comunicación para su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, constituye una pieza clave para la efectividad de las *medidas cautelares* que se acuerden a través de la orden.

Al margen de la notificación al Fiscal, al solicitante, a las víctimas y a la persona denunciada, se debe igualmente notificar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que puedan vigilar el cumplimiento de las *medidas cautelares* y a la Administración penitenciaria en su caso.

Además, para facilitar la tarea de notificar y coordinar, simplificar y hacer eficaz el conocimiento de la orden de protección por las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección social, asistencial, psicológica, sanitaria o de otra índole, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección acordó el establecimiento de un punto único de ámbito provincial que las Administraciones autonómicas han de facilitar a la Comisión y desde ésta, a través del Consejo General del Poder Judicial, a los órganos judiciales.

Los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitirán copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección de lo Civil de la Fiscalía, para procurar de ese modo la coordinación entre ambas jurisdicciones; ello sin perjuicio de que sea la consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas el principal instrumento para conocer la existencia de órdenes en vigor.

Por otra parte, en las ejecutorias penales, máxime si la sentencia fuere absolutoria, cuidarán especialmente los Fiscales de que sean levantadas las *medidas cautelares* así como de que dicha circunstancia se ponga en conocimiento del citado Registro por el Secretario judicial a los efectos de cancelación oportunos.

## **5. Recursos.**

Pese al silencio del art. 544 ter debe entenderse que el auto será recurrible, en vía penal, con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles, a tenor de lo previsto en el art. 766 LECrim, cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los arts. 798.3 y 507 LECrim.

## **6. Estadística sobre la orden de protección.**

Al igual que sucediera en su día con la comparecencia para prisión preventiva, se hace preciso conocer el número de solicitudes de orden de protección y, en particular, el número de comparecencias que ha de atender el Ministerio Fiscal.

En este sentido se ha procedido por la Fiscalía General a modificar, dentro del programa informático sobre violencia familiar que se lleva en las Fiscalías, el cuadro X dedicado a las “Medidas cautelares acordadas judicialmente”, a fin de recoger los datos referidos a la orden de protección. Dicho cuadro ha sido remitido al Ministerio de Justicia para la elaboración de una nueva versión actualizada del programa que recoja la orden de protección y, asimismo, modifique el cuadro II dedicado a la naturaleza de las infracciones penales para recoger los nuevos tipos de maltrato del art. 153 y el maltrato habitual del art. 173.2 del CP

Esa versión, así actualizada, se repartirá a todos los Servicios de Violencia Familiar de las Fiscalías. Basta ahora recordar la obligación de los Sres. Fiscales de seguir el contenido, orientación y cuadros de dicho programa. Ello deviene esencial para procurar la unidad de actuación, el intercambio de datos y la posible aglutinación y suma en la Fiscalía General de la información que proporciona cada Fiscalía. La libertad de cada Administración con competencia en

medios materiales no se extiende, en ningún caso, a la definición de los contenidos del referido programa, que habrá de ser exactamente el indicado por la Fiscalía General.

De otra parte, se insta de los Fiscales encargados de los Servicios a adoptar las medidas precisas para que se registren los datos requeridos por el programa y, en particular, las órdenes de protección. En tanto éstas suponen la citación a una comparecencia deviene de enorme importancia conocer exactamente la magnitud en cada Fiscalía de este nuevo procedimiento.

## II. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La vigilancia del cumplimiento de las *medidas cautelares*, aun siendo importante, no puede por sí sola ser el único mecanismo dirigido a procurar su respeto. Por ello, la adopción de *medidas cautelares* sólo es plenamente efectiva si a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias cuya inmediata exigencia se erija, por efecto de la prevención, en el principal resorte para su acatamiento.

La intervención del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que las *medidas cautelares* o prohibiciones impuestas en sentencia hayan sido quebrantadas por los agresores deviene por ello esencial.

En los supuestos de incumplimiento de medidas pueden ser distinguidos dos casos de desigual gravedad: aquellos en que el incumplimiento no lleva anudada otra infracción distinta del quebrantamiento en sí y aquellos otros, más graves, en que el incumplimiento es aprovechado para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el art. 173.2 CP.

Conviene precisar que el incumplimiento de las *medidas cautelares* penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 CP) constituye el delito tipificado en el art. 468 CP, castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no. En este último supuesto (aplicable al quebrantamiento de las prohibiciones del art. 544 bis) la pena procedente es la de multa. Aunque no faltan resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias que la acogen, debe descartarse, por virtud del principio de especialidad (art. 8.1), la tipicidad del delito de desobediencia grave del art. 556, a pesar de la mayor pena que conlleva ordinariamente, pues en todo caso impone la de prisión de seis meses a un año. Esta disparidad en las penas (multa frente a la de prisión) se verá sólo parcialmente corregida en la nueva redacción del art. 468, que estará vigente a partir del 1 de octubre de 2004, para los casos de quebrantamiento de las prohibiciones del próximo art. 57.2, supuesto en que se agrava la pena imponiendo la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

Paralelamente, se suscita la cuestión de cuál sea la responsabilidad penal que se deriva del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del art. 544 ter. Se trata de *medidas cautelares* de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el art. 468 al quebrantamiento de “*medidas cautelares*”. Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del art. 468 no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de *medidas cautelares* penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del art. 227 o de abandono de familia del art. 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las *medidas cautelares* civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del art. 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los arts. 227 —impago de pensiones— o 226 —abandono de familia—, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del art. 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad sería el incumplimiento de esta última medida lo que motivaría la aplicación del art. 468.

Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, se suscita el problema del posible concurso entre el delito del art. 468 con el subtipo cualificado del delito del art. 153 o del art. 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los arts. 153 o 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 o 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1).

Desde el punto de vista procesal surge la cuestión de si por el hecho delictivo ha de incoarse una nueva causa o si debe ser acumulado su conocimiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida. En principio debe reconocerse la dificultad de establecer reglas apriorísticas en una materia tan compleja y circunstancial como la derivada de las reglas de competencia por conexidad. El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de septiembre de 1987 ha optado por una interpretación flexible de las causas de conexidad establecidas en el art. 17 LECrim, a las que atribuye valor ejemplificativo. En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito

cometido con ocasión de dicho quebrantamiento. Hay base para ello en el art. 17.5 LECrim, siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al juez que acordó la medida incumplida valorar, en los términos que ahora se verán, la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada.

La adopción de nuevas *medidas cautelares* sustitutivas de la incumplida se regula en el art. 544 bis último párrafo que, tras redacción dada por la LO 15/2003, dispone:

*“En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará a la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del art. 503, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.*

La comparecencia se exige, pues, no sólo para los casos de prisión y libertad con fianza sino para aquellos en que se adopte una medida que agrave el contenido de la medida cautelar incumplida o en que se adopte la orden de protección.

La relación de circunstancias que menciona el precepto para la valoración de la medida que haya de sustituir a la incumplida (“incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias”) no han de ser exclusivas sino que deben ser complementadas con las que de por sí se señalan en el art. 503 y, especialmente, la relativa a la evitación del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2). Se estima que esta última circunstancia, aun cuando no se mencione expresamente en el art. 544 bis, debe ser tomada en consideración junto con las restantes por aplicación del art. 503.2 y por estimar que se halla comprendida en la mención a la “incidencia del incumplimiento” a que se refiere el citado 544 bis. En este sentido conviene resaltar que en la Segunda Reunión de los Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar, ya citada, se acordó (punto 5 de las conclusiones aprobadas) que: “Circunstancia expresamente a tener en cuenta para la solicitud de la prisión provisional será el quebrantamiento de la medida cautelar, especialmente en aquellos supuestos en que el quebrantamiento se haya aprovechado para delinquir nuevamente”.

# **CIRCULAR 4/2003. NUEVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA PERSECUCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

## **I. INTRODUCCIÓN**

La violencia doméstica ha sido objeto en los últimos meses de una serie de reformas que se enmarcan dentro de una nueva ofensiva legal contra esta manifestación delictiva, continuadora de la iniciada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio. Las novedades legislativas inciden directamente sobre aspectos penales, procesales y cuestiones de carácter organizativo.

Al margen de la introducción, en la LECrim, del nuevo procedimiento de juicio rápido y de su extensión en virtud del art. 195 a los delitos de maltrato familiar, aspecto del que se ocupó la Circular 1/2003 *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*, entre las reformas aludidas deben citarse principalmente, la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ha supuesto la modificación de los delitos de maltrato familiar y de maltrato habitual, recogidos en los arts. 153 y 173.2 y 3 del CP, y la llevada a cabo por la Ley 27/2002, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, que ha introducido en la LECrim el art. 544 ter.

No cabe, sin embargo, olvidar otras normas que despliegan directa eficacia sobre este tipo de hechos delictivos, así: la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional y la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del CGPJ (BOE de 15 de abril de 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica.

Junto a ello, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, incide también sobre esta materia. No obstante, su entrada en

vigor se producirá en fecha 1 de octubre de 2004, salvo las modificaciones que opera en la LECrim, en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en la Ley hipotecaria, vigente desde el 27 de noviembre, día siguiente al de su publicación.

La Fiscalía General del Estado ha venido mostrando su preocupación por la respuesta que debe darse desde el ámbito judicial a los hechos delictivos de esta naturaleza. Son de recordar las orientaciones contenidas en la Instrucción 3/1988 y en la más amplia Circular 1/1998, sobre *“Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar”*, que conservan su vigencia.

Ahora bien, las novedades reseñadas merecen ser tratadas, sin ánimo exhaustivo, en esta Circular, a fin de salir al paso de algunas dificultades y problemas interpretativos y organizativos que se derivan de los nuevos instrumentos jurídicos. No se trata de elaborar un estudio completo y sistemático de los nuevos preceptos sino de seleccionar las principales cuestiones y dificultades prácticas que han originado para establecer pautas de actuación unitaria en la actividad del Ministerio Público.

## **II. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE MALTRATO FAMILIAR SIMPLE DEL ART. 153 Y HABITUAL DEL ART. 173.2 DEL CÓDIGO PENAL**

El tipo de maltrato doméstico del art. 153 constituye una de las principales novedades de la reforma, al castigar como delito determinadas conductas que hasta entonces constituían la falta del art. 617 CP. De otra parte, la conducta habitual ha pasado a recogerse en el nuevo art. 173.2 que modifica su ubicación sistemática al incluirse en el Título VII entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Varias son las cuestiones que plantean tales preceptos.

### **1. La nueva figura de maltrato del art. 153.**

En el art. 153 se castigan como delito determinadas lesiones producidas en el ámbito doméstico o familiar que antes de la reforma eran consideradas falta en el art. 617. El párrafo segundo del art. 617 ha sido consecuentemente derogado.

Siguen, en todo caso, reputándose falta las conductas descritas en el art. 617 cuando la víctima no fuera alguna de las personas referidas en el reformado art. 173.2 y asimismo las del art. 620, aun producidas entre dichas personas —salvo las amenazas leves con armas, incluidas en el art. 153 párrafo primero— y que consisten en amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejación injusta de carácter leve. Conviene repasar en que, no obstante, cualquiera

de estos últimos comportamientos tiene su correlativa figura de delito, lo que permite graduar en cada caso la respuesta penal en atención a la gravedad de la agresión.

El notable endurecimiento del castigo advertido en el informe de la Fiscalía al Anteproyecto de medidas concretas implica la consideración como delito de agresiones aisladas y con independencia de su resultado que, de no haberse producido entre el círculo de sujetos que refiere el art. 173.2, serían calificadas como falta (art. 617.1 y 2 CP).

Sin perjuicio de reiterar esta idea *infra*, parece claro que la agravación del art. 153 párrafo segundo, que consiste en la utilización de armas, no será aplicable a la conducta del que “amenazara a otro de modo leve con armas del art. 153 párrafo primero, por imperativo del principio de legalidad y exigencias derivadas del *non bis in idem*; pero sí agravará a las otras conductas que se recogen en el art. 153 párrafo primero.

## 2. **Habitualidad de la conducta: alcance y requisitos (art. 173.2 CP).**

La interpretación que hasta ahora se ha venido sosteniendo acerca de lo que deba entenderse por el elemento de la habitualidad en el delito de maltrato no debe verse enturbiada por la nueva figura de lesiones comprendida en el art. 147.1, párrafo segundo del CP.

Este precepto, siguiendo una técnica idéntica a la establecida para los delitos de hurto y de sustracción de uso de vehículos (arts. 234 y 244, respectivamente), establece que se impondrá la pena del delito de lesiones del art. 147 a quien “*en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código*”. En justificación de esta novedad la Exposición de Motivos de la Ley señala que se trata de “medidas dirigidas a mejorar la respuesta penal a la habitualidad de la conducta”.

Por tanto, la formulación del art. 147 ha suscitado la cuestión de si la conducta habitual a que se refiere el art. 173.2 debe, en aplicación paralela de lo señalado en el art. 147, requerir la probanza de la comisión de cuatro hechos delictivos en el lapso temporal de un año.

Tal interpretación, como se ha señalado, ha de descartarse. El concepto de habitualidad exigido por el art. 113.2 presenta perfiles propios que lo distinguen de la definición típica del ilícito que se castiga por la comisión de cuatro faltas en el tipo del art. 147. Varias son las razones que abonan esta interpretación singularizada de la habitualidad del maltrato doméstico.

Primero, el propio art. 173 en su núm. 3 establece una definición legal específica de habitualidad al disponer: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o dife-

rentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Tal noción de habitualidad, idéntica a la que establecía el anterior art. 153, ha sido objeto de una importante interpretación jurisprudencial, en doctrina que sigue plenamente vigente. De este modo, el entendimiento inicial cuasi aritmético del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un “clima de temor” en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fieles exponentes de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.

La diferencia en la concepción de la habitualidad en el maltrato familiar o doméstico —consistente en “un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor” según expresa la STS 927/2000— y la habitualidad en las lesiones a extraños al círculo de personas contempladas en el art. 173 —consistente en la comisión de cuatro acciones violentas en el plazo de un año según el art. 147.1 párrafo 2— encuentra su justificación en el distinto alcance de la conducta en uno y otro caso. Los bienes jurídicos vulnerados en cada delito son diferentes. Las lesiones reiteradas por una persona a extraños no suponen la vulneración de determinados derechos y principios presentes en el ataque habitual al núcleo de convivencia recogido en el art. 173. Según indicaba la Circular 1/1998 la dignidad de la persona (art. 10 de nuestra Carta Magna), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos —con independencia de su filiación— y de las madres (art. 39), se erigen en valores constitucionales del mayor rango axiológico que han de orientar y legitimar toda iniciativa del Ministerio Fiscal en su respuesta a la violencia desarrollada en el ámbito familiar. Está pues justificado que la habitualidad del art. 173 sea distinta de la del art. 147 en tanto que, si bien ambos afectan al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), aquél incide, además, en los derechos y principios reseñados.

### **3. Subtipos agravados de la conducta de maltrato.**

Una de las novedades del art. 173.2 estriba en las agravaciones específicas previstas en su párrafo segundo. En concreto dispone: “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el

domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”. Tales circunstancias se prevén igualmente para agravar la pena en su mitad superior en el delito del art. 153.

Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación en el delito de maltrato habitual (art. 173) o no habitual (art. 153) de la agravación, como se desprende de la redacción en forma alternativa de las ocho modalidades agravatorias de los respectivos preceptos.

Del empleo en plural del término “menores” para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien.

Asimismo, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando esta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Completa esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

No se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor.

Por otra parte, el subtipo agravado consistente en la utilización de armas suscita la duda de si la agravación debe extenderse a las agresiones en las que se hubieren utilizado otros medios peligrosos. La respuesta negativa viene impuesta por el principio de legalidad. Cuando el legislador ha querido efectuar dicha extensión lo ha hecho expresamente, como sucede, sin ánimo exhaustivo, en los arts. 148, 180 y en el propio art. 153 al referirse a la amenaza leve con armas o medios peligrosos.

Como ya se argumentó *supra*, en la conducta de amenaza leve con armas del art. 153 no será aplicable el subtipo agravado cuando se fundamente en la utilización de armas, por cuanto, con argumento en el art. 67 CP y en el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), dicha circunstancia no puede integrar a su vez el tipo básico y el cualificado.

Es posible que la circunstancia que atrae el subtipo agravado sea constitutiva de delito. Así, si la agresión se verificó con armas o en domicilio de la víctima, cabe que estemos ante un delito de tenencia ilícita de armas o de

allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En ambos casos deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del art. 153 o 173 y el delito de tenencia o de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio *non bis in idem*. En el caso de la tenencia ilícita, dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento, ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el art. 18 CE se añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior.

Si el subtipo agravado consiste en haberse producido la agresión tras quebrantar el autor una pena o medida cautelar, la cuestión del posible concurso con el delito del art. 468 CP se tratará en el último apartado de esta Circular dedicado al incumplimiento de las medidas.

De otra parte, en relación con el art. 173, basta con la concurrencia de cualquiera de tales circunstancia en uno solo de los actos integrantes de la habitualidad para que toda la conducta habitual se vea agravada en su punición, tal y como ha querido el legislador al anudar la agravante a que “alguno o algunos” de los actos se perpetren bajo cualquiera de las circunstancias que contiene.

#### **4. Referencia a algunos problemas concursales.**

Debe repararse en que las circunstancias agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar.

No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquella se integre para apreciar la nota de habitualidad. Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del art. 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del art. 173.

Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el art. 173 y no con el art. 153.

En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por delito del art. 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173.

Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada.

Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención “alguno o algunos” recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo esa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP.

En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1.ª y 4.ª del art. 8 CP.

Si el concurso surgiera entre el art. 147 habiéndose utilizado armas en la lesión y el art. 173, la solución del art. 8.4 se decanta por la calificación a tenor del tipo básico del art. 173.2 en concurso con el 147 en relación con el art. 148.1.º CP.

De otra parte, resulta ocioso indicar que cuando concurren varias circunstancias agravatorias (por ejemplo un acto se cometió con armas y en el domicilio de la víctima) habrán de calificarse entonces aplicando el subtipo agravado tanto en el acto concreto violento (art. 153) como, en su caso, en la conducta habitual (art. 173).

Finalmente la concurrencia de dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, 153 ó 173, no tendrá otra relevancia distinta que la de ser tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la pena, el alcance o duración concreta que se solicite.

## **5. Ampliación del círculo de personas protegidas en violencia doméstica.**

Otra de las importantes novedades de la reforma es la redefinición del círculo de personas sujetos pasivos de la acción de maltrato. El régimen penal de los actos violentos encuentra distinta y más grave respuesta si se proyecta sobre alguna o algunas de las personas de dicho círculo.

Las críticas y sugerencias de la doctrina han llevado al legislador a ampliar notablemente ese grupo de personas protegidas, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar.

Se incluyen una serie de personas que no se comprendían en el tenor literal del anterior art. 153. Los novios pasan a ser incluidos pese a la discutible fórmula empleada por el legislador al señalar “personas unidas por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*”, a lo que se añade la supresión de la mención “de forma estable” que contenía el derogado art. 153. Los hermanos

se recogen ahora expresamente en el art. 173.2. Asimismo, el precepto no se refiere como antes a los “hijos” sino, más ampliamente, a los “descendientes” sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente. De otra parte, la mención a “descendientes, ascendientes o hermanos” incluye expresamente a los que lo sean por “naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, sin exigirse —como se hacía antes— ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a “que con él convivan” se refiere en exclusiva a “los menores e incapaces” como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión “o sobre”; en consecuencia, quedan incluidos aun cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.

Además, se recogen dos esenciales novedades, la inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.).

La amplitud de la descripción de los sujetos pasivos del precepto, que en su intención de abarcarlo todo permite incluir a la misma persona en varias de las enunciaciones que hace, comprende entre el círculo de personas protegidas, como se ha visto, situaciones muy amplias y variadas.

En todo caso, es preciso recordar que es indiferente que los actos de violencia recaigan —tal como establece el art. 173.3— *“sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo”*.

Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciadores adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto pasivo de la acción violenta

que manifiesta la retractación sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar.

Por último, se ha de rechazar la aplicación de la agravante mixta de parentesco del art. 23 CP en relación con los delitos del art. 173 (en este sentido STS 164/2001, de 5 de marzo) y de maltrato no habitual del art. 153 dado que resulta inherente a la formulación típica de los mismos. Deberá ser apreciada, sin embargo, en los concretos actos de violencia tipificables en algún otro precepto que, a diferencia del art. 153, no exija entre sus elementos la relación de parentesco.

---

# CRÓNICA LEGISLATIVA

---

## **OCTUBRE**

---

- ❑ Declaración de aplicación provisional del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE de 15 de octubre de 2003).
- ❑ Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre (BOE del 27), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.
  - ✓ Modifica los arts. 306, 325, 502 a 510, 529, 530, 539, 544 bis y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
  - ✓ Añade un apartado 3 al art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
  - ✓ Deroga los arts. 504 bis, 517 y 518 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## **NOVIEMBRE**

---

- ❑ Ley 40/2003, de 18 de noviembre (BOE del 19), de protección a las familias numerosas.
  - ✓ Modifica el art. 5.º de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- ❑ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE del 26), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
  - ✓ El artículo único modifica más de cien artículos del Código Penal, con efectos a partir del 1 de octubre de 2004. La mayor parte de las modificaciones vienen motivadas por la supresión de la pena de arresto de fin de semana, sustituida por una rebaja del límite mínimo de la pena de prisión a tres meses y por la introducción de la nueva pena de localización.

- ✓ La Disposición final primera modifica los arts. 282 bis, 326, 363, 503, 504, 508, 509, 510, 544 bis y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- ✓ La Disposición final segunda modifica los arts. 8, 25 y Disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- ✓ La Disposición final tercera modifica el art. 20 de la Ley Hipotecaria.
- ✓ La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004, con la excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación de esta ley orgánica en el BOE, y de los apartados octogésimo octavo (art. 256 CP), octogésimo noveno (art. 259 CP) y nonagésimo (art. 260 CP) del artículo único que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

## **DICIEMBRE**

---

- Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre (BOE del 11), de Cooperación con la Corte Penal Internacional.
  - ✓ «El objeto de esta Ley Orgánica es regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencias a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias en la medida en que éstas resulten pertinentes, en particular las reglas de procedimiento y prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que España pueda celebrar con la Corte.

Con carácter supletorio a esta ley se aplicarán las normas orgánicas y procesales de aplicación general.»

- Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (BOE de 23 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplica-

ción y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

- ✓ Aprueba un nuevo Reglamento General de Circulación.
  - ✓ Deroga el Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, así como el artículo 108 y el anexo 2 del Código de la Circulación.
  - ✓ Modifica el anexo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
  - ✓ El presente Real Decreto entró en vigor al mes siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE del 26), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- ✓ Esta norma aborda relevantes modificaciones en los tres primeros Libros de la Ley, algunas de ellas previstas en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos el 28 de mayo de 2001, y otras de necesario ajuste con la nueva regulación de los libros V y VI que se configuran como uno de los ejes principales de esta reforma, y otras de mayor calado referidas al libro IV, relativo a la carrera judicial, que persiguen dar cumplimiento a las previsiones del pacto.

Por esta misma razón se derogan determinados preceptos, bien por razones de sistemática llevándose su contenido a un libro distinto, bien por incompatibilidad con la nueva regulación. De esta manera se deroga íntegramente el título IV del libro III “De la fe pública y de la documentación”, quedando los artículos 279 a 291 sin contenido.

El actual libro V pasa a ser el libro VII, mientras que el V es de nueva redacción, manteniéndose el libro VI.

Se reforma en profundidad y de forma especialmente novedosa la Oficina Judicial, de la que por primera vez se recoge su estructura organizativa, y el Estatuto del Cuerpo de Secretarios Judiciales y del resto del personal al servicio de esta Administración.

- Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre (BOE del 26), de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal.

- ✓ Modifica el párrafo g) del apartado 2 del art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta modificación entrará en vigor el mismo día en que lo haga la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.
- ✓ Modifica los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal.

**ENERO**

---

- Orden SCO/3685/2003, de 22 de diciembre, por la que se incluye la sustancia *amineptina* en la lista II del Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos.

---

# BIBLIOGRAFÍA

---

## **DERECHO PENAL**

### **I. TRATADOS, MANUALES Y OTRAS OBRAS GENERALES**

JAÉN VALLEJO, M., *Derecho penal aplicado* (parte general y especial), Colex, Madrid, 2003.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 8.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2003.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal II, parte especial*, Civitas, Madrid, 2003.

### **II. LIBROS COLECTIVOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS**

ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

CASANOVAS, P. (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política criminal y derecho penal. Estudios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), *La Corte Penal Internacional (un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

TIEDEMANN, K. (Dir.), *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

### **III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL**

BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

CASTRO MORENO, A., *El error sobre las circunstancias atenuantes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, Trotta, Madrid, 2003.

FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *La prescripción en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003.

JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. M. Cancio), Civitas, Madrid, 2003,

JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

JIMÉNEZ SEGADO, C., *La exclusión de la responsabilidad criminal. Estudio jurisprudencial, penal y procesal*, Dykinson, Sevilla, 2002.

LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al derecho penal de menores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MASFERRER DOMINGO, A., *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, Univ. Jaén, Jaén, 2003.

MESNI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional: ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de actuación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M.E., *Derecho penal de menores*, 2.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2003.

POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta post-delictiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

#### IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, Granada, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Bosch, Barcelona, 2003.

COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DIEZ, *Sobre los "incendios"*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

CUERDA ARNAU, M.L., *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *La corrupción del agente público extranjero e internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA SÁNCHEZ, A., *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*, Comares, Granada, 2003.

MARTÍN UCLÉS, F., *Aspectos jurídicos y policiales de la alcoholemia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Univ. País Vasco, Bilbao, 2003.

MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Zaragoza, 2003.

MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MORENO ALCÁZAR, M.A., *Los delitos de conducción temeraria*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003.

PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III, del título XXIV, del Libro II del Código Penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *El tráfico de niños para su “adopción” ilegal. El delito del artículo 221 del Código penal español*.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Univ. de Santiago, La Coruña, 2003.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.

## **V. DERECHO PENITENCIARIO**

LEÓN VILLALVA, EJ., *de Derecho y prisiones hoy*, Univ. Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2003.

## **VI. CRIMINOLOGÍA**

GARRIDO, V., *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, 2003.

## **DERECHO PROCESAL PENAL**

### **I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES**

AA.VV. (GARCÍA ALBERO, R., director), *La reforma del proceso penal*, José M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2003, 792 pp.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo blanch, 2.<sup>a</sup> ed, Valencia, 2003, 365 pp.

ARROYO DE LACERAS, A., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, Dykinson, Madrid, 2003, 184 pp.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003, 574 pp.

GASCÓN INCHAUSTI, F., y AGUILERA MORALES, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: comentario a la Ley 30/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre*, Civitas, Madrid, 2003, 555 pp.

GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal. Adaptado a las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de diciembre de 2003, de la Abogacía y de la Procura*, Colex, Madrid, 2003, 336 pp.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 12.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 644 pp.

OLIVA SANTOS, A. DE LA y otros, *Derecho Procesal Penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Ceura, Madrid, 2003, 896 pp.

### **II. MONOGRAFÍAS**

CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega*, Ceura, Madrid, 2003, 238 pp.

CHIANG REBOLLEDO, M.E., *Procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*, José M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2003.

GALDANA PÉREZ MORALES, M., *El juicio rápido por delitos y su impugnación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 212 pp.

GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal. (Contienen addenda con estudio de las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN del imputado, según la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 149 pp.

IGLESIAS CANLE, I., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, 170 pp.

LOURIDO RICO, A.M., *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 237 pp.

OLÁSOLO, H., *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 645 pp.

OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular. (Pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid, 2003, 190 pp.

ROMERO COLOMA, A.M., *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*, Civitas, Madrid, 2004, 101 pp.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 421 pp.

TOMÉ GARCÍA, J.A., *El procedimiento penal del menor tras la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 234 pp.

### **III. OTROS**

AA.VV. (MARTÍN MARTÍN y MARTÍNEZ TRISTÁN, F.G., coordinadores), *Derecho Judicial. (Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades. Inspección de Tribunales)*, Aranzadi, Pamplona, 2003, 281 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, J., *Estrategia de oratoria práctica para Abogados*, Colex, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.

GARCÍA PÉREZ, S. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Ley Orgánica del Poder Judicial (con las últimas modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 26 de diciembre, Documentación legislativa y jurisprudencial. Comentarios)*, Colex, Madrid, 2004.

MONTERO AROCA, J. y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Enjuiciamiento Criminal. Ley y disposiciones complementarias*, (8.<sup>a</sup> ed. concordada y anotada, actualizada a diciembre de 2003), Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MUERZA ESPARZA, J. (y otros), *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (con jurisprudencia), 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, 1575 pp.

VECINA CIFUENTES, J., DE LAMO RUBIO, J., NEBOT DE LA CONCHA, A., ABAD ORTIZ, P., *Ley de Enjuiciamiento Criminal (comentada) y legislación complementaria*, Tecnos, Madrid, 2003.