

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- El nuevo Juicio de Faltas. Análisis de su regulación desde una perspectiva práctica. *Ricardo Badás Cerezo* 11
- La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial. *Viviana Caruso Fontán* 31
- El proceso reeducador en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM). *Antonia Torres Gámez* . 69

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 109
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 117
- **Sentencia 233/2002 (Sala 2ª), de 9 de diciembre:** Declaración del coimputado: concreción del criterio de la “exigencia de motivación” 117
- **Sentencia 2/2003 (Pleno), de 16 de enero:** “non bis in idem” . 120
- **Sentencia 13/2003 (Sala 2ª), de 28 de enero:** Estafa. Fraude de subvenciones 131
- **Sentencia 22/2003 (Sala 2ª), de 10 de febrero:** Inviolabilidad del domicilio: consentimiento de uno de los cónyuges 136
- **Sentencia 33/2003 (Sala 1ª), de 13 de febrero:** Modificación de conclusiones e indefensión 140
- **Sentencia 42/2003 (Sala 2ª), de 3 de marzo:** Responsabilidad Civil derivada del delito 144

TRIBUNAL SUPREMO	147
— Acuerdo de 15 de febrero de 2002	147
— Acuerdo de 8 de marzo de 2002	147
— Acuerdo de 19 de abril de 2002	148
— Acuerdo de 24 de enero de 2003	148
— Acuerdo de 14 de febrero de 2003	148
— Sentencia 1733/2002, de 14 de octubre: Videovigilancia	149
— Sentencia 1671/2002, de 16 de octubre: Imputación objetiva de la muerte	150
— Sentencia 1717/2002, de 18 de octubre: Alzamiento de bienes	153
— Sentencia 1753/2002, de 22 de octubre: Determinación de la pena	156
— Sentencia 1747/2002, de 25 de octubre: Principio acusatorio: criterio jurisprudencial vigente	158
— Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre: Delitos contra el Medio Ambiente. Autoría	162
— Sentencia 1789/2002, de 31 de octubre: Responsabilidad civil derivada del delito	166
— Sentencia 1804/2002, de 31 de octubre: Asesinato. Alevosía ..	169
— Sentencia 1813/2002, de 31 de octubre: Inducción. Cooperación necesaria	172
— Sentencia 1803/2002, de 4 de noviembre: Registro domiciliario: consentimiento	175
— Sentencia 1836/2002, de 7 de noviembre: Recurso de casación para unificación de doctrina	177
— Sentencia 1835/2002, de 7 de noviembre: Apropiación indebida. Multa	178
— Sentencia 1864/2002, de 11 de noviembre: Juez predeterminado por la Ley (Competencia Audiencia Provincial/Tribunal del Jurado)	182
— Sentencia 1869/2002, de 18 de noviembre: Relación de causalidad	185

	<u>Página</u>
— Sentencia 1939/2002, de 19 de noviembre: Abuso sexual. Medidas de seguridad	187
— Sentencia 1948/2002, de 20 de noviembre: Principio de proporcionalidad de la pena.	189
— Sentencia 1940/2002, de 21 de noviembre: Atestado y testifical policial	192
— Sentencia 1994/2002, de 29 de noviembre: Proposición para delinquir	196
— Sentencia 2069/2002, de 5 de diciembre: Prescripción delito Fiscal	201
— Sentencia 2068/2002, de 7 de diciembre: Circunstancia atenuante de reparación del daño. Retroactividad de la Ley penal más favorable	207
— Sentencia 2054/2002, de 9 de diciembre: Tráfico de drogas. Tentativa	209
— Sentencia 2047/2002, de 10 de diciembre: Derecho a la “doble instancia”	210
— Sentencia 2052/2002, de 11 de diciembre: Delitos contra la Seguridad Social	213
— Sentencia 2067/2002, de 13 de diciembre: Miedo insuperable .	215
— Sentencia 2099/2002, de 18 de diciembre: Estructura de la sentencia	218
— Sentencia 2136/2002, de 23 de diciembre: Obstrucción a la justicia	220
— Sentencia 2156/2002, de 23 de diciembre: Refundición de condenas	223
— Sentencia 2174/2002, de 23 de diciembre: Apropiación indebida	226
— Sentencia 28/2003, de 17 de enero: Prueba ilícita: Doctrina de la conexión de antijuridicidad	228
— Sentencia 2122/2002, de 20 de enero: Tentativa inidónea	234
— Sentencia 37/2003, de 22 de enero: Falsedad documental (imprudente)	237
— Sentencia 1954/2002, de 29 de enero de 2003: Falsedad documental	239

AUDIENCIAS PROVINCIALES	245
— Auto 119/2002, de 7 de mayo (AP Vizcaya): Criterios jurisprudenciales para la inclusión en la condena en costas de las causadas por la acusación particular	245
— Sentencia 339/2002, de 13 de junio (AP Madrid): Interno que no se reintegra al Centro Penitenciario tras un permiso: debe considerarse que no estaba “privado de libertad”	246
— Auto 433/2002, de 18 de junio (AP Vizcaya): Impago de prestaciones alimenticias. Condena de responsabilidad civil por pensiones devengadas tras la denuncia	248
— Sentencia 144/2002, de 19 de junio (AP Valencia): Retención por Letrado de indemnizaciones correspondientes a los clientes ...	251
— Sentencia 383/2002, de 27 de junio (AP Vizcaya): Falsedad documental: sustitución de placa de matrícula de automóvil	254
— Sentencia 723/2001, de 8 de julio de 2002 (AP Madrid): Utilización de pasaporte falso fuera del territorio español: impunidad	255
— Sentencia 331/2002, de 9 de julio (AP Madrid): Abuso sexual: necesidad de ponderar cierta gravedad en el ataque al bien jurídico. Tocamiento de nalga	257
— Sentencia 339/2002, de 9 de julio (AP Madrid): Acuerdo de los magistrados de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid sobre la aplicación de la pena de privación del derecho a conducir ...	259
— Sentencia 290/2002, de 10 de julio (AP Madrid): Improcedencia de destruir cuadros falsificados	259
— Auto 1886/2002, de 10 de julio (AP Madrid): Vigilancia Penitenciaria: lugar de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda	261
— Sentencia 362/2002, de 11 de julio (AP Madrid): Formas imperfectas de ejecución del tipo de simulación del delito	262
— Sentencia 302/2002, de 12 de julio (AP Madrid): El aparato Drager Alcotest, modelo 7410, no está debidamente homologado	264
— Sentencia 394/2002, de 13 de julio (AP Valencia): Absolución por delito contra el Medio Ambiente	265
— Sentencia 550/2002, de 17 de julio (AP Madrid): Indemnización a trabajador autónomo en accidente de tráfico	266

	<u>Página</u>
— Sentencia 382/2002, de 22 de julio (AP Madrid): Circunstancias agravantes de la apropiación indebida	267
— Sentencia 576/2002, de 25 de julio (AP Madrid): El incumplimiento del régimen de visitas en los procedimientos matrimoniales no constituye, por sí solo, delito o falta de desobediencia	270
— Sentencia de 4 de septiembre de 2002 (AP Sevilla): Falta de legitimación de CEDRO para, por sí sola, perseguir los delitos contra la propiedad intelectual	272
— Sentencia 201/2002, de 18 de septiembre (AP Valencia): Atenuación de la pena en la aplicación conjunta de los artículos 379 y 380 del Código Penal	275
— Sentencia 679/2002, de 25 de septiembre (AP Madrid): Guardia Civil como testigo de referencia en conducción peligrosa	276
— Sentencia 683/2002, de 25 de septiembre (AP Madrid): La franquicia por daños a favor del Consorcio de Compensación de Seguros no se ha desarrollado	278
— Sentencia de 27 de septiembre de 2002 (AP Barcelona): Inspección de tributos: las actas de conformidad, de aprobación y conformidad y de propuesta de sanción no pueden integrar el tipo de prevaricación	279
— Sentencia 765/2002, de 27 de septiembre (AP Vizcaya): Administración desleal: contraer obligaciones a cargo de la sociedad	281
— Sentencia de 24 de octubre de 2002 (AP Sevilla): No facilitación a los trabajadores de medidas de seguridad: requisitos objetivos del tipo y sujetos activos responsables	284

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Circular 1/2003, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado	289
---	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	329
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	337
— Derecho Procesal Penal	341

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL NUEVO JUICIO DE FALTAS. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA

RICARDO BADÁS CEREZO

Juez. Secretario Judicial excedente

Los comentarios que vienen a continuación tienen el modesto propósito de hacer un examen práctico de la nueva regulación del juicio de faltas, que introduce la Ley 38/2002, de 24 de octubre. No se trata de hacer una crítica de la Ley, sino de aportar soluciones a los diversos problemas que plantea dicha regulación, en una primera lectura; sobre todo pensando en los juzgados de pequeñas poblaciones.

A modo de introducción, destacamos algunas expresiones de la exposición de motivos de la Ley 38/2002, que nos permiten poner de manifiesto cuál es la intención del legislador, con la reforma de la regulación del Juicio de Faltas: Dentro de la finalidad última, que es la *aceleración de la justicia penal*, se considera que uno de los instrumentos es el *enjuiciamiento inmediato de las faltas*. Este enjuiciamiento inmediato se prevé no para todas las faltas, sino para aquellas faltas cuya incidencia en la seguridad ciudadana es notoriamente relevante. En la exposición de motivos, cuando se habla de *faltas que inciden notablemente* en la seguridad ciudadana, se mencionan, únicamente, hurtos y lesiones que requieran simplemente una asistencia facultativa, aunque como luego veremos la lista se amplía y se matiza.

Este enjuiciamiento inmediato, al que se refiere la exposición de motivos, lo va a llevar a cabo: 1. El propio Juzgado de Guardia que tiene noticia del hecho; 2. Otro Juzgado distinto al de guardia (si no es posible el enjuiciamiento inmediato). En este caso, el Juzgado de guardia se limita a la citación de las partes, para que el juicio se celebre (en otro Juzgado) en un breve término.

Hecha esta primera aproximación, que nos ofrece la exposición de motivos, pasamos ya al análisis de la regulación positiva.

La Ley que comentamos da una nueva redacción a los artículos 962 a 971, 973, 974 y 976, respetando la redacción de tres preceptos, que son los artículos **972, 975 y 977**. Analizamos en primer lugar estos preceptos.

El **artículo 972** establece: “*De cada juicio se extenderá un acta diaria, expresando clara y sucintamente lo actuado, la cual se firmará por todos los concurrentes al mismo que puedan hacerlo, a cuyo efecto deberá el Juez adoptar las disposiciones necesarias para que no se ausenten, hasta que dicha acta esté extendida*”.

Se refiere el precepto a la documentación del Juicio de Faltas, que se hace por medio de la tradicional y obsoleta acta, escrita de puño y letra por el Secretario Judicial. Entiendo además que no es un acta sucinta, en la que el Secretario deba limitarse a consignar los aspectos básicos del acto, sino una acta amplia, en la que en la medida de lo posible —muchas veces no lo es— se recogieran las preguntas y respuestas —o por lo menos estas últimas— que se hagan a los inculcados, y a los testigos que intervengan, ya que precisamente sobre lo que está recogido expresamente en el acta deberá el juez dictar sentencia. Tratándose de Juzgados mixtos, en pequeñas poblaciones, entiendo —aunque se trata de una cuestión opinable— que es mucho más operativo para el Juzgado que el Secretario Judicial habilite para la documentación de estas actas al correspondiente oficial.

Por otro lado, el artículo que estamos comentando exige que el acta se firme por “todos” los concurrentes. Es decir, que el acta debe ser firmada por el Juez, el Secretario, el Fiscal, los letrados que intervengan, los procuradores, la persona que ha declarado como denunciante, el denunciado, los que han declarado como testigos, o como peritos, etc, etc. Entiendo que, a pesar de lo que pueda desprenderse de la dicción legal, es suficiente con que el acta la firmen los miembros del Tribunal, es decir, el Juez, el Secretario (u oficial habilitado), el Ministerio Fiscal, los Letrados y Procuradores, sin que sea necesario que la firmen ni los denunciantes, ni los denunciados, ni los testigos, ni los peritos. Y esto lo digo por experiencia. Al desarrollarse los juicios, resulta mucho más operativo, más práctico, y menos gravoso para los ciudadanos que acuden a los Juzgados a declarar como testigos y peritos, el que una vez practicada su declaración, puedan ausentarse de la Sala de Audiencias, sin necesidad de esperar a que se desarrolle todo el acto del juicio, para firmar el acta al final, tras tediosa espera.

Lo que propongo para el juicio de faltas se está haciendo —existen previsiones legales al respecto— en los juicios civiles. Se me puede decir que eso es posible en los juicios civiles porque se graban en soporte audiovisual, y la presencia del testigo queda constatada a través del vídeo, o del DVD. Esto es cierto, y no ocurre en los juicios de faltas, que no se graban —creo que no es necesario este coste adicional que supondría grabar todos los juicios de faltas— pero entiendo que la fe pública del Secretario Judicial debe ser suficiente. Si un fedatario público pone de manifiesto, en el acta, que han comparecido tales testigos o peritos, y que han emitido sus declaraciones, es suficiente para dejar constancia de esa comparecencia, y los testigos y peritos —y también las par-

tes: denunciante y denunciado, si han comparecido, como es frecuente, con letrado, e incluso con procurador y letrado— una vez que han declarado, pueden ausentarse. A mayor abundamiento el artículo 788.6, relativo al procedimiento abreviado, cuando regula el acta del juicio, no menciona que la misma deba ser firmada por todos los concurrentes al acto. El precepto puede ser aplicado al juicio de faltas.

Por su parte el **artículo 975** sigue contemplando la posibilidad de las sentencias *in voce*. Según dicho precepto: “*Si las partes, conocido el fallo, expresan su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia*”.

Se trata de una posibilidad legal, la de la sentencia *in voce*, que estaba contemplada en la anterior regulación, y que ahora se mantiene, si bien poco uso de ella se ha hecho en los Juzgados. Efectivamente, los jueces han sido reacios a la sentencia *in voce* (mejor: fallo *in voce*), y ello se explica por dos razones: En primer lugar, porque no es tan fácil como parece, ya que en cualquier simple hurto, o unas lesiones constitutivas de falta, en las que los hechos aparecen controvertidos, se han producido declaraciones cruzadas y contradictorias, de los partícipes y de los testigos, etc., etc., no permite, so pena de sentencias rápidas, pero injustas, hacer una valoración mínimamente sosegada de los diferentes elementos probatorios. Y en segundo lugar, porque no es práctico, ya que *in voce* se puede adelantar el fallo, pero la sentencia debe ser escrita igualmente.

Por último, permanece también sin modificar el **artículo 977** de la LECrim, según el cual: “*Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia no habrá lugar a recurso alguno. El órgano que la hubiese dictado mandará devolver al Juez los autos originales, con certificación de la sentencia dictada, para que proceda a su ejecución*”.

En este punto no se produce ninguna modificación, no mereciendo el precepto comentario alguno, sin perjuicio de las consideraciones que hacemos al final de este trabajo, sobre la apelación en el juicio de faltas.

Pasamos ahora al análisis de los preceptos modificados (**artículos 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 973, 974, y 976**).

A la vista de lo dispuesto en los **artículos 962, 963, 964, y 965**, podemos, en principio, distinguir varios casos (artículo 962):

1. Que se trate de una falta de lesiones dolosas, tipificada en el artículo 617.1 del Código Penal: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no definida como delito en este código, será castigado con pena de arresto de tres a seis fines de semana, o multa de uno a dos meses”.

Se trata de una lesión dolosa, siempre que el lesionado *no haya precisado más que una primera asistencia facultativa, sin tratamiento médico o quirúrgico*. Pero además es necesario que el **ofendido** sea alguna de las personas a que se refiere el artículo **153 del Código Penal**, es decir: Cónyuge o persona a la

que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.

Estos supuestos, **falta de lesiones dolosas en el ámbito familiar**, por desgracia, cada día más frecuentes, no creo, sin embargo, que tengan mucha incidencia en pequeñas poblaciones (con dos o tres Juzgados).

2. *Que se trate de una falta de malos tratos de obra del artículo 617.2 del Código Penal*: “El que golpear o maltratar de obra a otro, sin causarle lesión, será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana, o multa de diez a treinta días”.

Como en el caso anterior, **el ofendido** tiene que ser una de las personas que enumera el **artículo 153 Código Penal**.

3. *Que se trate de alguna de las faltas del artículo 620 del Código Penal*: “1.º Los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito. 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”.

“Los hechos descritos en éste artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Como en el caso anterior, **el ofendido** tiene que ser una de las personas que enumera el **artículo 153 del Código Penal**.

4. *Que se trate de una falta de hurto del artículo 623.1 del Código Penal*: “serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana, o multa de uno a dos meses: 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 300 euros”.

En este caso, el hurto tiene que ser **flagrante** (artículo 962 LECrim).

Ante este tipo de hechos —los cuatro anteriores— (creo que sin demasiada incidencia en poblaciones pequeñas), el artículo 962 de la LECrim da a la Policía Judicial una serie de instrucciones, sobre la forma en que tiene que actuar. (No hay que olvidar que en las poblaciones de las que estamos hablando la “Policía Judicial” está integrada por la Guardia civil, o por la Policía local). Concretamente, la Policía Judicial, cuando reciba la correspondiente denuncia, por alguno de los hechos descritos anteriormente, debe proceder **de forma inmediata** a citar para ante el Juzgado de Guardia (es decir para que comparezcan ante el Juzgado de Guardia), a las siguientes personas: **1. Al denunciado** (persona o personas que resulten denunciadas) **2. A los testigos**, y **3. A los ofendidos o perjudicados** (lesionado, maltratado, injuriado, sujeto pasivo del hurto, etc.).

El propio artículo 962 establece una serie de reglas, que debe observar la Policía, para la práctica de dichas citaciones. Concretamente, podemos distin-

guir: **1. Citación del denunciado.** Se le apercibirá (la policía) de las consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia; se le apercibirá, igualmente, de que el juicio de faltas podrá celebrarse de forma inmediata en el Juzgado de Guardia, incluso aunque no comparezca; también, debe apercibirse al denunciado de que debe comparecer, con los medios de prueba de que intente valerse. También, a la persona denunciada, se le informará sucintamente de los hechos en que consista la denuncia, y del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado (pero no lo designará de oficio). Esta última información debe ser practicada por escrito. **2. Citación del denunciante, ofendido, o perjudicado.** Se le apercibirá de las consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia; se le apercibirá igualmente de que el juicio de faltas podrá celebrarse de forma inmediata en el Juzgado de Guardia, incluso aunque no comparezca, y también que debe comparecer con los medios de prueba que tenga. Igualmente, la policía tiene que informar al denunciante, y al ofendido o perjudicado, de sus derechos (artículo 771.1 LECrim). **3. Citación de los testigos.** La Policía tiene que apercibir a los testigos de las consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia.

Estas **citaciones** que debe practicar la policía plantean una serie de problemas, que luego analizaremos.

Es la Policía Judicial la que **fija la hora de la comparecencia** de todas estas personas (denunciante, denunciado y testigos) ante el Juzgado de Guardia, si bien el precepto establece que la Policía Judicial tiene que estar coordinada con el Juzgado de Guardia (a estos efectos, la Ley prevé que el CGPJ dicte los correspondientes reglamentos que tendrán por objeto la ordenación de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción).

Practicadas las anteriores diligencias, la Policía Judicial **hará entrega del atestado en el Juzgado de guardia** (artículo 962.3).

Hasta aquí la regulación legal contenida en el artículo 962, que nos merece los siguientes comentarios:

La regulación presupone la existencia de una importante dotación y medios de la Policía Judicial, que a partir de ahora, tratándose de las faltas a las que es aplicable (recordemos: lesiones, malos tratos, amenazas, vejaciones e injurias en el ámbito familiar, y hurtos flagrantes), tiene que practicar las diligencias anteriormente señaladas (citaciones). Sin embargo, no creo que suponga un excesivo esfuerzo, teniendo en cuenta los casos para los que está previsto; porque por ejemplo, en el caso de las lesiones y malos tratos familiares, la infracción se desarrolla, normalmente, en el ámbito reservado del hogar familiar. Normalmente, también, será la mujer lesionada o maltratada la que denuncie, cerrándose pronto el círculo de intervinientes y posibles testigos. Lo mismo en el caso de los hurtos flagrantes. Es decir, para los casos en que está previsto que la Policía Judicial practique las citaciones, que señala el artículo 962 de la

LECrim, no tiene por qué haber problemas, y sobre todo en poblaciones pequeñas o medianas.

Con relación al concepto de flagrancia, respecto de los hurtos, habrá que estar a la definición, que de la misma se contiene en el **artículo 795.1.1.º**, que se refiere a “delitos”, pero que es aplicable a las faltas de hurto. La definición legal es la siguiente: “...se considerará delito (y falta) *flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él*”.

A la vista del tenor literal del precepto, la Policía, en cuanto tenga noticia de algún hecho que presente las características señaladas, debe proceder de **forma inmediata** a realizar las correspondientes citaciones (denunciante, denunciado y testigos), y deberá **señalarles la hora** de la comparecencia en el Juzgado de Guardia (si bien esto último —la fijación de la hora— lo hará previamente coordinado con el propio Juzgado de Guardia, y de acuerdo con lo establecido en los reglamentos que apruebe el Consejo General del Poder Judicial). Tal y como está redactado el precepto, entiendo que lo que quiere la Ley es que el mismo día que la Policía recibe la denuncia se practiquen las citaciones. Al ser la propia Policía la que fija la hora, será necesaria una importante labor organizativa y de coordinación, de la Oficina Judicial, con la Policía. En la práctica, no veo grandes inconvenientes, por lo que respecta a los aspectos organizativos (siempre que el Fiscal se encuentre presente), para el desarrollo de estas actuaciones en los Juzgados de poblaciones pequeñas o medianas. Al principio, la aplicación de esta normativa puede causar problemas puntuales y disfunciones, pero en poco tiempo será asimilada con normalidad por los Juzgados (son imprescindibles los cursos de reciclaje para los funcionarios de la Oficina). Pronto se considerará normal, por ejemplo, en una población con dos o tres Juzgados, que el Juzgado de guardia (semanal), además de atender a los “detenidos normales” (para entendernos: Recepción del atestado, lectura de derechos, declaración con asistencia letrada, posible comparecencia con intervención del Ministerio Fiscal, para peticiones sobre situación personal, decisión sobre situación personal, actuaciones en su caso para el ingreso en prisión, etc.), celebre el correspondiente juicio de faltas, por ejemplo, respecto de un hurto frustrado, estando presentes (porque les ha citado la policía) el denunciado, el dueño del supermercado en el que fue sorprendido el autor del hecho, y una de las dependientas del establecimiento que presencié los hechos, o uno de

los policías que intervino; y siempre que en el atestado conste el valor de los efectos sustraídos (o que se han intentado sustraer).

Desde el punto de vista del “papeleo” que generan estas actuaciones, no veo grandes inconvenientes.

Otra cuestión, que puede plantear la lectura del artículo 962, es la de si la Policía Judicial está obligada o no a practicar en el atestado otras diligencias, aparte de recoger la denuncia, y practicar las citaciones anteriormente mencionadas. Es decir, si la Policía Judicial debe o no recibir declaración policial al denunciado, a los testigos, etc. Entiendo, a la vista de la regulación, que la Policía Judicial *no debe practicar otras diligencias* que la recepción de la denuncia y las citaciones, bien entendido, que esta forma de actuar (de la Policía) sólo es aplicable, a las faltas que venimos mencionando (lesiones en el ámbito familiar; malos tratos en el ámbito familiar; amenazas, etc., en el ámbito familiar, y hurto flagrante).

El artículo 962 dice a quién debe citar la policía, en estos casos (denunciante, perjudicado u ofendido, denunciado y testigos), pero deja sin resolver dos cuestiones: La primera es la de *cómo* debe la Policía practicar esas citaciones; y la segunda es la de determinar qué apercibimientos debe hacer la Policía al denunciado, denunciante y testigos, respecto de cual sean **las consecuencias de la incomparecencia ante el Juzgado de Guardia**.

Con relación a la primera cuestión, parece que será necesario que la propia policía genere sus propios impresos de citación, realizando los agentes de forma material la diligencia, constituyéndose, si fuere necesario, en el domicilio de los que deban ser citados. No obstante, entiendo que es aplicable a los supuestos de juicio de faltas lo previsto para el “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, en los apartados 2 y 3 del artículo 796 LECrim. Concretamente, el apartado 3 de dicho precepto establece que: “*Si la urgencia lo requiriere, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta*”.

La segunda de las cuestiones apuntadas plantea mayores problemas, ya que el artículo 962, que está hablando de **citaciones policiales** (del denunciante, del denunciado, y de los testigos), exige que la policía **aperciba** a todos ellos **de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia**, pero no señala cuáles sean todas esas consecuencias. Entiendo que el artículo 967 no es aplicable a esta citación policial, ya que dicho precepto está pensando en la citación hecha por el Juzgado. Se trata de una laguna legal, que puede traer problemas en la práctica.

Actuaciones una vez que el atestado (por las faltas señaladas) se recepciona en el Juzgado de Guardia (artículo 963).

A la vista del atestado, el Juez de guardia tiene que hacer la correspondiente valoración, y tomar la decisión que estime adecuada, dada la naturaleza de los hechos a que dicho atestado se refiera. En primer lugar, a la vista del atestado, y de los hechos denunciados, debe hacer una inicial calificación de ellos (estamos hablando de que se trata de un atestado por lesiones o malos tratos en el ámbito familiar, o de un hurto flagrante). En el caso de malos tratos de obra, parece que no se plantean mayores problemas de calificación. Sin embargo, sí se plantean esos problemas en el caso de las lesiones, y en menor medida, en el caso del hurto. En el caso de las lesiones porque, para que una lesión pueda ser calificada de falta, es necesario que un médico examine al lesionado y emita un informe no sólo sobre si ha sido suficiente con una asistencia facultativa (en otro caso sería delito), sino sobre los posibles días de curación (incapacidad, impeditiva o no), y posibles secuelas; aspectos, estos últimos, que no inciden en la calificación jurídico-penal, pero sí sobre las consecuencias civiles de los hechos, en orden a la fijación de la correspondiente indemnización.

En estos casos, nos encontramos con una persona lesionada (la lesión puede ser importante, aunque sólo precise una asistencia facultativa), que a lo mejor, antes de pasar por la Comisaría de policía, ha pasado por el hospital, para curarse (en ese caso, al atestado se incorporaría no el “parte facultativo”, que llegará unos días después, sino el “volante” que hayan dado al lesionado en el Centro Médico). La cuestión que me planteo, y que no está prevista, en la regulación legal, es la de si en estos casos de lesiones, antes de que el Juez tome la decisión de lo que debe hacerse, es necesario que el lesionado sea examinado por el Médico Forense, que además deberá remitir el correspondiente informe. Y otra pregunta: Este informe, que, entiendo, debe emitir el Médico Forense, ¿debe de hacerlo por escrito, o podría hacerlo de forma oral en el acto del juicio?

Creo que la forma de proceder en este caso será la siguiente: El denunciante —lesionado—, una vez comparezca en el Juzgado de Guardia (porque ha sido citado por la Policía) debe ser examinado por el Médico Forense. Dicho facultativo, de forma inmediata, debe confeccionar el correspondiente informe (no tan simple de hacer) sobre si las lesiones que presenta, para su curación, van a precisar una única asistencia facultativa, o si por el contrario va a ser necesario, además, un tratamiento médico o facultativo. Ahora bien, sobre lo que no va a poder informar el médico Forense, como es lógico, es sobre los posibles días de curación, ni sobre las posibles secuelas, con lo que el informe ha de ser necesariamente incompleto.

Para solucionar este problema podemos acudir a lo dispuesto en el artículo 794 de la LECrim, que aunque previsto para el Procedimiento abreviado, entiendo resulta de aplicación al juicio de faltas. Dicho precepto establece que: *“Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las*

partes podrá instar, durante la ejecución de la Sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación...”.

En el caso del hurto, la calificación como delito o falta depende de que el valor del objeto material no sobrepase los 300 euros. En este caso no se van a plantear excesivos problemas, ya que se trata de hurtos flagrantes, y por ello, normalmente, hurtos intentados, por lo que se habrá procedido a la reparación de los bienes sustraídos, cuyo valor puede hacerse constar en el atestado, por manifestación del propio perjudicado (dinero metálico, facturas de compra, etc.), siendo suficiente para la calificación con dicho valor, sin que sea necesario —en mi opinión—, en la mayoría de los casos, que un perito valore dichos efectos, a no ser que el Juzgado (difícil en las pequeñas poblaciones de las que estamos hablando), disponga de un perito judicial adscrito.

Hecha la **calificación inicial**, es decir, que los hechos son constitutivos de falta, y además, que se trata de una falta de las que estamos contemplando, es decir del artículo 617.1, 617.2 y 620 del Código Penal (en el ámbito familiar) y 623.1 (hurto flagrante), el Juez de Instrucción de guardia, que ha recibido el atestado, tiene que hacer otra comprobación: Ver si es competente territorialmente, por razón del lugar donde se haya cometido la falta. Normalmente no se van a plantear problemas en este punto, ya que el artículo 962, cuando se trata de las faltas de las que estamos hablando, exige, para que la Policía deba proceder de forma inmediata a realizar las citaciones que el precepto establece, que se trate de faltas “...cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial...”. De esta manera, el precepto está exigiendo que la Policía haga una calificación sobre la competencia territorial del Juzgado de Instrucción. Como digo, no creo que se planteen problemas. Ahora bien, desde el punto de vista teórico, cabría pensar en la posibilidad de que, una vez que el Juez de Instrucción tiene en sus manos el atestado, compruebe que él no resulta competente (desde el punto de vista territorial), sino que el competente es otro Partido Judicial. Creo que en este caso entraría en juego el artículo 965.1.º de la LECrim, que aunque está pensando “en otras faltas” (a las que se refiere el artículo 964), entiendo que es aplicable a este supuesto. Concretamente, el artículo 965.1.1.ª dice: “*Si estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a un juzgado de otro partido judicial (...), le remitirá lo actuado para que éste proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones*”. La solución más correcta, a mi juicio, sería incoar diligencias previas, y dictar auto de inhibición.

Fuera de este caso, más teórico que práctico, el Juez de Instrucción debe decidir **sobre si procede o no la inmediata celebración del juicio de faltas** (en las propias dependencias del juzgado de Guardia; en la sala de audiencias —si está disponible ese día—, en las dependencias de la oficina judicial, etc.).

La celebración **inmediata** será posible en los siguientes casos: 1) Cuando hayan comparecido todas las personas citadas por la Policía (denunciante, de-

nunciado y testigos); 2) Aunque no hayan comparecido —siempre que conste su citación con los requisitos legales— si el juez considera que no es necesaria su presencia, para el desarrollo y resolución del juicio.

Por otro lado, a la vista del atestado, el Juez puede considerar, que no es posible la inmediata celebración del juicio, por resultar imposible, en ese momento, la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.

En definitiva, el Juez de instrucción de guardia debe examinar el atestado que le presenta la Policía, y debe constatar los siguientes extremos: 1) Que los hechos que se relatan en el atestado son falta; 2) Que se trata de una de las faltas a que se refiere el artículo 962; 3) Que es competente territorialmente, por razón del lugar de los hechos; 4) Que la Policía Judicial ha practicado las citaciones de denunciante, denunciado y testigos, y que dichas citaciones se han practicado con cumplimiento de los requisitos legales (apercibimientos e informaciones). Por otro lado, debe estar presente el Ministerio Fiscal, y deben estar presentes las personas citadas (si alguna de ellas —debidamente citada— no comparece, el Juez, y creo que también el Ministerio Fiscal, debe valorar si la declaración de la persona no comparecida es o no necesaria para el desarrollo del juicio. Además (artículo 693.2) si alguna de las partes (denunciante o denunciado) quisiera ser asistida por abogado de oficio, se procederá a su inmediata designación. (La Ley no dice cómo).

Hasta aquí hemos contemplado los supuestos a que se refieren los artículos 962 y 963 de la LECrim, que únicamente contemplan un tipo específico de faltas (las que el legislador ha considerado que tienen una mayor incidencia en la seguridad ciudadana), como son las lesiones (617.1 C.P.), malos tratos (617.2 C.P.), amenazas, vejaciones, insultos, etc. (620 C.P.), todas ellas en el ámbito familiar (artículo 153 C.P.); y hurtos (623.1 C.P.) flagrantes.

Los artículos 964, 965, 966 y 967 de la Ley se refieren a *las otras faltas*, es decir, las demás faltas.

Para estos demás casos previene el artículo 964 que la Policía Judicial, en cuanto tenga conocimiento o noticia de un hecho que presente caracteres de falta (una primera calificación jurídico-penal, hecha por la Policía), *formará el correspondiente atestado*. En este caso no se trata de un atestado simple, como el que se previene en el artículo 962 (citaciones), sino que en él la Policía tiene que practicar todas las diligencias que considere procedentes: Recepción de la denuncia; declaración del denunciado; declaraciones de posibles testigos; valoraciones; ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado, etc.

Este atestado “completo”, una vez instruido por la Policía Judicial, es remitido al Juzgado de Guardia.

Para estos supuestos (las demás faltas) no se prevé que sea la Policía la que practique citación alguna. Se limita a la confección del atestado “como siempre”, y se remite al Juzgado de Guardia (**se remitirá sin dilación al Juzgado de**

Guardia). Mientras que en los supuestos contemplados en el artículo 962 la Ley dice: “*en estos casos, la Policía Judicial hará entrega del atestado al Juzgado de guardia, en el que consten las diligencias y citaciones practicadas y, en su caso, la denuncia del ofendido*”, el artículo 964 (otras faltas), dice: “*La policía (...) formará, de manera inmediata, el correspondiente atestado, que remitirá sin dilación al Juzgado de guardia*”. Parece que en el primer caso la Policía tiene que hacer entrega material del atestado en el Juzgado de Guardia, a través de sus agentes. En el segundo caso parece que es suficiente con la remisión por correo.

Pues bien, para estos otros casos (atestado normal), una vez que el atestado es recibido en el Juzgado de Guardia, el Juez de Instrucción de guardia debe tomar alguna de las *siguientes decisiones* (también en el caso de que el ofendido o perjudicado haya comparecido directamente en el Juzgado de Guardia, a formular una denuncia contra persona determinada):

- 1) Acordar la celebración inmediata del juicio de faltas.
- 2) Entender que el enjuiciamiento corresponde a un Juzgado de paz del partido (por la naturaleza de la falta, artículo 14 LECrim), o bien que es competente territorialmente otro partido judicial.
- 3) Entender que no es posible la celebración inmediata, y hacer el señalamiento de día y hora, en que se ha de celebrar el juicio de faltas.

1) *Celebración inmediata.*

Creo que la “celebración inmediata” en casos distintos a los contemplados en el artículo 962 va a resultar, por lo menos, en la práctica, bastante dificultosa, con relación a determinados supuestos de falta. Estoy pensando en las faltas de lesiones dolosas, y fundamentalmente en los juicios de faltas por hechos de tráfico en los que se han producido lesionados; algunos supuestos de coacciones o estafas, y muchos otros, en los que la calificación jurídico penal como falta no es sinónimo de simplicidad, sobre todo, probatoria. Tampoco creo que sea posible celebrar estos juicios en siete días.

Será el Juez, a la vista del atestado, el que valore la posibilidad de celebrar de forma inmediata el juicio de faltas (casos simples, con un reducido número de intervinientes). Para que esto sea posible, en base a lo dispuesto en el artículo 964.2 de la LECrim, es necesario: 1) Que esté identificado el denunciado; 2) Que fuere posible citar (por el juzgado) a todas las personas que deban ser convocadas, para que comparezcan, mientras dure el “servicio de guardia”; 3) Que las personas citadas —con los requisitos, apercibimientos e informaciones preceptivas— efectivamente comparezcan (tienen que ser citados: el Ministerio Fiscal; querellante o denunciante; denunciado; testigos y peritos, que puedan dar razón de los hechos); 4) A las partes que lo soliciten será necesario nombrarles un abogado de oficio.

Insistiendo en la reflexión que hacíamos antes, en el sentido de que vemos dificultades para que los plazos legales se cumplan en la práctica, podemos pensar en un accidente de tráfico, con varios vehículos implicados, varios lesionados, varias Compañías de Seguros; diversos testigos presenciales etc.; o una pelea con diferentes lesionados; o una falta de hurto continuada, con varios perjudicados, a cada uno de los cuales hay que hacer el ofrecimiento de acciones, y que viven en distintos partidos judiciales, etc.; o en los múltiples supuestos en los que deben librarse exhortos para la práctica de las citaciones de los diversos implicados.

Creo que el legislador está pensando en otros tipos de faltas, tipificadas también en el Libro III del Código Penal, de estructura sencilla (aunque la experiencia demuestra que casos que parece que no van a presentar dificultad alguna, se pueden complicar de forma inimaginable). Por ejemplo, creo que sí se podrían celebrar de forma inmediata —en el servicio de guardia— los siguientes juicios, a título de ejemplo: Una denuncia por malos tratos de obra (**artículo 617.2**), no en el ámbito familiar; la falta del **artículo 618** (falta de auxilio a menor abandonado...); el supuesto de amenaza leve, coacciones, injurias etc., fuera del ámbito familiar, que contempla el **artículo 620**; la falta de daños intencionados, que contempla el **artículo 625.1**, etc.; en definitiva, estando identificada la persona del denunciado, será la mayor o menor complejidad del asunto, a criterio del Juez de Guardia, lo que determine a éste a la celebración inmediata, o a la posposición para otro día, del juicio, una vez practicadas diligencias que considere imprescindibles.

2) *Entender, que el conocimiento le corresponde a un Juzgado de Paz del partido, o a otro Juzgado de Instrucción de distinto partido judicial.*

En este caso, lo que sucede es que el Juez de Instrucción de guardia, a la vista del atestado, entiende: O bien que se trata de una falta competencia de los Juzgados de paz, o bien que él no es competente territorialmente.

Para este supuesto, el precepto dice: “...le remitirá lo actuado, para que éste proceda a realizar el señalamiento del juicio, y las citaciones”.

La redacción del precepto deja una cuestión sin resolver, como es la de determinar, en estos casos, qué tipo de actuaciones deben incoarse. Existen tres posibilidades: La primera sería la incoación de diligencias indeterminadas y, por medio de providencia, acordar la remisión del atestado al Juzgado de paz, o al otro partido judicial; la segunda, incoar Diligencias Previas y dictar auto de inhibición, con audiencia y posible recurso del Ministerio Fiscal, y la tercera incoar directamente Juicio de Faltas, y remitirlo al Juzgado competente.

Entiendo que lo más correcto es la incoación de Diligencias Previas, y posteriormente o simultáneamente (en la misma resolución de incoación), acordar la inhibición, dando traslado del auto, para posible recurso o fórmula de visto, al Ministerio Fiscal.

No debe olvidarse que el artículo 779.2.^a de la LECrim, en su redacción actual, sigue posibilitando que, pese a la calificación inicial de falta, hecha por la Policía Judicial en el atestado, el Juez instructor, inicialmente, no esté de acuerdo con dicha calificación, y precisamente, en orden a determinar “la naturaleza y circunstancias del hecho” (artículo 777), acuerde la incoación de diligencias previas, sin perjuicio de que posteriormente “repute los hechos falta”. En este caso estamos hablando de una incoación “indirecta” de juicio de faltas.

3) *Que el Juez de Instrucción de Guardia entienda que no es posible la celebración de juicio inmediato.*

En el caso de que, a la vista del atestado, el Juez de guardia entienda que no es posible la celebración inmediata del juicio, debe dictar la correspondiente resolución (Auto), para “justificar” esa decisión. En la misma resolución, **el Juez de Guardia** debe hacer **el correspondiente señalamiento**, ya sea él mismo el encargado de su celebración, ya sea otro Juzgado del mismo partido (por razones de reparto). Es decir, la Ley exige que sea el propio Juez de Instrucción de Guardia el que haga el señalamiento (a él mismo, o a otro Juzgado del partido); estableciendo además la Ley (artículo 965.2) un plazo máximo, para dicho señalamiento, que se fija en **7 días**. El mismo Juzgado de Guardia que ha hecho este señalamiento debe encargarse de practicar las citaciones a las partes, testigos y peritos. Ese plazo máximo de 7 días se reduce a 2, en el caso de que no haya sido posible la celebración inmediata de los juicios de faltas, a que se refiere el artículo 962.

Lo más relevante, del precepto que estamos comentando (artículo 965.2), es lo relativo al plazo máximo de siete días; que además no es un plazo que quiera la ley que se agote, ya que lo primero que dice el precepto es: “*El señalamiento se hará para el día más próximo posible*”.

Con relación a este plazo máximo de siete días (entre la recepción del atestado y el señalamiento del juicio), plazo en el que además el juzgado tiene que practicar las citaciones pertinentes, lo cierto es que no creo que pueda ser cumplido por los Juzgados, fundamentalmente con relación a dos tipos de faltas: Las derivadas de accidentes de tráfico y las lesiones, a no ser que el juicio se celebre sin esperar a los informes de sanidad (lo cual no arregla nada), dejando para la fase de ejecución de sentencia la determinación del *quantum* de las responsabilidades civiles, con base en lo dispuesto en el artículo 794.1.º de la LECrim.

Quizá sea posible lograr el cumplimiento de esos plazos con relación a otro tipo de faltas de menor complejidad en cuanto al elenco de intervinientes, y ello en pequeñas poblaciones. No creo que sea posible el cumplimiento de esos plazos en las grandes y medianas poblaciones, ya que no hay que olvidar que en los casos que estamos comentando (*otras faltas*), las citaciones de los que deben comparecer al juicio **no las practica la Policía Judicial**, como en el caso

del artículo 962, sino que las debe practicar el Juzgado que ha realizado el señalamiento.

El artículo 967 de la LECrim, da normas para la práctica de estas citaciones, que son citaciones judiciales. Con relación a estas citaciones, cabe distinguir:

1. Citación al **denunciante, ofendido, o perjudicado.**

Para esta citación, debe ser confeccionada la correspondiente *cédula de citación* (artículo 175 LECrim). En dicha cédula, además de los requisitos genéricos, que se desprenden de los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 175, se incluirán los siguientes apercibimientos e informaciones: a) Que se le cita en calidad de denunciante, ofendido o perjudicado; b) Que puede comparecer al juicio asistido de letrado, si lo desea; c) Que debe acudir al juicio con los medios de prueba de que intente valerse, y d) Se le apercibirá de que, en caso *de no comparecer*, ni alegar justa causa para dejar de hacerlo, podrá ser sancionado con una multa de 200 a 2.000 euros.

Los Juzgados tienen que ser muy escrupulosos a la hora de la confección de estas cédulas y la práctica de estas citaciones, ya que la realización incorrecta puede producir indefensiones a las partes. La actualización del importe de la multa es importante.

Creo que la citación del **denunciante**, perjudicado u ofendido puede hacerse válidamente por correo certificado, con acuse de recibo, aunque lo corto de los plazos (7 o 2 días) va a hacer imposible, en la práctica, esta forma de citación, por lo que lo que habrá que —en las pequeñas poblaciones— o bien encomendar a la Policía estas citaciones, o bien al Agente Judicial del Juzgado, que deberá proceder a su práctica.

2. Citación del **denunciado.**

Para esta citación, debe confeccionarse, igualmente, la correspondiente *cédula*. En esta cédula, además de los requisitos ordinarios (artículo 175), deben hacerse los siguientes apercibimientos o informaciones: a) Que se le cita en calidad de denunciante; b) Que puede comparecer al juicio asistido de letrado, si lo desea; c) Que debe acudir al juicio con los medios de prueba de que intente valerse; d) Se le apercibirá de que, en el caso de que no comparezca, ni alegue justa causa, para dejar de hacerlo, podrá ser sancionado con una multa de 200 a 2.000 euros, y además se le indicará en la cédula que su ausencia injustificada no suspenderá la celebración del juicio, siempre que conste haberse citado con las formalidades previstas en la Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquel (artículo 977). (Sobre este último punto, la nueva Ley deja sin resolver de forma expresa, un problema, que se ha planteado, como es el de determinar si es lícita o no una

detención, para hacer comparecer al denunciado que no lo ha hecho. La cuestión es la de si el Juez que está celebrando el juicio, ante la incomparecencia injustificada del denunciado, puede o no suspender el juicio, y acordar que dicho denunciado sea detenido, y conducido por la Policía a su presencia. La verdad, no creo que esto se pueda hacer, por varias razones: No se trata de un testigo; la Ley no lo prevé expresamente; en su condición de imputado no tiene obligación de declarar, ni de confesarse culpable; la propia LECrim establece que, por simples faltas, no se puede detener, etc. Lo único que prevé la Ley es la imposición de una multa de 200 a 2.000 euros).

Además, la citación del denunciado tiene la especialidad (artículo 967.1, párrafo último), de que con la cédula debe entregarse “copia” de la denuncia, o de la querella, que se haya presentado. En el caso, poco frecuente, de querella, esta previsión, que ya recogía la regulación anterior, me parece lógica; sin embargo en los supuestos de denuncia me parece más correcta, en este punto, la regulación anterior, contenida en el mismo precepto (artículo 962), que establecía que, junto con la cédula, se entregara al denunciado, no “copia” de la denuncia, sino una “relación sucinta de los hechos”. Esto último, tratándose de denuncia, como digo, me parece más correcto, ya que remitiendo “copia” de la denuncia se revelan al denunciado una serie de datos y circunstancias personales del denunciante (domicilio familiar, teléfono, etc.) que no están comprendidos en el derecho de defensa (artículo 118 de la LECrim) que es, en definitiva, lo que justifica el traslado.

Creo que la citación del denunciado debe ser practicada por el Agente Judicial, sin que quepa su práctica por correo certificado con acuse de recibo.

Por último, con relación al **denunciado**, no debe olvidarse lo que se dispone en el artículo 970, según el cual: *“Si el denunciado reside fuera de la demarcación del Juzgado, no tendrá obligación de concurrir al acto del juicio, y podrá dirigir al Juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, así como apoderar a abogado o procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere”*.

Esta previsión ya se contenía en el mismo artículo, en su redacción anterior. Se trata de un precepto que, en muchos casos, se olvida por los Órganos Jurisdiccionales, que cuando libran exhortos para la citación de denunciados que residen fuera del partido judicial omiten indicar esa posibilidad de no comparecer, y de remitir escrito. Estos “olvidos” u omisiones, en definitiva la falta de cuidado en la realización del trabajo y de los documentos judiciales, repercute sobre el justiciable que, desconocedor de la posibilidad legal que tiene de no comparecer al acto del juicio, lo hace, sufriendo los correspondientes gastos de traslado, ausencias del trabajo etc.

La ley perfecciona la redacción del precepto: Habla de “demarcación”, no de “término municipal”, por lo que entiendo que la regla es aplicable únicamente con relación a denunciados que residan fuera del partido judicial. El apodera-

miento ahora debe ser conferido a un letrado, o a un procurador, desapareciendo la posibilidad que existía antes de conferir la representación a una persona que no fuera de dicha profesión.

3. Citación de **testigos**.

Para la citación de los testigos será necesario la confección de la correspondiente cédula, que además de los requisitos generales contendrá las siguientes indicaciones: a) Que se le cita en calidad de testigo; b) Que en caso de no comparecer podrá ser sancionado, si la incomparecencia es injustificada, con una multa de 200 a 2.000 euros.

La citación de los testigos, si se quieren cumplir los plazos legales, no se va a poder practicar por correo certificado con acuse de recibo, que es como se venía haciendo, sino que habrá que encomendar la citación a la Policía Judicial, o bien al Agente Judicial del Juzgado.

Para terminar, haremos referencia a las siguientes cuestiones: **Suspensión del juicio; desarrollo del juicio de faltas y la sentencia en el juicio de faltas.**

Suspensión del juicio

Se contempla la posibilidad de suspensión del juicio si concurre un **motivo justo** que, dados los términos en que está redactado el precepto (artículo 968), debe valorar el juez discrecionalmente, sin perjuicio, de que, según considero, el Juez debe oír en primer lugar al Ministerio Fiscal y a las partes que se hayan personado. Cuando se acuerde la suspensión, es necesario hacer ya el nuevo señalamiento dentro de los **7 días** siguientes.

Desarrollo del juicio de faltas

Teniendo en cuenta el artículo 969, el “orden” en el desarrollo del juicio oral **público** será el siguiente: **1. Lectura de la querella o de la denuncia.** Es algo que no se hace en la práctica, aunque considero que es un trámite que debería recuperarse, no tanto en el caso de la querella —por lo demás muy poco frecuente— como en el caso de la denuncia. Entiendo que es el juez el que, una vez abierto el acto, debe hacer un resumen de la denuncia que ha determinado la incoación de la causa, y preguntar en ese momento al **denunciante** si se afirma y ratifica en dicha denuncia, y si se **muestra parte** en el procedimiento. Este es el momento en el que el denunciante debe manifestar expresamente su deseo de ejercitar la acción penal y civil. Con relación a esta última, creo que es éste el momento en que el denunciante (perjudicado) debe concretar su petición en orden a la responsabilidad civil (concretar conceptos indemnizatorios, cuantías que se reclaman, etc.). En caso de intervención de letrado, debe dársele la palabra, para que concrete la petición, la cual se recogerá en el acta.

No está previsto expresamente para el juicio de faltas, pero entiendo que dada la flexibilidad de la regulación resulta aplicable al mismo, en la medida en que lo sea, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 786 de la LECrim (procedimiento abreviado). Es decir, cabe perfectamente que en el juicio de faltas, en este momento inicial en el que en definitiva se está determinado el “objeto” del proceso, bien a instancia de parte (letrados intervinientes), o incluso de oficio, se abra un turno de intervenciones, para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de los siguientes extremos: Competencia del órgano judicial (objetiva o territorial); vulneración de algún derecho fundamental; existencia de artículos de previo pronunciamiento (como cosa Juzgada, o prescripción de la falta); causas de suspensión del juicio oral, y nulidad de actuaciones. El Juez debe resolver en el acto lo que estime oportuno en cada caso.

2. Examen de los testigos convocados. Tras esa fase inicial, lo que parece que quiere la Ley es que se proceda al examen de los testigos “convocados”. No está muy clara esta expresión, que ya estaba en la redacción anterior. Parece que se está refiriendo a los testigos, cuya citación ha sido acordada de oficio por el propio Juzgado; es decir, testigos que el juez en el momento mismo del señalamiento ha considerado oportuno que comparezcan para oírles en declaración. Esta situación no es muy frecuente. Pese a la dicción del precepto, entiendo que el examen de los testigos debe hacerse una vez que se ha oído tanto al denunciante como al denunciado. **3. Interrogatorio del denunciante.** Aunque la Ley no se refiera expresamente a este trámite, entiendo que es lo primero que hay que hacer, una vez iniciado el juicio. En primer lugar, el denunciante deberá contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal (si interviene); en segundo lugar a las que le formule su propio letrado; y por último a las que le formulen los letrados, del denunciado y de los responsables civiles (en su caso). Creo que una vez que todas las partes hayan interrogado al denunciante, sobre los hechos, el Juez, que preside el acto, puede también hacer alguna pregunta, o pedir al denunciante que le aclare algún extremo. No obstante, el juez debe hacer un uso cuidadoso y restringido de esta facultad, que se deriva del principio de verdad material que preside el proceso penal. **4. Práctica de la prueba, de la parte denunciante.** Una vez que la parte denunciante haya explicado su versión de los hechos, lo lógico, y lo que quiere la Ley “...y practicándose las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante, y el Ministerio Fiscal”, es que se proceda al examen de los testigos, que proponga la parte denunciante (que ha tenido que venir al juicio con los testigos de que intente valerse, y así se le dijo en la cédula de citación). La parte denunciante (o su letrado) será interrogado por el Juez sobre si ha traído testigos, y también sobre aquello sobre lo que quiere interrogarlos. A la vista de las explicaciones, de la parte o de su letrado, el Juez debe resolver en el acto sobre si considera o no admisible dicha prueba. En caso de que la admita, ordenará el Juez que sean llamados los testigos (que deben haber permanecido fuera de la sala). Comparecido, e identi-

ficado el testigo, el Juez le recibirá juramento o promesa de decir verdad, y será apercibido de que tiene obligación de decir verdad. El Juez puede hacer al testigo las preguntas que estime oportunas, para indagar sobre su imparcialidad. Acto seguido el testigo deberá responder a las preguntas que le formule el Ministerio Fiscal; en su caso, el letrado de la parte denunciante, y por último los letrados de los denunciados y responsables civiles. El Juez puede, al final, pedir al testigo las aclaraciones que estime oportunas. Se hará lo mismo con los demás testigos, o con los peritos, que vayan a declarar a instancia de la parte denunciante. **5. Interrogatorio del denunciado.** El artículo 969 establece: “...seguidamente se oír al acusado”. Después de escuchar la versión del denunciante, y de oír a los testigos y peritos propuestos por él mismo, debe oírse al denunciado, que en primer lugar contestará a las preguntas del Ministerio fiscal, luego a las de la acusación particular (si la hubiere) y por último a las preguntas que le formule su propio letrado (en la práctica algunos Juzgados alteran el orden de este interrogatorio, entendiendo que el denunciado debe contestar primero a las preguntas que le haga su propio letrado, y posteriormente a las que le hagan las acusaciones (pública y particular), pero no existe base legal para ello. En todo caso creo que es una cuestión que debe decidir discrecionalmente el juez que preside el acto. El Juez también podrá, al final del interrogatorio de las partes, hacer al denunciado, las preguntas que estime oportunas. **6. Examen de los testigos y peritos que proponga el denunciado.** Una vez oído el denunciado, el Juez le preguntará sobre la prueba que propone (al letrado) y, como en el caso anterior, decidirá sobre su admisión o no. En el caso de los testigos (por analogía de lo que está regulado para el juicio oral en el proceso ordinario, artículo 708), si éstos han sido propuestos por el denunciado, el que interroga en primer lugar es el letrado del denunciado; seguidamente el Ministerio Fiscal y por último el acusador particular, si lo hubiere. **7. Conclusiones.** Una vez practicada la prueba, el Juez concederá la palabra a las partes, para que expongan lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Ministerio Fiscal, después el querellante particular, o el denunciante, y por último el acusado. **8. Última palabra.** No dice nada la Ley al respecto. La práctica es conceder la última palabra al denunciado (acusado), en aquellos casos en los que no haya sido defendido por letrado.

Debe tenerse en cuenta, como una de las novedades de la nueva regulación, que el artículo 969 establece, para aquellos casos en los que en los juicios de faltas **no interviene el Ministerio Fiscal**, y —añadimos nosotros— las partes comparecen por sí mismas, es decir, sin asistencia letrada, que **la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.**

Esta nueva redacción viene a solucionar un problema —de posible vulneración del principio acusatorio—, que se planteaba en aquellos supuestos en los que no interviene el Ministerio Fiscal, para ejercitar la acusación, con indepen-

dencia de lo que diga en el acto del juicio el denunciante. Efectivamente, en aquellos casos en lo que no interviene el Ministerio Público, y la parte denunciante comparece al acto del juicio, sin asistencia letrada, su falta de preparación técnica le impide calificar jurídicamente los hechos, y solicitar una pena; y al Juez le está vedado, como consecuencia del principio acusatorio, tanto ejercer dicha acusación como “asesorar” al denunciante en el acto del juicio. Ahora, con la nueva redacción, desde el momento en que el denunciante —interrogado al respecto— **afirme los hechos de la denuncia**, debe entenderse, sin más, que está formulando acusación.

La sentencia en el Juicio de Faltas

No se contiene una regulación de los requisitos internos o de contenido de la sentencia a dictar en un Juicio de faltas, por lo que ésta en dichos aspectos se ajustará a los generales de la sentencia penal, sin que constituya objeto de este trabajo el estudio de dichos requisitos.

Nos limitaremos a comentar brevemente algunos de los aspectos de la nueva regulación, en comparación con la regulación anterior, contenida en los artículos 973 y 974 de la LECrim, en el bien entendido que dicha regulación es *aplicable a todos los juicios de faltas*, es decir, tanto a los “normales”, a celebrar en el plazo máximo de 7 días, como a los que se celebren “de forma inmediata”, por el Juez de Guardia.

En primer lugar, y por lo que respecta al **plazo**, la nueva norma mantiene la redacción anterior, de manera que el Juez debe dictar sentencia **en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los 3 días siguientes**.

Constituye una novedad la exigencia legal (artículo 973.2) de que la sentencia, además de ser notificada al Ministerio Fiscal y a las partes personadas (denunciante y denunciado), sea **notificada a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento**. (Aunque no está muy claro, parece que estos perjudicados que no han sido parte en la causa pueden apelar la sentencia. La falta de claridad en este punto traerá problemas de interpretación.

Contra la sentencia —en todos los casos— procede recurso de apelación (es el recurso de apelación del procedimiento abreviado, artículos 790 a 792). El plazo es de cinco días. En esta materia no se produce modificación alguna respecto a la regulación anterior.

CONCLUSIÓN

Creo que la reforma de la regulación del Juicio de faltas que hemos comentado en las anteriores líneas puede agilizar la tramitación de estas causas, y que su aplicación es perfectamente posible, en las poblaciones pequeñas con un

moderado volumen de trabajo, con dos precisiones: 1) Que los supuestos del artículo 962 van a tener poca incidencia (es decir no son muchos los supuestos que llegan con estas características al Juzgado de Guardia); y además que la “inmediatez” que quiere el legislador, en el caso de las lesiones y malos tratos en el ámbito familiar, entiendo que debe estar referida más a la prontitud de la respuesta judicial en el ámbito de las medidas cautelares o de protección de la presunta víctima que al enjuiciamiento del hecho, sin que esto último deje de ser importante; 2) Que en los “demás casos”, el plazo de 7 días va a ser de muy difícil cumplimiento, en el caso de lesiones, sobre todo en el ámbito de los accidentes de tráfico.

LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER COMO SOLUCIÓN A DETERMINADOS SUPUESTOS DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL DENTRO DEL ÁMBITO EMPRESARIAL

VIVIANA CARUSO FONTÁN

*Becaria de Investigación.
Universidad de Alicante*

I. INTRODUCCIÓN

El que hemos denominado “Derecho penal tradicional” se encuentra estructurado a partir de un concepto de injusto individual que no permite una sencilla subsunción de los hechos acaecidos en el seno de organizaciones jerárquicamente organizadas, de una complejidad como la que pueden asumir las empresas ⁽¹⁾. De ahí en más, el problema de la responsabilidad de las empresas y sus órganos en el ámbito penal se presenta como un reto que requerirá, no sólo la adaptación de las categorías existentes sino también la creación de nuevas figuras que se adecuen a las nuevas necesidades ⁽²⁾. A la hora de determinar la

(1) En este sentido ampliamente SCHÜNNEMANN, B.: “Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas”, en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid, 2002, pág. 129.

(2) A pesar de todo, es una necesidad, cada vez mayor, el contar con elementos de lucha idóneos en este ámbito al verificarse una creciente proliferación de la delincuencia en el seno de las empresas financieras productivas o comerciales. En este sentido, se pone de relieve la irrupción cada vez más significativa de nuevas tipologías de infracciones penales o administrativas que se refieren a estructuras organizadas, es decir, hechos ilícitos estructuralmente de empresa, que se basan esencialmente en abusos de poder económico. FOFFANI, L.: “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, en *Revista Penal*, Madrid, 2000, pág. 66. También al respecto ALBRECHT, H.J.: “Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland”, en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, pág. 311. Sobre la carencia de una respuesta del Derecho

responsabilidad de los directivos en estas organizaciones, la decisión legislativa acerca de responsabilizar criminalmente de forma directa a las personas jurídicas o no resultará superflua, ya que, en todo caso, la doctrina coincide en que no se trata de responsabilidades que se excluyan mutuamente⁽³⁾.

positivo español a la criminalidad de grupo QUINTERO OLIVARES, G.: “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en Ferré Olivé, J. C. y Anarte Borralló, E. (ed.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 177. Militello pone de manifiesto la necesidad de instrumentos más incisivos de intervención penal con respecto a la responsabilidad penal de los sujetos que operan en la esfera económica frente al peso creciente que van adquiriendo en las valoraciones colectivas los bienes jurídicos que pueden ser afectados en la mayoría de los casos por estas formas de criminalidad, tales como el medio ambiente, la economía o las obligaciones tributarias. MILITELLO, V.: “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos en Italia”, en Silva Sánchez, J.M. (ed.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Barcelona, 1995, pág. 409. En el mismo sentido DE FARIA COSTA, J.: “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho Penal)”, en Silva Sánchez, J.M. (ed.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, pág. 429. Tiedemann señala que el creciente poderío de las empresas económicas y el aumento de las medianas y pequeñas sociedades comerciales que han tomado el lugar de la actividad de las personas individuales se ha visto propiciado en gran medida por motivos impositivos y por razones de responsabilidad jurídica condicionada por el Derecho civil. TIEDEMANN, K.: “Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1988, pág. 11.

(3) A partir de la incorporación en el artículo 129 por el Código penal de 1995 de las consecuencias accesorias aplicables a las empresas frente a la comisión de hechos delictivos, una parte de la doctrina entiende que esto implica la creación de un verdadero sistema de penas aplicables de forma directa a las personas jurídicas. El más férreo defensor de esta postura es Zugaldía Espinar. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1980, pág. 76. Del mismo autor: “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1994, pág. 613, y “Las penas previstas en el artículo 129 del Código penal para las personas jurídicas”, *Poder Judicial*, Madrid, 1997, pág. 327. También en este sentido BACIGALUPO, S.: “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal de 1995”, en Bacigalupo, E. (dir.): *Curso de Derecho penal económico*, Madrid/Barcelona, 1998, pág. 86. De la misma autora: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pág. 307. No obstante ello, la doctrina en general continúa sosteniendo la imposibilidad de aplicar penas a los entes jurídicos como consecuencia de su incapacidad de acción y de culpabilidad, así como también su clasificación como medidas de seguridad, las que requerirían la capacidad de peligrosidad subjetiva; argumentando, por tanto, que las medidas previstas en el artículo 129 tienden a eliminar la peligrosidad objetiva que revisten estos entes. DEL ROSAL BLASCO, B. y PÉREZ VALERO, I.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español”, en Hurtado Pozo, J.

Las características diferenciales de los distintos grupos de delitos que podrán verificarse en el ámbito empresarial impedirán abarcar el problema mediante una solución única y harán necesario un estudio individual de cada grupo de supuestos. El artículo 31 recepta la solución para la imputación de los denominados delitos especiales, permitiendo que quien haya realizado materialmente, por comisión o por omisión, la base fáctica del hecho, pueda ser sujeto de imputación a pesar de carecer de los requisitos formales de la autoría, que recaen sobre la persona jurídica y no sobre persona física alguna⁽⁴⁾.

En el ámbito de los delitos comunes, la figura de la comisión por omisión se presenta como una solución con capacidad para resolver supuestos específicos donde se incumplen deberes de protección de bienes jurídicos por parte de los directivos de una organización. No obstante, veremos que esta figura no es apta para resolver aquellos supuestos en los que se verifica una orden directa por parte del superior. Para ejemplificar, podemos cuestionarnos cómo debe responder aquel directivo de una organización empresarial que ordena de forma directa a un subordinado llevar a cabo el vertido de sustancias tóxicas, cuando el inferior jerárquico sea conciente de la antijuricidad de la orden recibida. Así, si decidiéramos la aplicación estricta de las normas generales y la correspondiente adecuación de una forma de participación, la respuesta penal no respondería a la situación fáctica ni a una decisión ajustada a criterios de justicia material.

De acuerdo a ello, nuestro estudio estará destinado a analizar la posible idoneidad de la autoría mediata por aparatos de poder para solucionar el concreto grupo de supuestos planteado. Es necesario aclarar, desde un primer momento, que los problemas de autoría y participación que pueden presentarse en este ámbito no se relacionan exclusivamente con la comisión de delitos económicos, sino de todos aquellos que puedan cometerse en el marco de una estructura empresarial.

y otros (ed.): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, pág. 36. ECHARRI CASI, F. J.: “Naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”, en *Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 2002, pág. 214. GRACIA MARTÍN, L., en Gracia Martín, L. (coord.): *Las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal español*, Valencia, 1996, pág. 462. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, pág. 271.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en Silva Sánchez, J.M. (ed.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, Barcelona, 1995, pág. 376.

II. NECESIDAD DE RESPONSABILIZAR DIRECTAMENTE A LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN EN LA EMPRESA

Veremos que el problema a resolver se centrará entonces en el grado de responsabilidad que le corresponde a los llamados “autores de escritorio”⁽⁵⁾. El funcionamiento mismo de las organizaciones empresariales indica que los altos cargos de estas entidades no realizan —en la gran mayoría de los casos— hechos materiales (lícitos o ilícitos) por sí mismos, sino que marcan una línea de actuación a sus subordinados, o bien les ordenan la realización de determinados actos de forma directa. Por tanto, aunque sólo los miembros de la organización que están más abajo llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal, muy a menudo sólo reconocen las consecuencias de su modo de actuación de forma insuficiente, ya sea por la división del trabajo o por la canalización de la dirección de la empresa. Estas circunstancias favorecen una escasa resistencia frente a la actitud criminal del grupo, por lo que obligar a estos sujetos a soportar todo el peso de la responsabilidad penal tendría consecuencias negativas para el efecto preventivo de las normas penales⁽⁶⁾. Es por ello que, en aquellos casos en que el resultado de la actuación de los empleados sea antijurídica, lo fundamental será indagar la relación establecida entre los directores y estos delitos; es decir, si se trata de una actuación incardinable en el grado de autoría, o simplemente se trata de una participación en el delito del ejecutor material.

SCHÜNEMANN utiliza, a estos efectos, una metáfora comparando la realidad empresarial con el organismo humano. Así, este autor entiende a los órganos de dirección como los miembros o extremidades y a la dirección de la empresa como el sistema nervioso, llegando a la conclusión de que la verdadera influencia en el suceso radica en la instancia de dirección, la cual dirige a los órganos de ejecución, como en el organismo humano el sistema nervioso a las extremidades, por lo que entiende que el destinatario de la norma penal tiene que ser la persona que toma la decisión sobre la ejecución de la lesión del bien jurídico, ya que es aquella la que domina el suceso que conlleva el resultado criminal⁽⁷⁾.

(5) ROXIN, C.: “Straftaten im Armen organisatorischer Machtapparate”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Hamburgo, 1963, pág. 201.

(6) SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1988, pág. 533. En el mismo sentido MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.M.: *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, pág. 197.

(7) SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas...”, ob. cit., pág. 131.

En esta línea, encontramos prestigiosas opiniones que creen ver en la figura de la comisión por omisión la principal vía de solución ⁽⁸⁾. Esta alternativa parte de considerar al director de la empresa como responsable del delito por omisión cuando no impide que se produzca un daño en el ámbito de su competencia; siempre que de acuerdo a los términos del compromiso adquirido, pudiera y debiera controlar los factores de riesgo para evitar su producción ⁽⁹⁾. Se considera entonces al “hombre de atrás” titular de una posición de garante que puede fundamentarse a través de distintas alternativas, ya sea por la idea de injerencia, debido a la contratación de trabajadores, o por la apertura del establecimiento o de la empresa ⁽¹⁰⁾.

La posición de garante podría apoyarse también en el establecimiento de una relación fáctica y limitada en el espacio por el empresario y en las relaciones de autoridad, fundamentadas en el contrato de trabajo, el derecho de dirección jurídico-laboral y la confianza de la comunidad ⁽¹¹⁾. Un parte importante de la doctrina considera que el factor determinante sería el dominio que ejerce el superior sobre la causa del resultado, que encuentra su expresión jurídica en el derecho de mando del superior y en la sujeción a dicho mando por parte del

(8) Por todos SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad penal de las empresas...”, ob. cit., pág. 371. En el caso del Prof. TIEDEMANN, el autor propone la regulación expresa de la posición de garantía de sujetos facultados para tomar decisiones y de sujetos con funciones de control como imputación de una conducta ajena acompañada de la prueba de la propia culpabilidad, incluyendo en dicha regulación los grupos de autores a los que se haría referencia, tales como miembros del Gobierno y funcionarios, directores de empresa o personas con poder de control y decisión dentro de la empresa. TIEDEMANN, K.: “Die Regelegung von Täterschaft und Teilnahme im Europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge”, en Eser, A. (ed.): *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, pág. 496. Traducido por Manuel Cancio Meliá como “La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, en *Revista Penal*, Madrid, 2000, pág. 96. Respecto a la propuesta para introducir en la legislación italiana una figura de características similares MILITELLO, V.: “La responsabilidad...”, ob. cit., pág. 423.

(9) Silva Sánchez, J.M.: “Responsabilidad...”, ob. cit., pág. 371.

(10) Con respecto a este criterio fundamentador ampliamente ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 211.

(11) BOTTKE, W.: “Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica”, en Mir Puig, S. y Luzón Peña, D.M. (ed.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pág. 132.

subordinado, o a través de un dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento⁽¹²⁾.

Esta figura es adecuada para enfrentar aquellos supuestos en los que el hecho delictivo se produce como consecuencia de la inactividad por parte del responsable de la salvaguarda de determinados bienes jurídicos; supuestos en los que el especialmente responsable no contribuye a la evitación del resultado con aquello que le es exigido, debiendo ser dicha acción suficiente para evitar el resultado⁽¹³⁾. Consecuentemente, esta opción no responde a la configuración de todas las situaciones posibles en el marco empresarial.

Si bien es innegable que la prueba fehaciente de la orden de llevar a cabo un hecho antijurídico por parte de un superior jerárquico puede resultar diabólica⁽¹⁴⁾, no parece adecuado equiparar desde el inicio la solución ofrecida a los supuestos de incumplimiento de un deber de protección con aquellos en los que se verifica una orden directa de transgredir la Ley. Creemos que, en este punto, no resulta suficiente con que la consecuencia jurídica sea la misma, al tratarse de una omisión que se equipara a la acción, ya que fácticamente no se estaría respondiendo a la realidad. Ello sería como castigar por omitir impedir un resultado querido⁽¹⁵⁾.

(12) SCHÜNNEMANN, B.: “Cuestiones básicas...”, ob. cit., pág. 536. En el mismo sentido BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en Bacigalupo Zapater, E. (dir.): *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, Madrid, 1994, pág. 75. El autor aclara que esta solución parte de la interpretación del artículo 1.903 del Código Civil (con respecto a la responsabilidad derivada de la actuación de subordinados).

(13) Al respecto: FRISCH, W.: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en Mir Puig, S. y Luzón Peña, D.M. (dir.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pág. 111.

(14) ACHENBACH relaciona esta dificultad probatoria con el hecho de que la jurisprudencia alemana no vincule, por regla general, directamente la responsabilidad del directivo de la empresa con ésta, sino que se limite a utilizar el tipo de infracción del deber de vigilancia en unidades de producción y empresas previsto en el párrafo 130 OWIG. ACHENBACH, H.: “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en Silva Sánchez, J.M. (ed.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona, 1995, pág. 386.

(15) GRACIA MARTÍN, L.: Conferencia pronunciada en las *I Jornadas Interuniversitarias sobre nuevos retos del Derecho Penal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, celebradas en la Universidad de Alicante y la Universidad de Elche los días 7 y 8 de noviembre de 2002.

La posibilidad de fundamentar la autoría del hombre de atrás por los hechos de los subordinados a través de la figura de la comisión por omisión se presenta como una solución idónea cuando no sea posible identificar que el delito proviene de una orden directa del superior jerárquico⁽¹⁶⁾. En estos casos, la figura de la autoría mediata permitirá sin mayores inconvenientes subsumir las conductas del hombre de atrás cuando el ejecutor material hubiera actuado mediante error. Esta circunstancia podrá verificarse en un gran número de supuestos, ya que en organizaciones altamente jerarquizadas tales como las empresas, los hechos suelen aparecer como el resultado de la suma de una pluralidad de actos parciales, que ejecutan individualmente diversos miembros de la empresa desde diversas posiciones jerárquicas, y en el ejercicio de una competencia fragmentaria; estos actos parciales pueden ser atípicos en sí mismos o bien pueden no presentar signos de ilegalidad que hagan pensar al agente acerca de su colaboración en un hecho ilícito⁽¹⁷⁾.

El problema surgirá en aquellos casos en los que el ejecutor material sea consciente de la antijuricidad de su hecho. La imposibilidad de fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás por las causales tradicionales hará imprescindible la búsqueda de otros instrumentos que se adecúen a la realidad. Aplicar los criterios clásicos de imputación del Derecho penal nos llevaría a sostener que el jefe que da una orden ilícita es simplemente un partícipe en el hecho del ejecutor material, se consideraría probablemente que se trata de un inductor.

(16) SILVA SÁNCHEZ parece criticar la solución de la autoría mediata para responsabilizar a los hombres de atrás aludiendo a la gran cantidad de supuestos en los que esta teoría no podría ser aplicada, tales como aquellos casos en los que ha habido un favorecimiento imprudente o con dolo eventual por parte del superior los supuestos en los que el dominio “organizatorio” no sea tan intenso, decantándose entonces por la figura de la comisión por omisión como la mejor opción, ya que permite superar las dificultades de imputar un delito de comisión. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad...”, ob. cit., pág. 370. No creemos que la gran cantidad de supuestos en los que la teoría de ROXIN no pueda ser aplicada sea una crítica aceptable, no por lo menos como para excluir su aplicación de los supuestos en los cuales sí se cumplen los requisitos necesarios, por otro lado creemos que tanto la figura de la comisión por omisión como la autoría mediata por aparatos organizados de poder son elementos complementarios que pueden colaborar a resolver diferentes supuestos.

(17) GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en Derecho penal español”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 84. También al respecto SCHÜNEMAN, B.: “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Madrid, 1991, pág. 39. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 207.

Ahora bien, no parece lógico que en el caso de que se verifique una omisión, debida a la trasgresión del deber de evitar un resultado lesivo, el director de empresa sea considerado autor de un delito de comisión por omisión mediante el cual se le imputa el resultado como si lo hubiera causado activamente, mientras que si el delito proviene de una orden directa, sólo se considere al director partícipe del hecho de un tercero.

Resulta innegable que desde un punto de vista criminológico las diferencias entre considerar al hombre de atrás autor o inductor son mínimas, ya que el Código Penal prevé en ambos casos la aplicación de la misma pena⁽¹⁸⁾, pero no debemos olvidar que el principio de accesoriedad determina numerosas limitaciones a la hora de reconocer la responsabilidad del partícipe, y aún más respecto a la responsabilidad de los partícipes del supuesto inductor. Como sostiene SILVA, no deja de producir perplejidad la calificación de partícipe de aquél que domina de modo esencial el acontecer típico en la medida que posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar, y los cauces y medios de la misma⁽¹⁹⁾. En estos casos el hombre de atrás puede llegar a gozar de un dominio del hecho más efectivo del que se verifica en los casos tradicionales de autoría mediata⁽²⁰⁾.

III. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Por todo lo anterior, la teoría que ROXIN creara en el año 1963 bajo la denominación “autoría mediata a través de aparatos organizados de poder” se

(18) DEL RÍO FERNÁNDEZ resalta que el hecho de que en Derecho español inductores y cooperadores necesarios reciban la misma pena del autor no oculta lo absurdo de la situación, ya que se tiene por partícipes a quienes realmente dominan el hecho en su conjunto. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.J.: “La autoría en organizaciones complejas”, en *Fenómenos delictivos complejos*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 203. En contra de la decisión de equiparar las penas CEREZO MIR: J.: “Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1979, pág. 575. En el mismo sentido CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “La autoría y la participación”, en *La Ley*, Madrid, 1996.

(19) SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Responsabilidad...”, ob. cit., pág. 369. En el mismo sentido BUJÁN PÉREZ, C. M.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 199. En opinión de BACIGALUPO ZAPATER es necesario focalizar la responsabilidad penal en aquel que es responsable del ámbito de organización, porque es quien detenta el dominio sobre la causa del resultado. BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid/Barcelona, 1998, pág. 87.

(20) FIGUEIREDO DIAS, J.: “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización”, en Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borralló, E. (ed.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 102.

presenta como un posible instrumento que transportado al ámbito empresarial permite ofrecer una solución más ajustada a la realidad ⁽²¹⁾. Se trataría en principio de adaptar esta construcción teórica, pensada en origen para acoger y dar solución a supuestos muy distintos a los que aquí se plantean, para proporcionar pautas de resolución al problema que estamos analizando.

Originalmente, la teoría se constituye para fundamentar la autoría de los responsables de actos de terrorismo de estado a partir de los casos Eichmann ⁽²²⁾, Staschynskij ⁽²³⁾, y posteriormente del caso de los disparos del mu-

(21) ROXIN, C.: “Straften im Rahmen...”, ob. cit., pág. 193. Del mismo autor: *Täterschaft und Tatherrschaft* 7.^a ed., 2000, pág. 682. Existe traducción al castellano de la sexta edición realizada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo como *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid/Barcelona, 1998. Comentando la tercera edición de esta obra, ver Gössel, K. H.: *Goldtamer’s Archiv für Strafrecht*, Heildelberg, 1977, pág. 60.

(22) Eichmann fue juzgado en el año 1963 por los tribunales de Jerusalén y condenado a muerte. Se lo consideró responsable a título de autor de numerosos asesinatos de judíos, aunque no hubiera sido el ejecutor material de dichas muertes. Se trataba de un funcionario nazi, que actuaba como miembro intermedio de la cadena. Fue la defensa de Eichmann quien esgrimió los argumentos para que posteriormente fuera diseñada la teoría de los aparatos organizados de poder. El abogado señaló que la maquinaria de poder hubiera seguido funcionando en caso de que su defendido se hubiera negado a cumplir con las órdenes que recibía, es decir que su sacrificio personal no hubiera tenido consecuencia alguna para las víctimas, el “todopoderoso colectivo” hubiera seguido funcionando de todas maneras, por lo que estos crímenes no podían ser imputados a una persona individual sino al Estado mismo. No obstante, esta argumentación no fue suficiente para atenuar la actuación del acusado. De acuerdo a la teoría diseñada por ROXIN, Eichmann era autor mediato de los crímenes por gozar del dominio del hecho junto a los ejecutores materiales. Al respecto ver ROXIN, C.: “Straftaten im...”, ob. cit., pág. 193. También ampliamente BRUERA, M.: “Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, pág. 261.

(23) Sentencia del BHG de 19-10-1962 (BGHSt 18, pp. 87-96). En esta sentencia se juzga a un agente soviético que mata con una pistola de veneno a dos dirigentes políticos refugiados en Munich por encargo del servicio secreto de la Unión Soviética. El Tribunal llega a la conclusión en este caso de que el acusado es cómplice del asesinato, a pesar de haber llevado a cabo el crimen de propia mano. Para llegar a este resultado, el tribunal se basa en la teoría subjetiva de la participación que determina que autor de un hecho será aquel que lo quiere como propio y que posibilita, por tanto que no siempre el ejecutor material sea autor del delito. A favor KORN, H. J.: “Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Munich/Berlín/Frankfurt del Main, 1965, pág. 1206. Contra esta solución se pronuncia hoy en día la mayor parte de la doctrina. Al respecto ver BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, pág. 340.

ro⁽²⁴⁾; extendiéndose también a los supuestos de criminalidad organizada⁽²⁵⁾. Para su formulación, ROXIN partió de considerar que los “crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global”; situación que según el autor no exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual⁽²⁶⁾. La originaria y rotunda negativa de Roxin hacia la posibilidad de aplicar esta teoría a los delitos cometidos en la empresa fue posteriormente aminorada en su rigor por el Tribunal

(24) El Tribunal Supremo Alemán aplicó el criterio de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder al juzgar los delitos cometidos por los dirigentes de la República Democrática de Alemania, declarando a los miembros del llamado Consejo de Seguridad Nacional culpables en autoría mediata de las muertes ocasionadas por los soldados de frontera frente a los intentos de fuga a través del muro de Berlín. Así se condenaba como autores a aquellos que habían dictado la orden de matar a pesar de su aceptación por parte de los ejecutores materiales. BGH de 26-7-1994 (BGHSt 40, 218). Al respecto ver ROXIN, C.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 192. Del mismo autor: “Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 2000, pág. 548.

(25) ROXIN, C.: “Problemas de autoría...”, ob. cit., pág. 197. En el caso de MUÑOZ CONDE, si bien este autor se manifiesta de acuerdo con la teoría creada por Roxin, la considera sólo una buena solución para los casos planteados originariamente, pero no concuerda en la ampliación de su campo de aplicación a los casos de criminalidad organizada. Si bien no niega que en algunos casos ello sea posible, entiende que en este tipo de supuestos no siempre se dan entre el jefe o responsable de grupo armado o banda terrorista y los simples miembros de la misma un tipo de relación fuertemente jerarquizada, ni la sustituibilidad entre los ejecutores, elementos imprescindibles de la autoría por dominio de la organización. Por ello, el autor considera más adecuada para estos casos la figura de la coautoría, aceptando, por tanto, la posibilidad de aplicar esta categoría aun cuando el coautor no esté presente en la ejecución del delito, al considerar que lo fundamental en la coautoría no será la participación en los actos ejecutivos sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga aunque no esté presente en su ejecución. MUÑOZ CONDE, F.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé, J. C. y Anarte Borralló, E. (ed.): *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 156.

(26) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 243.

Supremo Alemán que consideró su aplicación a los delitos de empresa como conveniente ⁽²⁷⁾.

En los aparatos organizados de poder, según la teoría de ROXIN, el dominio de la voluntad propio de la autoría mediata se manifiesta porque “el hombre de atrás tiene a su disposición un aparato personal, generalmente organizado estatalmente, con cuya ayuda puede realizar sus delitos, sin tener que abandonar la realización a una decisión independiente del ejecutor” ⁽²⁸⁾. No se trata, por tanto, de la mera instrumentalización del ejecutor material, sino de que el hombre de atrás cuente con un mecanismo a su disposición; BLOY sostiene que en el caso del ejecutor directo se trataría de responsabilidad por el injusto individual, mientras que en el caso del autor de escritorio sería una responsabilidad por injusto de organización ⁽²⁹⁾.

Esta teoría ha sido duramente criticada no ya en cuanto a su posible aplicación al ámbito empresarial, sino también en el ámbito que originariamente le diera su autor. Así, se han defendido todas las posibles soluciones contrapuestas, desde aquellas que indican que se trata simplemente de supuestos de participación, en general de inducción, así como los que hacen referencia a la autoría accesoria ⁽³⁰⁾ o a la coautoría.

(27) Corte Suprema alemana en BGHSt 40, 218. En esta sentencia, pronunciada sobre el denominado “caso del Consejo de Defensa Nacional” resultaron condenados, en virtud de autoría mediata, tres miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex-RDA por la muerte de personas que intentaron huir a través de la frontera de las dos alemanias. En esta ocasión el tribunal alemán entendió que también el problema de la responsabilidad en el interior de la empresa se puede resolver mediante la utilización de la teoría de la autoría mediata por dominio de organización. Al respecto FREUND, G.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Personale Straftatler, Berlin/Heidelberg*, 1998, pág. 349.

(28) ROXIN, pág. 234.

(29) BLOY, R.: “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Bonn, 1996, pág. 440. Se señala que de este modo, podría desdibujarse el afán de imputarle al hombre de atrás su actuación individual, pero que esta postura logra demostrar el carácter decisivo del fenómeno supraindividual. AL-DONEY RAMÍREZ, R., Trabajo inédito, pág. 10.

(30) A favor de esta solución BOCKELMANN, P. y VOLK, K.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Munich, 1987, pág. 191. Este autor considera que existe autoría accesoria ya que diversos autores colocan las condiciones causales que en su unión o individualmente consideradas son aptas para hacer surgir el éxito sin que este presente la voluntad de actuar juntos. Contra esta opinión se manifiesta Roxin al entender que la imbricación de las acciones individuales en aparatos de poder excluye al discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracterizan a la autoría accesoria. ROXIN, C.:

IV. LAS DISTINTAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN COMO VÍAS DE SOLUCIÓN

En la doctrina española, la tesis de la inducción ha sido defendida por GIMBERNAT ORDEIG⁽³¹⁾. Este autor niega que los aparatos organizados de poder puedan fundamentar la existencia de autoría mediata al entender que, en todo caso, la energía criminal necesaria para llevar a cabo actos ejecutivos es superior al que sólo trasmite una orden. Posteriormente, este autor trata la responsabilidad que corresponde a los miembros intermedios de la cadena, es decir, a aquellos sujetos que no toman la iniciativa de la orden ni llevan a cabo actos ejecutivos, sino que se limitan a transmitir un mandato, entendiendo que se trata solamente de cómplices, rechazando, por tanto, la posibilidad de la inducción en cadena. La argumentación que ofrece el autor en este punto parte de considerar que el ejecutor material cumple la orden no porque esta le venga determinada por la persona de la cual la recibe, sino en el convencimiento de que proviene del primer miembro de la cadena⁽³²⁾. Esta postura conlleva la dificultad de determinar en qué concepto son partícipes los miembros interme-

“Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter”, en *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlín/Nueva York, 1976, pág. 193. Es de resaltar además la dificultad puesta de manifiesto por la doctrina para el encuadramiento de las conductas como autoría accesoría cuando los autores tienen conocimiento de sus acciones. Respecto a esta discusión ampliamente ver FINCKE, M.: “Der Täter neben dem Täter”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Hamburgo, 1975, pág. 166. MURMANN, U.: *Die Nebentäterschaft im Strafrecht*, Berlín, 1993, pág. 135.

(31) También a favor de la solución de la inducción RENZIKOWSKI, J.: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tubinga, 1997, pág. 89. Este autor considera que el dominio a través de aparatos de poder es incompatible con el principio de autonomía del sujeto; si bien no discute el funcionamiento de las organizaciones en cuanto a la fungibilidad de sus miembros, considera que la fungibilidad hipotética del ejecutor no es suficiente para sustituir el dominio del hecho en el caso concreto, aun en aquellos casos de perfecto funcionamiento del engranaje.

(32) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pág. 189. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se pronuncia a favor de la tesis de la inducción, aclarando que en aquellos casos en los que el jefe de la banda no haya hecho nacer en los verdaderos autores la resolución delictiva, se tratará simplemente de un cooperador necesario. OLMEDO CARDENETE se pronuncia a favor de una interpretación a la luz de la inducción en cadena, entendiendo que “la necesidad político criminal de agravar la responsabilidad criminal de estas conductas, requiere un pronunciamiento expreso del legislador que sea respetuoso con una adecuada interpretación y aplicación de las normas penales alejadas de una posible aplicación analógica *in malam partem*”. OLMEDO CARDENETE, M.D.: *La inducción como forma de participación accesoría*, Madrid, 1999, pág. 173. También a favor de la inducción DONNA, El A.: “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba, 2001, pág. 325.

dios, es decir, ¿se trata de una participación en el hecho del ejecutor material o una participación en la participación del inductor?

HERNÁNDEZ PLASENCIA critica esta postura dando una opinión que atenúa aún más la responsabilidad del hombre de atrás con respecto al hecho. Así, sostiene que no necesariamente los ejecutores mantienen una relación personal con los mandos dirigentes de la organización, sino que simplemente están inmersos en la estructura a las órdenes de sus mandos superiores. Ello le permite sostener que la relación existente entre los hombres de atrás y los hechos es simplemente una cooperación necesaria, admitiendo, por otro lado, la inducción por parte del último miembro intermedio⁽³³⁾.

Ambas posturas nos retrotraen a las objeciones que ya planteáramos con respecto a la posibilidad de considerar la actuación del hombre de atrás como una mera participación en el hecho de otro. ROXIN, por su parte, sostiene que no es necesario analizar con demasiado detalle el concepto de “dominio del hecho” para distinguir estos supuestos de los casos de inducción. En su opinión, resulta evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de judíos, o la dirección de un servicio secreto encargado de perpetrar atentados políticos, domina la realización del resultado de forma distinta a un inductor común⁽³⁴⁾. Un inductor se limita a provocar en el inducido la resolución de cometer un hecho antijurídico⁽³⁵⁾, situación que no se corresponde con el supuesto en cuestión, donde se ordena la realización de un hecho delictivo en el marco de una estructura que asegura el cumplimiento de la orden. Por otro lado, la tarea del inductor es diferente en cuanto que éste debe

(33) HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, pág. 276. El autor concuerda con Gimbernat Ordeig en cuanto a la calificación de los restantes miembros intermedios, admitiendo que se trata de cómplices. Apoyando esta solución PÉREZ ALONSO, E.J.: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, pág. 232 (ver nota 84). LÓPEZ PELEGRÍN se manifiesta en similar sentido sosteniendo que los esfuerzos doctrinales por denominar autor o coautor al hombre de atrás están justificados en la doctrina alemana donde la imposibilidad de encuadrar el comportamiento de estos sujetos en las figuras mencionadas o bien en la figura de la inducción dejarían la única opción de considerar su conducta como una mera complicidad, situación que no se verifica en España, debido a la existencia de la participación necesaria, la cual dará una solución satisfactoria a gran parte de estos supuestos. LÓPEZ PELEGRÍN, M.C.: *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, pág. 404.

(34) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 243.

(35) Sobre la caracterización de la figura de la inducción DEL ROSAL BLASCO, B.: “La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, pág. 185, y BALDO LAVILLA, F.: “Algunos aspectos conceptuales de la inducción”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989, pág. 1094.

tomar contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y vencer sus resistencias, mientras que aquél que da una orden se evita todo ello, que le es facilitado por la organización misma⁽³⁶⁾. Todas estas objeciones nos permiten dejar de lado la figura de la inducción como posible vía de solución.

V. LA TESIS DE LA COAUTORÍA

La postura que brinda una respuesta más cercana a la realidad fáctica que pretende reflejar Roxin mediante la aplicación de la autoría mediata es la que sostiene que se trata de casos de coautoría, ya que ello permite reconocer la importancia del papel del hombre que dicta las órdenes, sin resignarse a otorgarle un papel secundario. No obstante, esta solución acarrearía una modificación drástica de la configuración de la coautoría⁽³⁷⁾, la cual requiere la realización de hechos ejecutivos por parte de ambos coautores⁽³⁸⁾, mientras que en estos supuestos la conducta del hombre de atrás se desarrolla exclusivamente en la fase de preparación delictiva.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta el problema de la necesidad de una decisión conjunta en la coautoría, cuestión sumamente controvertida en la doctrina alemana. En opinión de ROXIN, en el ámbito de aparatos organizados de poder lo más probable es que aquel que ordena y el que ejecuta la orden ni se conozcan, por lo que ni pueden decidir nada conjuntamente ni se encuentran situados en un mismo nivel⁽³⁹⁾.

JAKOBS, por el contrario, entiende que en la coautoría no es necesario que ambos autores hayan efectuado una decisión recíproca, sosteniendo que resulta suficiente con una “decisión de adaptación o decisión de ajustarse”. De acuerdo con esta postura no sería necesario siquiera que el ejecutor tenga conciencia de las aportaciones del otro interviniente, caso en el que se verificaría una coauto-

(36) ROXIN, C.: “Problemas de autoría...”, ob. cit., pág. 196.

(37) En palabras de Roxin, ello acarrearía la pérdida de los contornos de la coautoría. ROXIN, C.: “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, en *Festschrift für Grünwald zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1999, pág. 12. Existe traducción de esta obra por Enrique Anarte Borralló como “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Penal*, Barcelona, 1998, pág. 61.

(38) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal español”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 1999, pág. 470.

(39) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 682.

ría unilateral determinada por la voluntad de ajustarse ⁽⁴⁰⁾. ROXIN, quien considera indispensable este requisito ⁽⁴¹⁾, indica que esta opinión contraviene el tenor literal de la Ley conduciendo, por tanto, a la aplicación de la analogía.

OTTO también considera a esta figura como la más adecuada, indicando que en estos casos el ejecutor “hace suyo el plan” del autor de escritorio, circunstancia que puede ser equiparada a la decisión conjunta que entiende indispensable en los demás casos de coautoría ⁽⁴²⁾. Esta opinión es contestada por Roxin quien considera que el “hacer suyo” el plan no puede ser considerado

(40) JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, 1993, pág. 617. Del mismo autor ver “Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, pág. 27. En el mismo sentido DERKSEN, R.: “Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft”, en *Goldtamer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pág. 163. LESCH, H.H.: “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín/Nueva York, 1993, pág. 271. Contra esta opinión KÜPPER, G.: “Der gemeinsame Tatentschuss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín/Nueva York, 1993, pág. 302. Del mismo: “Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen”, en *Goldtamer's Archiv für Strafrecht*, Bonn, 1998, pág. 526. En el caso de JESCHECK, el autor hasta la cuarta edición de su manual fundamenta la decisión común meramente en la pertenencia a la organización, mientras que modifica su postura en la 5.ª edición, requiriendo la conciencia de los directivos y ejecutores de que un hecho determinado debe ser realizado según las órdenes de la jefatura. Esta concepción no requiere que los coautores se conozcan mutuamente sino simplemente que tengan conciencia de su existencia. JESCHECK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1988, pág. 607. JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, pág. 670.

(41) Uno de los argumentos que esgrime Roxin para defender la necesidad de este elemento para fundamentar la coautoría es la incompatibilidad de esta caracterización de la coautoría con el Derecho positivo. Esta opinión es criticada por GARCÍA VITOR al entender que, aunque este argumento pueda resultar válido con respecto a los ordenamientos español y alemán, al haber pretendido Roxin fundamentar su construcción sobre autoría mediata a través de aparatos de poder construyendo su base teórica con la finalidad de que sirva de instrumento más allá de los derechos positivos, los requisitos de los particulares ordenamientos sólo resultan argumentos para sumar pero que carecen de la entidad suficiente para fundar la necesidad del requisito. GARCÍA VITOR, E.: “La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba, 2001, pág. 344.

(42) OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht*, 6.ª ed., 2002, pág. 294. WEBER también se manifiesta a favor de la coautoría pero basando su argumentación en las teorías subjetivas, las cuales son hoy en día rechazadas por la mayor parte de la doctrina. Así entiende que el autor de escritorio debe ser considerado coautor por su interés en el éxito del hecho y su voluntad hacia el dominio del hecho. WEBER, U., BAUMANN, J. y MITSCH, W.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 1995, pág. 633.

como un sinónimo de decisión conjunta, debido a que se trata de un plan unilateral⁽⁴³⁾. La postura de OTTO, además, no desarrolla cuáles son las exigencias en cuanto al plano subjetivo del hombre de atrás, es decir, no aclara si resulta necesario o no su consentimiento, lo cual no puede ser simplemente extraído de la orden del superior⁽⁴⁴⁾.

Siguiendo la postura de Roxin, admitir que estamos frente a un supuesto de coautoría contribuiría a la indefinición de los límites de las figuras de autoría, al imposibilitar la distinción de las formas de participación reconocidas en el ordenamiento penal⁽⁴⁵⁾. No obstante, entendemos que la objeción más grave que puede realizarse a esta postura es la de considerar al ejecutor material y al autor de escritorio como iguales, negando el carácter de subordinación que rige la relación entre ambos⁽⁴⁶⁾. No será posible constatar la presencia del elemento subjetivo de la coautoría, ya que no existirá la decisión conjunta de realizar el hecho, ni tampoco la ejecución común⁽⁴⁷⁾, sino sólo el cumplimiento de una orden que le llega al ejecutor posiblemente a través de una cadena de sujetos⁽⁴⁸⁾. Como señala ROXIN la relación que se da en la coautoría es horizontal, es decir una relación entre iguales, mientras que en la autoría mediata se trata de una relación vertical⁽⁴⁹⁾.

(43) ROXIN, K.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 682.

(44) Respecto a esta discusión, ampliamente, ALDONEY RAMÍREZ, R.: “La autoría mediata...”, ob. cit.

(45) GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, 2001, pág. 390. También en este sentido GÓMEZ BENÍTEZ expresa que para admitir esta opción sería necesario al menos que el organizador hubiera actualizado su actuación como “dirección en la ejecución”. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1984, pág. 103. Contra esta opinión, aceptando aplicar la coautoría a los casos de criminalidad organizada, MUÑOZ CONDE (ver nota 25).

(46) JOSHI JUBERT, U.: “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995, pág. 674.

(47) ROXIN, C.: “Problemas de autoría...”, ob. cit., pág. 195. Sobre los requisitos de la coautoría: GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 120.

(48) GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal...*, ob. cit., pág. 375. La autora aclara que en las organizaciones jerárquicas los comportamientos vienen estructurados de forma vertical, mientras que en el caso de la coautoría se estructuran de forma horizontal.

(49) ROXIN, C.: “Probleme von Täterschaft...”, ob. cit., pág. 260.

La conclusión a la que nos llevan todas estas críticas es que, si bien muchas de ellas ponen de manifiesto inconvenientes a la aplicación de la autoría mediata, ninguna de ellas presenta una solución que la aventaje en beneficios. Si bien la solución de la autoría mediata nos obliga a plantearnos una excepción al principio de responsabilidad⁽⁵⁰⁾, circunstancia que resulta ser la principal objeción que se plantea a la teoría⁽⁵¹⁾, creemos que puede brindar una solución cercana a la situación fáctica⁽⁵²⁾. Permite reconocer tanto el carácter jerárquico de la relación entre las partes como la instrumentalización del ejecutor, posibilitada por las características de la relación.

Además, tal como mantiene Bloy, esta excepción al principio de responsabilidad podría fundamentarse en que el dominio que ejerce el hombre de atrás

(50) Al respecto: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y participación*, Madrid, 1996, pág. 54; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1984, pág. 142; SCHAFFSTEIN, F.: “Der Täter hinter dem Täter bei Veidbarem Verbotsirrtum und Verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Munich/Frankfurt, 1989, pág. 156. RODRÍGUEZ MOURULLO realiza una dura crítica a la posibilidad de aceptar una autoría mediata mediante un instrumento doloso entendiendo que ello provocaría una degeneración de la figura. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El autor mediato en Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1969, pág. 468. Del mismo autor: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pág. 571.

(51) GARCÍA VITOR sostiene que esta excepción implica la desnaturalización de la autoría mediata al despojarla del elemento configurador fundamental que nunca fue el dominio del hecho sino el instrumento que obra sin responsabilidad, aclarando que no deja de tener en cuenta que la tesis del dominio permitió explicar más adecuadamente este instituto. GARCÍA VITOR, E.: “La tesis del dominio...”, ob. cit., pág. 346. También en contra RUDOLPHI, H.J.: *Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*. 6.ª ed., 1993. Del mismo autor con referencia al ámbito empresarial ver: “Strafrechliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid”, en *Festschrift für Lächner*, 1987, pág. 871.

(52) CHOCLÁN MONTALVO pone de relieve la trascendencia práctica de esta doctrina. CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2001, pág. 267. En contra SPENDEL entiende que es necesario mantener los límites originarios de la figura de la autoría mediata y que la figura del autor detrás del autor resulta innecesaria, ya que los problemas que intenta resolver pueden ser solucionados a través de la autoría accesoria o la inducción. SPENDEL, G.: “Der Täter hinter dem Täter-eine notwendige Rechtsfigur? Zur Lehre vor der mittelbaren Täterschaft”, en *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1976, pág. 171.

no es sobre el ejecutor material, sino sobre el aparato mismo⁽⁵³⁾. Encontramos acertada esta postura en cuanto permite comprender el carácter complejo del mecanismo puesto en marcha por la organización, y que posibilita la realización de los hechos antijurídicos. Es en este punto donde resulta necesario efectuar un análisis de los requisitos exigidos por Roxin para la configuración de la autoría por aparatos organizados de poder, para proceder posteriormente a evaluar las posibilidades de aplicar esta opción al ámbito empresarial.

VI. LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS DE PODER ORGANIZADOS. ELEMENTOS NECESARIOS

De acuerdo a la formulación de Roxin, tres son los elementos que permiten fundamentar un nuevo caso de autoría mediata; estos permiten incluir en la figura tanto los supuestos en los que se manifiesta una responsabilidad directa del “instrumento”, como aquellos en los que éste actúa por error o coacción. Se trata de la estructura jerárquica de la organización, la fungibilidad del ejecutor material y la actuación de la organización al margen del derecho. Veremos que los dos primeros son considerados imprescindibles, mientras que el último se encuentra discutido en cuanto a la necesidad de su concurrencia.

A) La estructura jerárquica de la organización

La estructura jerárquica de la organización es un requisito fundamental en cuanto posibilita una relación de poder-sujeción entre ambos autores. En opinión de ROXIN este tipo de estructuras compensa la lejanía al hecho del autor mediato confiriéndole un mayor poder de mando cuanto más alejado se encuentre del mismo⁽⁵⁴⁾. Para afirmar su dominio del hecho será imprescindible que el control que ejerza sobre la organización sea efectivo y no meramente formal. El autor aclara que habrá que ser especialmente cauteloso al estimar la existencia de este requisito en los casos de criminalidad organizada, ya que “si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un aparato de poder, pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad”⁽⁵⁵⁾.

Siguiendo con la caracterización de ROXIN, autor podrá ser todo aquel que dentro de la estructura esté facultado para dar órdenes a sus subordinados, y no

(53) BLOY, R.: “Grenzen der Täterschaft...”, ob. cit., pág. 441. Del mismo autor: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, pág. 345.

(54) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 248.

(55) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 250.

solamente aquél que esté en la cúspide de la organización. De ello se deriva que siempre que la orden dictada provenga de un superior, aquel que la imparte continuará siendo autor, por lo que quedará planteada una cadena de autores mediatos⁽⁵⁶⁾.

B) La fungibilidad de los miembros de la organización

En lo que respecta a la fungibilidad del ejecutor, este requisito indica la necesidad de que el autor de escritorio cuente en todo momento con un número de sujetos dispuestos a llevar a cabo el hecho ilícito, es decir, debe ser consciente de que en el caso de que el ejecutor material hacia el cual se dirige la orden se niegue a cumplirla ello no repercutirá en el resultado del delito, ya que existen otros sujetos en la organización dispuestos a realizarlo; de hecho, en la mayoría de las ocasiones el autor de escritorio no sabrá quién actúa en el caso concreto como “órgano ejecutivo”⁽⁵⁷⁾. El autor mediato será así simplemente una “ruedecilla” intercambiable dentro de un engranaje, ya que la organización despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros, es decir, funciona “automáticamente”⁽⁵⁸⁾. La fungibilidad es el elemento que otorga garantía de éxito a la orden antijurídica, y por tanto minimiza la importancia de la libertad de decisión del ejecutor material⁽⁵⁹⁾.

Contra la opinión de Roxin, que considera a la fungibilidad como elemento clave de la construcción⁽⁶⁰⁾, se pronuncia MURMANN. Este autor entiende que normalmente en los aparatos de poder, y partiendo de la concreta situación de acción, no podrá hablarse de un número ilimitado de personas. Poniendo como ejemplo el caso de la RDA, sostiene que en este supuesto el hombre de atrás

(56) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 248.

(57) ROXIN, C.: “Sobre la autoría y participación en el Código penal”, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pág. 63.

(58) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob. cit., pág. 245. CHARCHULLA entiende que Roxin no aclara suficientemente por qué el elemento de la fungibilidad resulta fundamental y por qué es capaz de diferenciar a la autoría mediata de la inducción. CHARCHULLA, T.: *Die Figur der Organisationsherrschaft in Lichte des Beteiligungssystems*, Acchen, 2000, pág. 55. ROTSCH critica el elemento de la fungibilidad indicando la imposibilidad de la intercambiabilidad en el momento de la ejecución. ROTSCH, T.: “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2000, pág. 561.

(59) En este sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “El dominio del hecho...”, ob. cit., pág. 103.

(60) Roxin, K., en *Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., 1993, 25/128.

dependía de la fidelidad a la orden de unos pocos soldados⁽⁶¹⁾. En el caso de KÖHLER, el autor no niega la intercambiabilidad del individuo como situación de hecho que se desarrolla en los aparatos de poder organizados, pero no considera que esta circunstancia pueda fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás. En su opinión, esta opción subdetermina la responsabilidad propia del ejecutor⁽⁶²⁾.

Otra de las críticas al elemento de fungibilidad indica que si el ejecutor es capaz de negarse a llevar a cabo la orden, ello es prueba de que este sujeto puede decidir por sí mismo acerca de la ejecución, teniendo por tanto dominio sobre el hecho⁽⁶³⁾. Esta objeción olvida que la teoría que tratamos, tal como ha sido concebida por su creador, propone necesariamente una excepción al principio de responsabilidad y no pretende negar en ningún momento el dominio del hecho del ejecutor.

También, al respecto, se realiza una crítica metodológica a la teoría de Roxin, basada en que existen dos opciones para analizar la acción a los efectos de la imputación jurídica, ya sea como un objeto de las ciencias naturales o como una acción libre; lo que no puede hacerse es concebir a la acción como libre y al mismo tiempo considerarla en cierto modo como causada. Desde este punto de vista, si se llega a la conclusión de que el autor principal actúa libremente, entonces no habría nada más que decir sobre cuál sería la causa, es decir, no habría posibilidad alguna de recurrir al autor detrás del autor. Sería una contradicción considerar a un suceso como libre y al mismo tiempo como naturalmente necesario. Si el punto de partida es el actuar libre, entonces queda excluido que un tercero haya podido causar al mismo tiempo la acción. Si se parte de que el suceso ha sido causado, entonces queda excluido aceptar que la acción haya sido libre y con ello imputable⁽⁶⁴⁾.

(61) MURMANN, U.: "Tatherrschaft durch Weisungsmacht", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pág. 273.

(62) En base a estas consideraciones, el autor se manifiesta a favor de la inducción. KÖHLER, M.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pág. 510. WESSELS, asume la autoría mediata por dominio de organización, pero considera que los sujetos fungibles son los hombres de atrás, quienes dominan el eco a través de la utilización del aparato de poder. WESSELS, J.: *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 31.ª ed., Heidelberg, 2001, 13/540.

(63) Al respecto HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U.: *La autoría mediata...*, ob. cit., pág. 275.

(64) DONNA, A. E.: "El concepto de autoría...", ob. cit., pág. 324. En opinión de BOLEA BARDÓN, la doble calificación que se otorga a la conducta del ejecutor material, en cuanto por una parte se afirma su capacidad de tomar libremente una decisión y por otra parte se le niega dicha capacidad, constituye el punto más débil de la construcción de Roxin. BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata...*, ob. cit., pág. 350.

Una vez más debemos responder que la teoría del autor detrás del autor de ninguna forma trata de justificar que la conducta del ejecutor material sea meramente causal, es decir, en ningún caso se trata de negar la responsabilidad del ejecutor directo, sino precisamente de plantear una excepción al principio de responsabilidad. No se trata, por tanto, de que la conducta sea el resultado directo de la acción libre del autor de escritorio, sino que el funcionamiento del aparato que debe ser casi automático lo hace posible. De la decisión de cometer un delito en concretas condiciones que garantizan con una probabilidad rayana en la seguridad el cumplimiento de la orden surge la responsabilidad como autor del hombre de atrás ⁽⁶⁵⁾.

Con todo, esta crítica nos anima a indagar aún más acerca de la relación que queda establecida entre aquél que ordena y el ejecutante, sobre todo respecto a una posible disminución de la libertad del ejecutor, la cual, si bien no reúna la entidad suficiente para ser considerada coacción —lo que implicaría encuadrar sin más la conducta en la figura de la autoría mediata—, podría jugar un papel importante a la hora de decidir la aplicación de la figura del “autor detrás del autor”. Posteriormente volveremos sobre esta idea.

C) La problemática de la desvinculación del Derecho

Queda por analizar el último requisito sobre la desvinculación del Derecho de la actuación de la organización. En opinión de Roxin, dicha circunstancia resulta imprescindible ya que siempre que nos encontremos en el marco de organizaciones que se desarrollan dentro de la Ley, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, ya que las leyes tienen un rango superior, y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del hombre de atrás ⁽⁶⁶⁾. No obstante, como ya mencionamos, la necesaria presencia de este elemento ha sido criticada en numerosas oportunidades. Se sostiene que el Derecho dirige sus normas a todos los individuos por igual, por lo que no puede plantearse una diferenciación entre la conducta que se espera de unos u otros individuos. Concluir acerca de la necesidad de este requisito se nos presenta como una tarea fundamental, ya que de esta decisión puede depender directamente la posibilidad de aplicar la doctrina en estudio al ámbito empresarial.

En esta línea, se ha afirmado que ni siquiera en el caso para cuya aplicación nació esta doctrina (aparatos de poder de organización estatal) puede considerarse que haya una total desvinculación al Derecho. En este sentido AMBOS plantea una diferenciación de supuestos. En primer término el autor analiza

(65) Al respecto BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata...*, ob. cit., pág. 369.

(66) ROXIN, C.: “Straften im armen...”, ob. cit., pág. 204.

aquellos casos en los que se presenta un paralelismo entre dos ordenamientos; el ordenamiento “normal” que pretende luchar contra la delincuencia común y el “anormal” o “pervertido” que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de forma clandestina. Él mismo cita como ejemplo paradigmático de esta clase de estructura la situación ocurrida en Chile y Argentina, países en los cuales mientras se torturaba y mataba a quienes perseguían determinadas ideas políticas, la sociedad, ajena a estos hechos, seguía sometida al orden jurídico de acuerdo a un sistema constitucional que sólo encontraba como barreras las limitaciones propias de un gobierno *de facto* (entre las que se contaban, por ejemplo, la suspensión de la actividad del Poder Legislativo)⁽⁶⁷⁾. En este caso no hay objeciones para referirse a una organización que opera al “margen del Derecho”, pero la situación es distinta cuando el ordenamiento en sí mismo es la base del Terrorismo de Estado⁽⁶⁸⁾.

(67) En el caso argentino, la autoría mediata a través de aparatos de poder es utilizada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en su sentencia del 9 de diciembre de 1986. En esta se aplicó la doctrina de ROXIN para condenar en grado de autoría a los comandantes de las Fuerzas Armadas que en el período comprendido entre 1976 y 1983 realizaron numerosos crímenes, entre ellos homicidios, torturas, violaciones, pero con la particularidad de haberse limitado a dar las órdenes necesarias para que estos delitos se perpetraran. La Cámara consideró que los sucesos juzgados en la causa no fueron producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaban, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas impartieron a sus hombres, es decir, todos estos hechos fueron llevados a cabo a través de una compleja gama de factores que supone toda operación militar, por tanto, ya que sin el concurso de todos estos elementos los hechos no hubieran podido ocurrir, el ejecutor concreto pierde importancia. Posteriormente, la Corte Suprema no apoyó la decisión de la Cámara degradando la responsabilidad de los comandantes a una participación como cooperadores necesarios, entendiendo que la doctrina del dominio del hecho no era decisiva en el Derecho comparado para diferenciar la autoría de la participación. Además de ello, la Corte consideró que el criterio del dominio del hecho lleva a consecuencias violatorias del principio de legalidad resultando un concepto extensivo de autor porque el autor mediato pasa a convertirse en un autor por extensión sin haber realizado acciones típicas. También consideró que la figura de la autoría mediata de la forma propuesta por Roxin no tenía cabida en la legislación argentina de entonces, que no reconocía expresamente la figura de la autoría mediata. No obstante, el voto minoritario continuó apoyando la tesis de la autoría mediata por considerar que el hombre que está en la cúspide de la organización es el que decide, dispone, manda, con la seguridad de ser obedecido. Al respecto ampliamente DONNA, E.A.: “El concepto de autoría...”, ob. cit., pág. 311. BRUERA, M.: “Autoría y dominio...”, ob. cit., pág. 269.

(68) AMBOS, K.: “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machapparate. Eine Kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze”, en *Goldtamer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pág. 226. Este artículo, con traducción de Manuel Cancio Meliá, está publicado como “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, Bogotá, 1998, pág. 53, y en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1999, pág. 133.

Como sostiene el autor citado, hay supuestos en los que el Derecho mismo ha sido instrumentalizado y usado como derecho de dominación. Ejemplo de ello puede ser el sistema nazi en el que los delitos se llevaban a cabo en nombre de la Ley. El supuesto se repite con respecto al sistema totalitarista de la RDA. En ambos hay un ordenamiento jurídico que determina la realización de hechos contrarios a las normas naturales sobre la base de una Ley emitida de forma correcta⁽⁶⁹⁾. Así, sólo podría afirmarse la desvinculación del Derecho tomando como punto de referencia valoraciones propias del Estado de Derecho y del Derecho natural. En opinión de AMBOS estos principios supraleales, al no ser evidentes, no pueden oponerse al dominio del hecho del hombre de atrás, no pudiendo por tanto constituir una barrera para la ejecución de la orden⁽⁷⁰⁾.

En este punto se ha sostenido que el razonamiento de AMBOS para excluir el carácter de imprescindible de la desvinculación al derecho no resulta válido, sino que trae como consecuencia la exclusión de los supuestos contemplados del ámbito de la autoría mediata por aparatos de poder. Así, se entiende que el hecho de que los miembros de una organización no reconozcan normas que provienen del Derecho natural implica que estos actúan bajo error de prohibición, por lo que ya no sería necesario recurrir a la figura de ROXIN para justificar la autoría del hombre de atrás, que quedaría configurada por las causas tradicionales⁽⁷¹⁾.

La decisión acerca de la desvinculación del Derecho de aparatos estatales tales como la RDA o el gobierno nazi nos lleva ineludiblemente a la vieja discusión sobre la existencia de un Derecho natural que goce de un carácter preponderante sobre el Derecho positivo. La teoría de JAKOBS se pronuncia de forma abiertamente contraria a esta opción ya que, en su opinión, las normas del Derecho natural carecen de efectos jurídicos si previamente no ha habido un reconocimiento por parte de las normas positivas, por lo que su ejecución debería denominarse coacción. La Ley natural no cuenta con la propiedad de redactar leyes inmutables que deben ser cumplidas sin la obligación de ser dictadas. El Derecho natural antes de su transformación en Derecho estatal es una Ley imperfecta⁽⁷²⁾.

(69) Sobre la relación entre la Ley positiva y el Derecho natural en relación con el caso de los disparos del muro AMBOS, K.: *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro*, Bogotá, 1999, pág. 14.

(70) AMBOS, K.: *Dominio...*, ob. cit., pág. 56.

(71) ALDONEY RAMÍREZ, R.: "La autoría mediata por dominio de la organización y su aplicabilidad a la actividad empresarial en la doctrina alemana", trabajo inédito.

(72) JAKOBS, G.: "Crímenes de Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1995, pág. 445.

De acuerdo con este marco teórico, JAKOBS analiza la legitimidad del gobierno de la RDA y las posibilidades de juzgar los crímenes que cometiera. En primer término, entiende que tratar como antijurídicos hechos estatales requerirá en todo caso una Ley positiva que determine dicho carácter. Para ello analiza distintas opciones; la primera sería la aplicación de una norma de la antigua República Federal Alemana, posibilidad que niega considerando que cuando dicho Estado abandonó la pretensión de considerar a la RDA como territorio interior, debió aceptar además que los hechos que en dicho territorio ocurriesen serían hechos extranjeros. Otra opción vendría dada por el principio de injerencia, si bien, este principio indica la necesidad de contar con un elemento legitimador de la intervención, y según las normas de la propia República Federal Alemana para ello resulta imprescindible que los hechos hayan sido punibles en el lugar de su comisión cuando estos ocurrieron⁽⁷³⁾.

Cerradas estas posibilidades el autor pasa a analizar las propias normas internas de la RDA, tomando como ejemplo los asesinatos que tuvieron lugar en la frontera. La Ley de Frontera que reguló dichos actos fue sancionada en el año 1982; con anterioridad estos hechos se regían por una Reglamentación interna que contenía la “orden de disparar”. Esta norma contradecía la Constitución de la RDA que sostenía que sólo podían limitarse los derechos de la personalidad mediante Ley. El autor explica esta situación —así como los posteriores excesos en la aplicación de la Ley de Fronteras—, como ilegalidades que respondían a prácticas generalizadas, por lo que las mismas también eran una cuestión normativa. Igual explicación corresponde a los Tratados Internacionales firmados por las autoridades de la RDA, que eran considerados meros compromisos formales⁽⁷⁴⁾.

En virtud de estas consideraciones, JAKOBS niega no sólo la desvinculación al Derecho de este Estado, sino también el carácter antijurídico de los actos que fueran cometidos al amparo de la legalidad, entendiendo que hubiera sido preferible que estos actos no hubiesen sido juzgados⁽⁷⁵⁾.

(73) JAKOBS, G.: “Crímenes del Estado...”, ob. cit., pág. 445.

(74) JAKOBS, G.: “Crímenes del Estado...”, ob. cit., pág. 445.

(75) A nivel de Derecho interno este supuesto fue resuelto por la Corte Constitucional Federal en el año 1997 (BVerfG, en *Neue Juristische Wöchenchrift* 1997, pág. 929), entonces se decidió la antijuricidad de estas conductas, tanto de aquellos hechos que implicaron un exceso con respecto a La Ley de Frontera, como a aquellos que se amparaban en la causa de justificación prevista por esta Ley que otorgaba prioridad a impedir los intentos de fuga sobre la vida. Según la opinión de la Corte Constitucional Federal esta causa de justificación no puede ser tenida en cuenta porque lesiona las normas del Derecho natural.

Retomando la discusión que nos condujo hacia la postura de JAKOBS, si aplicáramos las opiniones de este autor no sólo negaríamos la desvinculación del Derecho de este Estado y la existencia de un error de prohibición por parte de los ejecutores materiales al desconocer estas las normas del Derecho natural, solución que nos parece adecuada, sino que más allá de ello no habría hechos antijurídicos que juzgar. Esta conclusión no nos parece correcta, ya que nos conduciría a declarar la impunidad de los excesos cometidos por todos los gobiernos dictatoriales incluso en aquellos casos en los que estos actúen en contra de su propio ordenamiento interno. Creemos que la antijuricidad de los hechos en este tipo de situaciones tiene que ser estimada de acuerdo a un detenido análisis de las circunstancias particulares del caso, y valorando el cumplimiento del Derecho positivo⁽⁷⁶⁾.

MUÑOZ CONDE apoya la crítica de AMBOS en cuanto entiende que en todas las dictaduras se cometen infracciones a los derechos de expresión, reunión y asociación, siendo esta circunstancia una característica del propio sistema, por lo que estas organizaciones difícilmente pueden considerarse al margen del Derecho, a no ser que se las enjuicie desde la concepción de un Estado diferente, basada en los principios democráticos. Se trata de situaciones en las que el Gobierno utiliza el Derecho penal para su propia protección, lo que no significa que se trate de estructuras desvinculadas del Derecho, sino que las órdenes que imparten son antijurídicas⁽⁷⁷⁾.

Desde este punto de vista no es posible excluir situaciones en las que los ejecutores materiales puedan actuar bajo error de prohibición o por obediencia debida, no obstante lo cual es posible aplicar —tal como lo ha hecho el BGH— la teoría de ROXIN a aparatos de poder que no se encuentran al margen del

(76) En el caso que tratamos hubo violaciones a las propias normas internas, las cuales no pueden ser entendidas como derecho por ser prácticas generalizadas propugnadas por el mismo gobierno, tal como pretende JAKOBS. JAKOBS, G.: “Crímenes del Estado”, ob. cit., pág. 445. AMBOS concuerda en negar el criterio de la antijuricidad de los hechos amparados por la causa de justificación prevista en la Ley de Fronteras que primaba la detención de las fugas sobre la vida, indicando que juzgar estos hechos conllevaría una violación al principio de retroactividad de las normas. No obstante, entiende que estas consideraciones dejan pendiente la antijuricidad de los hechos que constituyen excesos a las normas también considera que la interpretación del principio de retroactividad como un Derecho fundamental determina que para haber juzgado estos hechos hubiera sido necesario que estas excepciones al principio de retroactividad fueran reglamentadas en el contrato de unificación debiendo por tanto expedirse un acto legislativo que hubiera cambiado la Constitución Federal. AMBOS, K.: *Acerca de la antijuridicidad*, ob. cit., pág. 29.

(77) Contra esta opinión se manifiesta FIGUEIREDO DIAS sosteniendo que la comisión de “crímenes por parte del Estado implica por sí mismo la desvinculación del Estado del Derecho”. FIGUEIREDO DIAS, J.: “Autoría y participación...”, ob. cit., pág. 105.

Derecho⁽⁷⁸⁾. Coincidimos con la opinión de este autor en cuanto la comisión de hechos antijurídicos por parte de un Estado no implica que se verifique el elemento de la desvinculación al Derecho exigido por ROXIN, ya que ello implica juzgar a un Estado de acuerdo a normas no reconocidas por él mismo y que no forman parte de su Derecho sin una expresa manifestación en este sentido; se trata, por tanto, de supuestos que podrán ser juzgados aplicando la autoría mediata a través de aparatos de poder, en caso de que se cumplan los restantes requisitos.

Más allá de la crítica a la desvinculación del Derecho de Estados totalitarios, se plantea la situación de las órdenes antijurídicas en el seno de un Estado de Derecho, o bien en las Fuerzas Armadas. En este caso, ROXIN considera que cuando un mando imparte órdenes antijurídicas, ello sólo podrá ser valorado como inducción⁽⁷⁹⁾, pues si el aparato se mueve por los cauces del Derecho, una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento, ya que si esta fuera obedecida, no se trataría de una acción de la maquinaria de poder, sino de una iniciativa particular. En estos casos no se actuaría “con el aparato” sino contra él, quedando excluido el posible dominio de la organización⁽⁸⁰⁾.

En este punto SCHILD presenta una actitud crítica a la postura de ROXIN. El autor redefine el dominio de hecho como “dominio de la conducta”, sosteniendo que el hombre de atrás realiza el hecho en el sentido de la “realización típica” destacando, además, la inconveniencia del elemento de la desvinculación del derecho que implicaría la obstrucción a un tipo de dominio del hecho realmente autónomo. Sostiene posteriormente que el elemento determinante será el aprovechamiento por parte del hombre de atrás de su posición de poder social, dependencia que debe encontrar un asentamiento en determinadas relaciones de roles y status. Con ello, se refiere a una actuación en un rol socialmente fijado e integrado en un organismo, el cual se recibe y percibe claramente como una función de servicio. Esto lleva al autor a sostener que la teoría de ROXIN requiere de una normativización de la teoría de la autoría en la que se acentúe la significación social de la realización del tipo penal⁽⁸¹⁾.

(78) MUÑOZ CONDE, F.: “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?”, en *Revista Penal*, Madrid, 2000, pág. 104.

(79) Exceptuando obviamente los casos en los que la autoría mediata pueda configurarse por otras causales.

(80) ROXIN, C.: “Straftaten Organisatorischer...”, ob. cit., pág. 204.

(81) SCHILD, W.: *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlín/New York, 1994, pág. 17 y sig. Explicando esta postura ampliamente ALDONEY RAMÍREZ, R.: “La autoría mediata...”, ob. cit.

La conclusión a la que llegamos en este punto es coincidente con el supuesto anterior, puesto que ya sostuvimos la negación de la desvinculación al Derecho de Estados totalitarios. Por tanto creemos que no convence la explicación de ROXIN en este punto ya que no parece lo más relevante que la organización se encuentre desvinculada del Derecho o no a la hora de poner en marcha el funcionamiento de una estructura de poder; por otro lado, creemos que lo fundamental será el poder del que disponga el hombre de atrás para poner en marcha los engranajes de la organización, es decir, la utilización por parte del superior del poder de mando para el logro de fines antijurídicos; en la postura de SCHILD, la utilización de un poder social. En estos supuestos, al igual que ocurre en el ámbito de las organizaciones ilícitas, se verifica una instrumentalización de la organización.

VII. LA APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS DE PODER AL ÁMBITO EMPRESARIAL

Una vez analizados los requisitos exigidos para fundamentar la autoría mediata a través de aparatos de poder, su aplicación al ámbito empresarial nos llevará a analizar la estructura de estas organizaciones, intentando comprobar si la misma cumple los requisitos exigidos.

A) La estructura jerárquica

El Profesor SCHÜNEMANN, en su obra *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, realizó en el año 1979 un completo análisis acerca de la realidad empresarial en el que concluyó que uno de los pilares fundamentales sobre los que se encuentra apoyado el poder de dirección de la empresa es la estructura jerárquica, lo que se traduce en el poder directivo o derecho de dirección. El autor también destaca como elementos relevantes la distribución del trabajo, que aumenta hacia abajo en la estructura de la organización con una vista panorámica o de conjunto en descenso, y con una fungibilidad creciente de los órganos de ejecución. Además, la formación de un sistema de conducta, el cual se basa en un proceso de aprendizaje colectivo, caracterizado por el mantenimiento de los valores y las rutinas de acción; finalmente un poder de determinación sobre los medios de producción objetivos⁽⁸²⁾.

Centrándonos en lo que respecta a la estructura jerárquica, las empresas se constituyen como verdaderos entes autónomos, con capacidad para imponer sus

(82) SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlín, 1979, pág. 102. En base a esta caracterización el autor considera perfectamente viable la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos de poder en el ámbito empresarial de acuerdo a la construcción originaria de Roxin.

normas internas de funcionamiento y su filosofía de actuación a la totalidad de sus miembros. La dependencia funcional caracteriza además, las relaciones de sus integrantes, favoreciendo la sujeción de los subordinados a las decisiones de los órganos superiores y otorgando a los mismos un verdadero poder de mando que —tal como exige ROXIN en referencia a organizaciones desvinculadas del Derecho—⁽⁸³⁾, aumenta a medida que se aleja de la ejecución de hechos materiales.

En contra de la verificación de la existencia de un verdadero aparato de poder se manifiesta OTTO, quien considera que esta construcción no puede ser trasladada al ámbito empresarial, ya que las empresas económicas no son aparatos de poder que posean una rigurosa organización y orden estructurado, y en las cuales las normas del Derecho se encuentren fuera de vigor⁽⁸⁴⁾. No coincidimos con esta postura en cuanto creemos que la jerarquización de posiciones que se verifica dentro de una empresa no presenta características diferenciales relevantes con respecto a los supuestos en los que originariamente se aplicara esta doctrina. En todo caso se verifica un orden estructurado, poder de dirección y una relación vertical caracterizada por la sujeción entre los miembros de la organización⁽⁸⁵⁾.

B) La fungibilidad

En cuanto a la existencia de fungibilidad en los posibles ejecutores materiales de un hecho ilícito que se desarrolle en el ámbito empresarial, se trata de un concepto discutido en la doctrina. Como mencionamos, a favor encontramos la opinión de SCHÜNEMANN, quien considera que los miembros inferiores de una organización empresarial son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de las normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada⁽⁸⁶⁾. Al contrario, HEINE niega la posibilidad de aplicar esta teoría a la empresa al poner en duda que en una era de trabajo desarrollado pueda hablarse de la fungibilidad de los miembros

(83) Ver nota 55.

(84) OTTO, H.: *Grindkurs Strafrecht*, ob. cit., pag. 294. En contra, acepta esta posibilidad KÜHL, K.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Munich, 1997, pág. 692.

(85) Para ello nos remitimos además a la argumentación ya apuntada al justificar la necesidad de responsabilizar directamente a los autores de escritorio.

(86) SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1988, pág. 533.

de estas organizaciones⁽⁸⁷⁾. Por nuestra parte, creemos que al descender en la escala jerárquica desciende también el grado de capacitación requerido para desarrollar la tarea encomendada, aumentando por tanto las posibilidades de que dicha función sea cumplida por una tercera persona, y aumentando también las posibilidades de fungibilidad de los ejecutores. No obstante creemos que podría resultar conveniente una redefinición del concepto de fungibilidad dentro del ámbito empresarial.

Si consideramos al concepto de fungibilidad tal cual fue originariamente estructurado, es decir como existencia de numerosas personas en condiciones de llevar a cabo la orden ilícita en el momento de su formulación, podría limitarse excesivamente el campo de aplicación de la doctrina estudiada a la empresa. No cabe duda de que en ocasiones, cuando la empresa en cuestión sea de grandes dimensiones y con respecto a determinados puestos, podrá verificarse esta situación, pero resulta más factible que la persona que recibe la orden tenga un número limitado de personas capaces de reemplazarle en su función, o incluso que no exista ninguna otra dentro de la organización en condiciones de hacerlo. Entendemos que esta circunstancia no puede significar que neguemos la posibilidad de intercambio del ejecutor.

En este tipo de organizaciones entendemos que la fungibilidad debe venir referida a las posibilidades de reemplazo del empleado, no solamente a través de otros sujetos que ya formen parte de la organización y que se encuentren en el momento de la negativa a cumplir la orden dispuestos a reemplazar al empleado, sino por la facilidad de acceder a terceras personas que puedan ingresar en la organización. Ello dependerá de distintas circunstancias de hecho referidas tanto al poder de dirección del hombre de atrás, como a la capacitación requerida para el puesto. De esta forma, cuando no se requiera una calificación *intuitu personae*, o sea, que no se requiera un sujeto concreto por sus características personales, aumentará la posibilidad de intercambio del ejecutor. Así definido el concepto de fungibilidad permitirá su aplicación a un mayor número de supuestos; no pudiendo considerarse esta ampliación como excesiva, ya que en todo caso se trata de circunstancias que implican la utilización de las facultades del superior jerárquico dentro de la organización, es decir, se trata de la utilización de los medios que el aparato pone a disposición del autor de escritorio y que éste instrumentaliza con fines delictivos.

(87) HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pág. 104. A pesa de ello, el autor considera que se trata de una construcción adecuada para ser aplicada en los supuestos originalmente desarrollados por Roxin con los que no puede plantearse un paralelo a las organizaciones empresariales.

C) La desvinculación al Derecho

El obstáculo fundamental con el que tropieza la aplicación de la teoría de ROXIN a la empresa es el requisito referente a la necesidad de que se trate de organizaciones que operen al margen del Derecho. Su aplicación estricta permitiría fundamentar la autoría mediata del director de una sociedad que en el marco de una actuación lícita requiere la realización de una orden antijurídica a un subordinado, supuesto prototípico que estudiamos. No obstante, ya hemos mencionado que el carácter de imprescindible de esta circunstancia ha sido puesto en duda en numerosas ocasiones⁽⁸⁸⁾. En este punto nos sumamos a las objeciones planteadas por MUÑOZ CONDE, considerando que el requisito de la actuación ilícita del conjunto de la organización puede ser compensado por la disminución de la capacidad de decisión que puede sufrir un miembro de una organización legal cuando se le requiere la realización de un hecho contrario a las normas.

Si consideramos el modelo de organización que lleva a cabo sus actividades al margen del Derecho, como son las organizaciones criminales, podremos comprobar fácilmente que la seguridad del cumplimiento de la orden antijurídica recibida por el ejecutor material radica no tanto en la posibilidad de intercambio de los sujetos (fungibilidad), como en la circunstancia de que la persona que recibe la orden antijurídica ha ingresado en esta organización con pleno conocimiento del tipo de órdenes que le serán impartidas, es decir, el ejecutor material ingresa en una organización criminal dispuesto a cometer hechos ilícitos⁽⁸⁹⁾. De ahí en más la negativa frente a la realización de un determinado hecho ilícito podrá referirse a una discordancia con las características de un crimen concreto pero no con respecto a la realización de hechos antijurídicos.

En este punto es donde se presenta la mayor diferenciación entre las organizaciones que operan dentro o fuera de la ley. Cuando un sujeto ingresa en una organización lícita, como puede ser una empresa, lo hace para llevar a cabo los actos propios del devenir de la actividad empresarial, que supone en todo caso

(88) ROTSCH considera que la exigencia de separación del Derecho del sistema es superflua en la determinación del dominio del hecho; no obstante no entiende que la figura sea transmisible al ámbito de las grandes empresas. ROTSCH, T.: “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft”, ob. cit., pág. 561. Del mismo autor ver “Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Armen organisatorischer Machapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Frankfurt/Munich, 1998, pág. 491.

(89) La aceptación de esta circunstancia lleva a MURMANN a decantarse a favor de la coautoría en los casos de criminalidad organizada. MURMANN, U.: “Tatherrschaft...”, ob. cit., pág. 279.

ajustados al Derecho. Cuando este sujeto recibe una orden de llevar a cabo un hecho delictivo impartida por un superior jerárquico, normalmente esta orden no vendrá libre de consecuencias secundarias que repercutirían en el empleado en caso de una negativa a su cumplimiento. Esta circunstancia hace que el empleado no sea totalmente libre a la hora de tomar una decisión. En este sentido GRACIA MARTÍN sostiene que no puede desconocerse la incidencia que puede tener la sujeción a una relación jerárquica para la medida de la reprochabilidad, que puede incluso llegar a quedar excluida en situaciones en que aquélla pudiera valorarse con respecto al autor consciente del sentido de su acto como un fundamento de inexigibilidad⁽⁹⁰⁾.

Al explicar su teoría, ROXIN se afana en la diferenciación de este supuesto y los casos de coacción; así, basando su argumentación en el proceso de Nüremberg, utiliza sus actas en las que no se ha podido constatar que hubiera habido ejecuciones de soldados que se negaran a cumplir las órdenes, sino que por el contrario las sanciones aplicadas fueron anotaciones en las actas personales de los transgresores, traslados o la negativa a otorgar ascensos en el escalafón⁽⁹¹⁾. Creemos que más allá de negar que se trate de supuestos de coacción, en estos casos los soldados estaban sujetos a una presión vencible.

No cabe duda de que esta “presión psicológica” no puede por sí misma fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás, porque se trata de una afección de la libertad de una entidad no suficiente como para su equiparación a la coacción. Entendemos que ello no es óbice para descartar sin más su existencia, sino que más bien se trata de un elemento adicional a tener en cuenta a la hora de determinar las responsabilidades propias del hecho. Podemos preguntar si resulta sostenible que le sea igualmente exigible al ejecutor material negarse a realizar la orden antijurídica cuando de su decisión puede depender su continuidad o su prosperidad en el trabajo que cuando no es así. Entendemos que la respuesta a esta pregunta debe ser negativa⁽⁹²⁾.

BOLEA BARDÓN entiende sin embargo que resulta suficiente con que el subordinado decida ejecutar la orden pese a existir la alternativa de no actuar, para considerar que la decisión ha sido autónoma, por mucho que la presión por parte de arriba o incluso de la propia sociedad sea grande. En su opinión, la

(90) GRACIA MARTÍN, L.: “La responsabilidad penal...”, ob. cit., pág. 84.

(91) ROXIN, C.: *Täterschaft...*, ob., cit., pág. 243.

(92) GARCÍA VITOR entiende que la solución de la autoría mediata implica degradar la importancia del ejecutor directo, en un mundo de hombres libres, llegando incluso en algunos casos a su impunidad (el autor cita como ejemplo el caso argentino en relación a la Ley de Obediencia debida). GARCÍA VITOR, E.: “La tesis del dominio...”, ob. cit., pág. 348. No coincidimos en esta opinión, porque creemos necesario investigar en cada caso el grado de libertad del que gozan los subordinados en cada momento.

presión que no anula toda alternativa de actuación permite seguir apreciando una decisión libre⁽⁹³⁾.

No compartimos esta opinión ya que entendemos que la culpabilidad como disposición psicológica a la realización de un delito no es un elemento que pueda ser considerado como existente o inexistente sin más; hay numerosas circunstancias que estando presentes a la hora de tomar una decisión pueden servir para fundamentar una disminución de la culpabilidad del autor. Nos estamos refiriendo a una disminución de la exigibilidad del autor en un momento determinado, que podría enmarcarse en el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante⁽⁹⁴⁾.

La faceta profesional de un individuo, como uno de los principales ámbitos de su desarrollo personal y como garantía del sostenimiento familiar, presenta relevancia suficiente como para fundamentar dicha disminución de la exigibilidad en caso de que ésta se vea amenazada. Creemos que en la situación fáctica que se nos plantea en este caso, no será necesario un aviso expreso por parte del autor mediato para fundamentar la mencionada disminución de la exigibilidad. La amenaza que para la estabilidad o prosperidad laboral del empleado que dicha orden implica deberá medirse de acuerdo a distintos parámetros. Uno de ellos será la capacidad del sujeto del cual deriva la orden para decidir sobre su futuro en la empresa. Otro factor a tener en cuenta será la facilidad de cambio del empleado de acuerdo al grado de especialización de la materia objeto del trabajo⁽⁹⁵⁾.

Un elemento que puede sumarse a la situación planteada es la denominada “actitud colectiva criminal”⁽⁹⁶⁾. Esta noción parte de considerar que cada corporación goza de un “espíritu característico”, el cual a través de diversas estructuras y procedimientos internos de las organizaciones puede alentar comportamientos ilícitos. La noción planteada ha permitido a diferentes autores argumentar a favor de la responsabilidad propia del ente abstracto, entendiendo que

(93) BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría Mediata*, ob. cit., pág. 372.

(94) En este sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “Criminalidad de empresa...”, ob. cit., pág. 208.

(95) En el ámbito empresarial, MURMANN diferencia dos grupos de casos, aquellos en los que la empresa desarrolla como actividad principal conductas ilícitas —supuesto que equipara a la criminalidad organizada, decantándose para estos casos por la coautoría—, y aquellos en los que la actividad es lícita, en los cuales, siempre que la conducta objeto de la orden se desarrolle dentro de las funciones normales del ejecutante, se va a decantar por la inducción, al sostener que la reducción de la responsabilidad del ejecutor material por razones de dependencia solo podrá ser excepcional o frente a conductas imprudentes. MURMANN, U.: “Tatterschaft...”, ob. cit., pág. 279.

(96) SCHÜNEMANN, B.: “¿Ofrece la reforma...?”, ob. cit., pág. 40.

este concepto podía fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica⁽⁹⁷⁾. Independientemente de que ello sea posible, cuestión sumamente discutible, lo relevante en este punto es el grado de influencia que este tipo de situaciones puede tener sobre los miembros inferiores de una organización, quienes, careciendo de posibilidades decisorias dentro de las estructuras, se encuentran condicionados a la realización de las actividades que les son encomendadas.

Podría decirse entonces que el código moral de la agrupación se interpone entre el orden estatal y el individuo, funcionando como principal motivador de su comportamiento⁽⁹⁸⁾. Como sostiene SCHÜNEMANN refiriéndose a los órganos inmediatos de ejecución, estos “sólo tienen una pequeña fuerza de resistencia frente a una actitud criminal de grupo —es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa—, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización: *pero si yo sólo actúo de un modo altruista en interés de la casa*—”⁽⁹⁹⁾.

Es necesario reiterar que de modo alguno estamos haciendo referencia a personas jurídicas cuyo objeto sea ilícito, sino a entes que teniendo un objeto adecuado a los límites legales fomentan que los empleados vean como prioridad la obtención de objetivos favorables a la empresa por encima del respeto a

(97) En Estados Unidos, la Corte ha utilizado tradicionalmente la doctrina del *respondeat superior* para atribuir responsabilidad penal a las corporaciones a través de la imputación de la intención de los agentes de la empresa. Frente a ello, la doctrina llamada *Corporate Ethos* pretende que para atribuir responsabilidad a la persona jurídica no sea necesario individualizar al agente que ha llevado a cabo el delito, sino que basta con comprobar que la conducta criminal fue cometida por un agente de la organización alentado por el espíritu de la empresa. El adelanto que pretende significar esta teoría se basa en que mientras los estándares tradicionales imputan a la corporación la intención del agente individual, el estándar *Corporate Ethos* busca detrás de la intención de los agentes individuales, analizando todos los aspectos que pudieron alentar la conducta delictiva. No obstante, esta doctrina no ha tenido gran recepción jurisprudencial. Al respecto ampliamente: BUCY, P.H.: “Corporate Ethos: a standard for imposing Corporate Criminal Liability”, en *Minnesota Law Review*, Minnesota, 1991, pág. 1095. UHF, K.B.: “The role of Corporate Compliance Programs in determining Corporate Criminal Liability: a suggested approach”, en *Columbia Law Review*, Columbia, 1996, pág. 1278. LAUFER, W.S.: “Corporate bodies and guilty minds”, en *Emory Law Journal*, 1994, pág. 657. En la doctrina alemana, TIEDEMANN se ha referido a esta doctrina como un criterio legitimador de la punición de las agrupaciones, reemplazando o constituyendo la culpabilidad misma, en los casos en los que la agrupación como tal no responde a criterios suficientes como para impedir la comisión de delitos. TIEDEMANN, K.: *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*, Perú, 1999, pág. 224.

(98) GRACIA MARTÍN, L.: Conferencia mencionada nota 15.

(99) SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas...”, ob. cit., pág. 533.

la Ley. No podría en cambio justificarse una disminución de la reprochabilidad en el delito cometido por los “hombres de atrás”, ya que estos son responsables a su vez de que este “espíritu delictivo” no se verifique al estar a cargo de la organización y poder vincular su voluntad.

Todas ellas son circunstancias que deberán ser comprobadas en cada caso concreto y que podrían fundamentar esta situación intermedia entre la libertad de decidir y la coacción que denominamos “presión psicológica”; la cual si bien no resulta suficiente para afirmar por sí misma la instrumentalización del ejecutor material sí debe ser tomada en consideración una vez que es complementada por otros requisitos tales como la estructura jerárquica de la organización y la fungibilidad de los miembros, ya que en estos casos este autor sí puede decidir sobre su conducta aunque no sea de forma totalmente libre.

En este contexto, creemos que la ilicitud de las actividades desarrolladas por la organización, es decir, la desvinculación del Derecho de las mismas, cuyos miembros se caracterizan por prestarse libremente a la comisión de hechos ilícitos, puede suplantarse por el elemento de la presión psicológica. Esta presión ejercida sobre los componentes de una organización lícita, que han ingresado a la misma para desarrollar actividades dentro de los límites de la Ley determina que los posibles ejecutores vean supeditado su futuro en la organización al cumplimiento de una orden antijurídica.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Algunos autores de la doctrina alemana se han pronunciado a favor de la aplicación de la teoría a las organizaciones empresariales. Se sitúa en esta línea RANSIEK, quien entiende que esta extensión de la autoría mediata implica simplemente el reconocimiento de la realidad social de una organización. En su opinión, el hombre de atrás comete el delito a través de los integrantes de la organización. Para ello será necesario que el subordinado se encuentre realmente integrado en la organización para la cual va a actuar, siendo imputable su comportamiento al que toma realmente la decisión en función de la repartición social de poder, ello evidentemente al margen de la responsabilidad que pudiera a su vez recaer en el ejecutor material. El autor considera que también se trata del hecho del hombre de atrás en cuanto las aportaciones individuales que realiza el ejecutor se prestan con el único fin de beneficiar a la organización⁽¹⁰⁰⁾.

(100) El autor aclara que la teoría podrá ser aplicada tanto cuando se trata de empresas que desarrollan como función principal una actividad ilícita como a empresas con objeto lícito. Ransiek, A.: *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, pág. 49.

En nuestra opinión, siguiendo la postura de BLOY⁽¹⁰¹⁾, creemos que nos encontramos frente a supuestos en los que el autor mediato instrumentaliza a la organización misma en procura del cumplimiento de sus fines. Es la misma estructura de la empresa la que facilita al autor de escritorio la realización de sus propósitos delictivos. Es por tanto dicha estructura la que le permite dirigir órdenes a sus subordinados, y reemplazarlos en caso de que así lo estime conveniente. Es el poder de mando sobre el ejecutor material que le brinda el dominio del aparato lo que le permite tener la seguridad de que sus órdenes serán puestas en marcha.

En la doctrina se levantan voces que sostienen que en cuanto la delincuencia empresarial tiene conminadas penas privativas de libertad e integra el núcleo duro del derecho penal, debe rechazarse categóricamente cualquier intento de flexibilizar las reglas de imputación, como significaría la ampliación de los criterios de la autoría a través de la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder⁽¹⁰²⁾. Esta postura parece propiciar el mantenimiento de la rigidez de las estructuras penales a pesar de las nuevas realidades sociales que no se adaptan a ellas. Como sostuvimos desde un principio, el Derecho penal clásico no fue pensado para responder frente a los delitos producidos en entramados complejos como la realidad empresarial actual, por lo que es indispensable que se adapte para responder con la mayor eficacia posible a las nuevas necesidades. Creemos que ello no será posible sino a través de la aceptación de nuevas categorías adaptadas para estos supuestos concretos⁽¹⁰³⁾.

(101) Ver nota 53.

(102) LASCANO, C. J.: “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, pág. 389.

(103) En el caso de BRUERA, la autora ve en la ampliación del concepto de autor un peligro para el principio de legalidad, criticando en especial la figura creada por ROXIN en cuanto a su aplicación a los supuestos de criminalidad organizada. La autora sostiene: “Toda asociación de personas, adquiere un grado de organización y jerarquización y siempre hay quien dirige, quien cumple órdenes y un grado de fungibilidad de los actores dado que se asocian justamente para actuar colectiva y organizadamente y permitir el recambio de personas, pero ello no es un aparato de poder que pueda reunir las características exigibles para el tercer supuesto de autoría mediata, sino más bien, se dan supuestos de división funcional de tareas, en las que por supuesto, las personas serán más o menos fungibles, según las dimensiones de la organización”. Posteriormente, la autora utiliza como argumento de su postura las palabras de Roxin en cuanto este considera que en estos casos (criminalidad organizada) se deberá ser muy cuidadoso a la hora de determinar si se está frente a un supuesto de autoría mediata por aparatos de poder. BRUERA, M.: “Autoría y dominio...”, ob. cit., pág. 265. No coincidimos con la crítica de Bruera en cuanto no creemos que la imposibilidad de aplicar estas figuras a todos los supuestos de criminalidad organizada sea una crítica válida que inhabilite a esta construcción para dar soluciones a numerosos supuestos. Todas las figuras de autoría requieren una serie de condiciones que necesitarán un previo análisis para su aplicación.

Hasta el momento, el legislador ha tratado de evitar la solución a la que podría llevarnos la aplicación de las normas generales mediante ciertas regulaciones específicas de la Parte especial del Código Penal, extendiendo el concepto de autor en algunos delitos cuya modalidad de comisión responde habitualmente a la práctica de organizaciones complejas. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 325 que castiga al que “provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones...” y demás conductas de contaminación del medio ambiente⁽¹⁰⁴⁾. Como vemos, en este supuesto en concreto la Ley nos autoriza para considerar autor de un delito contra el medio ambiente a aquel que lo realice “indirectamente”, término donde queda perfectamente encuadrada la conducta de ordenar la realización de los vertidos o emisiones⁽¹⁰⁵⁾.

Situación similar se repite en otros delitos donde se tipifican expresamente todas las conductas que se integran en el círculo del delito como es el caso del tráfico de drogas⁽¹⁰⁶⁾, o el blanqueo de capitales⁽¹⁰⁷⁾, evitando mediante esta

(104) Artículo 325: “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

(105) Al respecto ver DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: “La autoría en organizaciones...”, ob. cit., pág. 213.

(106) Artículo 368: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

(107) Artículo 301.1 “El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes”.

técnica una excesiva atenuación del marco penal y los problemas propios de la subsunción de la conducta en una figura de autoría⁽¹⁰⁸⁾.

Si bien esta situación resulta reveladora de la preocupación del legislador frente a la problemática de la autoría en lo que respecta a los delitos que se desarrollan en el seno de organizaciones, no creemos que ésta sea la mejor técnica de solución. Esta opinión nos remite al comienzo de este trabajo; así, cuando centramos el objeto de nuestro estudio en la problemática propia de los delitos comunes, sostuvimos que los mismos no se circunscribían al ámbito propio de los delitos económicos, sino de todos aquellos que pudieran darse en el ámbito empresarial. Por ello, no sólo en referencia a las estructuras empresariales, sino también en el ámbito de la criminalidad organizada, son innumerables los supuestos delictivos que podrían presentarse. Esta situación, por tanto, no requiere un específico tratamiento en algunos delitos concretos, sino que la solución debe ser contemplada por las normas generales del Derecho Penal. En este punto es donde la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puede ser un elemento de suma utilidad, que incorporado como una nueva forma de autoría permita un nuevo tratamiento de la delincuencia como fenómeno colectivo.

(108) DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: “La autoría en organizaciones...”, ob. cit., pág. 213.

EL PROCESO REEDUCADOR EN LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR (LORRPM)

ANTONIA TORRES GÁMEZ

Juez Sustituta y Doctorando en Derecho Penal

Las legislaciones penales suelen tener muy presente el dato prioritario de la edad del autor de la infracción penal con la finalidad de adecuar a las circunstancias de los mismos la “clase” y la “intensidad” de la reacción penal, procurando atenuar los efectos criminógenos y evitando, en la medida de lo posible, el inicio de una “carrera delictiva”.

El art. 19 del CP establece la responsabilidad del menor de dieciocho años con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

En la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM) se define un modelo conceptual, con el que se intenta dar una respuesta diferente a la acción delictiva de los menores, pasando por una actuación educativa y siendo prioritario el interés del menor. En la misma se concilian dos principios básicos, cuales son el de responsabilidad y el de educación de los menores.

Es un principio básico inspirador de la Ley, como puede deducirse de la lectura de su Exposición de motivos ⁽¹⁾, la finalidad educativa del proceso, implicando esta finalidad la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas en ella contempladas. De este modo la naturaleza de tales medidas será no represiva, sino preventivo-especial, en cuanto orientadas a la efectiva reinserción e interés superior del menor, debiendo valorarse en consecuencia con criterios que han de buscarse en el ámbito de las ciencias no jurídicas. No puede

⁽¹⁾ ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario: *Derecho Penal de Menores*, 1.^a edición, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 136.

negarse a las sanciones susceptibles de imponerse a los menores, no obstante lo anterior, la naturaleza de pena, el hecho de que no cumplan los fines clásicos de retribución o prevención general intimidatoria, no es argumento para ello, dado que otro de los fines clásicos de la pena es la prevención especial.

Excepción al anterior principio lo constituye la reforma operada por la Ley 7/2000, de 22 de diciembre, que al introducir la disposición adicional cuarta a la LORRPM y endurecer el tratamiento de los menores que cometan los delitos en la misma enumerados, podría decirse que omite la finalidad educativa del proceso para caer en otra puramente aflictiva.

La Ley tienen naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, exigiendo una auténtica responsabilidad jurídica a los menores infractores que cometan hechos tipificados como delitos o faltas en las leyes penales. En ella no se distingue entre penas propiamente dichas y medidas de seguridad, como se hace en el derecho penal de adultos, sino que califica a todas las posibles consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un ilícito como medidas, probablemente ello sea así por el afán del legislador de suavizar la terminología empleada en el Derecho Penal de menores, intentando enmascarar auténticas penas bajo la denominación de medidas.

Puede por lo expuesto afirmarse que bajo la denominación de medidas se engloban tanto penas propiamente dichas como medidas de seguridad, siendo esta circunstancia objeto de estudio a continuación.

1. SISTEMA DE MEDIDAS

Partimos de la finalidad educativa del proceso de imposición de medidas a los jóvenes infractores que no han alcanzado la mayoría de edad penal, y destaca su naturaleza preventivo-especial⁽²⁾ en tanto que están encaminadas a la

(2) “En el nuevo Código Penal no hay una eximente de menor edad. En el art. 19 se declara únicamente que ‘los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor’. No se considera por tanto, a los menores de dieciocho años inimputables. Por consideraciones de política criminal se les quiere excluir únicamente del derecho penal de adultos. Se trata de crear **un nuevo derecho penal juvenil orientado esencialmente a los fines de la prevención especial**. Ello se ha conseguido, al fin, con la aprobación, con carácter definitivo, por el Pleno del Congreso de los Diputados, celebrando el día 22 de diciembre de 1999, de la LORRPM, en la que se ha tenido muy en cuenta lo previsto en las normas de Derecho Internacional, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990)”. CERZO MIR, José: *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2.^a edición, UNED Madrid, 2000, págs. 80 y 81.

efectiva reinserción de los mismos en la sociedad, velando por su interés superior. No obstante también se ha adelantado, y se comentará más adelante, la excepción que supone la reforma operada por la Ley 7/2000, de 22 de diciembre.

a) Antecedentes internacionales

La base de lo que en la actualidad es la LORRPM, y más concretamente las medidas en ella previstas, se encuentra en las directrices internacionales concernientes al Derecho Penal Juvenil⁽³⁾. En las dos últimas décadas, la ONU ha dedicado su atención a los menores delincuentes, plasmándose esta atención en diversos textos: Convención sobre los derechos del niño⁽⁴⁾, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas Beijing)⁽⁵⁾, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁽⁶⁾ y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención

No obstante lo anterior, de forma accidental, secundaria o mediata la medida, cumple también una función de prevención general negativa. “Expiación y retribución aparecen a los más como —tendencia legal— efectos accesorios o reflejos de estas medidas”. ALBRECHT, Peter-Alexis: *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, pág. 183. “En efecto, la prevención general no es el fin directamente perseguido por el Derecho Penal de menores, sin embargo, y a pesar de que la investigación sobre las sanciones en el campo del Derecho Penal de menores se ha ocupado hasta ahora casi exclusivamente con temas de prevención especial, parece que su propia existencia puede tener efectos de prevención general (...) ahora bien, la prevención general nunca podrá desempeñar ningún papel en la decisión acerca de qué medida debe ser impuesta en el caso particular, ni justificar la ampliación del ámbito de intervención más allá de lo que exijan las necesidades preventivo especiales; en definitiva, la llamada defensa social no debe prevalecer sobre las finalidades educativas que persigue un Derecho Penal de menores”. CRUZ BLANCA, María José: *Derecho Penal de Menores. La Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Edersa 2002, págs. 162 a 164.

(3) GARCÍA PÉREZ, Octavio: Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Facultad de Derecho. Marcial Pons, 1999, págs. 38 a 44.

(4) Celebrada en Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 31 de diciembre de 1990. Art. 3.º: “... que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo”.

(5) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

(6) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)⁽⁷⁾. A nivel europeo, se ha ocupado del tema el Consejo de Europa, siendo fruto de esta atención la Recomendación sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil⁽⁸⁾.

Los organismos internacionales configuran un modelo mixto de justicia penal juvenil en el que tienen reflejo tanto modelos educativos o de bienestar —primando en estos la educación y el tratamiento sobre la represión—, como modelos procedentes de los sistemas de justicia —asimilándose el derecho penal juvenil al de los adultos. La intervención penal es sobre los hechos que son delictivos para los adultos. Destaca el carácter represivo de las medidas, garantizándose el principio de proporcionalidad—; configurándose de este modo las notas características del denominado modelo de las “4 D” de procedencia norteamericana: “*Decriminalización, Desinstitucionalización, Diversión y Due Process*”.

Este modelo preconiza en el *plano material* el desarrollo de un programa despenalizador, reductor de la intervención penal en el ámbito de los menores, siendo una característica suya el disminuir la intensidad de las medidas, fundamentalmente el fomento del cumplimiento de las mismas en instituciones de carácter abierto y medidas ambulatorias, en detrimento de las instituciones cerradas⁽⁹⁾. En el *plano procesal* preconiza un proceso justo para los jóvenes acusados de la comisión de un hecho delictivo, respetuoso de las garantías procesales.

Se recomienda la desjudicialización (diversión), en el sentido de fomentar la posibilidad de poner fin al proceso en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor; ello debido fundamentalmente a la necesidad de evitar la estigmatización del infractor por medio del proceso penal, y las sanciones impuestas, dado que ello contribuye a la creación y fortalecimiento de la criminalidad en lugar de evitarla (teoría del etiquetamiento); y por otro lado, a la necesidad de descongestionar a la Administración de Justicia. El objetivo último de la desjudicialización es la despenalización, no a nivel normativo, sino a nivel práctico.

Los textos internacionales configuran un catálogo de medidas amplio y flexible. Con la *ampliación* se pretenden introducir medidas alternativas a la

(7) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 45/112 de 1990.

(8) Recomendación 87, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

(9) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se ha pronunciado al respecto en el artículo 37: “*ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...*”.

privación de libertad, siendo el objetivo de la *flexibilidad* facilitar la elección de la medida más adecuada a la personalidad del menor y a las características del hecho delictivo, renunciándose a una estricta vinculación entre el hecho cometido y la consecuencia jurídica inherente al mismo. La justicia de menores debe articularse a través de procedimientos específicos dirigidos por personal especializado que ha de gozar de un cierto margen de discrecionalidad.

b) Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores

En la regulación de la materia en nuestro país se abren los mismos dos frentes, material y procesal; en cuanto al material —el procesal será analizado en el epígrafe siguiente— las medidas a imponer al menor que delinque se encuentran recogidas en el art. 7 de la LORRPM⁽¹⁰⁾, ubicado dentro de su Título II, aunque ya en su Exposición de Motivos se establece con precisión los criterios

(10) LORRPM. TÍTULO II. DE LAS MEDIDAS. “**Artículo 7. Enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores:** 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, *ordenadas según la restricción de derechos que suponen*, son las siguientes:

a) **Internamiento en régimen cerrado.** Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) **Internamiento en régimen semiabierto.** Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

c) **Internamiento en régimen abierto.** Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) **Internamiento terapéutico.** En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) **Tratamiento ambulatorio.** Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

que han de guiar la elección y ejecución de cada una de las medidas, lo que no es muy frecuente en una Exposición de Motivos, pero que es destacable desde

f) **Asistencia a un centro de día.** Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) **Permanencia de fin de semana.** Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

h) **Libertad vigilada.** En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2.^a Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.^a Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.^a Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.^a Obligación de residir en un lugar determinado.

6.^a Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.^a Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

i) **Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.** La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

j) **Prestaciones en beneficio de la comunidad.** La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

k) **Realización de tareas socio-educativas.** La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

la perspectiva del método interdisciplinario de los sistemas sancionatorios de nuestros días⁽¹¹⁾.

En la enumeración de medidas del art. 7.º de la LORRPM, se observa que a diferencia del anterior art. 17 de la LO 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y Procedimiento en los Juzgados de Menores, en la actual las medidas se ordenan de mayor a menor según la restricción de derechos que la imposición de las mismas conlleva. Otra novedad es que la vigente Ley explica y define las medidas en ella contenidas, e incluso establece las Reglas para su aplicación⁽¹²⁾. A pesar de la extensión del precepto, sólo tres medidas de las contempladas son nuevas: la asistencia a un centro de día, la realización de tareas socio-educativas y la privación de licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

l) **Amonestación.** Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

m) **Privación del permiso de conducir ciclomotores a vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.** Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

n) **Inhabilitación absoluta.** De conformidad con lo previsto en la disposición adicional cuarta, la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en el art. 9. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.”

La letra n) del apartado 1 ha sido añadida por el art. 2.º 1 de la LO 7/2000 de 22 diciembre.

(11) BUENO ARÚS, Francisco, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1836-37, 1999, pág. 13.

(12) MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión, “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, en *La responsabilidad Penal de los Menores. Aspectos Sustantivos y Procesales*, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 439 y 440.

En la Ley se evita la utilización del término pena, y se habla sólo de medidas sancionadoras-educativas evidenciándose de esta forma la tan aludida finalidad educativa, rechazando expresamente otros objetivos presentes en el derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación a los destinatarios de la norma. Según esto no se perseguirían fines de retribución ni de intimidación, sino que las medidas serían concebidas como un instrumento imprescindible para orientar de forma positiva el proceso de socialización del menor.

No obstante la aludida pretensión inherente a las medidas, para la elección de las más adecuada al caso en concreto se valoran jurídicamente los hechos⁽¹³⁾, imponiéndose la medida en función de esta valoración.

La medida a imponer deberá responder a la aplicación de un principio de protección educativa fomentador de la responsabilización del menor, teniendo como objetivo la inserción del mismo en la sociedad⁽¹⁴⁾.

“Las medidas del art. 7 aplicables al mayor de catorce y menor de dieciocho años autor de la conducta tipificada en el Código Penal de la que ha sido hallado culpable, y considerando las circunstancias personales y grado de madurez del menor, constituyen el sistema de responsabilidad de la LORRPM”⁽¹⁵⁾.

Estas medidas necesitan de ulterior desarrollo reglamentario por las CC.AA. con competencia en materia de ejecución (art. 45.1), y son aplicables con criterios muy flexibles, dado que cualquiera de ellas se puede aplicar en la persecución del hecho delictivo del menor, independientemente de cual fuera —a diferencia de lo que ocurre en el CP donde impera el principio de legalidad: a cada delito le es de aplicación una concreta pena—. En cuanto a la pluralidad de infracciones (concurso), la LORRPM sigue el criterio de la medida única, no

(13) Art. 7.3 LORRPM: *“Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”*.

(14) RÍOS MARÍN, Julián Carlos: *El menor infractor ante la Ley Penal*, 1.ª edición, Comares, Granada, 1993, pág. 295.

(15) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Civitas, 2000, pág. 59.

se establece una medida para cada infracción, computable con posterioridad según unos determinados criterios (art. 11.1)⁽¹⁶⁾.

Por otra parte, y analizando el plazo de duración de las medidas⁽¹⁷⁾, este será de un máximo de cinco años, en el caso de menores que hayan cumplido

(16) “Pero incluso en casos de **pluralidad de infracciones**, sólo se podrá imponer una única medida cuando los mismos hechos sean subsumibles en más de un tipo penal (el concurso de leyes y el concurso ideal heterogéneo), uno de ellos sea el medio comisivo del otro (modalidad del concurso ideal en el CP), repetición sucesiva de la misma infracción o único hecho delictivo con pluralidad de víctimas (concurso ideal homogéneo), delito continuado y delito masa, en cuyo caso sólo se impondrá la medida que permita la infracción más grave cometida en su máxima extensión, supuesto del delito continuado, el delito masa y el concurso ideal homogéneo, en cualquier caso con carácter facultativo, no preceptivo (**idea de resocialización**) (art. 12), si bien no se explica satisfactoriamente que este último grupo de concursos está sometido a régimen más severo (la máxima extensión de la medida correspondiente a la infracción más grave de las realizadas), conforme a criterios de prevención de la lesión de los bienes jurídicos propia del CP (ni siquiera a los de la peligrosidad del autor), y si sólo conforme al sentido defensivo que estropea la buena filosofía de la LORRPM; cuando hay pluralidad de víctimas o hechos reiterados se produce mayor alarma social.

En los únicos casos que quedan para la imposición de más de una medida (concurso real), la LORRPM establece, conforme al principio de la asperación, un límite máximo para las medidas no susceptibles de cumplimiento simultáneo: el doble del tiempo por el que se impusiera la más grave de las medidas establecidas en la sentencia, en el bien entendido de que tanto la pluralidad de medidas como su duración, dentro de los límites previstos, es facultativa, no preceptiva, y que la duración de cada medida no podrá superar nunca el máximo previsto para cada una de ellas en el art. 9 (art. 13)”. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El nuevo... op cit.*, págs. 62 a 64.

(17) LORRPM, art. 9: “2.ª medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. 3.ª La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el art. 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana. 4.ª En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana. 5.ª Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada

dieciséis años, y el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física, y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estas circunstancias, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad puede alcanzar entonces un máximo de doscientas horas y la de permanencia de fin de semana, de dieciséis fines de semana. Si los hechos revisten especial gravedad, excepcionalmente, *“el Juez habrá de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años”*. La ley llega más lejos y regula como supuestos de extrema gravedad *“aquellos en los que se aprecie reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal”* (art. 9.5.^a). De este análisis puede fácilmente deducirse que en el momento de elegir y aplicar la medida, se tienen en cuenta no sólo exigencias de prevención especial, sino también exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general. Por otro lado no se aplican medidas sancionadoras educativas si concurre alguna causa eximente de las contempladas en el Código Penal. *“Las medidas sancionadoras educativas son, pues, penas aunque no se les dé ese nombre, si bien es cierto que en ellas se pone el acento en la prevención especial”* (18).

La Ley regula las llamadas medidas de seguridad, aplicables a los menores comprendidos en las eximentes de los núms. 1.º, 2.º, y 3.º del art. 20 del Código penal (art. 5.2). Estas medidas lo son de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio [art. 7.1.d) y e)].

Se establece, como límite de aplicación de las medidas reguladas en la Ley, la edad de catorce años, siendo éste el límite de imputabilidad o de capacidad de

sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los arts. 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta. La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el art. 105.1 del vigente Código Penal”.

(18) CERESO MIR, José: *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2.^a edición, UNED, Madrid, 2000, pág. 83.

culpabilidad, estando los menores de esa edad exentos de responsabilidad penal.

A efectos de aplicación de las medidas se distinguen dos grupos de edad: de los catorce a los dieciséis años, y de los dieciséis a los dieciocho. Por otra parte las medidas sancionadoras educativas son aplicables a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años, según prevé el Código Penal.

Todas las medidas previstas en el art. 7 de la LORRPM se cumplirán en centros específicos de menores, tanto las privativas de libertad, como la detención y las medidas cautelares de internamiento (art. 54.1).

Analizando en profundidad el art. 7 de la LORRPM, destaca la importancia del precepto implicando un tratamiento diferenciado del menor que comete una infracción penal, constituyendo en sí mismo una base o especialidad de la justicia de menores, dirigiéndose su aplicación a la finalidad educativa o rehabilitadora⁽¹⁹⁾.

En las reglas para la elección de la medida a imponer⁽²⁰⁾, se limitan las aplicables cuando los hechos sean constitutivos de falta, en el otro extremo, la medida de internamiento en régimen cerrado, cuando en la comisión del hecho se emplee violencia o intimidación en las personas o suponga grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, no pudiendo aplicarse nunca si la acción u omisión es imprudente.

El art. 7.3 de la LORPM establece los parámetros que se tendrán en cuenta para la elección de la medida más adecuada: la prueba, calificación jurídica de los hechos, circunstancias familiares y sociales, y finalmente la personalidad e interés del menor.

El procedimiento de menores estará presidido por el principio acusatorio, así, según el art. 8 de la Ley, el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

(19) ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario: *Derecho Penal de Menores*, 1.^a edición, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 180.

(20) LORRPM. Art. 7.3. *“Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.”*

El alcance del principio acusatorio en la Justicia Penal de Menores, como consecuencia del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 61/1998, de 17 de marzo), señalando que: *“en la característica combinación de elementos sancionadores y reeducativos propia de la Justicia de Menores, los primeros siguen pesando con la suficiente fuerza como para que subsista la sustancial vinculación a la misma de los imperativos derivados del principio de legalidad penal, por lo que una adecuada tutela del derecho fundamental a la legalidad penal hace legítimo el contraste de la medida de internamiento con la pena de privación de libertad”* ⁽²¹⁾.

El art. 10 de la LORRPM regula la institución de la prescripción aplicada a las infracciones penales cometidas por menores y jóvenes: *“1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben: 1.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años. 2.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave. 3.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave. 4.º A los tres meses, cuando se trate de una falta. 2. Las medidas que tengan un plazo superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y el arresto con tareas de fin de semana, que prescribirán al año. 3. Los hechos delictivos cometidos por mayores de dieciocho años y menores de veintiuno prescribirán con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal”*.

De la simple lectura del mismo se observa un trato más beneficioso que el dado en el Código Penal a los adultos, trato beneficioso que tiene su razón de ser en la especial consideración que esta Ley hace del menor de edad, y que subyace a esa voluntad reeducadora estudiada.

c) Especial consideración de la medida de internamiento

La medida de internamiento puede aplicarse en régimen cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico, constituyendo cuatro medidas diferentes y claramente diferenciadas dentro de la Ley.

Dejaremos el estudio del internamiento en centro de régimen cerrado para analizar en último lugar, tras efectuar una breve exposición del resto de las medidas, cuya ejecución supone el internamiento en centro dedicado al efecto, aunque de una forma más atenuada.

(21) HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús. *La nueva Ley Penal del Menor*, 2.ª edición actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, editorial Colex, 2001, pág. 51.

En el *internamiento en régimen semiabierto*, el legislador ha establecido que pese a que los menores residan en el centro, realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

El *internamiento en régimen abierto* supone que los menores realicen todas las actividades fuera del centro, en los servicios normalizados de su entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

Nota común a estos dos regímenes, y al del internamiento en régimen cerrado, es que su imposición en sentencia habrá de tener en cuenta las Normas internacionales —Convención de los Derechos del Niño y Reglas de Beijing— dado que en ellas se establecen posibles sentencias alternativas a la sentencia que establezca el internamiento. Estas normas establecen dos principios básicos: 1.º El principio del último recurso y 2.º El principio del tiempo más breve. Se favorece con ello la imposición de medidas en medio abierto, a no ser que el Juez considere que no se conseguirán los objetivos de socialización perseguidos. El principio del tiempo más breve habrá de interpretarse como aquel durante el cual cabe esperar que el internamiento, y la privación de libertad a él inherente, sirva para rehabilitar al menor-joven infractor.

En este mismo sentido se han pronunciado las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) y la Cumbre de la Comunidad Europea sobre Delincuencia Juvenil, celebrada en París.

Con respecto al *internamiento terapéutico*, se llevará a efecto en centros especializados, donde se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías, o alteraciones psíquicas, estado de dependencia de bebidas alcohólicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en el art. 7. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

La voluntariedad parece ser una de las necesarias premisas para que pueda tener alguna efectividad este tratamiento, aunque difícilmente en la práctica se va a contar con el consentimiento del menor, lo que dificultará la aplicación de esta medida.

Pasando a examinar el *internamiento en centro en régimen cerrado*, es exigencia del legislador que el menor o joven sometido a la misma resida en el centro y desarrolle en el mismo todas las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Es la medida más grave de las previstas en la LORRPM por suponer una mayor restricción de los Derechos Fundamentales.

Pueden considerarse características generales básicas de la ejecución de la medida de internamiento en régimen cerrado: 1.º Total segregación de sus centros de los de cumplimiento de la pena privativa de libertad de los adultos

(art. 54.1): 2.º Inspiración en el principio resocializador (art. 55). Es esencial para que los fines perseguidos por la LORRPM no fracasen que *el internamiento estudiado no equivalga al internamiento carcelario característico del régimen penitenciario de adultos. Los centros de internamiento deben parecerse más a Centros de Acogida que a cárceles de adultos* ⁽²²⁾. Utilizando la terminología usada por el Derecho Penitenciario de Centroeuropa, *Centros de Terapia Social*, interpretándose en este ámbito los arts. 54.32, 55.2, 56 y 57, se trataría de un modelo de cumplimiento orientado a los fines perseguidos por la Ley, es decir a la resocialización o reeducación, teniendo en cuenta la peculiaridad que supone la edad de los afectados.

Para CUELLO CONTRERAS ⁽²³⁾, de las múltiples interpretaciones que se pueden hacer del régimen de internamiento en centro cerrado merecen destacarse dos: 1. La de los delitos para los que esta medida está pensada; 2. Y cuál ha de ser el criterio para su aplicación por los tribunales en aquellos casos en los que su imposición aparece como meramente facultativa.

En cuanto a la naturaleza del delito, el criterio seguido de agravar la medida a imponer al menor en función de la naturaleza violenta o efecto de riesgo para la vida o integridad de la víctima por el hecho cometido puede poner en peligro la finalidad resocializadora proclamada por la LORRPM, si sistemáticamente se utiliza para eludir la aplicación de las restantes medidas; no conviene olvidar, según el autor, que todos los delitos, incluidos los violentos, pueden ser indicativos de la falta de madurez del menor, falta de madurez que da sentido a todas las prescripciones de la LORRPM.

Por otra parte, cuando la aplicación de la medida de internamiento es facultativa, su aplicación debe ser restrictiva, evitando en todo lo posible una medida no indicada desde la finalidad resocializadora.

En todo caso deberá seguirse el criterio de la proporcionalidad del art. 8.2 de la LORRPM, siendo imprescindible que la medida tenga un contenido educativo concreto que deberá ser fijado por el Juez en su resolución; el menor deberá incorporarse a las actividades del centro, no siendo admisible su aislamiento o permanencia en su habitación durante uno o varios días.

Finalmente las medidas de internamiento llevarán aparejado un período de libertad vigilada. Como límite, el de que la duración de ambos períodos no deberá sobrepasar el límite de tiempo establecido en el art. 9. Es de resaltar lo positivo de esta previsión, dado que tal período supone una adaptación a la plena incorporación a la vida social, familiar y laboral, paliando los efectos que

(22) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Civitas, 2000, pág. 99.

(23) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo..., op. cit.*, págs. 61 a 64.

la privación de libertad pudiera suponer⁽²⁴⁾. Se prevé una agravación de esta medida para los delitos más graves prevista en la disposición adicional cuarta, añadida por LO 7/2000⁽²⁵⁾, precepto en el que el legislador dispone que el Juez, cuando el hecho sea cometido por un mayor de dieciséis años impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años⁽²⁶⁾, que será de uno a cuatro años para los menores de dieciséis, comple-

(24) Como ejemplo práctico de aplicación de la medida de internamiento nos encontramos con la sentencia de 21 de abril de 2001 dictada por el Juzgado de Menores de Jaén, quien condena a un menor acusado de asesinato; sentencia que es confirmada por la Audiencia Provincial de Jaén en sentencia de fecha 26 de junio de 2001, y que fallaba lo siguiente: “*Que debo declarar y declaro al menor (...) responsable de un delito de asesinato en concepto de autor, debiendo imponerle la medida de SEIS AÑOS DE INTERNAMIENTO EN CENTRO DE RÉGIMEN CERRADO completada con TRES AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA con asistencia educativa*”.

(25) LORRPM. Disposición adicional 4.ª, apartado c), de aplicación a los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años: “*Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.ª del art. 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.*”

Si los responsables de estos delitos son **menores de dieciséis años**, el Juez impondrá una medida de **internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años**, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5.ª del art. 9 de esta Ley Orgánica.

No obstante lo previsto en los dos párrafos anteriores, la **medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito**, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años de los delitos de terrorismo comprendidos entre los arts. 571 a 580 del Código Penal”.

(26) La sentencia dictada por el Juzgado de Menores n.º 1 de Cádiz de fecha 20 de marzo de 2001, confirmada por la Audiencia Provincial de Cádiz en fecha 5 de junio de 2001, dice: “*Que debo imponer e impongo a cada una de las imputadas (... y ...), como autoras responsables de un delito de conspiración para el asesinato y de otro de asesinato las medidas de internamiento en Centro en régimen Cerrado, distinto para cada una de ellas, por tiempo de OCHO AÑOS y en donde se les aplicará el tratamiento psicológico individualizado que requiere el desarrollo anómalo de sus personalidades, seguida de otra*

mentada de la medida de libertad vigilada con duración de hasta tres años; y que podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad, cuando fueren responsables de más de un delito.

2. PROCEDIMIENTO DE MENORES

Como ha quedado plasmado en anteriores capítulos de este trabajo, la LORRPM, y su inmediata antecesora, la LO 4/1992, de 5 de junio, es fruto del cuestionamiento de las garantías de un proceso imparcial en la regulación de 1948; como consecuencia de cuestionarse tal imparcialidad, recayeron sendas Sentencias del TC⁽²⁷⁾, que insistían en el verdadero fin del proceso penal de menores que no era otro que el resocializador. *“El procedimiento introducido por la LORRPM está orientado de principio a fin a evitar aquellas peculiaridades del proceso penal ordinario que pueden afectar negativamente al fin resocializador pretendido con las medidas previstas”*⁽²⁸⁾.

a) Principios que rigen el procedimiento de menores

El principio básico que debe regir en el procedimiento de menores es el *superior interés del menor*.

Al tratarse de un procedimiento aplicable a menores, teniendo él mismo efectos penales, y constituyendo éste una variante del proceso penal, deberá estar informado por determinados principios del Derecho Penal, del proceso penal y del procedimiento penal⁽²⁹⁾.

a) Principios del Derecho Penal:

- Principio de *intervención mínima*: el procedimiento de menores debe ser el último recurso, debiendo agotarse previamente todas las vías disponibles.

medida de LIBERTAD VIGILADA, durante CINCO AÑOS, siéndoles de abono para el cumplimiento de la medida de internamiento el tiempo en que con carácter cautelar y tanto en el presente Expediente como en el Procedimiento de la Ley del Jurado de que el anterior dimanara, han estado privadas de libertad”.

⁽²⁷⁾ STC 36/1991, de 14 de febrero, y STC 60/1995, de 17 de marzo.

⁽²⁸⁾ CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo...*, op cit., pág. 87.

⁽²⁹⁾ RÍOS I ENRICH, Mireia: “La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de 16 a 18 años”. Consejo General del Poder Judicial. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, págs. 31 a 33.

- Principio de *tipicidad*, íntimamente ligado al principio de legalidad: Es necesario que el menor cometa un comportamiento injusto, descrito en la Ley penal, en este caso en el Código Penal. Existe autonomía en lo referente al proceso a seguir con los menores, primando la accesoriidad en lo relativo a las infracciones.

b) Principios del proceso penal: Éstos tienen cabida en el art. 24.2 de la Constitución Española:

- Derecho de *defensa y procedimiento* con todas las garantías.
- Derecho al *juez ordinario* predeterminado por la Ley.
- Derecho del menor a *ser informado* de los hechos que se le imputan.
- Derecho a la *presunción de inocencia*.
- Derecho a *no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo*.

c) Principios del procedimiento penal:

- *Oralidad* (art. 120.2 CE).
- *Inmediación*. Relación directa entre el Juez de menores y las partes.
- *Celeridad*: El fin educativo exige una inmediata reacción a corregir la falta, de lo contrario la medida finalmente adoptada será ineficaz. Una medida tardía se interpretaría por el menor como un castigo por lo que pasó, no como aprendizaje de futuro. Otra razón para defender la celeridad del proceso es que dados los estrechos límites cronológicos de las edades para las que se prevén las medidas, si su aplicación se ralentiza, puede que la evolución del menor las haga ineficaces; a esta finalidad se debe que los recursos a interponer contra las resoluciones —motivo que más contribuye a la dilatación de los procedimientos— se reduzcan a prácticamente uno.
- *No contradicción*: Prima la cooperación de todas las partes en orden a adoptar las medidas más adecuadas para el interés educativo del menor, de ahí las restricciones en la intervención del perjudicado en el proceso de la LORRPM.
- *Disponibilidad*: El proceso estudiado, desde el principio al final, pretende no celebrarse y, en su caso sobreseerse. La razón: situar al menor lo antes posible en el ámbito educativo, anteponiendo este interés a las formalidades procesales. Se pretende la reconducción del proceso a cauces informales de solución del conflicto, reservando la intervención punitiva a los supuestos que no pueden resolverse de otra forma; esta intervención perjudica el fin último perseguido.
- *Separación entre la cuestión penal y civil*: Se distinguen los hechos como fundamento de una responsabilidad civil, de los fundamentado-

res de la medida a aplicar al menor, e incluso la medida más adecuada al fin resocializador, del presupuesto o fundamento habilitador para imponerla. Será, no obstante, estudiada más adelante.

En este ámbito, y precisamente porque prima el superior interés del menor, existen una serie de principios que se matizan; se trata de elaborar un procedimiento en el que se aseguren a los menores las garantías procesales básicas, introduciéndose al mismo tiempo mecanismos dirigidos a poner fin al proceso penal, constituyendo estos mecanismos el instrumento perfecto para conseguir la aludida desjudicialización. Los principios que resultan afectados son:

- *Publicidad*: La restricción a este principio ya la adelantaba la STC de 14 de febrero de 1991, siendo la razón esgrimida el preservar al menor de los efectos adversos que pudiera resultar de la publicidad de lo actuado. La regla 8 de las “Reglas de Beijing” ya contemplaba esta restricción a la publicidad: *“no se publicará información alguna que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”*. El art. 35.2 de la LORRRPM dice: *“El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”*.
- *Proporcionalidad*: Se otorga al Juez de menores un amplio margen para decidir la medida a imponer, a un determinado hecho cometido no corresponde una determinada medida. El art. 7.3 de la LORRRPM prevé que el Juez atienda a la edad del menor, sus circunstancias familiares y sociales, su personalidad y su interés para elegir la medida o medidas más adecuadas a imponer por la comisión del ilícito; siendo transcendental a estos efectos la labor desempeñada por el equipo técnico, dado que estos datos se obtendrán de los dos últimos informes emitidos por él. El TC, en sentencia de 14 de febrero de 1991, pone límites a la flexibilidad judicial, sujetando su actuación a principios que operan como límite a esta discrecionalidad: 1) Proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta. 2) Imposibilidad de imponer medidas más graves o de superior duración a las que corresponderían si el infractor fuese un adulto. En este mismo sentido se pronuncia la regla 17-1 de las “Reglas de Beijing”: *“La respuesta que se dará al delito será proporcionada a las circunstancias y gravedad del delito y a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las circunstancias de la sociedad. Se pondrán restricciones a la libertad en casos de delitos graves, en los que concurra violencia contra las personas, o por la reincidencia en cometer delitos graves, y siempre que no sea posible otra respuesta adecuada”*.

- *Oportunidad*: En este principio tiene traducción la finalidad educativa de la imposición de las medidas, ello es así porque, emitido informe favorable por el equipo técnico, a instancia del fiscal, y concurriendo determinadas circunstancias (escasa gravedad de los hechos, condiciones del menor, no empleo de violencia o intimidación, reparación o compromiso de reparación el daño causado a la víctima), se podrá archivar el procedimiento sin imposición de medida alguna. Este principio, por otra parte, permite a los titulares de la acción penal la posibilidad de renunciar a su ejercicio, eludiendo de esta forma la celebración de un proceso formal. Así se ponen en práctica las estrategias de desjudicialización, cabe la posibilidad de imponer una serie de medidas al menor acusado de la comisión de un hecho delictivo, a través de un procedimiento informal; el desistimiento del proceso, en este caso, no implica la renuncia a la posibilidad de imposición de determinadas medidas⁽³⁰⁾.

Conviene detener la atención en la importancia que a los efectos expuestos adquiere el informe psicosocial de los Equipos Técnicos. Este informe es básico para la resolución judicial que finalmente se adopte, y va a desarrollar un análisis de las características psicosociales del menor infractor, ajustándose posteriormente la respuesta punitiva a las especiales circunstancias que han rodeado al menor tanto en el origen como en el mantenimiento de su conducta delictiva; de esta forma se establecen los criterios de proporcionalidad entre la infracción y la respuesta que la sociedad da a esa infracción que, precisamente por tener en cuenta estas peculiares circunstancias, no es igual para todos los menores infractores.

Es necesario que el Juez de Menores sea asesorado por el Equipo Técnico en el momento de adoptar la medida a imponer; de esta forma se atiende al comentado principio de oportunidad.

Para ello el Equipo Técnico emite un informe global e integral de la personalidad del menor, contemplando aspectos psicológicos, sociales, familiares, sin perder de vista el propósito reeducador de la labor que desarrollan, y proponiendo las sanciones más adecuadas, articulando posteriormente un seguimiento del efecto que la medida finalmente impuesta ejerce sobre el menor, informando sobre su evolución, determinando este seguimiento la necesidad o no de cambiar la medida, o proponiendo otra intervención más específica.

(30) GARCÍA PÉREZ, Octavio: “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: Un análisis crítico”. *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, Facultad de Derecho/Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 48 a 50.

“De nada serviría que el Derecho sustantivo de la LORRPM se inspirara en el principio resocializador si el procedimiento penal de menores dificultase o impidiera la consecución de dicho fin por basarse en normas contraindicadas”⁽³¹⁾. El estudio de la LORRRPM nos muestra, sin embargo, que el Derecho Procesal en ella contenido se orienta claramente hacia el principio resocializador que inspira la redacción de la Ley, cuestión que tratará de estudiarse en el siguiente apartado.

b) Proceso de menores

Se pueden distinguir, de la mano de CUELLO CONTRERAS⁽³²⁾, los siguientes estadios en el proceso de menores:

— *Fase previa*: Es transcendental en esta fase el papel otorgado al Ministerio Fiscal, a él se dirige la denuncia y es quien decide el archivo cuando no encuentre indicios de la comisión de un hecho delictivo, resolución no susceptible de ser recurrida; sólo en el caso de que incoe un expediente dará cuenta al Juez de Menores, quien inicia el trámite correspondiente (art. 16). Una vez iniciado el expediente, goza el Ministerio Fiscal de la facultad de desistir del mismo cuando los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación o faltas, siendo requisito de tal desistimiento la no reincidencia del menor, pudiendo archivarle igualmente el expediente sin perjuicio de remitir lo actuado a la entidad pública de protección de menores (art. 18), no teniendo cabida la posibilidad de recurso, siendo la pretensión de tal regulación que la actitud del infractor encuentre corrección en el ámbito educativo y familiar del menor.

— *Inicio del procedimiento*: Sigue siendo el Ministerio Fiscal quien decide sobre la incoación del procedimiento (art. 16.1); iniciado el expediente, dará cuenta al Juez de menores, quien a su vez dará al asunto el trámite correspondiente. Es igualmente facultad del Ministerio Público el proponer el sobreseimiento del expediente al Juez de Menores; sobreseimiento que con arreglo a lo dispuesto en el art. 19 de la LORRPM se dará en los supuestos de conciliación con la víctima, reparación del daño causado o prestación de determinadas acti-

(31) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Civitas, 2000, pág. 79.

(32) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo..., op cit.*, págs. 80 a 86.

vidades educativas⁽³³⁾. Es requisito a tener en cuenta, como en el supuesto de desistimiento visto anteriormente, que se trate de delitos menos graves cometidos sin violencia ni intimidación, o bien se trate de faltas. En estos supuestos, si

(33) GARCÍA PABLOS, refiriéndose al art. 19 del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores sobre la conciliación y mediación, decía: “*Mediación y conciliación —fórmulas flexibles de solución de ciertos conflictos de escasa relevancia (v.g., infracciones de jóvenes y menores) en sustitución del enjuiciamiento convencional— tampoco contradicen la naturaleza pública del Derecho Penal siempre que operen en el seno del sistema, con mayor o menor autonomía, y no como alternativa a éste abordando el problema criminal a modo de conflicto interno y doméstico. En tales ámbitos, conciliación y mediación parecen procedimientos idóneos y eficaces, porque el enjuiciamiento convencional y la propia pena producen efectos nocivos irreparables elevando a cotas preocupantes el coste social de la intervención penal clásica (...)* Sus teóricos parten de la concepción del crimen como conflicto interpersonal cuya solución efectiva, pacificadora, debe encontrarse por los propios implicados en el mismo, ‘desde dentro’, a través de un fluido proceso de comunicación, interacción y negociación, en lugar de su imposición por el sistema legal con criterios formalistas, coactivos y elevado coste social (...) Los sistemas de mediación-conciliación rescatan la dimensión real, histórica, interpersonal y comunitaria del delito. Proponen, en consecuencia, una ‘gestión’ participativa de este doloroso ‘problema social’, ampliando el círculo tradicional de operadores legitimados para intervenir en la misma. Y ello, mediante técnicas y procedimientos operativos, informales (desinstitucionalizados) en aras de una justicia que pretende resolver el conflicto, dar satisfacción a la víctima y a la comunidad, pacificar las relaciones sociales interpersonales y generales dañadas por el delito y mejorar el clima social: sin vencedores ni vencidos, sin humillar ni someter al infractor a las ‘iras de la Ley’ ni apelar a la ‘fuerza victoriosa del Derecho’. En esta forma de actuar existe una poderosa influencia de los grupos e instituciones primarias: en la educación, comunicación, reconstrucción de vínculos informales del individuo como garantía de acatamiento sincero de normas comunitarias por su parte, así como de prevención del delito (págs. 16 a 18). El autor citado nos recuerda que ciertos modelos de *justicia negociada* ponen en tela de juicio la naturaleza pública del *ius puniendi*, minando los pilares del sistema acusatorio y las garantías fundamentales del ciudadano que el proceso penal pretende hacer valer (pág. 20). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

SOBRÓN OSTOS, Fernando: “La Sociedad ante el menor delincuente: La prevención, la imposición de medidas y nuevas formas de intervención”: Estudios del Ministerio Fiscal, 1995, vol. 3. En la justicia penal tradicional, las intervenciones educativas se centran en la persona del delincuente, la sanción, la resocialización y el tratamiento objetivo. Esta forma de actuar impide que el infractor piense en el significado y en la consecuencia que el delito ha tenido para la víctima, tampoco establece una relación entre la respuesta que la justicia da a la comisión del ilícito con las consecuencias que la acción tipificada conlleva a la otra persona. El proceso de mediación facilita los elementos necesarios para que el menor infractor piense en la víctima, entienda la reacción social que el injusto ha producido y aprenda el sentido de las normas. En este sentido se pronuncia el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 87/20) sobre “las reacciones sociales en la Delincuencia Juvenil”, págs. 634 y 535.

recae resolución sobreseyendo el expediente, cabrán contra ella misma los recursos de apelación y reforma (art. 41).

— *Fase de instrucción*: Nuevamente la labor del Ministerio Fiscal en esta fase es vital a los efectos de fijar la responsabilidad del menor y proponer la medida más conveniente (art. 23.1); no obstante, cuando su actuación conlleve restricción de derechos fundamentales, no puede decretar tal restricción por sí mismo, sino que será el Juez de Menores quien, previa su solicitud, acordará la práctica de la medida precisa para el buen fin de la investigación.

En este estadio del proceso tiene cabida la actuación del perjudicado, en el supuesto de que el hecho delictivo haya sido presuntamente cometido por un mayor de dieciséis años en el momento de la comisión, que haya mediado violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas (art. 25). Esta actuación sin embargo goza de restricciones, puede proponer pruebas encaminadas al esclarecimiento de los hechos delictivos (igual facultad tiene el Letrado del menor —art. 26—), no obstante, estas pruebas no pueden versar sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. En ningún caso podrá intervenir respecto a la medida a imponer.

En esta fase el fiscal de menores deberá recabar informe del equipo técnico (art. 27) —no es una facultad sino una obligación—, informe que de la simple lectura del precepto desvela una gran importancia y nos pone de manifiesto el poder que tal equipo tiene a los efectos reeducadores del menor infractor. Se puede decir que en esta fase, y concretamente en la actuación estudiada, el Equipo Técnico tiene todo el poder, al informar sobre la situación psicológica, educativa, familiar y entorno social del menor, puede proponer una intervención socio-educativa, puede informar sobre la posibilidad de una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, e incluso la conveniencia de no continuar con la tramitación del expediente en interés del menor por haber sido expresado suficientemente el reproche del mismo a través de los trámites hasta ese momento practicados, e incluso por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención —en este precepto encontramos una muestra más que clara y evidente del ya anunciado principio del superior interés del menor—. Es tal la importancia del informe emitido por el Equipo Técnico que, en base a lo en él expuesto, y siempre que se den los requisitos del art. 19.1 de la LORRPM, el Ministerio Fiscal puede remitir el expediente al Juez de Menores con propuesta de sobreseimiento, con remisión de testimonio a la Entidad Pública de protección de menores a los efectos de actuar en protección del menor.

Tan crucial es el papel del informe pericial en el Derecho Penal de Menores que su necesidad se ha institucionalizado, a través de la creación de los

Equipos Técnicos⁽³⁴⁾, órgano especializado, cuya presencia a lo largo del proceso es cuasipermanente y que desempeñan un papel tan importante que, de su adecuada configuración, inserción y funcionamiento, va a depender en gran medida que la LORPM sea un instrumento positivo para buscar respuestas equilibradas a los problemas delictivos de los más jóvenes, y conseguir los fines reeducadores que propugna⁽³⁵⁾. Es indudable su naturaleza de órgano pericial, por tanto sus dictámenes no son vinculantes, pero el hecho de ser preceptivos y venir de un organismo inserto en la Administración refuerza su importancia, si bien su autoridad, en cada caso, vendrá dada por el rigor e independencia que tengan sus informes⁽³⁶⁾.

(34) *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal/Editorial Dykinson, Madrid, enero de 1996, págs. 63 y 64: “Podemos definir el Equipo Técnico como conjunto de profesionales de diversas disciplinas, que tienen como función realizar un diagnóstico entendido como ‘El procedimiento utilizado para hacer un juicio interpretativo del menor y su situación, problema, carencia o conflicto’ y elaborar las propuestas de medidas a adoptar con él”. Los Equipos Técnicos como órganos dependientes del aparato judicial datan del año 1987, siendo los Juzgados de Familia y las Clínicas o Institutos Anatómicos Forenses los pioneros en apoyarse en estos equipos especializados, cuyo objetivo se concreta en el asesoramiento al Juez, previa adopción de la medida, así como en la tarea de orientar, informar y coordinar con la víctima, en su caso. Dentro de la Administración de Justicia se contemplan como Equipos Técnicos, dependientes de la Administración de Justicia desde el año 1988.

(35) *Revista Jurídica*, Dirección General de los Servicios Jurídicos, Consejería de Presidencia y Hacienda de la Comunidad de Madrid. Actualización de 25-09-2001.

(36) “A la vista de la LORRPM, podemos distinguir varios tipos de Informes. Uno, General, que puede actualizarse o completarse posteriormente, con otros, y que deberá entregarse al Fiscal en el plazo máximo de diez días, prorrogable en casos de gran complejidad, a un mes, cuyo contenido —como se dijo— alcanza a la situación psicológica, educativa y familiar del menor; su entorno social; y cualesquiera otra circunstancia que pudiera ser de interés. Informe que podrá suprimirse en los casos de mediación.

Otro, de Propuesta socio-educativa, cuando se considere preferible a continuar el proceso penal, en cuyo caso deberán detallarse los aspectos relevantes en la personalidad y circunstancias del menor, que aconsejen esta actuación.

Un Informe especial de conciliación o reparación, incluso a iniciativa del ET, en el que se contendrán la propuesta concreta y las medidas que se vislumbran para lograr una mediación entre la víctima y el menor, sustituyendo por esta vía, el tradicional seguimiento del proceso, juicio y sentencia correspondiente.

Y, además, otros específicos para la aplicación de la Ley a los menores de 21 años, mayores de 18; otro para decidir sobre la adopción de medidas cautelares; proponer medidas; delimitar la de internamiento y para decidir sobre la suspensión del fallo.

— *Fase intermedia*: Su regulación se corresponde con el art. 30 de la LORRPM; acabada la instrucción y concluido el expediente por el Fiscal de Menores, será remitido junto con un escrito de alegaciones al Juez de Menores; en éste puede solicitar el sobreseimiento del expediente, remitiéndose la Ley a los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o bien propondrá la medida más adecuada a la gravedad de la infracción cometida por el menor, proposición que contendrá los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen.

Procesalmente, este será el momento en el que el Ministerio Público propondrá la prueba de que intente valerse, e igualmente, velando por el interés del menor, propondrá a las personas que considera deben participar en el acto de la audiencia por poder aportar al proceso elementos valorativos del aludido interés y de la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas.

— *Fase de audiencia*: Se desarrolla ante el Juez de Menores una vez recibido el expediente, efectos, y el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal (arts. 31 y ss.). El Juez, previo trámite de audiencia al Letrado del menor, podrá acordar la celebración de la audiencia o el sobreseimiento de la causa.

A fin de evitar la celebración del Juicio (audiencia propiamente dicha), evacuado el trámite de audiencia por el Letrado, si éste junto con el menor muestran en comparecencia celebrada al efecto su conformidad a la medida interesada por el Ministerio Fiscal —a excepción de la de internamiento—, el Juez dictará Sentencia de conformidad, sin celebración de audiencia. Incluso en un estadio previo a la Audiencia, el Juez de Menores informará al menor, en lenguaje comprensible y adaptado a su edad, sobre la calificación que de los hechos ha vertido el Fiscal de Menores, así como de la medida solicitada; si el menor mostrare su conformidad sobre ambos extremos, y oído su Letrado, el Juez podrá dictar nuevamente resolución de conformidad. Si sólo lo estuviese con los hechos pero no con la medida solicitada, el trámite de audiencia versará únicamente sobre este último extremo. De no darse las anteriores circunstancias se celebrará la audiencia prevista en el art. 37, momento en el cual de nuevo será oído el Equipo Técnico.

Tramitación la descrita que nos recuerda a la del procedimiento abreviado regulado en la LECrim: art. 789, regla 5.^a, y 791.3, al igual que en el procedi-

Es decir, se aprecia la existencia de Informes generales y especiales o específicos, por un lado, y la posibilidad, junto a los Informes Escritos, de informes orales en las audiencias o comparecencias —por ejemplo para adoptar medidas cautelares o resolver un recurso—, oralidad ligada a la contradicción, la cual se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral, con presencia y participación activa de las partes, las cuales solicitarán aclaraciones y podrán someter al representante o representantes de los ET, a las cuestiones que consideren”. Revista Jurídica. Op. cit., Madrid, 2001.

miento regulado en la LORRPM, tales estadios se dan en la fase previa a la celebración del juicio oral. Incluso en sede de procedimiento sumario, el paralelismo se establecería con los arts. 655 y 688 a 700 de la Ley adjetiva.

La Sentencia se dictará en el plazo de cinco días conforme a lo previsto en la LOPJ, resolviendo sobre la medida propuesta, que en ningún caso puede resultar de superior gravedad a la interesada por el Ministerio Fiscal (principio acusatorio del art. 8); se tendrán especialmente en cuenta a tales efectos las circunstancias y gravedad de los hechos, la personalidad, situación, necesidades y entorno social del menor, así como la edad de éste en el momento de dictar sentencia; previsiones todas éstas tendentes a la adopción de la medida más adecuada a la reeducación del presunto infractor. Así se demuestra por la circunstancia de que el Juez de menores en la sentencia habrá no sólo de razonar y motivar la decisión que adopte al respecto, sino que habrá, asimismo, de expresar el objetivo que pretende alcanzar con la decisión adoptada, objetivo que no podrá ser otro que el de la reeducación y reinserción del menor.

Esta última es una novedad impuesta por la LORRPM⁽³⁷⁾, suponiendo la consagración del principio de individualización judicial de la medida finalmente impuesta, estableciéndose un claro paralelismo con el principio de individualización de la pena, encontrándose tal individualización sometida a los principios generales de legalidad penal, acusatorio, y supuestamente a los de igualdad y proporcionalidad, teniéndose en cuenta las circunstancias personales del autor y su interés. Digo supuestamente porque pienso que el hecho de que por la comisión de un mismo delito puedan imponerse a dos personas medidas radicalmente diferentes en su naturaleza y duración es posible que sirva con efectividad a los fines resocializadores y reeducadores de la ley, sin embargo considero se produce una reacción discriminatoria de la Ley hacia sus potenciales destinatarios, evidenciándose tal actitud discriminatoria en el hecho de que ya de partida y sin más estudio del menor y sus circunstancias, se tengan en cuenta los diferentes ámbitos socioculturales en los que está integrado, con el trato discriminatorio y diferenciador que ello puede suponer. En cuanto a la proporcionalidad se puede llegar a la misma conclusión, habrá casos en que la imposición de una determinada medida resulte desproporcionada a la entidad de la infracción cometida, dada la indefinición con la que viene determinada, atendiendo no a aspectos objetivos de imposición, sino a apreciaciones en su gran parte de estimación subjetiva.

Finalmente, y a los efectos estudiados en este capítulo, el Juez deberá dictar la sentencia en términos claros y comprensibles a la edad del menor, valiéndose

(37) MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión: “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, en *La responsabilidad Penal de los Menores. Aspectos Sustantivos y Procesales*. CGPJ. Madrid, 2001, pág. 450.

para ello del lenguaje adecuado; es la primera vez que una legislación dirigida a menores prevé esta circunstancia, se persigue que el principal destinatario de la norma la conozca y comprenda.

La posibilidad de suspensión de la ejecución del fallo se analizará en el epígrafe siguiente.

Otros aspectos destacables del procedimiento de menores regulado en la LORRPM serían:

— *Los Recursos*: Contra las sentencias del Juez de Menores sólo cabe el recurso de apelación del art. 41 (reformado por la LO 9/2000, de 22 de diciembre, art. 6) ante la correspondiente Audiencia Provincial, recurso que se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada —una vez más prima el interés del menor en la sustanciación del proceso, en este caso esa protección se extiende a la persona del perjudicado; no obstante, en la LECrim también se prevé este supuesto—.

Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano; el auto que resuelva la impugnación de la providencia será susceptible de recurso de apelación.

Contra los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan el incidente de los arts. 14, 28, 29 y 40 de esta Ley cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado (le afecta también la reforma operada por la LO 9/2000 de 22 diciembre, art. 6).

Como recurso extraordinario, y refiriéndose sólo a las sentencias condenatorias y a la medida de internamiento de hasta cinco años del infractor mayor de dieciséis años, confirmadas por las Audiencias Provinciales, cabe recurso de casación para unificación de doctrina, cuando se aprecien y fundamenten discordancias entre la sentencia recurrida y las dictadas en apelación en asuntos sobre la misma materia.

— *Detención del menor y medidas cautelares*: Los arts. 17 y 28 de la LORRPM⁽³⁸⁾ regulan la posibilidad de que la autoridad policial tenga que proceder a la detención del menor, o que el Fiscal de Menores, durante la sustancia-

(38) Siguiendo el espíritu de la STC 60/1995, de 17 de marzo. Esta, en su razonamiento jurídico sexto, dispone: “A) ...Es cierto que esta posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de **carácter aseguratorio**, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes de la ley cuestionada, y, así, por una parte, **el Fiscal ha de ‘solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo’** (art. 15.1.2.º) y, por otra, **a este mismo Juez le corresponde ‘la adopción de medidas cautelares’ y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor** (art. 15.1.5.º) (...) que tales actos, legal-

ción del expediente, estime pertinente adoptar medidas limitativas de la libertad del menor.

El art. 17 establece cómo debe procederse en la detención de un menor, respetándose las mínimas garantías constitucionales, teniendo en cuenta, no obstante lo anterior, el efecto traumático que tal práctica puede tener sobre el presunto infractor. Así el plazo máximo de detención policial será de veinticuatro horas, plazo dentro del cual el menor será puesto en libertad o entregado al Ministerio Fiscal; y a su vez, el Ministerio Fiscal cuenta con un plazo de cuarenta y ocho horas para o bien desistir de la continuación del expediente (libertad), o bien ponerlo inmediatamente a disposición del Juez de Menores, instando a la vez la oportuna medida cautelar. Del mismo modo se reconoce al menor el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus*, en caso de que considere

*mente vedados al M.º Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 Ley 50/81 reguladora del Estatuto Orgánico del M.º Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17.2; 18.2 y 3; 20.5; 22.4; 117.3 y 4; 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, **no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.***

*En particular, si la medida incide en el derecho a **la libertad del menor**, dispone el art. 15.1.5.º, ap. 2.º, que ‘a solicitud del Fiscal, el Juez podrá acordar el internamiento de éste (del menor) en un Centro cerrado’, debiendo el Juez nombrar ‘al menor Abogado que lo defienda si no lo designan sus padres o representantes legales’.*

*De la redacción del precepto claramente se infiere que, a diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí **el internamiento cautelar del menor** solo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada.*

*La anterior circunstancia, unida a la de que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva —por lo que puede la defensa penal combatir con eficacia dicha resolución limitativa del derecho a la libertad—, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un ‘juez instructor’ (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al M.º Público), sino como un ‘juez de la libertad’ o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, siendo, por lo demás, aplicable al supuesto examinado la doctrina del Tribunal Europeo sustentada en el caso Hauschildt (STEDH 24 de mayo de 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, 16 de diciembre de 1992), según la cual, **cuan-do la prisión provisional se adopta a instancia del M.º Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el M.º Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el M.º Público-instructor, la acusación y la defensa”.***

que su detención es ilegal o que no se está desarrollando con las debidas garantías.

En el art. 28 el legislador determina un *numerus clausus* de las medidas cautelares que se pueden imponer al menor infractor. Se regula la facultad por parte del Ministerio Fiscal de solicitar del Juez de menores la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor; esta facultad se establece en términos restrictivos, siendo la privación de libertad el último recurso, pudiendo consistir las medidas en internamiento en un centro, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La duración de las medidas cautelares no podrá exceder de tres meses, prorrogables por otros tres como máximo. Un supuesto especial lo constituye el caso de enajenación del menor —o circunstancias similares—: en estos casos se habilitarán las pertinentes medidas cautelares de custodia, incapacitación, tutela, etc., conforme a los preceptos civiles aplicables, para la protección del menor; pudiéndose en caso de conclusión de la instrucción solicitar la adopción de alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor.

En la adopción de estas medidas rige taxativamente el principio acusatorio, no podrán adoptarse sin la previa instancia del Ministerio Fiscal, ello se deduce del estudio del art. 28 de la LORRPM, puesto en relación con el art. 8 del mismo cuerpo legal⁽³⁹⁾.

(39) En este sentido el auto de la AP de Cádiz de 5 de junio de 2001: “*TERCERO.—Dicho lo cual, esta apelación presenta otras peculiaridades. Así, de un lado, se trata de una resolución judicial tomada en contra de la petición de la parte acusadora pública que, en principio, es la única facultada para pedir o instar del órgano judicial cualquier medida cautelar y restrictiva de derechos fundamentales. Así de claro se deduce, con carácter general, del artículo 8 de la LO 5/2000 cuando recoge el principio acusatorio y determina que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior al solicitado por el Ministerio Fiscal; y en particular, en concreto y especial para las medidas cautelares, del artículo 28 de aquella Ley Orgánica que es claro y taxativo sobre la posición del Juez de Menores que siempre resuelve sobre propuesta previa del Ministerio Fiscal (en una comparecencia en que se escucha el parecer de otras personas o partes), que es el único legitimado para solicitar la adopción de medidas cautelares así como sobre la prórroga de la duración del internamiento*”. Y “*CUARTO.—...En efecto, desde el momento en que el Ministerio Fiscal solicita el cese del internamiento y la libertad vigilada de las menores, con medidas complementarias, está claro que no tiene apoyo legal ni la decisión de mantener el internamiento ni la prolongación del tiempo máximo de su duración. La aplicación de las exigencias derivadas del principio acusatorio está clarísima en este particular y, además, el artículo 28.3 lo dice sin resquicio interpretativo alguno: ‘el tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento... podrá prorrogarse a instancia del Ministerio Fiscal...*’ ”.

Acerca de las medidas cautelares se pronuncia la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 1/2000, señalando que la entrada en vigor de la LORRPM privará de competencia a los órganos de la jurisdicción penal de adultos, para la adopción y el mantenimiento de medidas cautelares personales, sobre los infractores menores; desde este momento pasan a depender de la jurisdicción de menores.

— *La responsabilidad civil y su procedimiento:* Aparece regulada en los arts. 61 y ss. de la LORRPM, refiriéndose a la responsabilidad civil que se deriva de la comisión de un hecho delictivo por los menores incluidos en su ámbito de aplicación. Su regulación es especial por tres motivos: 1. Por las peculiaridades personales de los sometidos a la LORRPM. Es por ello que el art. 61.3 establezca que, en el caso de menores de dieciocho años, éstos responderán solidariamente con sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en atención a sus deberes de vigilancia. Si en la actitud de estos últimos para con sus pupilos no hubiese mediado dolo o negligencia, podrá moderarse por el Juez su responsabilidad. 2. Se separa terminantemente el enjuiciamiento de la responsabilidad penal del menor de la civil inherente al ilícito cometido. El Juez de menores resuelve ambas cuestiones en resoluciones diferentes evitando de este modo la influencia mutua de ambos órdenes jurisdiccionales. 3. Se regula y facilita la decisión civil ante el órgano de la justicia penal de menores, utilizando la responsabilidad civil como criterio de pacificación entre el infractor y la víctima. De este modo la reacción del Estado ante la comisión del hecho delictivo es el utilizar los medios de naturaleza penal que la Ley pone a su servicio orientándolos al fin resocializador, evitando la actuación penal de la víctima con fines exclusivamente civiles, evitando por parte de la misma la sensación de que la justicia penal orientada a la resocialización se realiza a su costa.

Es de destacar que a lo largo de todo el procedimiento se puntualiza expresa o tácitamente el cometido resocializador del juez de menores, juez en todo momento vinculado al parecer, de contenido no jurídico, de expertos. Podría decirse que existe una extrapolación de funciones correspondiendo los cometidos del Juez penal al Fiscal de Menores, instrumento del Estado que previene el delito y reacciona ante él en nombre de la sociedad; mientras el Juez es eminentemente una figura resocializadora, que busca la medida más adecuada para proteger al menor frente a recaídas posteriores. De ahí la importancia del equipo técnico, representación de expertos en ciencias sociales, de cuyos informes está continuamente jalonada la LORRPM, siendo oídos a cada paso, incrementándose llamativamente su intervención con respecto a la asistencia que prestan en el derecho penal de adultos, allanándose el camino para que tales informes lleguen a tener un papel decisivo en las resoluciones del Juez y del Fiscal. No sería excesivo afirmar que el Juez de Menores debe seguir los

dictados de los pareceres expertos, salvo razones poderosas para no hacerlo, debiendo ellas basarse en el ideal resocializador, y nunca en razones defensistas.

3. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS. MODIFICACIÓN Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA MEDIDA IMPUESTA O SUSTITUCIÓN DE LA MISMA DURANTE SU EJECUCIÓN

Como puede deducirse de apartados anteriores, la LORRPM es una Ley revolucionaria que persigue producir un efecto beneficioso para el menor. Nos encontramos ante una nueva justicia penal en España que impone el trabajar con delincuentes “*dentro de la sociedad*”, y no al margen de la misma; y esto se refleja claramente en la forma en que se ejecutan las medidas impuestas por el Juez de Menores.

La LORRPM dedica casi la tercera parte de su articulado a la regulación de la ejecución de las medidas impuestas por el Juez de Menores; no se plantea ninguna duda acerca del hecho de que el *control de la ejecución* corresponde al Juez de Menores, como no podría ser de otro modo dado el contenido del art. 117.3 de la Constitución.

En el Derecho Penal de menores⁽⁴⁰⁾ el órgano que decide la medida a imponer al menor por la comisión del hecho delictivo y el que posteriormente ejecuta la medida es el mismo; nota diferenciadora del Derecho Penal de adultos, en el que el Tribunal sentenciador y el Fiscal que intervienen en la fase de enjuiciamiento, son sustituidos con posterioridad por el Juez y el Fiscal de vigilancia penitenciaria. Esta circunstancia se debe fundamentalmente a la naturaleza resocializadora del Derecho Penal de menores.

La ejecución de las medidas (arts. 43 a 60 LORRPM) es competencia de las CC.AA., encargándose ellas de la elaboración de programas y organizando el sistema, con facultad de delegar tal facultad en otras entidades del sector público o del privado. No obstante, el Juez de Menores se reserva amplias facultades de intervención en la ejecución de la medida impuesta, pudiendo modificarla (art. 49.2 en relación con el 14) o incluso sustituirla por otra (art. 51) por tiempo igual o menor al que reste para su cumplimiento, en cualquier momento si las circunstancias del menor así lo aconsejasen, debiendo redundar tal modificación o sustitución en interés de él, expresándole suficientemente el reproche

(40) CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Civitas, 2000, págs. 93 a 97.

merecido por su conducta⁽⁴¹⁾; se destaca una vez más la importancia que el seguimiento del menor, efectuada por el Equipo Técnico, tiene a tales efectos.

Firme la Sentencia y aprobado el programa de ejecución de la medida, se practica su liquidación por el Secretario Judicial, quedando el menor a disposición de la C.A. que será la competente para ejecutarla. La C.A. designará a un trabajador social responsable de la medida y designará el centro de cumplimiento en el supuesto de que la medida sea de internamiento.

La labor de ejecución desarrollada por la C.A. conlleva el que la misma abra un expediente personal del menor en el que se harán constar todos los incidentes y la evolución del cumplimiento de la medida por el menor, con especial cuidado de preservar su intimidad, cuidando de la emisión de los preceptivos informes del art. 49, siendo de vital importancia las propuestas que se hagan de cara a modificar la medida impuesta. Esta modificación no sólo puede partir de la C.A. encargada de la ejecución, también puede decretarse a instancia del fiscal o del letrado del menor, acordándose a la vista de los informes que consten en su expediente. De igual modo, la propuesta o suplico puede ser de sustitución de la medida en su día impuesta (art. 51.1), pudiendo el Juez acordarla incluso de oficio, oído en todo caso el equipo técnico.

Vital importancia cobra la conciliación del menor con la víctima, hasta el punto de que la medida impuesta puede quedar sin efecto cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor (art. 51.2).

(41) Se prevé esta posibilidad en la S. de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de junio de 2001 cuando dice en su razonamiento jurídico decimoquinto, apartado c), lo siguiente: “Y, en fin, deben tenerse en cuenta las especiales facultades que la legislación de menores concede a la hora de ejecutar las medidas sancionatorias, pues, con carácter general, se habilita en los artículos 14 y 51.1 de la LO 5/2000 a **dejar sin efecto en cualquier momento la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.** Y, en particular, la **disposición adicional cuarta incorpora también esta posibilidad de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta, si bien con el único límite de haber transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.** Y resulta obvio decir que no cabe reputar desproporcionada la duración mínima de cuatro años de privación de libertad, cuando se trata de articular y reaccionar lógicamente ante múltiples intereses para la correcta proporción de tal norma: intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, especiales exigencias educativas en interés del menor, etc.”.

La regla general en el supuesto de imposición de varias medidas es que éstas se cumplan simultáneamente; sólo en el supuesto de que ello no fuese posible el cumplimiento será sucesivo, siguiéndose a tales efectos el orden establecido en el art. 47 LORRPM, salvo que según se dispone el orden sea alterado por el Juez atendiendo al interés del menor. Se otorga preferencia a la medida de internamiento sobre la no privativa de libertad, y al internamiento terapéutico sobre cualquier otra medida, privativa o no privativa de libertad.

Si observamos, la LORRPM permite la sustitución de medidas más graves por otras menos graves, pero no a la inversa, por ejemplo, no se permite la sustitución de una medida no privativa de libertad por una privativa. Una excepción a lo dicho se establece en el art. 50.2 en caso de que se produzca un quebrantamiento de condena y la medida quebrantada fuere no privativa de libertad; en este supuesto, a propuesta del Ministerio Fiscal, oído el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores puede sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

Según CEREZO MIR ⁽⁴²⁾: *“Es sorprendente que en la nueva Ley no se incluya la suspensión del fallo introducida en nuestro país en la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio ⁽⁴³⁾, sino que se establezca únicamente la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40). Esto supone un retroceso inexplicable, si no es por establecer una regulación paralela a la existente en el Código Penal para los adultos (arts. 80-87). Se prevé, no obstante, asimismo, un tratamiento en libertad, pues el Juez puede establecer un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socioeducativa”*.

Personalmente pienso que es más coherente con los fines reeducadores proclamados por la LORRPM que ésta hubiese mantenido la suspensión del

(42) CEREZO MIR, José: *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2.^a edición, UNED, Madrid, 2000, pág. 85.

(43) *“La institución de la suspensión del fallo, figura inspirada en la ‘probation’ anglosajona en la que el Juez o Tribunal, una vez probada la culpabilidad del acusado, puede suspender el proceso y someterle a prueba durante un período determinado de tiempo. Si el reo no delinque durante ese tiempo el Juez o Tribunal no llega a dictar sentencia, con lo que no le queda a aquél el antecedente penal. En el período de prueba se le dispensa al delincuente un tratamiento en libertad. Tiene que observar las reglas de conducta y realizar las tareas que le imponga el Juez o Tribunal para evitar su recaída en el delito y favorecer su reinserción social y queda sometido a la vigilancia y tutela de los delegados de prueba (probation officers)”*. Estaba previsto en el art. 16.3 de la LORCPJM y no se contempla en la actual LORRPM. CEREZO MIR, José: *Derecho Penal...*, op cit., págs. 95 y 96.

fallo, principalmente por su esencia eminentemente protectora del menor y por el hecho de que permite la posibilidad de que el infractor, pese a la comisión de una conducta a todas luces reprochable, carezca de antecedentes penales, evitándose con ello los efectos estigmatizadores que el tenerlos conlleva en una personalidad que se está formando.

La LORRPM es muy escueta en la regulación de las medidas no privativas de libertad, ello es debido a que sus contenidos son de significado terapéutico-social, siendo los trabajadores sociales quienes habrán de llenarlas de contenido.

Finalmente todas las resoluciones que recaigan durante la ejecución de la sentencia son recurribles ante el Juez de Menores.

CRÍTICAS Y CONCLUSIONES

Primera: La LORRPM es la culminación de una larga evolución histórica del tratamiento penal de los menores en España, siendo reflejo de las normas internacionales que rigen la materia, estableciendo un procedimiento especializado que en todo momento vela por el interés del menor, intentando respetar al máximo las garantías establecidas, que tiende a evitar la actuación judicial en algunos casos, y que con la adopción de las medidas en ella establecidas persigue conseguir la educación del menor infractor.

Segunda: Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal nos encontramos ante la creación de una responsabilidad penal del menor distinta a la del adulto; la minoría de edad penal recibe por primera vez un trato distinto a las demás eximentes, excluyéndola de las mismas. Tras este cambio hay una finalidad esencialmente preventiva.

Tercera: La LORRPM configura un sistema integral de exigencia de responsabilidad penal a los delinquentes juveniles, que abarca desde los catorce a los veintiún años. Después de la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, son imputables los menores que en el momento de la comisión de los hechos tuvieran más de 14 años. Es un acierto de la actual regulación el exigir responsabilidad penal a los menores frente al anterior sistema, al igual que es un acierto que esta responsabilidad se exija por cauces (leyes y procedimientos) distintos a como se exige a los infractores adultos, dado el proceso de reafirmación de la personalidad en el que se encuentran los primeros y la estigmatización que el régimen aplicable a los mayores puede suponer en sus vidas.

Cuarta: La LORRPM impone medidas a los infractores, imperando criterios de flexibilidad en la adopción de la más conveniente, circunstancia claramente orientada a la reeducación del menor, pero a la vez creadora de inseguridad por la discrecionalidad que ello conlleva; a un hecho determinado no corresponde la imposición de una medida predeterminada, quedando en manos

del Juez la elección de la más adecuada de entre todas las previstas. Es por ello que como límite a la discrecionalidad judicial deben operar los siguientes principios: 1) Proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta. 2) Imposibilidad de imponer medidas más graves o de superior duración a las que corresponderían si el infractor fuese un adulto.

Quinta: Tratando de buscar un equilibrio educativo-sancionador, para la imposición de medidas se aplican criterios de prevención especial dada la finalidad resocializadora, no punitiva, que impregna todo el proceso de imposición; no obstante las reformas introducidas por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma del Código Penal, y de la propia LORRPM, en delitos de terrorismo, suponen un endurecimiento considerable del tratamiento penal de los menores, olvidándose de los fines educativos propios de esta jurisdicción, acercándose a fines hasta ahora no presentes en el Derecho Penal de menores, como pueden ser los retributivos o de prevención general.

No considero que sea adecuado el sustraer a determinados menores del tratamiento especializado de la LORRPM, máxime si se tiene en cuenta que tal exclusión es producto de la precipitación a que obedece el legislar bajo el impulso de coyunturas políticas y presiones sociales. Los menores autores de este tipo de delitos siguen siendo menores, que van a ser juzgados de forma totalmente diferente a los menores que cometan otros actos delictivos —se modifica el régimen de competencias judiciales—, y que se van a enfrentar a una ejecución de la medida impuesta diferenciada. La finalidad puramente aflictiva parece presidir toda la reforma operada, anteponiéndose esta finalidad al interés del menor.

Con tal reforma, el principio de flexibilidad también se ha visto afectado.

Sexta: No obstante lo anterior, para el enjuiciamiento del resto de los tipos penales se da un amplio margen al principio de oportunidad, encontrando limitaciones en los supuestos en que el menor tenga determinada edad, o la infracción sea constitutiva de un delito grave, o cuando haya mediado violencia o intimidación, o exista reiteración de conductas delictivas. En el resto de los supuestos el Fiscal puede desistir de la incoación del expediente, sin necesidad de motivación de su decisión. Este principio se regula en estrecha relación con el principio de intervención mínima.

Séptima: Tanto las reservas que el legislador hace en cuanto a la aplicación del régimen establecido en la LORRPM a los jóvenes de 18 a 21 años, como las reformas introducidas por el legislador por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, y 9/2000, de 22 de diciembre, plantean la siguiente pregunta: ¿Cree el legislador en la eficacia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor? Considero que es requisito esencial para que esta Ley funcione que tanto el legislador como los aplicadores se crean la Ley, y los principios y finalidades por ella propugnados. Si desde el mismo punto de partida se formulan reticencias a la aplicación a un sector de población a la que inicialmente puede ir

dirigida, y si previamente, incluso a su entrada en vigor, se endurece el tratamiento a ciertos sectores de delincuentes, afectando tal endurecimiento incluso a las bases sobre las que se cimenta la LORRPM, alterando sustancialmente los principios esenciales con que debe contar una adecuada legislación de menores según las normas internacionales en la materia, mal puede decirse que el legislador se crea la eficacia de aquello sobre lo que está legislando.

Octava: La previsión de sustitución, en caso de quebrantamiento, de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento en régimen semiabierto (art. 50.2 LORRPM), puede ser contraria a los principios acusatorio y de proporcionalidad regulados en el art. 8 de la Ley.

Novena: Existe una contradicción en el hecho de que se encomiende la instrucción al Ministerio Fiscal —amparándose el legislador en la “desintoxicación” que ello supone para el Juez a la hora de dictar Sentencia—, y que exista un principio acusatorio conforme al cual el Juez de Menores no puede imponer medida que suponga mayor restricción de derechos ni por tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 8), eliminando del procedimiento lo que constituye en el ordenamiento jurídico penal de “mayores” la acusación particular; resultando de ello que quien instruye es quien fija el tope en que las medidas previstas serán finalmente adoptadas en Sentencia, propiciándose de esta forma que efectivamente el órgano judicial sea aséptico en la imposición de la medida, pero en cierto modo descargando toda la responsabilidad del procedimiento posterior a la incoación en el Ministerio Público, evidenciándose de esta forma lo que considero una torpeza legislativa, que requerirá la mayor especialización de los Fiscales y que el tiempo dirá si llegan a conseguirse los objetivos perseguidos. El Juez de menores tiene, pues, como función esencial la de controlar la legalidad del procedimiento y la de velar por el cumplimiento de los derechos y garantías que la LORRPM otorga al menor.

Décima: Junto a las normas sustantivas y procesales contenidas a lo largo del articulado de la LORRPM, se determinan normas relativas a la ejecución de las medidas, con especial minuciosidad de la relativa a la privación de libertad, constituyendo esta circunstancia la integración en la Ley de auténticas normas de Derecho Penitenciario. De esta forma se pone de relieve la importancia que para el legislador tiene esta fase procesal, protegiendo a través de ella el interés del menor, protección perseguida, por otra parte, en las fases de instrucción y de audiencia. Se persigue con ello la correcta ejecución de la medida que tiende a lograr el fin educativo; de no hacerse de este modo quebraría toda la regulación anterior a la ejecución.

Decimoprimera: En la realización de los objetivos de la Ley tiene un papel primordial el Equipo Técnico, órgano asesor del Juez y Fiscal que, junto con la red de centros de internamiento y establecimientos de cumplimiento de las medidas, conformarán la respuesta adecuada y de calidad, que la Ley trata de proporcionar.

Decimosegunda: En esta materia, integrada en la Administración de Justicia, las Comunidades Autónomas están llamadas a aportar los medios necesarios y a coordinarse con la Administración Central para establecer y mantener un sistema operativo y actualizado; es responsabilidad de las CC.AA. que el catálogo de medidas contenidas en el art. 7 de la LORRPM pueda hacerse realidad. Compete al Estado el velar por el necesario equilibrio económico que permita a las autonomías hacer realidad la nueva justicia de menores, lo contrario podría ser generador de desigualdad entre las mismas, y por tanto llevar al fracaso el procedimiento regulado, dejando de lograrse el interés del menor.

Decimotercera: La responsabilidad civil que se deriva de la comisión del hecho delictivo tendrá tramitación en pieza separada, de forma totalmente independiente a la tramitación de la causa penal, consiguiéndose de esta forma que el interés penal, digno de mayor protección, no sufra retrasos ajenos, como podría ser la exigencia de responsabilidades civiles.

Decimocuarta: El éxito de la nueva Ley, pese a los inconvenientes apuntados, y el escepticismo que lleva aparejado la regulación un tanto oscura y apresurada de algunos puntos ya vistos, depende en gran medida de que la dotación presupuestaria, personal y material existente para su aplicación práctica sea la adecuada; de lo contrario se puede llegar a resultados contrarios a la protección del interés del menor.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECH, Peter-Alexis: *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990.

BUENO ARÚS, Francisco, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1836-37, 1999.

CEREZO MIR, José: *Derecho Penal. Parte General-Lecciones*, 2.ª edición, UNED, Madrid, 2000.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El nuevo Derecho Penal de Menores*, Civitas, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

GARCÍA PÉREZ, Octavio: “Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, Facultad de Derecho/Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión: “Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores”, en *La responsabilidad Penal de los Menores. Aspectos Sustantivos y Procesales*, CGPJ, Madrid, 2001.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María del Rosario: *Derecho Penal de Menores*, 1.^a edición, Bosch, Barcelona, 2001.

POLO RODRÍGUEZ, José Javier y HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús: *La nueva Ley penal del menor*. 2.^a edición actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, Colex, 2001.

Revista Jurídica. Dirección General de los Servicios Jurídicos, Consejería de Presidencia y Hacienda de la Comunidad de Madrid, actualización de 25-09-2001.

Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal/Editorial Dykinson, Madrid, enero de 1996.

RÍOS I ENRICH, Mireia: “La intervención educativa en el ámbito judicial con jóvenes de 16 a 18 años”, Consejo General del Poder Judicial. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.

RÍOS MARÍN, Julián Carlos: *El menor infractor ante la Ley Penal*, 1.^a edición, Comares, Granada, 1993.

SOBRÓN OSTOS, Fernando: “La Sociedad ante el menor delincuente: La prevención, la imposición de medidas y nuevas formas de intervención”, Estudios del Ministerio Fiscal, 1995, vol. 3.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 233/2002 de la Sala 2.^a del TC de 9 de diciembre de 2002
(BOE 10 de enero de 2003) (Recurso de amparo 165/2000)**

DECLARACIÓN DE COIMPUTADO: CONCRECIÓN DEL CRITERIO DE LA
“EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN”.

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Abandonando la línea abierta con la STC 181/2002, que respecto a la exigencia de la mínima corroboración objetiva que debía acompañar a la declaración del coimputado había venido a exigir su concreción en una prueba adicional y distinta acreditativa de la participación del condenado (cuyo último exponente lo constituye la STC 207/2002), se recupera la tradicional doctrina sobre la materia, reiterando el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: que no ha de ser plena, sino mínima, y que no cabe establecer qué ha de entenderse por tal, en términos generales, más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa. (Se reitera esta doctrina en la posterior STC 25/2003, de 10 de febrero.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. La cuestión nuclear que plantea el recurso, como ya ha sido señalado, es la efi-

cacia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, cuando se presentan como únicas pruebas de cargo. Este tema ha sido objeto de dife-

rentes pronunciamientos por parte de este Tribunal, que ha ido construyendo una consolidada doctrina al respecto.

En la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la incidencia de las declaraciones inculpativas de los coimputados en el derecho a la presunción de inocencia cabe apreciar una primera fase, en la que este Tribunal consideró que carecía de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, el que los órganos judiciales hubieran basado su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados (SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4; y AATC 479/1986, de 4 de junio, FFJ J1 y 2; 293/1987, de 11 de marzo, FJ único, y 343/1987, de 18 de marzo, FJ 2.a); 1133/1988, de 10 de octubre, FJ único; 225/1993, de 20 de julio, FJ 2; 224/1996, de 22 de julio, FJ 2]. A esos efectos, se argumentó que la declaración de los coimputados constituía actividad probatoria de cargo bastante, pues no había ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio [STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; y AATC 479/1986, de 4 de junio, FJ 1; 343/1987, de 18 de marzo, FJ 2.a)]. El hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideró que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente; tal circunstancia sólo incidiría sobre la credibilidad que merecía la declaración considerada, en relación con los factores concurrentes en el caso, cuya apreciación correspondía en exclusiva a la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE (SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2, y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4).

En una segunda fase, que comienza con la STC 153/1997, de 29 de agosto, y perdura hasta la actualidad, este Tribunal viene considerando que las declaraciones inculpativas

de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas (SSTC 153/1997, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 15 de junio, FJ 5; 63/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001, de 17 de marzo, en sus FFJJ 5.5, 32 y 2, respectivamente; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 155/2002, de 22 de junio, FJ 11). Con tal punto de partida la STC 115/1998 afirmó que “antes de ese mínimo [scil. de corroboración] no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia” (FJ 5); idea reiterada después en las SSTC 68/2001 y 69/2001, FFJJ 15 y 32, respectivamente; 68/2002, FJ 6, y 70/2002, FJ 11. Esta conclusión se fundamenta en la diferente posición constitucional de los testigos y de los imputados en cuanto a su obligación de declarar; atendiendo a los derechos que asisten al acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 153/1997, FJ 6; 49/1998, FJ 5; 115/1998, FJ 5; 68/2001, 69/2001 y 70/2001, en sus FFJJ 5 y 32 y 2, respectivamente; 72/2001, FJ 4; 182/2001, FJ 6; 2/2002, FJ 6; 57/2002, FJ 4; 68/2002, FJ 6; 70/2002, FJ 11; 125/2002, FJ 3, o 155/2002, FJ 11). Ello ha propiciado que incluso se calificara la declaración inculpativa de los coimputados, cuando es la única prueba de cargo, como sospechosa (SSTC 68/2001 y 69/2001, FJ 5 y 32, respectivamente; 182/2001, FJ 6, y 125/2002, FJ 3) o intrínsecamente sospechosa (SSTC 57/2002, FJ 4, y 68/2002, FJ 6).

A partir de la STC 68/2001, de 17 de marzo, la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que la

corroboración no ha de ser plena; ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (FJ 5; así lo han reiterado las SSTC 69/2001, FJ 32; 182/2001, FJ 6; 57/2002, FJ 4; 68/2002, FJ 6; 70/2002, FJ 11; 125/2002, FJ 3, y 155/2002, FJ 11).

En suma, los pronunciamientos de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración inculpativa de los coimputados, cuando es prueba única, han quedado consolidados con los siguientes rasgos: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad

de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Estas ideas han de ser puestas en relación con la imposibilidad de este Tribunal de revisar la valoración de los diferentes elementos probatorios en que los Tribunales penales basan su convicción, lo que constituye una función exclusiva de los órganos judiciales, en atención a lo dispuesto en el art. 117.3 CE. Circunstancia que resulta corroborada, además, tanto por la prohibición legal de que entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1.b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria (por todas, STC 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2).

Por tanto, a este Tribunal, ante la invocación del derecho a la presunción de inocencia en los supuestos en que las declaraciones inculpativas de coimputados aparecen como la única prueba en la que se fundamenta la condena, sólo le compete verificar su aptitud para ser prueba de cargo, lo que se producirá cuando existan hechos, datos o circunstancias externas que avalen mínimamente su contenido. No puede entrar, sin embargo, a analizar ni la credibilidad que merezca dicha declaración ni, más allá del control externo de la razonabilidad de las inferencias, si los hechos han quedado acreditados a partir de tales pruebas.

**Sentencia 2/2003 del Pleno del TC de 16 de enero de 2003
(BOE 19 de febrero de 2003) (Recurso de amparo 2468/2000)**

“NON BIS IN IDEM”.

Art. 25 CE

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

SÍNTESIS

Sentencia muy importante, pues supone un cambio de rumbo en relación a la ampliamente criticada STC 177/1999, de 11 de octubre, en lo que se refiere al alcance del principio “non bis in idem” entre sanción administrativa y penal. Se trata, en el caso actual, de una condena, por delito contra la seguridad del tráfico, en relación a hechos que habían sido objeto ya de una sanción administrativa firme. Se formula un voto particular que propone mantener el criterio sentado en la STC 177/1999.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo se dirige contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de El Ferrol (A Coruña) de 29 de junio de 1999, que condenó al recurrente por un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del Código penal (CP) y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 20 de enero de 2000, que confirmó la anterior. El demandante alega la vulneración del principio *non bis in idem* en cuanto integrante del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), por cuanto había sido sancionado por los mismos hechos en vía administrativa antes de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal.

(...)

2. A los efectos de delimitar el objeto del presente recurso de amparo resulta necesario efectuar varias precisiones.

(...)

e) Por último, hemos de advertir que la avocación al Pleno del presente recurso de amparo se ha efectuado para ejercer las facultades de revisión de la doctrina constitucional precedente conferidas al mismo por el art. 13 LOTC, a los efectos de apartarnos de la doctrina contenida en las SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, en lo atinente a las siguientes cuestiones: al momento de invocación en el proceso penal de la vulneración del derecho fundamental alegado, entendiéndose que en el procedimiento abreviado éste es el comienzo del juicio oral en el trámite previsto en el art. 793.2 LECrim. —FJ 4—; a la competencia de este Tribunal para revisar el pro-

nunciamento de los órganos judiciales sobre la existencia de identidad como presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, ya sea sustantivo o procesal, pues la triple identidad delimita el contenido del derecho fundamental —FJ 5—; a la doctrina sobre la reiteración punitiva —*bis*— constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE, considerando que la vulneración del derecho fundamental en su vertiente material requiere la efectiva reiteración sancionadora y no basta la mera declaración de imposición de la sanción —FJ 6—; finalmente, a la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en estos casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal —FJ 9—.

3. Centrado así el objeto de la demanda y las circunstancias que han dado lugar a la misma, hemos de iniciar su examen recordando que desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5;... y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

(...)

d) El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en *bis in idem*, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el

mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) —hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España (Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 1977)— dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

De otra parte, también el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), aunque no ha sido ratificado por España —pero sí firmado—, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (art. 6.1 CEDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de

1984, caso *Öztürk c. República Federal de Alemania*); y a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*; de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*; de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*; 1 de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*).

(...)

5. Comenzando ya el examen de fondo de la vulneración alegada, en aplicación de la doctrina constitucional que se acaba de exponer, procede analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in idem*, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos; y, en segundo término, en caso de constatarse la triple identidad, habrá de analizarse si el respeto al derecho fundamental que comporta la interdicción de incurrir en *bis in idem*, garantizado en el art. 25.1 CE, se satisface con una solución como la adoptada en el caso, o si, por el contrario, como pretende el recurrente, requiere siempre que el segundo órgano sancionador deje de imponer la sanción.

En el enjuiciamiento de la primera cuestión no podemos eludir que este Tribunal en sus Sentencias 177/1999, de 11 de octubre (FJ 2), y 152/2001, de 2 de julio (FJ 2) ha sostenido que la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad, de hechos, sujetos y fundamentos, no puede ser cuestionada por este Tribunal y constituye el “obligado punto de partida” para el examen de la alegada vulneración del derecho que reconoce el art. 25.1 CE. Sin embargo, esta afirmación no puede compartirse, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la

conurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Ahora bien, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales o el análisis directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, han de ser realizados por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos, realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1.b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable.

a) Las normas aplicadas son, de un lado, el art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 25 de julio, que aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (en adelante LSV), en relación con el art. 20.1 del Real Decreto 13/1992, de 17 de enero —en su redacción dada por el Real Decreto 1333/1994—, que aprobó el Reglamento general de circulación, y el art. 379 CP 1995; preceptos cuyo contenido es el siguiente:

Art. 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990: “No podrá circular por las vías objeto de esta Ley el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas”, tasa que el art. 20.1 del Reglamento general de circulación —Real Decreto 1333/1994— situaba en 0,4 mgrs por litro de aire espirado.

Art. 379 CP: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

b) De la mera comparación de ambas normas deriva que, como afirma en los fundamentos jurídicos segundo y tercero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña de 20 de enero de 2000, el delito contenido en el art. 379 CP no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el art. 12.1 Real Decreto 339/1990, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor, y, consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito. En efecto, según expone la Audiencia Provincial, “sintetizando la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, respecto al delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del art. 379 del Código penal, hay que sentar que no constituye un tipo meramente formal y así, además de la constatación objetiva de un determinado índice de hemoconcentración de alcohol en

sangre, de modo que, acreditado el mismo, mediante la utilización de un etilómetro homologado, y practicada dicha prueba..., el tipo penal mencionado exige también que el alcohol ingerido afecte a las condiciones psicofísicas del acusado, y, por lo tanto incida en la seguridad del tráfico, bien jurídico protegido”. Añadiendo que “los elementos de juicio a través de los cuales se puede dar por probada la situación de minoración de las facultades exigibles para circular, pueden consistir tanto en una conducción irregular, como en la apreciación de determinados signos físicos aparentes, que permitan deducir dicha circunstancia atendiendo a elementales máximas de experiencia, pues es, igualmente, conclusión científica comprobada que tal influjo varía según el peso, constitución y hábito de la persona que procedió al consumo de bebidas alcohólicas, si bien hay un límite a partir del cual se puede afirmar que la afectación tiene carácter de generalidad...”.

La ausencia de carácter formal del delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas ha sido resaltada por este Tribunal en reiteradas ocasiones. Así, desde la STC 145/1985, de 28 de octubre, hemos declarado en relación con el antiguo delito del art. 340 bis.a).1 CP anterior, idéntico al actual art. 379 CP, que el supuesto delictivo “no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas” [FJ 4; en el mismo sentido SSTC 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3.a); 5/1989, de 19 de enero, FJ 2; 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2]; de modo que para la apreciación del delito no resulta imprescindible ni suficiente la prueba de impregnación alcohólica (SSTC 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5). Por ello en la STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3, afirmamos que “se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa in-

fracción administrativa, caracterizándose aquélla por la exigencia de un peligro real para la seguridad del tráfico”. De otra parte, como sostuvimos en la STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 13, “la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas”, de modo que se dirige tendencialmente también a la protección de estos bienes jurídicos.

Sin embargo, la infracción administrativa tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática. Consecuencia de ello es que para la realización de la infracción administrativa y la imposición de la correspondiente sanción basta con acreditar, mediante la prueba de alcoholemia, que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria, no exigiéndose la acreditación de que en el caso concreto dicha ingestión haya tenido alguna influencia en la capacidad psico-física del conductor ni, derivado, de ello, en su forma de conducción o en la seguridad del tráfico vial. Por ello, en el expediente administrativo no hay referencia alguna a la influencia de la ingestión del alcohol en la capacidad psicofísica del conductor. En el mismo sólo constan como hechos la ingestión de alcohol y la tasa de alcohol por litro de aire espirado resultado de las dos pruebas realizadas —0,86 y 0,81 mgrs./litro de aire—, así como el precepto infringido —art. 20.1 Reglamento general de circulación en relación con el art. 12.1 LSV—. Tampoco se menciona el dato de que el conductor era penalmente reincidente ya que había sido previamente sancionado por delito contra la seguridad del tráfico en Sentencia firme de 13 de junio de 1996.

c) Esta diferencia esencial entre la infracción administrativa y el delito, que sustenta la legitimidad constitucional de la diferente entidad de las sanciones previstas para ambas, pues sólo así éstas pueden con-

siderarse ajustadas a las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad de las sanciones, no puede, sin embargo, conducir a sostener la ausencia de identidad que determinaría la inaplicación de la interdicción constitucional. En efecto, ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo —la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido.

Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem*, no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra (STEDH 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*, § 55), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *non bis in idem* protegido en el art. 4.º del Protocolo 7 CEDH “atañe a las relaciones entre los dos ilícitos” aplicados, si bien este artículo no imita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la “extiende al derecho a no ser perseguido penalmente” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 29). Afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el art. 4 del Protocolo 7 no se refiere al

“mismo ilícito”, sino a ser “perseguido o sancionado penalmente “de nuevo” por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado”, de modo que si bien entiende que “el mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo”, no por ello deja de reconocer que este artículo despliega sus efectos cuando “un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos sólo formalmente diferentes” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 24). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que “existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un ilícito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros... Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos ilícitos, uno de los cuales contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en los que los ilícitos únicamente se solapen ligeramente. Así, cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales” (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer, c. Austria*, § 25; en igual sentido SSTEDH de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*, § 25; y de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*, § 25). Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que no se había producido vulneración del art. 4 del Protocolo 7 en el caso *Oliveira c. Suiza* —STEDH de 30 de julio de 1998— por entender que existía un concurso ideal de infracciones, y ha inadmitido la demanda en el caso *Ponsem y Chesnel c. Francia* —Decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999— al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales.

A la luz de todo cuanto antecede, en el caso que analizamos, ha de afirmarse la existencia de la identidad requerida para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*.

6. Sin embargo, esta afirmación no conduce automáticamente a la estimación del amparo, pues se ha de examinar si la interdicción de incurrir en *bis in idem* constitucionalmente garantizada en el art. 25.1 CE se satisface con una solución como la adoptada en el caso. En particular, hemos de analizar si se ha producido la reiteración punitiva constitucionalmente prosrita.

El órgano judicial penal tomó en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la Sentencia penal, tanto en lo referido al tiempo de duración de la privación del carné de conducir como en lo que atañe a la cuantía de la multa, e intentó impedir cualquier otro efecto de la resolución administrativa sancionadora poniendo en conocimiento de la Administración la resolución penal. De modo que no puede sostenerse que materialmente el recurrente haya sufrido exceso punitivo alguno.

Desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal —la no suspensión del expediente administrativo prevista en el art. 7.1 y 2 RPS—, ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador. En el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción. A los efectos de ponderar la vulneración del derecho fundamental del re-

corriente a no padecer dos sanciones por los mismos hechos con el mismo fundamento es evidente que, desde la perspectiva que nos es propia, no nos corresponde analizar la legalidad o ilegalidad de la actuación de la Administración sancionadora, ni enjuiciar, desde esa misma óptica de la legalidad aplicable, la actuación de los órganos judiciales penales al absorber las sanciones administrativas impuestas en las penas.

No obstante, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), tampoco podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE. El hecho de que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo, estando un procedimiento penal abierto, puede explicar su actuación. Sólo al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento.

Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —*bis*— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de im-

posición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar “todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.

Una ponderación similar fue efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 30 de julio de 1998 en el caso *Oliveira* (§ 27) —junto a la calificación del caso como concurso ideal de infracciones— para declarar que no se había lesionado el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, al afirmar que “esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes, ... y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción de la más leve por la más grave”.

7. Con el análisis realizado no hemos dado aún respuesta a todas las cuestiones planteadas por el recurrente, pues éste se queja de que no se haya reconocido efecto de “cosa juzgada” (sic) a las resoluciones dictadas en el procedimiento administrativo, de modo que resta por examinar si por esta u otra razón la mera reiteración del ejercicio del poder sancionador del Estado, aunque sin resultado de duplicación sancionadora, tiene relevancia constitucional en el marco de la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Esto es, si la doble sustanciación de procedimientos sancionadores —administrativo y penal—, de la forma en que ésta ha tenido lugar, constituye una vulneración del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador; vulneración que cier-

tamente se hubiera producido si se hubiera desconocido la cosa juzgada.

En cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan sólo de las resoluciones judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada (por todas, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2; 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 189/1990, de 26 de noviembre, FJ 1; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4), el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada.

8. Ahora bien, el recurrente se queja de la reapertura de un procedimiento sancionador —de carácter penal— una vez que ya había sido sancionado por los mismos hechos, por lo que hemos de examinar si la apertura o reanudación de un ulterior procedimiento sancionador —administrativo o penal— vulnera la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*.

Como ya hemos señalado en el fundamento jurídico 3.b), este Tribunal sólo ha reconocido de modo expreso autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal. Sin embargo, tanto el art. 14.7 PIDCP, como el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecu-

ción punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— del mismo. Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador —administrativo o penal—, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 CE). Poderosas razones ancladas en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en el valor libertad (art. 1.1 CE) fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*.

En el Estado constitucional de Derecho ningún poder público es ilimitado, por tanto, la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites. La limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores (art. 1.1 CE) y la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) uno de los principios configuradores del mismo. Así, de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos hechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores —administrativo o penal— por los

misimos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica (por todas STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 3).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que del valor libertad (art. 1.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo sancionador (art. 24.2 CE), no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal —por los mismos hechos y con el mismo fundamento— puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional.

En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. Dos son las razones que avalan esta limitación. De un lado, la lógica que impone el principio de proporcionali-

dad, en cuanto criterio de ponderación del contenido de los derechos fundamentales. De otro, la necesariamente matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.º de la Constitución”; de modo que la traslación de las garantías del proceso justo al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal “sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3), y se condiciona a que se trate de garantías que “resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador” (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3).

De otra parte, hemos de reiterar que, como resulta del párrafo segundo del art. 4 del Protocolo 7 CEDH y de nuestra jurisprudencia (STC 159/1987, de 26 de octubre), la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador.

En aplicación de dicha doctrina al caso, se ha de concluir que en el mismo no regía la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador. La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado —por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamenta-

riamente determinadas— a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.

9. Si bien todo lo expuesto es suficiente en orden a la desestimación de la concreta pretensión de amparo de vulneración de los derechos fundamentales del recurrente, resulta pertinente responder a una idea que subyace a la demanda de amparo, pues, de considerarse ratificada por este Tribunal, tendría un importante alcance en la ordenación de los procedimientos sancionadores —administrativo y penal—. Nos referimos a que de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador —ya sea sustantivo o procesal— contenida en el art. 25.1 CE, y en su relación con el art. 24.2 CE, deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone. Esta consecuencia, sin embargo, no puede ser extraída de la norma constitucional. Varias razones sustentan esta afirmación.

De un lado, no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal —art. 7.2 RPS—, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos.

La decisión sobre qué hechos han de ser objeto de sanción penal compete en exclusiva al poder legislativo (por todas SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997,

de 12 de octubre, FJ 9). Pero, una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal. Esta conclusión se alcanza desde el art. 25 de la Constitución en relación con el art. 117 de la misma. El art. 25 de la Constitución contiene dos límites a la potestad sancionadora de la Administración. Su párrafo tercero contiene un límite expreso que reside en la imposibilidad de que la Administración civil imponga “sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”; y su párrafo primero contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y consiste en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal, pues en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal. Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión.

En el caso analizado, ha de tenerse en cuenta que el art. 65.1 LSV, no sólo dispone la paralización del procedimiento administrativo en virtud de la subsidiariedad sancionadora de la Administración, sino también que los hechos sólo “tienen el carácter de infracción administrativa” si no son constitutivos de delito o falta. En efecto, dicho

artículo establece que las “acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los reglamentos que la desarrollan, tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinan, a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al orden jurisdiccional competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme”. Por consiguiente, en el caso, habida cuenta de que los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE).

En conclusión, la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional, a pesar de lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 5), y en consonancia con la declaración efectuada por la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), acerca de la “imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”.

10. Una segunda razón avala la afirmación de que de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* no deriva la anulación de la segunda sanción o del segundo procedimiento sancionador. Esta reside en que la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen ga-

rantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3).

En cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a la garantía de imparcialidad, pues ésta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales —especialmente en las infracciones de autoprotección—, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

En relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si bien hemos declarado que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador rige este derecho sin restricciones (por todas SSTC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4; 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5), no puede desconocerse que hemos negado la extensión del derecho a la publicidad del proceso al ámbito del procedimiento administrativo sancionador (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6) y que hemos admitido la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (STC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4) o de los informes obrantes en autos (SSTC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre FJ 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8). La admisión de la validez de estas pruebas, en conexión con la inexistencia de la garantía de publicidad en el procedimiento administrativo sancionador, implica que en éste no se proyecta una

de las garantías esenciales del derecho al proceso justo y a la presunción de inocencia en el ámbito penal (por todas STC 167/2002, de 18 de septiembre), esto es, que la valoración de la prueba ha de efectuarse en condiciones de oralidad, publicidad e intermediación y que la declaración de responsabilidad penal y la imposición de una sanción de este carácter sólo puede sustentarse en pruebas valoradas en dichas condiciones.

Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla.

De ello deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no

puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba.

Por ello, si, en el caso origen de la demanda de amparo, la ingestión de alcohol pudo considerarse acreditada en el procedimiento administrativo a través del anexo documental del atestado policial, ello no es suficiente para considerar este hecho válidamente acreditado en el proceso penal, pues en éste se requiere la ratificación en el juicio oral del atestado y de los resultados de las pruebas de alcoholemia por los agentes que lo realizaron (por todas, STC 188/2002, de 14 de octubre).

Por lo demás, a esta solución no se opone el alcance del derecho reconocido en el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria* (§ 31) ha sostenido que los Estados parte del Convenio europeo de derechos humanos conservan libertad para “regular cuál de las dos infracciones ha de ser perseguida”.

**Sentencia 13/2003 de la Sala 2.^a del TC de 28 de enero de 2003
(BOE 19 de febrero de 2003) (Recurso de amparo 5491/1999)**

ESTAFA. FRAUDE DE SUBVENCIONES.

Arts. 248 y 308 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras recordar el alcance del principio de legalidad, considera lesiva del mismo (por tratarse de una resolución no previsible), la calificación de un

fraude de subvenciones como estafa por el hecho de no llegar a la cuantía mínima prevista para el primero de estos delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La recurrente denuncia la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la atipicidad de la conducta por la que resultó condenada, que no sería subsumible en el delito de estafa —como entendieron los órganos judiciales— sino en el fraude de subvenciones (art. 308 CP), sólo punible si la subvención obtenida supera los diez millones de pesetas, constituyendo por debajo de dicho límite, un mero ilícito administrativo.

(...)

2. Así delimitado el problema a analizar, debemos comenzar recordando que nuestra jurisprudencia, en relación con el principio de legalidad en materia penal, viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del mismo tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales que, en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (entre otras muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12).

En palabras de la STC 133/1987, “el principio de legalidad ... significa un recha-

zo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador” (FJ 4).

3. Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, “es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Por tanto, en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo “se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, la de los valores de seguridad

jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan”, verificando “si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citando la SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4), aunque desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que más allá de estas constataciones nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro Ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora “un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular”. “Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsumción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que

resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12).

Por último, y dado que la aplicación del canon nos obliga a analizar la motivación de las resoluciones judiciales, a fin de comprobar que la aplicación de la norma es acorde con el principio de legalidad, hemos destacado que pueden plantearse tres hipótesis: “Puede suceder, de hecho, que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 CE, en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma. Puede suceder también que, a pesar de la ausencia de motivación, o a pesar de su insuficiencia, sea constatable por la propia mecánica de la subsumción del hecho en la norma un entendimiento de ésta acorde con las exigencias del principio de legalidad. Habrá supuestos, finalmente, en los que sin una explicación suficiente no sea posible conocer el entendimiento judicial o administrativo del precepto en cuestión y su adecuación constitucional desde la perspectiva del art. 25.1 CE (...) De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legali-

dad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. En otros términos, (...) la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el art. 25.1 CE y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva” (STC 151/1997, FJ 4).

(...)

Ahora bien, los órganos judiciales, al realizar el proceso de subsunción de los hechos en una norma penal, no pueden prescindir de la existencia de otras normas, con las que pueden existir relaciones concursales, que han de resolver conforme a pautas interpretativas y axiológicas que no sean extravagantes y que no conduzcan a resultados imprevisibles para el ciudadano. En definitiva, nuestro control en materia de legalidad penal ha de extenderse a la solución de las relaciones concursales entre los tipos penales, en la medida en que las mismas delimitan los ámbitos de aplicación de cada uno de ellos y, por tanto, el ámbito de lo punible. Y precisamente lo que plantea la recurrente es que la estafa resultaba inaplicable al caso concreto, no porque no concurrieran los elementos típicos de la misma, sino como consecuencia de su relación concursal con el art. 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones (en concreto, en el número primero, la conducta de quien “obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas de más de diez millones de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido”), que sería ley especial, tal y como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como parecen admitir implícitamente los órganos judiciales.

5. Antes de abordar la cuestión planteada, conviene recordar que a este Tribu-

nal no le compete pronunciarse sobre la interpretación última de los tipos sancionadores, ni controlar la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en la norma aplicada, ya que esa es función que el art. 117.3 CE encomienda en exclusiva a la jurisdicción ordinaria. Por tanto, en relación con el problema concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones, a falta de determinación legal inequívoca, no podemos entrar a decidir cuál es la regla correcta para resolverlo, sino que nuestro control se limitará a comprobar —a partir de la motivación expresada en las resoluciones judiciales— si la decisión judicial de aplicar el delito de estafa y excluir el fraude de subvenciones en el supuesto concreto era imprevisible, conforme al canon antes expuesto.

Con este punto de partida, ha de constatare, por una parte, que la existencia de un tipo distinto al aplicado (el art. 308.1 CP), en cuya acción típica parece encajar más específicamente la conducta de la recurrente y que exige la superación de una determinada cuantía en lo defraudado, puede generar en el destinatario de la norma la expectativa de que cualquier obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas sólo es punible por encima de dicha cuantía, adaptando su conducta a dicho entendimiento. Esto no significa que ese entendimiento del ciudadano haya de condicionar la solución que deba darse al problema concursal por parte de los órganos judiciales, pero sí la necesidad de que éstos ofrezcan una explicación razonable a la exclusión de la citada norma, que convierta la sanción en previsible.

Y si examinamos la fundamentación de las resoluciones judiciales, puede comprobarse que para la Sentencia de instancia no existe concurso de normas porque la cuantía de lo defraudado es inferior a diez millones de pesetas. En efecto, contestando al motivo esgrimido por la defensa en apoyo de la absolución, relativo “a la tipicidad de la conducta al ser los hechos relatados por las acusaciones constitutivos del delito previsto en el art. 308 del Código penal, y no superar la

defraudación la cuantía de diez millones de pesetas”, se entiende que “no es mantenible, pues tal precepto sólo se aplicaría si hubiera conflicto de normas; en cuyo caso regiría el principio de especialidad esgrimido por la defensa y recogido en el art. 8.1 del Código penal. Esto es, el argumento de la defensa en su silogismo deductivo peca de un error en la premisa mayor, siendo mantenible su postura, regiría la ley especial, cuando los hechos delictivos fueren susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código penal, lo que no ocurre en el caso de autos, pues la conducta de la acusada sólo puede ser calificada como estafa, y no como delito contra la hacienda pública del art. 308, que exige una cuantía de diez millones de pesetas que es lo que hace anti-jurídica la conducta”.

Tal entendimiento de las relaciones concursales entre ambas normas no resulta constitucionalmente aceptable, al ser imprevisible; pues carece de toda lógica afirmar, como parece hacerlo la Sentencia, que la ratio de la especialidad radica en la cuantía, con lo cual el fraude de subvenciones sería ley especial por encima de los diez millones de pesetas y dejaría de serlo por debajo de tal cantidad. Por el contrario, ha de afirmarse que si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables.

También carece de razonabilidad la respuesta de la Audiencia, que a continuación

se transcribe: “respecto a la infracción por indebida aplicación del art. 248 y correlativa falta de aplicación de los artículos 1.1, 8.1 y 10 en relación con el art. 308 del Código penal, no obstante los esfuerzos dialécticos del recurso de apelación, necesariamente debe confirmarse la resolución recurrida por sus propios fundamentos, toda vez que el citado artículo 308 que se invoca se halla en el título XIV bajo la rúbrica “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, lo que imposibilita la incoordinación de la conducta realizada por la recurrente en dicho artículo, como muy acertadamente expone el juzgador de instancia”. Argumentación en la que el único dato adicional a la realizada por el Tribunal de instancia es una genérica referencia a la ubicación sistemática del precepto, atribuyéndole aparentemente un alcance reductor de su ámbito de aplicación que, sin mayor justificación, resulta ininteligible.

De todo ello puede concluirse que la argumentación llevada a cabo por los órganos judiciales en relación con el problema concursal es insostenible ante todo por su inadecuado soporte metodológico —se trata de una interpretación extravagante de las normas concursales que distorsiona el sentido de la regla de la especialidad—, lo que convierte a la interpretación efectuada en imprevisible para los destinatarios de la norma. Ello sin perjuicio de que el resultado al que se llega pueda o no alcanzarse por otros caminos, cuestión que sólo a los Tribunales penales compete y en la que, por tanto, no puede entrar este Tribunal.

**Sentencia 22/2003 de la Sala 2.^a del TC de 10 de febrero de 2003
(BOE 5 de marzo de 2003) (Recurso de amparo 4400/1999)**

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO: CONSENTIMIENTO DE UNO DE LOS
CÓNYUGES.

Arts. 18.2 CE; 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón**

SÍNTESIS

Entrada policial domiciliaria con motivo de delito flagrante y, tras la detención del agresor y sin su consentimiento y presencia, pero con el del cónyuge agredido, registro posterior. La Sala declara vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio por considerar insuficiente tal consentimiento, sentando doctrina sobre los requisitos a cumplir en casos de convivencia conyugal o análoga. Sin embargo, no concede más efecto que el meramente declarativo sin invalidar la prueba considerando que sería un remedio excesivo al obedecer la inconstitucionalidad de la diligencia pura y exclusivamente a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. (...) Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto debe partir de que no existió autorización judicial (algo que nadie discute), por lo que debemos determinar si (como entendieron los órganos

judiciales) existió consentimiento del titular o (como entiende el Ministerio Fiscal) nos encontramos ante un caso de flagrante delito, pues si así fuera, y aunque los órganos judiciales hayan esgrimido otras razones, conforme a lo anteriormente expuesto no se habría vulnerado el derecho consagrado en el art. 18.2 CE.

5. Comenzando por la cuestión de la flagrancia hay que reconocer que, ciertamente, la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por

tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones y, especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9.c)] “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías (...) de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó”.

(...)

6. Descartado, por tanto, que la actuación policial esté amparada por la flagrancia del delito, debemos examinar a continuación si no era necesaria la autorización judicial para el registro efectuado en la medida en que se prestó consentimiento para la práctica de éste por la esposa del recurrente.

Los órganos judiciales entendieron que era suficiente la presencia y autorización de la esposa, titular del domicilio registrado junto con el recurrente, realizando así una interpretación de la legalidad según la cual el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECrim es el titular del domicilio registrado, aunque no sea el imputado (o uno de los imputados) en las acti-

vidades presuntamente delictivas de las que trae causa la intervención policial. Esa interpretación es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario, por más que, con posterioridad a la resolución aquí enjuiciada, se haya producido alguna resolución discrepante.

No nos corresponde decidir cuál es la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, pero sí determinar si la efectuada en el caso resulta admisible desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE. Por tanto nuestro análisis se centrará en la determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado art. 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia.

7. Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las

premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

8. Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

9. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.

Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al hallarse detenido), bien la autorización judicial que, como hemos visto, no resultaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

En resumen, la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para prestarlo válidamente permitiendo, en un proceso penal instruido por delito del que era víctima, un registro sobre las pertenencias del acusado orientado a la obtención de pruebas inculcatorias contra él. Por lo

tanto es necesario concluir que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

10. A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso.

(...)

Hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la StC 49/1999, de 5 de abril, “la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental”.

En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que “cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, *por regla general*, afirmarse en abstracto —esto es, con independencia de las circunstancias del caso— tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales” (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.

No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la

entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (*vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

11. Ese rechazo determina que hayan de desestimarse las vulneraciones relativas al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En efecto, no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no

hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica de-

sestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia.

Esto sentado, la estimación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio determina la declaración consiguiente que, a efectos de reparación por parte de este Tribunal, es bastante.

**Sentencia 33/2003 de la Sala 1.^a del TC de 13 de febrero de 2003
(BOE 5 de marzo DE 2003) (Recurso de amparo 445/2001)**

MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES E INDEFENSIÓN.

Arts. 24.2 CE; 732 LECrim.

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho de defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a la prueba tras una **modificación esencial de los hechos y calificación jurídica en conclusiones definitivas.**

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. (...) Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el recurrente fue acusado, además del delito de contra bando, de un delito de tráfico de drogas, de sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, por persona perteneciente a organización [art. 344, en relación con el art. 344 bis.a), 3 y 6, CP de 1973], solicitándose una pena de once años de prisión mayor y multa de ciento treinta millones de pesetas. Al final del juicio oral, el Fiscal modificó sus conclusiones añadiendo a la calificación provisional la agravante del

art. 344 bis.b) del mismo Código, sin especificar si solicitaba su aplicación en virtud de concurrir el primer inciso —cuando las conductas revistieren “extrema gravedad”—, o el segundo —“cuando se trate de los jefes, administradores, o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6”—, y elevando su petición de pena a veinte años de reclusión menor y multa de doscientos veinticinco millones de pesetas. Esta última calificación fue la acogida en la Sentencia de la Audiencia Nacional, si bien la pena privativa de libertad impuesta fue de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor.

De una primera comparación de la figura delictiva por la que fue condenado el recurrente, los hechos que sustentaron dicha calificación y la pena impuesta con los hechos, calificación y pena que fueron objeto de acusación final en el escrito de conclusiones definitivas, resulta con absoluta nitidez que el órgano judicial fue congruente con la pretensión acusatoria, pues, de un lado, no condenó por un delito distinto y más grave que aquél que fue objeto de acusación, sino por el mismo, ni condenó a pena superior a la pedida por el Fiscal o superior a la determinada por el marco legal de pena aplicable. Y, de otro, esta condena por el tipo agravado del art. 344 bis b) CP se basó en hechos que constaban en el escrito de conclusiones definitivas.

(...)

7. Distinta conclusión se alcanza efectuando la comparación entre los escritos de conclusiones provisionales y definitivas, y no sólo porque en este último se adicionara una nueva agravación que determinaba un marco de pena superior, sino también porque dicha nueva calificación jurídica se sustenta en un nuevo relato de hechos en el que se añaden circunstancias esenciales relativas a la intervención del recurrente en el tráfico de cocaína, siendo precisamente estos elementos fácticos los que fundamentaron la condena por el subtipo agravado del art. 344 bis b) CP 1973.

(...)

8. El recurrente estima que la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se ha producido por dos motivos. Primero porque la Ley de enjuiciamiento criminal no permite la modificación de las calificaciones en caso de error del Fiscal, de modo que al admitir la alteración basada en dicho error el órgano judicial no se ha comportado con imparcialidad, auxiliando a la acusación y quebrando, en definitiva, el equilibrio procesal que la garantía de igualdad de armas requiere. La segunda razón reside en habérsele inadmitido todas las prue-

bas propuestas para contradecir los nuevos hechos.

Pues bien, el primer motivo no puede ser acogido. No corresponde a este Tribunal declarar cuál es la interpretación correcta de las normas procesales, tampoco, en consecuencia, pronunciarse sobre si la única interpretación que admite el art. 732 LECrim es la sostenida por el recurrente o si resulta posible una modificación del escrito de conclusiones producida por propia iniciativa del Fiscal al estimar errónea la anterior, sin perjuicio de que podamos advertir que dicha modificación de la calificación jurídica derivada de un error de la acusación está prevista en el art. 733 LECrim a instancias del órgano juzgador, como acabamos de recordar. Desde nuestra perspectiva constitucional, que no es otra que la de examinar si se ha producido o no la vulneración del derecho de defensa, no puede sostenerse que la mera admisión por el órgano judicial de la alteración sustancial del escrito de calificaciones en las condiciones dichas suponga quiebra de la igualdad de armas procesales, ni que ello implique una actuación del órgano judicial de colaboración con la acusación que haga quebrar su imparcialidad.

Sin embargo, hemos de señalar inmediatamente que una alteración tan significativa de los hechos objeto de acusación como la que el recurrente denuncia que implica un cambio de calificación jurídica y determina una modificación del marco de pena aplicable tan relevante —que pasa de tener su límite máximo de catorce años y ocho meses a veintitrés años y cuatro meses— ha de efectuarse sin limitar en modo alguno al acusado su derecho de defensa, máxime cuando, como ha quedado expuesto, la legislación procesal dispone de mecanismos al efecto. Pues no es necesario señalar que la limitación del derecho de defensa desequilibra el proceso a favor de la acusación. Es desde esta perspectiva desde la que hemos de valorar la inadmisión de todas las pruebas propuestas por la defensa tras la modifi-

cación de las calificaciones y la escasa duración de la suspensión del juicio oral, que se acordó para efectuar la comparecencia del art. 504 LECrim a los efectos de la prisión provisional solicitada por el Fiscal en ese momento.

En este marco ha de tenerse en cuenta que el derecho al conocimiento previo de la actuación como elemento integrante del derecho de defensa exige que exista un tiempo entre el momento de la puesta en conocimiento de la acusación y el momento en que se ejerce la defensa en la vista oral a los efectos de preparar la defensa. Así lo recoge expresamente el art. 6.3.b) del Convenio europeo de derechos humanos: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa”. Y así lo ha aplicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en el caso *Mattochia c. Italia*. Sentencia de 25 de julio de 2000.

En este contexto —y a la luz de las circunstancias del caso, en particular, la entidad de las modificaciones efectuadas, así como las características de la nueva calificación jurídica, esto es, la indeterminación de la propia configuración legal de la agravante de “extrema gravedad” finalmente aplicada—, no puede considerarse que el trámite de informe oral de la defensa o el relativo al derecho a la última palabra pueden suplir las limitaciones del derecho de defensa, ya que, de un lado, al segundo tiene una función distinta, y, de otro, en el primero difícilmente se pueden rebatir los hechos sin haber tenido ocasión de presentar pruebas frente a ellos, y, si bien dicho trámite puede ser utilizado para argumentar contra la nueva calificación jurídica, la falta de tiempo para la preparación del mismo convierte en puramente formal su existencia.

A esta conclusión no puede oponerse el argumento de la Audiencia Nacional —fundamento jurídico cuarto de su Sentencia—, consistente en que “la modificación en cuanto a la calificación jurídica de los hechos es perfectamente válida, toda vez que el debate contradictorio que se produce en el acto del juicio recae también sobre dicha calificación”, pues precisamente porque dicha modificación se introduce al final del juicio oral, una vez finalizada la práctica de la prueba, resulta necesario dar ocasión al acusado para que pueda contradecir dicha calificación.

Tampoco puede aceptarse el argumento de la Sentencia del Tribunal Supremo —fundamento jurídico primero— “de que la suma gravedad, como dato objetivo e incontestable, era conocido desde el inicio del proceso y de la propia acusación por el inculpado, respecto del que pudo hacer alegaciones en su contra”. Pues no cabe predicar de ningún elemento de la acusación, ni fáctico ni jurídico, que constituya “un dato objetivo e incontestable” para el acusado, ni puede afirmarse que el inculpado lo conozca antes de su formal inclusión en el escrito de conclusiones de la acusación. Como este Tribunal ha declarado y acabamos de recordar, en los procesos por delito no cabe una acusación implícita o tácita, de modo que no es posible dar por conocido o que no figura expresamente en los escritos de calificaciones, ni puede entenderse que el acusado ha tenido posibilidad de ejercer su derecho de defensa frente a lo que en dicho escrito no consta.

Por ello, no podemos compartir la fundamentación que expresa la Sentencia del Tribunal Supremo para negar la vulneración del derecho a las pruebas pertinentes para la defensa sustentada, de un lado, en que el ejercicio de este derecho requiere que se respeten las normas de procedimiento en cuanto al momento de proposición, de modo que como en el sumario ordinario el momento previsto es el trámite de conclusiones

provisionales (art. 728 LECrim) y en dicho trámite no se propusieron las pruebas, se inadmitieron correctamente; y, de otro, en que al no haberse producido modificaciones esenciales de los hechos no resultaba necesaria nueva prueba frente a ellos. Sobre el carácter esencial de la modificación de los hechos ya se ha razonado con anterioridad. Por lo que se refiere al momento de la proposición de pruebas, si se produce una modificación de las conclusiones provisionales al elevarlas a definitivas, no puede sostenerse que el momento procesal oportuno para la proposición de prueba es el escrito de conclusiones provisionales, ya que los nuevos hechos, que se pretenden contradecir, aún no habrán sido objeto de acusación.

9. Finalmente, tampoco podemos aceptar la inadmisión por la Audiencia Nacional de las pruebas solicitadas sobre la base de su irrelevancia, pues, si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa no implica el correlativo a la admisión y práctica de todas las pruebas propuestas, de modo que la inadmisión o falta de práctica de una determinada prueba no ocasiona la lesión de este derecho si no es relevante para una modificación del sentido del fallo (por todas SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2), no lo es menos que, dada la íntima relación entre este derecho y el de defensa del que no es más que una de sus manifestaciones, hemos estimado su vulneración en casos de inadmisión o falta de

práctica de toda la prueba de descargo propuesta imputable al órgano judicial (SSTC 2/1987, de 21 de enero; 205/1991, de 30 de octubre). También hemos apreciado esa lesión en supuestos de denegación de la solicitud de recibimiento del pleito a prueba en la medida en que esta negativa tiene como consecuencia el vedar íntegramente la práctica de la prueba (SSTC 1/1992, de 13 de enero, FFJJ 3, 4 y 5; 14/1997, de 28 de enero). En todos estos casos se impide totalmente el ejercicio del derecho de defensa, por lo que no resultan adecuadas las alusiones a la relevancia o irrelevancia de las pruebas propuestas (STC 14/1997, de 28 de enero, FJ 9).

(...)

10. En definitiva, hemos de declarar vulnerado el derecho de defensa en relación con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a las pruebas pertinentes, garantías todas ellas integradas en el derecho a un proceso justo (art. 24.2 CE), debido a que se limitó indebidamente al acusado su derecho de defensa ante la esencial modificación de los hechos y de la calificación jurídica operada en las calificaciones definitivas. Dicha vulneración se subsana retrotrayendo las actuaciones a la Audiencia Nacional al momento posterior al que se formalizó la nueva pretensión acusatoria para dar ocasión al acusado a ejercer sin limitaciones el derecho fundamental afectado, sin perjuicio de que, por razón del tiempo transcurrido, la Sala entendiera procedente iniciar las sesiones del juicio oral.

**Sentencia 42/2003 de la Sala 2.^a del TC de 3 de marzo de 2003
(BOE 14 de marzo de 2003) (Recurso de amparo 1169/1999).**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Baremo de indemnizaciones causadas en accidentes de tráfico recogidas en la Ley 30/1995

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia con el problema de si el lucro cesante y el daño emergente están o no incluidos en las tablas indemnizatorias de la Ley 30/1995.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

9. Centrada así la cuestión, ha de concluirse que lo que existe, en realidad, es una contraposición de pareceres interpretativos en relación con la cuestión de si los perjuicios económicos objeto de debate (lucro cesante y daño emergente en los términos indicados) han de entenderse incluidos o no en el baremo establecido por la Ley 30/1995.

Así pues, lo que en realidad se nos solicita por quien impetra el amparo es que avalemos determinada interpretación de la normativa atinente al baremo, concretamente la interpretación según la cual el lucro cesante y el daño emergente no están sujetos a las limitaciones cuantitativas indemnizatorias que aquél establece.

Antes de dar respuesta a la cuestión planteada conviene señalar que las pretensiones del recurrente tuvieron acceso a un proceso con todas las garantías, fueron objeto de ilimitada discusión en el mismo teniendo en cuenta todos los elementos posibles (desde

la propia presencia del menor en el juicio oral, como recuerda la Sentencia de apelación, hasta los distintos informes periciales aportados) y se obtuvo de los órganos judiciales la correspondiente decisión sobre el tema de fondo (inicialmente con un determinado contenido, que luego fue sometido a recurso de apelación, el cual fue parcialmente estimado a favor del recurrente).

En definitiva, se cumplió con todos y cada uno de los requisitos que, según doctrina de nuestro Tribunal desde la ya lejana STC 13/1981, de 22 de abril, FJ 1, se exigen para la efectiva satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este derecho, además, como dijimos en la STC 107/2002, de 6 de mayo, FJ 3, “lo único que garantiza (...), es la obtención de una respuesta judicial que, además de estar motivada y fundada en Derecho, sea razonable, en el sentido de que no resulte arbitraria o manifiestamente infundada por estar basada en un error patente y relevante para la decisión del asunto”, de modo que “sólo en tal

caso compete a este Tribunal el examen de los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial impugnada con el fin de comprobar si son razonables desde una perspectiva constitucional”.

En relación con lo expuesto hemos declarado reiteradamente, en este sentido, que el art. 24.1 CE no enuncia un imposible derecho al acierto del Juzgador, ni la jurisdicción constitucional es una instancia revisora ni tampoco una instancia casacional. Por ello a este Tribunal no le compete comprobar el grado de acierto de una determinada resolución judicial así como tampoco interpretar la legalidad o enjuiciar la interpretación que de ésta se haga por los órganos judiciales (STC 136/2002, de 3 de junio, FJ 3, y las que en ella se citan), salvo supuestos de irracionalidad, arbitrariedad o error patente (STC 198/2000, de 24 de julio) o de que la interpretación cuestionada comporte la lesión de un derecho fundamental sustantivo (SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 4, y 66/2002, de 21 de marzo, FJ 4).

10. Sentados los anteriores extremos, se está en el caso de dar respuesta a la cuestión planteada, aplicando, al efecto, la doctrina expresada.

Ha de señalarse, a este respecto, que los órganos judiciales han entendido, en uso de su potestad de interpretación de la normativa aplicable al caso (potestad inherente a su función, justamente derivada del principio de independencia judicial), que debe concebirse el ordinal 1.7 del Anexo como incluyente del daño emergente y del lucro cesante. En consecuencia, entienden que las peculiaridades del caso, sobre las que insiste la demanda de amparo (así, edad de la víctima, gravedad de las lesiones), están incluidas en el marco correspondiente a la previsión *ex lege* del resarcimiento. Y ello, como ya se indicó con anterioridad al transcribir en parte la fundamentación jurídica de la Sentencia de apelación, por los propios términos del inciso correspondiente de dicho ordinal, que dispone lo siguiente: “Para asegurar la

total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado.2

Pues bien, a estas consideraciones hemos de añadir las que a continuación se indican. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en los supuestos en que se plantean cuestiones de inconstitucionalidad, cual es el caso resuelto por la STC 181/2000, de 29 de junio, los órganos judiciales que han conocido de este caso estimaron que la normativa cuestionada, y consiguientemente el establecido sistema de baremo, respeta las exigencias correspondientes a la total indemnidad del daño producido. En segundo lugar, y en relación con ello, los órganos judiciales no agotaron las posibilidades indemnizatorias que el sistema de baremo ofrece respecto de las lesiones sufridas por el recurrente; indudablemente entendían, con ello, que se producía la reparación íntegra del daño. En tercer lugar, la determinación del *quantum* indemnizatorio es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

Partiendo de las consideraciones expuestas teniendo en cuenta, además, la doctrina jurisprudencial ya expresada (fundamento jurídico 9 de esta Sentencia) y vistas las razones con que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona fundamenta —en ocasiones por remisión a la Sentencia del Juzgado— los pronunciamientos de su Sentencia de 25 de enero de 1999 (razones, que se exponen y en parte se transcriben en el fundamento jurídico 8 de la presente Sentencia), hemos de concluir que esta interpretación judicial de la normativa cuestionada —efectuada en el ejercicio de la potestad inherente a los órganos judiciales, como queda indicado— no incurre en error patente, en cuanto a los datos de hecho relativos a las expresadas lesiones, ni, en lo que se refiere a su propio contenido, en arbitrariedad.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 15 de febrero de 2002

Primer acuerdo: “El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del CP”.

Segundo acuerdo: “La interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el *iter criminis*, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen. (Es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el artículo 16.2 CP.)”

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 8 de marzo de 2002

Acuerdo: “La falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1.3 del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal.

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 19 de abril de 2002

Cuestión: ¿Constituye “deformidad” la pérdida de alguna pieza dentaria, a los efectos del delito de lesiones?

Acuerdo: La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta.

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 24 de enero de 2003

Cuestión: ¿Es aplicable lo previsto en el artículo 135 LECiv, en materia de presentación de escritos, en el orden penal?

Acuerdo: “Lo dispuesto en el artículo 135 de la LECiv es aplicable a los procesos penales.”

Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 14 de febrero de 2003

Cuestión: Aplicación del Baremo del Seguro Automovilístico.

Acuerdo: “La cuantía indemnizatoria prevista en el grupo IV de la Tabla I del baremo contenido en el anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el supuesto de fallecimiento de ‘víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes’, en tanto que expresamente se atribuye a los ‘padres’, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad legalmente fijada a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad prevista, cuando fuere uno solo el superviviente.”

Sentencia 1733/2002, Sala de lo Penal del TS, de 14 de octubre de 2002

VIDEOVIGILANCIA.

Arts. 24.2 CE y 282 LECrim.

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la legitimidad y valor probatorio de la medida de videovigilancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) La jurisprudencia de esta Sala ha estimado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados.

(...)

No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la LO 5-5-82 reguladora de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8.º de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad

competente de acuerdo con la ley. El art. 282 LECr. autoriza a la Policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes.

No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.

La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la

intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invade el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno *placet* judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicos de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario.

El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral.

Y en la Sentencia 1207/1999, de 23 de julio, en un recurso en el que fue alegada la nulidad de la prueba consistente en la filmación en vídeo realizada por la Policía se expresa que la jurisprudencia de esta Sala (cfr. Sentencia 188/199, de 15 de febrero) ha estimado legítima y no vulneradora de dere-

chos fundamentales la actividad de filmación de escenas presuntamente delictivas, que sucedían en vías o espacios públicos, y ha considerado que únicamente se necesita autorización judicial para la captación clandestina de imágenes o de sonidos en domicilios o lugares privados (así se ha reconocido por esta Sala, en las SS. de 6-5-93, 7-2, 6-4 y 21-5-94, 18-12-95, 27-2-96, 5-5-97 y 968/98 de 17-7 entre otras). En relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida tal captación de imágenes en la sentencia 913/96 de 23-11, y en la 453/97 de 15.4, en la que se expresa que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el “Placet” judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás. Con arreglo a esta doctrina, la filmación verificada por la policía de la zona pública donde se venía realizando la venta de sustancias estupefacientes intercambiándose dinero por papelinas de droga, no supuso vulneración del derecho a la intimidad de las personas que fueron captadas por la grabación en un sitio público.

Sentencia 1671/2002, Sala de lo Penal del TS, de 16 de octubre de 2002

IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA MUERTE.

Art. 142 Código Penal

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

SÍNTESIS

En un episodio de lesiones dolosas y producción imprudente de la muerte (el sujeto desconocía la condición de la víctima, que propició el mortal desen-

lace), opera el Tribunal Supremo con la separación entre causalidad e imputación objetiva y repasa los criterios de esta última.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. En el segundo apartado de la impugnación niega, aunque no de forma expresa, que existiera relación de causalidad entre la acción realizada y el resultado de muerte producido.

La cuestión que plantea el recurrente, la relación de causalidad entre la acción y el resultado afecta al tipo objetivo y, concretamente, a la imputación objetiva del resultado. La jurisprudencia de esta Sala sigue en la determinación de la relación de causalidad la teoría de la imputación objetiva a través de la que se pretende explicar la relación que debe existir entre la acción y el resultado típico.

Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que se hace necesario verificar a) si la acción ha creado, o incrementado, un riesgo jurídicamente desaprobado, y b) si el resultado producido por la acción es concreción de la acción.

Como dijimos en la STS 1611/2000, de 19 de octubre, “Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos

a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la “compensación de culpas” en los

delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-90 establece que “para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita...”. Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible”.

Esta Sala tuvo ocasión de resolver un supuesto similar al que es objeto de esta impugnación. En la Sentencia 844/99, de 29 de mayo, se trató de una acción, un puñetazo en el abdomen, que determinó una rotura vascular traumática a nivel del meso al perjudicado que padecía sida, y la muerte del perjudicado, según la pericial “la muerte ha sido consecuencia de las lesiones padecidas por la víctima en una agresión típica que sobre una estructura de patología previa de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, y al incidir sobre una región vascular sensible, ha producido su rotura, ocasionando la muerte. En la Sentencia se aborda la problemática similar a la que es objeto de esta impugnación y por ello la reproducimos.

“La jurisprudencia de esta Sala (confr. entre otras SSTS de 12-6-89 (Rec. N.º 3168/86); 17-7-90 (Rec. N.º 811/88); 30-5-91 (Rec. N.º 6219/88); 2-12-91; 29-5-92 (Rec. N.º 4892/89); 3-7-92 (Rec. N.º 6393/89); 17-10-92; 12-2-93 (Rec. N.º 1704/90); 21-12-93 (Rec. N.º 2986/92); 26-6-95 (Rec. N.º 1791/94); 28-10-96) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar —como precisa el cuidadoso dictamen de la Sra. Fiscal— que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se

puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

En el presente caso, la cuestión de la causalidad natural no ofrece la menor duda: de acuerdo con la fórmula de la teoría de la condición (*conditio sine qua non*), si el acusado no hubiera golpeado a la víctima, ésta no habría sufrido las lesiones que le provocaron la muerte.

Tampoco da lugar a dudas que golpear a otro constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado. Sin embargo, es precisa una mayor reflexión respecto de la cuestión relativa a si la muerte es la realización del peligro creado por la acción. Al respecto la Sala debe alertar respecto de cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de la previsibilidad del resultado. El resultado puede ser previsible y, sin embargo, no ser la concreción del peligro. En realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado. Dicho de otra manera: se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se encuentra sometido ya a una situación de riesgo. Ésta es la situación en la que se encontraba la víctima cuando se produjo la agresión del acusado, dado que sufría del síndrome de inmunodeficiencia adquirido. Pero, es claro que la muerte no aparece en este caso como la concreción de los efectos del sida, ni como una mera variante de ellos, sino como la realización del peligro implícito en el puñetazo que recibió el occiso; es evidente que la víctima no murió a causa del sida. Esta conclusión

puede ser fundamentada también desde el ámbito de protección de la norma, dado que las normas que protegen la integridad corporal y la vida no dejan fuera de protección, respecto de los peligros provenientes de las agresiones, a los que padecen tal enfermedad, es decir a quienes están sometidos a un riesgo futuro de cierta indeterminación en el tiempo.

Distinto es el problema de si el acusado pudo saber o haber supuesto que el agredido padecía de sida y que ésto favorecería ciertas consecuencias de su puñetazo. Pero esta cuestión, que, a diferencia de la de la imputación objetiva, sólo afecta al tipo subjetivo, ha sido adecuadamente considerada en la sentencia recurrida al excluir el dolo respecto del resultado de muerte. La pretensión del recurrente en relación a la exclusión de la imprudencia no puede ser fundamentada en la imposibilidad del autor de conocer la patología sufrida por el fallecido, como lo sostiene el recurrente, pues el deber de cuidado, es decir, la prohibición de ejecutar una acción que entraña un riesgo superior al permitido, no depende del conocimiento del autor de todos los elementos de la situación en la que actúa. La argumentación del recu-

rrente, en verdad, traslada a la imprudencia exigencias que corresponden sólo al dolo.

3. En el caso objeto de la impugnación casacional la causalidad aparece con claridad meridiana. Es patente que, existió una causalidad natural, de no mediar las patadas y puñetazos que los acusados realizaron no se hubiera producido la muerte del perjudicado. La acción realizada ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento. Por último, el resultado producido es concreción de la acción, pues la muerte se produce a consecuencia de los golpes propinados por los acusados, no por la enfermedad que el fallecido padecía.

El que el acusado desconociera la previa enfermedad del fallecido es, como se ha señalado, una cuestión que afecta al tipo subjetivo y no al objetivo, como realiza la sentencia impugnada que condena al recurrente como autor de un delito de homicidio por imprudencia excluyendo la comisión dolosa, sin que quepa la degradación en la culpa declarada dada la gravedad de la acción realizada, reiteración de golpes, patadas, incluso cuando ya estaba en el suelo, conducta que bien pudiera subscribirse en el dolo eventual y que no ha sido objeto de impugnación por las acusaciones.

Sentencia 1717/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de octubre de 2002

ALZAMIENTO DE BIENES.

Art. 257 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se ofrece una precisa y clara caracterización de los elementos que componen el delito de alzamiento de bienes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (artículo 1911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP 73 y 257.1.º CP 95 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta sala: “alzarse con sus bienes” y “en perjuicio de sus acreedores”.

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del do-

minio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores”, que utilizan los mencionados artículos, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión, entendida de este modo, se deducen tres consecuencias:

1.^a Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro

Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolvencias punibles”, de modo semejante al CP 73.

Conviene precisar que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (sentencias de 28-5-79, 29-10-88 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en la mayoría de las ocasiones precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencia de 6-5-89), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta sala con reiteración. Véanse las recientes sentencias de 27-4-2000, 12-3-2001 y 11-3-2002, entre otras muchas.

Sentencia 1753/2002, Sala de lo Penal del TS, de 22 de octubre de 2002

DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Arts. 74, 77 y 250.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras declarar compatible la apreciación de delito continuado con la agravación de la estafa o apropiación indebida atendiendo a la “especial gravedad” de la defraudación (art. 250.6.º del CP), se exponen los pasos a dar en la individualización de la pena correspondiente a dos series de delitos continuados (falsificación en documento mercantil y apropiación indebida) en conexión medial o instrumental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En síntesis, la protesta del Ministerio Fiscal se concreta en que el Tribunal sentenciador rechaza la aplicación de la continuidad delictiva con el efecto agravatorio que ella conlleva, por estimar que la aplicación del subtipo agravado del párrafo 6.º del art. 250, cuya aplicación sí efectúa, hace incompatible aquella continuidad delictiva pues la simultaneidad de ambos preceptos podría suponer —se dice en la sentencia sometida al presente control casacional— una vulneración del principio *non bis in idem* ya que una misma situación sería aplicada dos veces con finalidad agravatoria —antepenúltimo y penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico primero—.

El argumento no es aceptable en la medida que la doble y sucesiva valoración agravatoria no recaería sobre la misma situación fáctica por lo que el riesgo de una doble

agravación sobre unos mismos hechos no existe.

En efecto, existe una consolidada doctrina de esta sala que ha declarado la compatibilidad entre la estafa o apropiación indebida agravada del art. 250 del Código Penal y la continuidad delictiva, en concreto la aplicación del art. 74.2.º del Código Penal. Como recuerda la STS n.º 1558/98 de 1 de octubre de 1999, pueden darse tres situaciones:

a) Continuidad delictiva por existir una pluralidad de acciones que responden a la estructura del delito continuado sin aplicación de la figura de la estafa agravada —art. 529 del anterior Código Penal y 250 del vigente Código Penal— porque ninguna de las acciones aisladamente consideradas respondería al supuesto del artículo 250.6.º del vigente Código Penal.

b) Puede existir un sólo delito de estafa o apropiación indebida constituido por una

sola acción que por su cuantía justificaría la aplicación del tipo privilegiado del 250.6.º, sin que existiese continuidad delictiva.

c) Finalmente, puede existir una situación conjunta de los dos supuestos anteriores cuando existiendo una continuidad delictiva por pluralidad de acciones en el delito de estafa o apropiación indebida y, además, alguna de las concretas acciones que integran la continuidad delictiva, aisladamente consideradas por su importe y demás circunstancias exigiría la aplicación del tipo agravado del n.º 6 del art. 250 del actual Código Penal.

En el presente caso, verificamos en este control casacional que según el *factum*, existen diversas apropiaciones —diversas acciones descritas— y, además existen algunas que analizadas aisladamente deben ser estimadas como de especial gravedad a los efectos del n.º 6 del art. 250 teniendo en cuenta la entidad del perjuicio y la situación económica de la víctima —aspecto este último que matiza la naturaleza estrictamente objetiva que tenía el tipo agravado del n.º 7 del art. 529 del anterior Código Penal que sólo atendía al importe de la defraudación.

(...)

En consecuencia procedía —como interesa el Ministerio Fiscal en este motivo— aplicar sucesivamente el tipo agravado del delito de apropiación del n.º 6 del art. 250 que eleva la pena a imponer a un abanico de uno a seis años de prisión y multa y seguidamente correspondería aplicar la agravación punitiva prevista para la continuidad delictiva a la vista de la pluralidad de acciones defraudatorias por un total de 25'3 millones de ptas. En esta operación debe tenerse en cuenta la doctrina de esta Sala que en relación a los delitos patrimoniales —y por tanto con aplicación directa a los delitos de estafa en apropiación indebida— tiene decla-

rado que es de aplicación preferente el párrafo 2.º del art. 74 del Código Penal dada su naturaleza de norma específica, no siendo aplicable el párrafo primero de dicho artículo lo que a efectos prácticos, tiene la consecuencia de que en los delitos patrimoniales en caso de continuidad delictiva el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena prevista en la Ley, en atención al total perjuicio causado. En tal sentido SSTs 443/99 de 17 de marzo, 1247/99 de 28 de julio, 1092/2000 de 19 de junio, 295/2001 de 2 de marzo y la de 8 de julio de 2002.

Todavía, en casos como el presente en el que el delito de apropiación está en concurso medial con el delito de falsedad debe procederse a una tercera operación consistente en la aplicación de las reglas del concurso medial de acuerdo con el art. 77.2.º del Código Penal.

Expuesto el proceso para determinar la pena, debemos fijarla en el presente caso, y sin perjuicio de lo que se dirá en la segunda sentencia, ya podemos avanzar que la agravación por la continuidad delictiva en el delito de apropiación a la vista del importe total de lo defraudado ascendente a 25'3 millones de ptas., procede en el presente caso, y de acuerdo con la posibilidad de recorrer en toda la extensión la pena de uno a seis años de prisión —art. 74.2.º C.P.—, procede imponer la pena en su mitad superior, es decir en el tramo comprendido entre tres años y seis meses a seis años de prisión.

Será a partir de este marco punitivo que deberá tener lugar la agravación provista por el concurso medial con el delito de falsedad —art. 77.2.º—, toda vez que con claridad, la punición por separado le sería más perjudicial al recurrente pues el delito de falsedad continuada, por sí solo exige por imperativo de la regla del n.º 1 del art. 74 la imposición de su mitad superior, pudiendo llegar hasta los tres años más la multa.

Sentencia 1747/2002, Sala de lo Penal del TS, de 25 de octubre de 2002

PRINCIPIO ACUSATORIO: CRITERIO JURISPRUDENCIAL VIGENTE.

Arts. 24 CE; 794.3 y 851.3.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Invocada en casación la vulneración del principio acusatorio, por imponer el juzgador de instancia pena superior a la solicitada por la acusación, la Sala desestima el recurso aplicando el criterio jurisprudencial vigente y exponiendo con amplitud y claridad el contenido esencial y límites de aquel principio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Por último alega el recurrente vulneración del principio acusatorio por haberse impuesto una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal. Mientras que la acusación pública interesó la sanción de cuatro meses de multa, el Tribunal sentenciador impuso la pena de cuatro meses y quince días de prisión, sustituida legalmente por la de nueve meses de multa a razón de una cuota diaria de 200 ptas.

El principio acusatorio establece que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo que significa, en última instancia, que siempre ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria.

El principio acusatorio constituye un presupuesto básico del enjuiciamiento penal, aun cuando no esté proclamado con tal denominación en el art. 24 de la Constitución, pues éste recoge la manifestación de su contenido esencial, que es el derecho a ser informado de la acusación formulada, lo que implica necesariamente la debida congruencia entre la acusación de la que se informa y el fallo que pueda dictarse en definitiva.

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 contradicción efectiva o el derecho de defensa, el principio acusatorio no puede ser entendido en un sentido tan omnicomprensivo que absorba la totalidad de estos otros principios, derechos o garantías. Con esta errónea absorción se desdibuja un principio procesal autónomo, se minimizan otros principios constitucionales que tienen una enorme relevancia propia, como el derecho de defensa y se incurre en el error dogmático de confundir el principio acusatorio con el modelo procedi-

mental acusatorio o adversarial, que constituye todo un sistema de enjuiciamiento históricamente contingente 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 esencial del principio acusatorio lo ha anudado al derecho de defensa o al principio de contradicción, lo que significa que los principios básicos del proceso se encuentran esencialmente entrelazados, pero no que carezcan de autonomía propia o que estos otros principios constitucionales constituyan una mera emanación del principio acusatorio.

En definitiva el contenido esencial del principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al Órgano Jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Ello implica que no se puede condenar por unos hechos sustancialmente distintos de los que han sido objeto de acusación, ni por un delito más grave ni por circunstancias agravantes, grados de perfeccionamiento y grados de participación más severos.

Los términos fácticos únicamente pueden ser complementados o aclarados con elementos accidentales que surjan de la prueba practicada ante el Tribunal y los jurídicos acogiendo una subsunción técnicamente más correcta o acorde con lo que el Tribunal estime realmente acreditado, siempre que se trate de una infracción de igual o menor entidad y sea homogénea.

Séptimo.—En relación con la determinación concreta del *quantum* de la pena, dentro del marco punitivo señalado por el Legislador para la infracción objeto de acusación, con sus circunstancias, la doctrina jurisprudencial tradicional, tanto del Tribunal Constitucional (STC 17/88, de 6 de febrero y STC 189/88 de 17 de octubre), como de este Tribunal Supremo (Sentencia de 26

de febrero de 1985, entre otras muchas), ha entendido que el principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga una pena de cuantía superior a la solicitada por la acusación (aunque sea de la misma naturaleza) bien para remediar errores técnicos (si la acusación ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo delictivo objeto de acusación o condena, o ha solicitado la imposición de penas inferiores a las legalmente procedentes), o bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización de la pena, en todo caso dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo penal objeto de calificación acusatoria y de debate en el proceso.

Este criterio puede resumirse en la afirmación del Tribunal Constitucional (S.T.C. 17/1988 de 16 de febrero) de que el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito.

Octavo.—La regulación del procedimiento abreviado (art. 794.3 de la LECrim.) formuló la limitación legal en términos aparentemente más contundentes (“la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”), que los existentes con anterioridad (art 851.3.º de la LECrim, constituye motivo de casación condenar por delito más grave que el que haya sido objeto de acusación si el Tribunal no hubiese planteado la tesis).

Como consecuencia de ello la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1993, entendió que esta limitación legal tiene un sentido más restrictivo que no limita exclusivamente imponer pena de categoría superior sino cualquier *quantum* punitivo que exceda de lo solicitado. Este criterio también fue adoptado por la Fiscalía General del Estado en respuesta a la Consulta 3/1990, de 5 de octubre, y por un sector doctrinal relevante que

sostiene que el Tribunal debe estar vinculado a no imponer pena superior a la solicitada, no sólo en su naturaleza o grado sino también en su especificación cuantitativa.

Esta Sala, no obstante, con la inflexión de la referida sentencia de 7 de junio de 1993 y alguna otra resolución que introduce ciertas limitaciones en supuestos específicos (Sentencia de 15 de abril de 1998, núm. 329/1998), viene entendiendo, conforme a la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional anteriormente reseñada y al acuerdo mayoritariamente aprobado con posterioridad a dicha sentencia de 1993 en reunión plenaria de esta Sala celebrada para unificación de criterios, que en su función individualizadora de la pena el Tribunal no puede estar “encorsetado” por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, por lo que no vulnera el principio acusatorio siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley (Sentencias de 12 de julio de 1995, 813/96 y 824/96, ambas del 31 de octubre y 610/97, de 5 de mayo, entre otras).

Este criterio jurisprudencial, frente al que se ha formulado algún voto particular (S 14-05-1999, núm. 788/1999), sigue vigente y es al que debemos atenernos para la resolución del motivo interpuesto.

Noveno.—Ahora bien, la aplicación de esta doctrina, mientras no sea modificada, debe efectuarse con tres limitaciones.

En primer lugar el apartamiento por el Tribunal sentenciador del límite punitivo determinado por la petición acusatoria, debe motivarse específicamente, y esta motivación no es del mismo tenor y alcance que la genérica dirigida a razonar la individualización punitiva, sino que debe ser una motivación reforzada, que justifique por qué el Tribunal se ve determinado, en virtud del principio de legalidad, cuando la pena se haya solicitado erróneamente, o del principio de igualdad, cuando las resoluciones dictadas por el mismo Tribunal en casos similares así lo determinen, a exceder la cuantificación punitiva efectuada por la acusación.

La STC Pleno, núm. 59/2000, de 2 de febrero de 2000, si bien continúa avalando la posibilidad de que el Tribunal sentenciador imponga una pena superior a la solicitada por la acusación, considera una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que esta decisión no se motive especialmente: “En ningún momento se dice siquiera cual precepto le haya podido servir de apoyo para ese incremento de la pena ni cuáles fueran las razones que la justificaran. Obrando así es forzoso concluir, por tanto, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva”. Este criterio se reitera en una serie de sentencias posteriores referidas a la misma causa.

Es conveniente recordar que esta sentencia constitucional contiene un voto particular, concebido “como timbre de alarma o luz roja que llame la atención sobre una pieza importante del sistema judicial español” y “como una invitación al diálogo sobre un tema digno de la mayor atención y merecedor de la mayor delicadeza en su manejo”, en el que, con abundante cita de la doctrina de esta Sala, se mantiene la conveniencia del cambio de criterio jurisprudencial.

Décimo.—La segunda limitación debe deducirse del criterio expresado para un supuesto peculiar por la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 1998, núm. 329/1998 (citada equivocadamente en el referido voto particular del Tribunal Constitucional por la fecha del señalamiento, 26 de febrero de 1998, y no por la fecha de la sentencia).

En dicha resolución se recuerda que el Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos fácticos y jurídicos de la acusación, que no pueden ser superados en perjuicio del reo y que se desbordaría ese límite si se desatendiese la apreciación de una atenuante, eximente incompleta o modalidad de ejecución o participación favorables al reo, en los términos interesados por la única parte acusadora. En consecuencia el Tribunal debe examinar la calificación del Ministerio Fiscal para determinar si éste se mueve en un marco punitivo

distinto, o si la calificación jurídica acusatoria permite una lectura conciliable legalmente con la pena solicitada.

Cuando, como sucedía en el caso enjuiciado en dicha resolución, el Ministerio Fiscal solicita la apreciación de una atenuante que, aunque no lo señale así expresamente en el escrito de acusación, justificaría la solicitud punitiva inferior siempre que se estimase como muy cualificada (art. 66.4.º Código Penal de 1995), ha de entenderse implícita dicha calificación más favorable al reo, pues es la coherente con la pena solicitada. En estos supuestos no se puede imponer pena superior a la que corresponda a la calificación acusatoria así reinterpretada.

Undécimo.—La tercera limitación viene determinada por el respeto al principio de proporcionalidad. Si bien esta Sala ha entendido que excepcionalmente el Tribunal sentenciador puede individualizar la pena por encima del *quantum* solicitado por la acusación, por razones de legalidad o de igualdad, el resultado nunca puede ser desproporcionado en relación a la petición acusatoria, de manera que la pena finalmente impuesta no sólo debe enmarcarse en el ámbito legalmente predeterminado sino que también debe mantenerse en términos moderados, cuando la petición acusatoria no permitía prever una respuesta punitiva de especial gravedad.

Duodécimo.—En el caso actual el Tribunal sentenciador ha impuesto la pena mínima que le permitía la ley, y no concurre ninguna de dichas limitaciones, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En efecto, en primer lugar, el Tribunal motiva expresamente la necesidad de apar-

tarse del *quantum* punitivo interesado por el Ministerio Público, razonando que este apartamiento viene necesariamente impuesto por el principio de legalidad, dado que la pena solicitada por la acusación se encuentra fuera del marco punitivo predeterminado por el Legislador para la conducta enjuiciada (robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia).

En segundo lugar, en la opción de rebajar la pena en uno o dos grados para la tentativa, el Tribunal acoge la posición más favorable al reo, reducción en dos grados, e individualiza la pena en el límite mínimo posible, por lo que la penalidad legalmente resultante supera la interesada aún acogiendo la solicitud implícita del Ministerio Fiscal de reducción de la pena en dos grados.

Por último la pena resultante, aun superior a la solicitada por la acusación (multa de nueve meses, con una cuota diaria de 200 ptas. en lugar de multa de cuatro meses, con la misma cuota), resulta muy moderada para un comportamiento calificado por el legislador como delictivo, cometido por quien es ya reincidente, pues, dada la módica cuota establecida, la cuantía total de la multa sólo alcanza a 54.000 ptas., inferior incluso al mínimo absoluto que para las penas por delito se establecía en el Código Penal con anterioridad a 1995 (100.000 ptas).

Decimotercero.—En definitiva, como acertadamente señala el propio Ministerio Público en su ponderado dictamen ante este Tribunal de casación, la pena interesada por el Fiscal en la instancia había sido erróneamente calculada y no respetaba el principio de legalidad.

Sentencia 1828/2002, Sala de lo Penal del TS, de 25 de octubre de 2002

DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. AUTORÍA.

Art. 325 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones planteadas, destaca la relativa al carácter abstracto o concreto del peligro exigido en la conducta típica prevista en el art. 325 del CP, así como la que se refiere a la determinación del responsable penal de la conducta adoptada en el ámbito de actuación de una organización jerarquizada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(…)

1. La resolución del motivo debe partir de un examen de la verdadera naturaleza del delito medioambiental, tal y como actualmente lo configura el art. 325 CP. Este precepto, del que es antecedente inmediato el art. 347 bis CP 1973, hace efectivo en el plano penal, el mandato de protección del medioambiente contenido en el art. 45 CE, en el que se asume, como ha sostenido la doctrina y ha tenido ocasión de confirmar nuestra jurisprudencia, un concepto moderadamente antropocéntrico del medioambiente “en cuanto primariamente se adecúa al ‘desarrollo de la persona’ y se relaciona con la ‘calidad de vida’ a través de la ‘utilización racional de todos los recursos naturales’ y añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente y al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, forman-

do el ecosistema” (STS de 11 de marzo de 1992).

Sin embargo en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido “que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”, la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que “el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”. La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la con-

ducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido la Ley delitos de peligro concreto; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso “que puedan perjudicar gravemente” (art. 325 CP) o “que genere riesgo” (art. 362.2 CP; cfrs. SSTs de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999).

Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medioambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medioambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 de abril de 1995).

La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha venido aplicando al nuevo art. 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al art. 347 bis CP 1973, es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto. Pe-

ro no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medioambiente era evidente (SSTs de 17 de septiembre de 2001 y 13 de marzo de 2000); bien se excluía la del propio carácter peligroso de la acción (SSTs de 23 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 1998) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medioambiente (STS de 27 de abril de 2001); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código Penal anterior (SSTs de 19 de mayo de 1999, 16 de diciembre de 1998 y 1 de febrero de 1997). Sin embargo, una clara evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación del art. 325 CP próxima a la contenida en la presente sentencia aparece ya en la STS de 12 de diciembre de 2000, en la que se declara que el mero vertido de las sustancias contaminantes en un cauce fluvial es suficiente para estimar cometido un delito medioambiental, sin que resulte necesaria la acreditación de que tales productos tóxicos habían resultado causantes de la contaminación de los pozos subterráneos, como se había declarado probado en la sentencia de instancia (“para la consumación de este delito basta que se produzcan los vertidos en los cauces fluviales inmediatos a las instalaciones de la empresa, pues esto ya constituye el peligro concreto que justifica la existencia de esta infracción penal. La llegada del antimonio a los pozos de niveles inferiores, que la sentencia recurrida consideró acreditada, no es elemento necesario para la perfección del delito por el que condenó la sentencia recurrida”); y más claramente, en la STS de 9 de octubre de 2000, en la que se declara cometido un delito medioambiental sin entrar a determinar la causación de un peligro concreto para el medioambiente (la sentencia citada partía de una declaración de hechos probados en la que se decía que el abandono de varios bidones conteniendo amoníaco había creado “un grave riesgo para la salud de las personas

que fácilmente podían entrar en contacto con aquélla”, y no se especificaba si tal situación había llegado a resultar concretamente peligrosa para el bien jurídico protegido).

La configuración del delito medioambiental como un delito de peligro abstracto determina que dicho “peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma” (SSTS 31/5/2001, 15/12/2000, 13/3/2000, 4/10/1999). Es decir, bastará la constatación de la realización de la acción peligrosa de vertido prohibida para que el delito pueda entenderse cometido, sin que resulte relevante por ello la prueba de la causalidad respecto del peligro concreto creado (cuestión a la que se hará referencia al resolver el tercero de los motivos de este recurso) ni la cantidad de tóxico finalmente presente en los acuíferos contaminados.

(...)

La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquél que “es responsable del ámbito de organización por ser el legítimo para configurarlo con exclusión de otras personas”.

La cuestión debe encontrar solución necesariamente en el ámbito de los delitos impropios de omisión, pues normalmente el responsable del proceso contaminante, o los altos directivos que conocen la existencia del carácter contaminante de la actividad de su empresa no realizarán materialmente la acción de vertido o emisión que integra el

delito medioambiental, sino que se servirán de operarios que habitualmente actuarán con al menos dolo eventual.

El problema que debe resolverse es doble: deberá fundamentarse la posición de garante de esos superiores jerárquicos, y su posible omisión de las actuaciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio (es decir, la responsabilidad por omisión); y, en segundo lugar, resolverse el problema de imputación que plantea la actuación por medio de terceros (los operarios) que incluso podrían actuar, como se ha dicho, con al menos dolo eventual, es decir, en otras palabras, debe resolverse en estos supuestos si el principio de autorresponsabilidad puede actuar o no como un posible límite a la imputación a los superiores.

La primera de las cuestiones debe estar resuelta legalmente en el art. 11.b) CP. Resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que “tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria” no puede ser puesta en duda.

En consecuencia, conocida la situación generadora del deber (el carácter potencialmente contaminante de los residuos tóxicos que producía la factoría no podía resultar ajeno al responsable de producción de la misma, que incluso declaró ser perfectamente consciente de la utilización de elevadas cantidades de TCE en el proceso productivo), la omisión de las medidas que fácilmente podían haber sido puestas en práctica para la correcta eliminación de los residuos, realizada con conocimiento tanto de la propia situación generadora del deber, como de las condiciones que fundamentaban su posición de garante y de la posibili-

dad de realizar la acción debida, determina la comisión como autor por omisión del delito medioambiental del art. 325 CP.

Con relación a la segunda de las cuestiones anteriormente aludidas debe indicarse que en el ámbito de los delitos de empresa (en el que habitualmente se producen los delitos medioambientales), el amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde a aquéllos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo (en el caso de autos, cuando el Sr. A. I., que era la persona que durante varios años se encargó de verter los residuos en el campo utilizando una cuba, confirmó que podía llegar a ser denunciado por lo que estaba haciendo dejó de encargarse de realizar esta actividad; pero los vertidos continuaron). Por ello, la actuación de los operarios en la realización material del ilícito solamente debe excluir la imputación del mismo a los superiores en los supuestos en los que se haya producido una delegación efectiva de la posición de garante, si bien solamente debe reconocerse “valor exonerante de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

Ambas cuestiones han sido ya resueltas por la jurisprudencia, que con relación a un supuesto de desvío al consumo humano de aceite de colza desnaturalizado con gravísimas consecuencias declaró en la STS de 23 de abril de 1992 que “cada uno de los administradores es responsable del control de todos los peligros, normales o no, que sean consecuencia de la actividad de la sociedad, por lo cual cada uno de aquéllos resulta obligado a hacer lo que le sea posible y exigible, según las circunstancias, para lograr que el producto peligroso introducido anti-

jurídicamente en el mercado sea retirado de la circulación, en todo caso para que no sea introducido en él (...); su deber de cuidado le imponía ejercer un control e informarse de los posibles desvíos de aceite desnaturalizado, utilizando a tales fines su posición en la empresa, y por ello no ofrece la menor duda que si hubiera obrado diligentemente hubiera podido tener conocimiento de nuevos envíos y, por tanto, de las circunstancias generadoras del deber de garante”.

En suma, y como ya ha sido declarado, corresponde a los responsables de producción, así como a los altos responsables de la dirección de las industrias que desarrollan actividades industriales potencialmente contaminantes la adopción de las medidas necesarias para neutralizar, conforme a las exigencias legales y reglamentarias, el peligro contaminante procedente de las mismas [art. 11.b) CP]. Por ello, la falta de adopción de tales medidas (cuando se conocen la situación generadora del deber, y las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de la capacidad de acción) y, en todo caso, la utilización de operarios subalternos para el vertido ilícito de los residuos, equivale a la producción activa del vertido (arts. 11 y 325 CP). Y es justamente por esa comisión por omisión por la que resulta condenado el recurrente en la sentencia de instancia, en cuyo Fundamento de Derecho cuarto se dice que “es también clara la responsabilidad de Luis L.F., en su condición de director técnico, quien permitió que los hechos ilícitos ocurrieran, sin haber puesto nada de su parte para impedirlo, al igual que los otros acusados”.

Desde otra óptica, como argumenta el Ministerio fiscal en esta instancia casacional, cuando el art. 31 del Código penal se refiere a representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresamente y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desenvuelto la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamien-

to, determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido (STS 24 de marzo de 1997). Así, pues, los términos “representante” o “administrador” que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen

a la significación literal de los términos en cuestión. El Tribunal Constitucional en Sentencias 150/1989 y 253/1993 ya establece que la norma del art. 31 del Código penal no constituye una regla de responsabilidad penal objetiva, sino que lo que persigue es precisamente evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica.

Sentencia 1789/2002, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2002

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Art. 120 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de los herederos del fallecido empresario, uno de cuyos dependientes llevó a cabo la acción delictiva objeto de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—En el motivo 3.º, por el cauce procesal del n.º 1.º del art. 849 LECr, se alega infracción del art. 120.4 CP, coincidente con el 22 CP anterior.

Se dice que fue condenado José M.ª P. A. por unos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones en la empresa de la que era titular D. Bartolomé H. N. Por ello, al haber fallecido éste, sus herederos, han de ser condenados en concepto de responsables civiles subsidiarios al pago de la indemnizaciones ordenadas en la sentencia recurrida.

Este motivo, que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, ha de estimarse.

La sentencia recurrida nos dice que dicho Bartolomé fue imputado en las presentes actuaciones penales y como falleció en el curso del procedimiento se declaró extinguida su responsabilidad criminal por los hechos aquí examinados, de modo que ha de aplicarse al caso el art. 115 LECr que establece cómo en estos casos de fallecimiento de un imputado se produce la extinción de la acción penal, pero con subsistencia de la acción civil contra sus herederos y causahabientes, y añadiendo que esta acción civil

“sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil”. Por eso, la sentencia recurrida en el fallo (pág. 113), al denegar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria hace la reserva correspondiente para el ejercicio de las acciones civiles en vía civil.

Pero entendemos que tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que la legitimación pasiva del referido D. Bartolomé H. tuvo un doble carácter, pues, si bien fue imputado como responsable penal cuando vivía, es evidente que concurrían en él también las características propias del responsable civil subsidiario, de modo tal que, si por alguna razón no hubiera llegado a ser acusado por nadie como responsable penal junto con José M.^a P., es claro que podría haberlo sido en tal condición de responsable civil subsidiario por tratarse del empresario que tenía contratado a dicho José M.^a, teniendo en cuenta que los delitos por éste cometidos lo fueron mientras actuaba en su condición de empleado de Bartolomé.

Una vez fallecido este último es claro que quedó extinguida la responsabilidad penal, pero no la civil como se deduce claramente del mencionado art. 115 LECr, del art. 105 CP 73, que curiosamente no tiene un precepto paralelo en el ahora vigente, sin duda porque no se creyó necesario decir en el CP aquello que aparecía con claridad en el Código Civil. Como bien dice el Ministerio Fiscal, según el art. 661 de este último texto legislativo “los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”. Y el art. 659 del mismo código nos dice que “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte”, como ocurre sin duda con la obligación de pagar por parte del empresario, obligación carácter subsidiario, tal y como prevé ahora el art. 120.4 CP vigente y lo disponía el 22 CP anterior (STS. 27-6-1990 y 20-7-1998).

Desde el punto de vista del derecho sustantivo entendemos que no hay duda alguna acerca de la obligación de los herederos de

D. Bartolomé para responder civilmente en tal condición de subsidiariedad en consideración al vínculo que unía al causante de la herencia con el autor de los delitos que produjeron tan importantes perjuicios económicos, como lo fueron los muchos millones de pesetas a los múltiples perjudicados a cuyo favor la sentencia recurrida reconoce su derecho a ser indemnizados como víctimas de las muchas estafas que cometió José M.^a precisamente en su condición de empleado de D. Bartolomé.

Concurre aquí el doble requisito que venimos exigiendo para la existencia de esa responsabilidad civil subsidiaria de tal art. 120.4 CP, según conocida y reiteradísima jurisprudencia de esta sala (Ss. 28-2-95 y 26-3-97, entre otras muchas), ya existente a propósito del art. 22 CP anterior, y que viene interpretando estas normas con criterios amplios y flexibles, lo que es posible por la naturaleza estrictamente civil del contenido de estas disposiciones, pese a estar contenidas en el Código Penal.

Tales dos requisitos son los siguientes:

1.º Que entre el responsable penal y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción punible se halle bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o más o menos circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito o anuencia del supuesto responsable civil subsidiario.

2.º Que el delito que genera esta responsabilidad civil se encuentre dentro del ejercicio normal o anormal (no olvidemos que cuando existe una actividad punible alguna anormalidad siempre hay) que las funciones encomendadas en el seno de la actividad o tarea confiadas o consentidas al infractor por su principal.

A veces ocurre que puede existir una “culpa in vigilando” o “culpa in eligendo” en el empresario o dueño de la cosa con la que el delito se cometió, pero la doctrina

más reciente de esta sala prescinde incluso de estas razones subjetivas y sitúa el fundamento de esta responsabilidad subsidiaria en consideraciones de orden objetivo, por entender que quien se beneficia, entendiendo esta expresión “beneficio” de modo muy amplio, de la actividad de una persona ha de soportar los perjuicios que de tal actividad pudieran derivarse (*cuyus commoda, eius incommoda*): teoría del riesgo creado.

En las presentes actuaciones nos encontramos ante un caso paradigmático en cuanto a la aplicación de este art. 120.4.º, un caso muy semejante al recientemente examinado en esta sala en la sentencia de 17-10-2002 relativo al director de una oficina bancaria que defraudó a unos clientes mediante una actividad ajena a los productos propios de ese banco, pero que, como en los hechos aquí examinados, se realizó en las propias dependencias de tal oficina y en la actividad propia del negocio bancario, aunque por las normas propiamente mercantiles el banco no resultaba obligado. Aquí no se trata de un banco, sino de una empresa que se dedicaba a intermediar entre los que emitían obligaciones hipotecarias y quienes las adquirirían pagando su valor, siendo en tal actividad de intermediación donde José M.^a defraudó a los clientes de la oficina para la que trabajaba mediante la falsificación de unos documentos notariales sobre la constitución de hipotecas para la referida emisión de cédulas hipotecarias al portador. Se simulaban unas obligaciones hipotecarias que no existían quedándose el empleado de la oficina con el dinero. En pocos casos puede haber mayor claridad en cuanto a la aplicación de esta responsabilidad civil subsidiaria.

Además, se trata aquí de una actividad desarrollada a través de varios años con múltiples perjudicados, repetimos, y en cantidades muy importantes, que sólo fue posible por la confianza que el empresario tenía en su trabajador, lo que pone de manifiesto una clara *culpa in vigilando*. No sería necesario aquí acudir al mencionado fundamento objetivo de la responsabilidad por ries-

gos, ya que hubo una evidente negligencia en quien, por fiarse de su empleado, ningún control ejerció sobre lo que hacía, pese al gran movimiento económico del trabajo que desempeñaba y, consiguientemente, los muchos ingresos que para su empresa se derivaban de la actividad punible de dicho José M.^a P.

Si a tales consideraciones añadimos la antes razonada transmisibilidad de esta responsabilidad civil subsidiaria por vía de herencia, en cuanto obligación propiamente patrimonial que no se extingue por la muerte, no puede caber duda alguna acerca de que tal condición de responsable civil subsidiario concurre en las personas de los herederos de D. Bartolomé.

Y sobre el problema, suscitado en la instancia y ahora reproducido en casación, acerca de si ha de existir una limitación en la responsabilidad de los herederos de D. Bartolomé sólo hemos de decir una cosa: si realmente existió una aceptación de la herencia a beneficio de inventario, podrá haber una limitación de responsabilidad en los términos previstos en el n.º 1.º del art. 1023 C.C. que, como efecto principal de este particular modo de aceptación de la herencia, proclama esa limitación de responsabilidad, de modo que las deudas de la herencia sólo han de pagarse “hasta donde alcancen los bienes de la misma”. Pero tal limitación únicamente podrá tener eficacia si se han cumplido los exigentes requisitos recogidos en los arts. 1010 y ss. C.C. Si sobre esta limitación hubiera alguna duda o impugnación, el tema habrá de resolverse en ejecución de sentencia a través de un incidente contradictorio.

Por tanto, desde el punto de vista material o de derecho sustantivo ningún problema hay para declarar a los herederos de D. Bartolomé como responsables civiles subsidiarios en la presente causa penal.

Pero es que desde una perspectiva procesal también se cumplieron todos los requisitos, pues fueron traídos tales herederos al procedimiento por las correspondientes so-

licitudes de las partes acusadoras, e incluso estuvieron personados y se defendieron como tales en todo el trámite del juicio oral.

Entendemos que la sentencia recurrida se equivocó por aplicar al caso la literalidad de lo dispuesto en el art. 115 LECr al que ya nos hemos referido. Tal artículo deja para la jurisdicción civil el tema de la responsabilidad civil cuando fallece el imputado penal, pues entonces, al quedar paralizado el procedimiento penal sin dictarse sentencia, no cabe otra vía que acudir a la jurisdicción propia de esta materia.

Pero cuando, como aquí ocurrió, el procedimiento sigue, de modo que cabe incluir en él las acciones civiles, como constituye la regla general en nuestro sistema procesal, también podrán discutirse y resolver en el seno de este proceso penal las responsabilidades civiles de los herederos en caso de fallecimiento de un imputado, cuando so-

brevió otro y contra éste continúan las actuaciones penales. Lo único necesario a este respecto es que, como ya hemos dicho, la acción se dirija contra tales herederos en este concepto de modo que no exista indefensión procesal alguna. Véase en este sentido la sentencia de esta sala de 27-6-90.

Y en los hechos aquí examinados, con mayor razón aún, dado que nos encontramos ante un caso en el que el imputado penal, en el supuesto de que hubiera dejado de serlo por alguna razón, como aquí ocurrió por su fallecimiento, en calidad de empresario del otro acusado tenía la condición de responsable civil subsidiario como ya hemos razonado.

Por consiguiente, hay que estimar este motivo 3.º y declarar la responsabilidad civil subsidiaria de los herederos de D. Bartolomé H. N., con las limitaciones, en su caso, del beneficio de inventario.

Sentencia 1804/2002, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2002

ASESINATO (ALEVOSÍA).

Art. 139 Código Penal

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

SÍNTESIS

Evocando jurisprudencia al respecto, el Tribunal Supremo estima compatible la alevosía, caracterizadora del delito de asesinato, con el dolo eventual del sujeto en relación a la producción de la muerte.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—El Ministerio Público incluye un Único motivo en su Recurso, interesando, sobre la base del artículo 849.1.º de

la Ley de Enjuiciamiento, la aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, al considerar el hecho enjuiciado de la muerte de la niña como un delito de Asesinato y no de Homicidio (art. 138 CP) como, a su juicio

incorrectamente, fue calificado por la Audiencia. Pues concurre la agravante, en este caso específica, de alevosía, plenamente compatible, según el Fiscal, con el “dolo eventual” atribuido a Manuel.

La Audiencia, por su parte, consideró incompatible el dolo eventual apreciado en la conducta del autor del hecho con la posible concurrencia de la alevosía.

Y, a este respecto, conviene recordar que ya tiene dicho la doctrina de la Sala que “...la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfananamente en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia —la del resultado— que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes sentencias como las de 16-3-88, 13-4-93, 11-7-94 y 29-11-95, sino que debe desconectarse de la Alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-81, 20-11-93 y 21-1-97, pues la definición legal de la Alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe

con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima.” (STS de 21 de Junio de 1999, que recogía doctrina expuesta ya en la anterior, de 21 de enero de 1997, y que sería seguida por la ya mencionada de 4 de junio de 2001).

Criterio que había sido, así mismo, el aplicado, para un supuesto que guarda gran analogía con el que aquí se enjuicia, por la STS de 20 de diciembre de 1993, cuando afirmaba: “...aunque se haya debatido la posibilidad de estimar el delito de asesinato como comisible por dolo eventual, ello ha sido sólo en cuanto no cabe admitir la eventualidad o condicionalidad de las circunstancias que conforme el art. 406 CP cualifican el homicidio, para convertirlo en aquel delito más grave. Pero si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato sólo porque lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vid. S. 16 marzo 1991). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél, se produjera ésta como se produjera. Y sabido es que la condición infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por sí misma una indefensión, constituye una de las modalidades de la alevosía, recogida ya en nuestro Derecho histórico por la circunstancia 3.ª, art. 609 CP de 1822, que incluía en la definición del asesinato por alevosía el actuar contra persona indefensa, y destacada por la jurisprudencia de esta Sala, que especial-

mente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños (SS 13 noviembre 1991; 17 mayo 1992; 14 enero; 4 febrero; 2 abril 1993 por citar las más recientes). Lo que aparece confirmado, como reflejo de la existencia en tal sentido de un claro sentimiento social, en el Proyecto de CP de 1992, cuyo art. 21.1.º, actualizando aquel criterio del primero de nuestros Códigos penales, define la alevosía agregando a la fórmula vigente la cláusula “o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa”. Por todo lo que, dado el carácter esencialmente objetivo y no susceptible de ser ignorado de la condición infantil y desvalida de la persona sobre el que el acusado realizó su agresión, la alevosía, ya apreciada por la Sala “a quo”, concurre como cualificante de su conducta, ejecutada con dolo eventual de muerte.”

No cabe sino compartir, por plenamente razonable, la anterior argumentación. Si el autor del homicidio se representó la eventualidad de causar la muerte y, aun no deseándola directamente, la aceptó al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de seis meses de edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos.

Por lo que no debe excluirse la agravante de alevosía, que está sin duda presente en la conducta de Manuel, no bajo las formas de “traición” ni de “ataque sorpresivo”, sino en la más objetiva, descrita por la Jurisprudencia como característica más genuina de la “cobardía común”, la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales

de desvalimiento (STS de 21 de junio de 1999).

No sólo la corrección técnica de la compatibilidad de la agravante con el carácter del elemento culpabilístico (dolo eventual) es irreprochable, sino que la propia gravedad de la conducta enjuiciada lleva de modo plenamente natural a la calificación de los hechos, contenidos en la completa descripción de la Sentencia recurrida, como un delito de Asesinato, tal y como interesa el Fiscal, en este caso desde su posición de recurrente, y de acuerdo con lo que ya se ha afirmado en Resoluciones como la más arriba mencionada, de 4 de junio de 2001, que, en referencia al significado de la alevosía, enumera como elementos caracterizadores y justificativos de la misma, los siguientes: “a) En cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima. b) En cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar. c) Que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v. SS de 24 de mayo de 1982, 10 de mayo de 1984, 25 de febrero de 1987 y 24 de enero de 1992).”

El Recurso, por todo ello, debe estimarse, procediéndose a dictar, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja, en forma adecuada, las consecuencias derivadas de esta estimación.

Sentencia 1813/2002, Sala de lo Penal del TS, de 31 de octubre de 2002

INDUCCIÓN. COOPERACIÓN NECESARIA.

Art. 28 Código Penal

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

SÍNTESIS

Pese a la identidad de tratamiento penológico, la sentencia trata, con criterio discutible, de separar conceptualmente inducción y cooperación necesaria (y ésta, a su vez, de la coautoría), concluyendo la mayor gravedad de la segunda frente a la primera por su mayor proximidad temporal a la ejecución. Por otra parte, tras caracterizar al asesinnato como modalidad agravada de homicidio, extiende inaplicable la circunstancia agravante de precio al inductor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La primera de las impugnaciones comunes a las dos acusaciones se refieren a la subsunción de los hechos realizados por la acusada Laura F. N., al entender que su participación en el hecho no sólo es de inducción, sino también de cooperación necesaria, haciéndola responder “por ambos títulos”, inductora y cooperadora necesaria.

El motivo debe ser estimado parcialmente, no sin antes señalar que la impugnación carece de la eficacia pretendida, toda vez que con independencia del título por el que sea condenada el marco penal no se verá afectado, sin perjuicio que en el ejercicio de la función jurisdiccional en la individualización de la pena pueda ser tenida en cuenta la doble imputación que se pretende en el recurso. La estimación parcial lo es para afirmar que la acusada cumple los dos títulos, si bien sólo será condenada por uno.

Inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor “dará lugar” a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón se ha dicho que la inducción “es la creación del dolo en el autor principal”. Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito.

Lo anteriormente señalado nos permite afirmar, desde este momento, que la conducta de la acusada no es solamente una inducción, pues el relato fáctico al describir la conducta de la acusada refiere no sólo la conducta de instigar la comisión de un hecho antijurídico, sino también la de realizar actos que suponen una aportación esencial a la realización material de la muerte perseguida. Así se relata que la acusada Laura, con independencia de la instigación, comu-

nica al ejecutor los movimientos puntuales de la víctima, cuándo llegará a la vivienda y el lugar que ocupará en el vehículo: el delantero derecho. Acompaña al ejecutor al lugar donde se podrá realizar la acción, lo que supone la selección, o al menos la participación en la decisión del momento y lugar oportuno y le comunica las condiciones de seguridad de la víctima, concretamente que el conductor del vehículo va armado.

En puridad estos actos son propios de una coautoría. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, caracteriza al coautor el tener el condominio del hecho, el dominio funcional del hecho. Los intervinientes comparten la decisión conjunta a la realización del hecho, en este caso, la muerte de la víctima, y cada uno de ellos realiza un aporte que, por su importancia, se reputa de calificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo.

De no existir legalmente una diferenciación entre coautor y cooperador necesario, quizás artificiosa, no cabría duda de la calificación de coautora de la acusada. Existente la distinción, a los meros efectos de su calificación, pues penológicamente están equiparados, es preciso diferenciar ambas figuras; diferenciación que forzosamente ha de encontrarse en el momento del aporte, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior. La acusada, sin perjuicio de su conducta instigadora, también realiza una aportación material al hecho en un momento anterior a su ejecución, por lo que la calificación de esta conducta es la de cooperadora necesaria en el delito.

Aunque la acusada cumple con los dos títulos, de inductora y cooperadora necesaria, sin embargo los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior. En el presente caso, teniendo en cuenta la importancia de la contribución al hecho llevado a cabo por la acusada debe considerarse de mayor gravedad la conducta cooperadora a la acción que la inductora, no sólo en un

sentido valorativo de las conductas, sino también en el temporal por cuanto la cooperación, como participación, aparece más cercana a la ejecución y con un más claro dominio sobre el hecho del ejecutor.

Segundo.—Analizamos ahora la segunda de las impugnaciones conjuntas, la referida a la concurrencia del elemento, o circunstancia, precio en el delito de asesinato.

La sentencia impugnada declara probado que la condenada Laura propone al coimputado R. la muerte de su marido “por lo que conseguiría, además de sus favores sexuales, un reloj marca ‘Cartier’ y 50 millones de pesetas”, sin embargo no declara concurrente el precio en la conducta de Laura por la vulneración que implicaría del principio *non bis in idem*. Entiende el Tribunal de instancia que se vulneraría ese principio si se valorara la promesa del dinero para integrar la inducción y para aplicar la agravación específica del precio en el asesinato. Por otro lado, afirma que, la preposición “por” que contiene el art. 139.2 del Código Penal hace referencia a una motivación económica en la actuación que no concurre en quien realiza el ofrecimiento del dinero.

Los recurrentes apoyan su pretensión revisora de la sentencia, con los efectos derivados de la aplicación del art. 140 del Código Penal, en consideraciones referidas al principio de accesoriadad entre los partícipes en un delito y el autor del mismo, de manera que entre el autor del delito y los partícipes se establece un vínculo de accesoriadad en su responsabilidad penal. Esta construcción parte de considerar la autonomía del delito de asesinato respecto al homicidio, con la diferenciación de ambas figuras delictivas.

Si se asumiera esta posición, las agravaciones del art. 139 del Código penal, a partir de su inclusión en el tipo del asesinato, no serían meras circunstancias de agravación, sino que integrarían elementos del tipo del asesinato a las que no serían de aplicación las previsiones del art. 65 del Código penal en orden a la comunicabilidad de las cir-

cunstancias de agravación y atenuación concurrentes. Se trataría de elementos del delito cuya concurrencia en la conducta determinaría una distinta tipicidad, más grave que la del homicidio, y que podría ser declarada no concurrente para uno de los partícipes, o de los coautores, por la vía del error.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del nuevo Código penal es más adecuada la consideración del asesinato como delito dependiente del homicidio, como forma agravada del homicidio (Vid. rúbrica del Título I “Del homicidio y sus formas”), esto es de manera que aquél es un homicidio calificado por la concurrencia de determinadas agravantes previstas en el art. 139 del Código penal. Desde esta consideración la argumentación de la acusación recurrente sobre la accesoriedad no es convincente.

Analizamos la cuestión desde la consideración del delito de asesinato como delito dependiente del homicidio. En este caso el delito cometido es un homicidio en el que concurre la agravante de alevosía, sin perjuicio de su ulterior examen, y la agravante de precio cuya concurrencia se cuestiona en este motivo. El hecho probado declara que la acusada Laura, además de otras intervenciones que hemos subsumido en la cooperación necesaria, encarga la muerte de su marido por precio. En los términos empleados en el hecho probado: “la conversación evoluciona del propósito del robo a la proposición por parte de Laura de que R. de muerte a su marido por lo que conseguiría, además de sus favores sexuales, un reloj marca “Cartier” y 50 millones de pesetas. José Ignacio R., que conoce el manejo de las armas y tiene una pistola, acepta...”. El resultado no llegó a producirse pese a la realización de todos los hechos que determinarían su producción.

La jurisprudencia de esta Sala, cuando ha abordado la naturaleza de la agravante de precio no ha mantenido un criterio uniforme. Así, mientras en algunas Sentencias ha afirmado la naturaleza bilateral de la agravación (STS 13 de noviembre de 1998 y las que cita SSTS 7-7-1983, 25-4-1985,

21-10-1991 y 14-9-1992), en otras (SSTS 25-1-1993, 10-3-1986, 5-11-1985, 25-5-76, 17-11-1973), se ha erradicado la apreciación de la agravante de “precio, recompensa o promesa” al inductor por respeto al principio “non bis in idem” pues cuando “la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del *non bis in idem* que impide penar dos veces la conducta”.

Ese distinto tratamiento de la agravación se ha pretendido explicar desde la distinción entre el precio como agravante genérica y su consideración como elemento del tipo penal del asesinato, delito diferenciado del homicidio, criterio que, conforme hemos expuesto, no consideramos adecuado mantener tras la promulgación del nuevo Código penal.

Conformado el asesinato como forma del homicidio, hemos de comprobar la compatibilidad de la inducción y la agravante de precio.

Si para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe, es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica.

Una solución distinta afirmando el carácter bilateral de la agravación de precio, podría sustentarse si mantuviéramos que la

agravación opera de forma objetiva y automática al inductor y al ejecutor, criterio que nunca ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala que, aun en los supuestos en los que afirmaba la bilateralidad, también mantuvo la necesidad de que “en la agravante de precio se compruebe que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por

el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra”.

La consideración de la imputada Laura como inductora, además de cooperadora necesaria, en el asesinato, impide por las razones señaladas la aplicación de la agravación por precio a la conducta declarada probada, por lo que el motivo se desestima.

Sentencia 1803/2002, Sala de lo Penal del TS, de 4 de noviembre de 2002

REGISTRO DOMICILIARIO: CONSENTIMIENTO.

Arts. 18.2 CE; 545 y 550 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se exponen detalladamente los requisitos que debe reunir el consentimiento dado a un registro domiciliario para cumplir las exigencias constitucionales, no concurrentes en el caso de autos al haberlo otorgado un menor, al tiempo que se extiende la consideración de domicilio al jardín circundante a un chale.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliario, autorizado por el art. 18.2 de la Constitución española, son los que señalaremos a continuación, norma fundamental que se desarrolla en el art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que así lo enfatiza: nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero resi-

dente en España sin su consentimiento (excepto en los supuestos previstos en las leyes), y que se repite en el art. 550 (debe preceder consentimiento o autorización judicial motivada). Dichos requisitos, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad (Sentencia de 9 de noviembre de 1994), y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no de-

clarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento, todo ello en base al art. 25 del Código penal: “a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere: a') que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; b') que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; c') que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. “El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza” (STS 2-12-1998). Esta doctrina se reitera en las Sentencias de 3-4-01 y 13-3-00, que siguen la línea de que el detenido no puede prestar válidamente el consentimiento si no está asesorado de Letrado.

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto, en las condiciones que fue analizado por la Sentencia de 8 de marzo de 1991.

e) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de

cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (Sentencia de 6 de junio de 2001).

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, la entrada y registro, en los términos anteriormente expuestos, debe ser considerada ilícita: el menor no podía consentir una diligencia como la que se practicó (tenía catorce años); el jardín circundante a un chalé debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta; (...).

En su suma, la interpretación del domicilio, a los efectos que nos ocupan, no puede ceñirse estrictamente al de lugar que sirve de morada habitual del individuo. El concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su “yo anímico” en múltiples direcciones (cfr. Sentencias del TS de 19 enero y 4 abril de 1995 y 30 de abril de 1996). Se trata de garantizar el ámbito de privacidad, lo que obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio, de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo, ya que con el domicilio no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (cfr. Sentencia del TC 22/1984, de 17 febrero). En este mismo sentido, la STS de 19 de marzo de 2001.

Es más, las dudas, dice nuestra Sentencia de 15 de febrero de 1995, deben ser interpretadas en beneficio de los acusados, para dar mayor protección constitucional al concepto de domicilio, por lo que, en definitiva,

procede considerar ilícito en el mismo, máxime si no cuenta con los requisitos que anteriormente hemos dejado expuestos, de ineludible observancia.

Sentencia 1836/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2002

RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

Art. 42 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

Primera sentencia de la Sala recaída en un recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso de menores, concretando su naturaleza y ámbito de aplicación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El recurso de casación para unificación de doctrina establecido y regulado en el art. 42 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, posteriormente modificada por las LLOO 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de Diciembre, es un remedio extraordinario y tasado cuya finalidad es, según se anuncia en la exposición de motivos de aquella Ley, reforzar la garantía de la unidad de doctrina “en el ámbito del derecho sancionador de menores” a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quedando claramente explicitado el sentido de la frase que hemos puesto entre comillas, en el apartado 2 del citado art. 42 en que se dice que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso —por haberse producido entre distintas sentencias de la misma Sala de Menores de un Tribunal Superior de Justicia, o

entre sentencias dictadas por Salas de distintos Tribunales Superiores, o entre una de aquéllas y las sentencias del Tribunal Supremo— tienen que estar referidas a “hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos”. Significa esto que las discrepancias susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante el recurso de casación para unificación de doctrina son las que se concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos, se apartan sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos idénticos o muy parecidos sobre la gravedad objetiva del hecho, la personalidad y situación del menor, su entorno familiar o social, su edad, sus necesidades, etc., porque lo que se persigue a través de este remedio es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores y en su orientación educativa,

siempre inspirada por el principio del superior interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica. Completamente ajenas a esta problemática son las diferencias que puedan advertirse entre los criterios que hayan seguido los distintos Jueces de Menores y las Salas de Apelación en la apreciación de la prueba practicada en los respectivos procedimientos. En esta otra materia, sobre la que no es posible elaborar una doctrina específica en la jurisdicción de menores, que tendrá que atenerse naturalmente a los principios y pautas derivados del derecho constitucional a la presunción de inocencia, las decisiones de los Jueces de Menores no están exentas de control, pero éste ha sido instrumentalizado sólo mediante el recurso de apelación, establecido en el art. 41 de la LO 5/2001, que se interpone ante la Sala de Menores del correspondiente

Tribunal Superior de Justicia, recurso que garantiza satisfactoriamente, por ser de pleno conocimiento, el derecho a una segunda instancia reconocido a todo sentenciado en causa penal por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como quiera que las pretendidas contradicciones entre la Sentencia ahora recurrida y las que, a instancia de la parte recurrente, aparecen testimoniadas en los autos remitidos a esta Sala, que por cierto no fueron dictadas resolviendo recursos de apelación que se hubiesen interpuesto contra sentencias emitidas por Jueces de Menores, tendrían como objeto los juicios de valoración de las pruebas, que llevaron a unos y a otros Tribunales a declarar probados o no los hechos que en cada caso les fueron sometidos, es evidente que el presente recurso, inadmisiblemente a tenor de lo establecido en el art. 884.1.º LECrim., debe ser desestimado.

Sentencia 1835/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de noviembre de 2002

APROPIACIÓN INDEBIDA. MULTA.

Arts. 50 y 252 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras insistir en la reciente y discutida interpretación jurisprudencial de las relaciones entre apropiación indebida y administración desleal, se ocupa ampliamente la sentencia de la determinación de la cuota de la multa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

La cuestión que, así mismo, también plantea el Recurso, con mayor hondura jurí-

dica, es la de si los hechos no habrían de tener encaje más adecuado en la previsión del actual artículo 295 (administración desleal) del Código hoy vigente, que por no tener precedente en la norma coetánea a los

hechos enjuiciados, habría de conducir, en este caso, a la impunidad por proscripción de la aplicación retroactiva del precepto más desfavorable.

Se suscita con ello un tema sobre el que ya ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal, a propósito de determinar si nos hallamos ante una duplicidad de previsión penal respecto de una misma conducta, cuando el administrador, desleal o fraudulento, comete un hecho incardinable inicialmente en la figura de la Apropiación indebida. Y, en caso de que así sea, cuál sería el precepto aplicable (arts. 295 ó 252 del CP).

A propósito de ello y al margen de otras interesantes opiniones que al respecto han ofrecido diversos autores, la Jurisprudencia ha dicho que *“El tipo del art. 295 del CP, en su modalidad de ‘disposición fraudulenta de bienes’ entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del art. 252 CP, pues lo que en el primero se castiga no es sino 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. Pero como quiera que el art. 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, también encajaría en él el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000 ptas. La colisión entre el art. 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, y que más de una vez resultarán simultáneamente aplicables, debe resolverse por la vía del art. 8.4.º (precepto que imponga mayor sanción), según ha dejado sentado la doctrina de esta Sala”* (STS de 31 de enero de 2002).

En el mismo sentido y entre otras, las SSTs de 26 de febrero, 3 de abril y 17 de octubre de 1998 y 12 de mayo y 12 de julio de 2000, mencionadas en la anterior Resolución y a las que cabría añadir también las más recientes de 15 de diciembre de 2000 y 16 de febrero y 29 de mayo de 2001.

Bien sea siguiendo, por tanto, tal reiterado criterio de esta Sala, que acude al princi-

pio de alternatividad y al concurso de normas para sancionar, como infracción más gravemente castigada (art. 8.4.º CP), la Apropiación indebida concurrente en ciertos supuestos, de acuerdo con la descripción gráfica que de ambos tipos se hace como correspondientes a “dos círculos secantes” entre sí; bien lo sea de acuerdo con la opinión, al menos igual de convincente, expresada por algún autor, de que nos hallamos ante dos descripciones típicas independientes e, incluso, heterogéneas entre sí, para cuya sanción hay que acudir al principio de especialidad, favorable al artículo 252, Apropiación indebida, puesto que las conductas apropiatorias y de distracción siempre deben sancionarse a través de este ilícito, lo cierto es que la conducta aquí enjuiciada era por igual punible con el Código de 1973 (art. 535) que con el actual (art. 252).

Por lo que carece de razón el Recurso cuando pretende la absolución por falta de tipificación expresa de su conducta conforme a la norma vigente al tiempo de su comisión, del mismo modo que acontecería si hubiera solicitado la sanción, más favorable, de acuerdo con el artículo 295, como lo hicieron varios de los recurrentes que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, pues, como ya decía, antes de la publicación del Código de 1995, la STS de 14 de marzo de 1994, el artículo 535 del Texto de 1973 *“...no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también, en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal de alcance limitado, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregadas a dicho principal, no lo hacen, distrayendo el dinero de cualquier manera.”*

El motivo, pues, se desestima.

Quinto.—Por último, el motivo Octavo, con idéntico sustento normativo del anterior, alega infracción de los artículos 50 y 52 del Código Penal, al establecerse la cuantía de la cuota diaria de la multa impuesta, sin

fundamento en la verdadera situación económica del recurrente.

A este respecto ya se ha manifestado también esta Sala, en el sentido de que el artículo 50.5 del Código Penal dispone, en efecto, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas.

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguientes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); c) cuando menos, algún dato que, el Juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; o d), en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal “ad quem” vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos (STS de 3 junio de 2002, por ejemplo).

No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (STS de 3 de octubre de 1998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil pesetas, la imposición de una cuota diaria en la “zona baja” de

esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento (STS de 26 de octubre de 2001). Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes SSTs de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001, que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que *“Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva”*

A su vez, la STS de 11 de julio de 2001 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

“El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias ‘teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo’. Como señala la Sentencia núm. 175/2001 de 12 de febrero, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas

del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben **tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.**

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999.

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que **en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial** situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 **si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas.,** por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su

grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos supuestos **si consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria,** que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de noviembre de 2000, núm. 1800/2000, considera correcta la imposición de una cuota diaria de mil pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización “prudencial” propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales.”

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, aun cuando es cierto, como el Recurso refiere, que no constan exhaustivamente las circunstancias económicas del recurrente ni el Tribunal de instancia ha consignado motivación expresa para la imposición de las cinco mil pesetas diarias que aplica, ha de considerarse que, en definitiva y de acuerdo con la doctrina expuesta, la fijación en esas cinco mil pesetas diarias de la cuota integrante de la sanción pecuniaria no puede tacharse, en modo alguno, de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales, toda vez

que nos hallamos aun en la “banda” inferior de las diez en que, idealmente, pudiera dividirse la pena en abstracto, tratándose además el condenado, en este caso, de persona que ha ocupado un puesto de gerente de una

empresa mercantil y que, incluso, era administrador único y máximo accionista de otra que contaba, en su día, con capital, medios personales y materiales suficientes para su funcionamiento.

Sentencia 1864/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2002

JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY (COMPETENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL/TRIBUNAL DEL JURADO).

Arts. 1 y 5 LOTJ

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

SÍNTESIS

Invocado en casación el derecho al Juez predeterminado por la Ley al ser condenado el recurrente por la Audiencia y no por el Tribunal del Jurado, la Sala lo desestima considerando que aquel derecho no queda afectado por controversias sobre competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria. Frente al criterio mayoritario se formula voto particular que por su interés se reproduce a continuación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Al amparo de lo que dispone el art. 5.4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, consagrado en el art. 24.2 CE.

El argumento es que la Audiencia Provincial de Almería sería incompetente para conocer de los delitos por los que se ha condenado al que recurre (asesinato y tenencia ilícita de armas), a tenor de lo que disponen

los arts. 1.º y 5.º apartado 2.c) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Pues bien, al respecto, hay que señalar, en primer término, que como ha declarado esta sala las discrepancias interpretativas sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no pueden dar lugar a la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (SSTS 1980/2000,

de 25 de enero de 2001, y 132/2001, de 25 de enero).

En segundo lugar, también es preciso poner de relieve que la propuesta es una cuestión nueva, pues se plantea por primera vez en el marco de este recurso y, por tanto, no ha sido sometida a juicio ni del Juez de Instrucción, ni de la Audiencia Provincial. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el ámbito de su conocimiento se circunscribe a los errores legales que hubiera podido cometer el juzgador de instancia al enjuiciar los temas que las partes les plantearon (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

En fin, es de notar que la parte tuvo a su disposición un trámite específico, el de los artículos de previo pronunciamiento, en el que le habría sido posible plantear, precisamente, la declinatoria de jurisdicción (art. 666.1 y 667 LECrim), y no lo hizo. Tratándose, además, de un trámite que incluye la previsión legal del recurso de casación contra la decisión de la instancia (art. 676.3 LECrim, conforme resulta interpretado por el Pleno de esta sala de 8 de mayo de 1998). En consecuencia, y por todo, sólo cabe desestimar el motivo.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL EXCMO. SR. MAGISTRADO
D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA,

(...)

Se denunciaba en dicho motivo que se había vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la Ley en la medida que el recurrente, fue condenado por la Audiencia Provincial de Almería como autor de un delito de asesinato y otro de tenencia ilícita de armas y no por el Tribunal del Jurado a quien correspondía el enjuiciamiento del delito de asesinato.

El primero de los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia rechaza la demora con tres argumentos: a) el derecho al Juez predeterminado por la Ley no queda afectado por controversias sobre competencia entre órga-

nos de la jurisdicción ordinaria; b) la cuestión no fue propuesta en la instancia por lo que es un tema nuevo planteado en esta sede casacional que por ello debe ser desestimada y c) la parte ahora recurrente tuvo a su disposición el trámite específico de los artículos de previo pronunciamiento en el que podía haber propuesto la declinatoria de jurisdicción.

Sin ignorar la fuerza de los argumentos esgrimidos, no puede admitirlos.

No creo que el Tribunal del Jurado sea homologable al resto de los órganos de la justicia penal española. Por supuesto que es un Tribunal ordinario, pero en la medida que en el se integran ciudadanos jurados materializándose el derecho de todo ciudadano a participar en la Administración de Justicia, haciendo realidad la previsión del art. 125 de la C.E., tiene naturaleza cualitativamente diferente a los Tribunales constituidos por Jueces técnicos, por lo que las cuestiones de competencias que puedan surgir entre el Tribunal del Jurado y un Tribunal de Jueces técnicos tienen un *aliud* distinto a las normales cuestiones de competencia entre Tribunales de Jueces técnicos con incidencia en el sistema de recursos pues cabe apelación de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado y casación, lo que supone una más cumplida realización del derecho a la doble instancia contemplado en el art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En el presente caso se ha efectuado una interpretación extraordinariamente forzada de la *vis atractiva* en favor del Tribunal de la Audiencia con base en la existencia de un delito de tenencia ilícita de armas que ha atraído al delito de asesinato, lo que es una conexión de naturaleza perversa que parece ir exclusivamente orientada a vaciar de contenido la competencia del Tribunal del Jurado, competencia que no es disponible sino vinculante como se deriva del art. 1.º de la LOTC cuya dicción inequívoca declara que el Tribunal del Jurado “tendrá” competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo, figurando en primer lugar los delitos contra las personas,

especificándose en el apartado 2 de dicho artículo los concretos delitos con su articulación, apareciendo el delito de homicidio —arts. 130 a 140— en primer lugar, delito que debe ser consumado por así estar expresamente previsto en el art. 5.1 *in fine* de la Ley, estableciéndose como única excepción la competencia de la Audiencia Nacional que no queda afectada por la Ley del Jurado en el sentido de que seguirá conociendo de todos los delitos que sean de su competencia, lo que equivale a decir que en relación a las Audiencias Provinciales, quedan privadas de conocer de los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado. En este sentido, estimo que la atribución al Tribunal de la Audiencia de la competencia para conocer del delito de homicidio por su conexión con el de tenencia ilícita de armas, constituye una atribución arbitraria en el sentido al que se refiere la STC 35/2000 de 14 de febrero “...el derecho al Juez predeterminado puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la Ley le atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad...”, —en el caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional se trataba de un juicio de faltas competencia del Juez de Paz que fue sentenciado por el Juez de Instrucción con el argumento de la carencia de medios materiales y de personal profesional que padecía el Juzgado de Paz—.

En el caso que motiva el presente voto particular estimo que la decisión de la Audiencia de atraer hacia sí el enjuiciamiento de un delito que claramente no le estaba atribuido, constituye una decisión carente de todo soporte normativo y ha sido causante de la quiebra del derecho al Juez predeterminado entendido este como el Juez establecido por la Ley —art. 6.º del Convenio de Roma— y por tanto, el Juez competente —art. 14.5 del Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos—.

Ciertamente pueden existir casos dudosos en supuestos de conexidad delictiva y para resolver tales supuestos están previstas

las normas contenidas en el art. 5.º de la LOTC, incluso esta Sala Casacional, reunida en Pleno no Jurisdiccional y en ejercicio de su función de “policía jurídica” como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, ha tomado acuerdos en temas no especialmente previstos por la Ley, y así en el Pleno de 5 de febrero de 1999 se analizó el caso de que a un mismo acusado se le imputara la autoría de un homicidio consumado y otro frustrado y ante el riesgo de ruptura de la continencia de la causa, se tomó el acuerdo de atribuir el enjuiciamiento total a la Audiencia Provincial, lo que se materializó en la STS 70/99 de 18 de febrero.

Nada de lo dicho tiene aplicación al caso enjuiciado. El recurrente en casación fue condenado por un delito de homicidio y otro de tenencia ilícita de armas. No existía riesgo de ruptura de la continencia de la causa dada la total autonomía de ambas infracciones, y obviamente, no existía razón alguna para establecer conexión con incidencia en la competencia objetiva, en todo caso, si debía existir alguna *vis atractiva* hubiera sido en favor del Tribunal del Jurado competente para el delito más grave —el homicidio—, y no a la inversa a la Audiencia Provincial en base al delito de tenencia ilícita de armas.

Más aún, nada impedía y todo aconsejaba que cada Tribunal conociese del delito del que era competente. Precisamente ese fue el criterio sostenido por esta Sala en la sentencia 93/2002 de 31 de enero, se trataba de los delitos de falsedad y estafa por una parte, y de malversación de caudales públicos e infidelidad en la custodia de documentos, acordando esta Sala —que conoció del asunto por recurso instado por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Audiencia que se opuso a la competencia del Tribunal del Jurado— que la Audiencia Provincial conociera de los dos primeros delitos y el Tribunal del Jurado de los otros dos.

Ciertamente el caso ahora contemplado tenía menos complicación.

Las propias normas sobre competencia y conexión delictiva contenidas en el art. 5.º de la Ley del Jurado establecen que “en nin-

gún caso” se extenderá la competencia del Jurado a conocer de delitos conexos cuando el enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. Ese mismo argumento legal debe servir para que el Tribunal del Jurado no sea desposeído de la competencia para conocer de los delitos que expresamente le están sometidos a su enjuiciamiento.

No se ignora que la STS 132/2001, citada en la sentencia en apoyo de la decisión de la que se discrepa, en un caso de cuestionamiento en la sede casacional de la competencia de la Audiencia Provincial para conocer de un delito competencia del Tribunal del Jurado, —Fundamentos Jurídicos primero a tercero—, sostuvo la doctrina de que las cuestiones de competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituyen infracción al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, tesis con la que discrepo en relación al Tribunal del Jurado pero también es cierto que en el supuesto contemplado y resuelto en aquella sentencia se trata de imputación a una misma persona de un delito de homicidio consumado y otro intentado con riesgo de ruptura de la continencia de la causa, caso que ya había sido resuelto por el Pleno de esta Sala de 5 de febrero de 1999, como ya se ha dicho, atribuyendo toda la causa al conocimiento de la Audiencia Provincial. El caso concreto era totalmente diferente al

que ahora nos ocupa y en relación a la STS 1980/2000 de 25 de enero, también citada, debe recordarse que la contienda competencial se suscitaba entre las Audiencias Provinciales de Madrid y Vitoria-Gasteiz (Fundamento Jurídico segundo).

En relación a los otros argumentos utilizados en la sentencia de la que disiento, creo que no pueden ser obstáculo a cuanto se ha dicho.

La doctrina sobre la cuestión nueva planteada en casación y su inadmisión debe ceder y cede de hecho cuando se trata de la vulneración de un derecho de rango constitucional cual es el derecho al Juez predeterminado por la Ley.

En relación a que la parte se aquietó con el pronunciamiento de la Audiencia Provincial del que ahora discrepa, que tuvo a su disposición el trámite de los artículos de previo pronunciamiento, creo que carece de la suficiente fuerza como para enervar la quiebra del derecho constitucional afectado.

El sistema judicial es el primer custodio y garante del ordenamiento jurídico, de suerte que no puede desplazarse sobre el particular la obligación de efectuar una denuncia ni su silencio en la instancia tiene facultades sanatorias de la vulneración del derecho ni le impide efectuarla ante esta sede casacional, como último intérprete y garante de la legalidad penal ordinaria, ni tampoco, en su caso, ante el Tribunal Constitucional.

Sentencia 1869/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de noviembre de 2002

RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

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

SÍNTESIS

Rechaza el Tribunal Supremo el criterio que denomina de “causa única” en cuya virtud se entiende no probada la relación de causalidad por el dato de que no queden excluidos otros posibles factores causantes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

1. El Tribunal a quo ha fundamentado su decisión absolutoria en “una duda razonable de que la actividad del acusado fuese la causante de la contaminación” “o si ésta ya se produjo en el año 1994 por rotura de una tubería del taller”. Aclara que “sobre el cómo y el por qué se rompió tal tubería no se articuló probanza alguna”. Señala que en cuanto a las diarreas y gastroenteritis que habría padecido la familia del querellante, no se ha producido ninguna prueba médica al respecto, que el informe del SEMPRONA es claramente favorable al querellado y pone de manifiesto que no sólo se encontraba el taller del querellado, sino otro y además un hotel, indicando que no se produjo prueba alguna sobre la supuesta posición más baja del terreno de este último taller respecto del otro. Asimismo hace referencia a las instalaciones del hotel, por lo que, según la declaración de un policía y el contenido del informe de SEMPRONA la contaminación bacteriológica del pozo “puede deberse a sus propios focos de contaminación”. Respecto del informe de “AMBIO, SA”, invocado como documento por el querellante, la Audiencia subraya que ha sido practicado sobre muestras obtenidas sin control del Juez de Instrucción y sobre las que no existió posibilidad de contra análisis.

2. Como se ve, el pronunciamiento de la sentencia se basa en una duda respecto de la causalidad de la acción del acusado. Esto se expresa ya en el hecho probado cuando se afirma que “se desconoce si la actividad del taller del querellado fuera ya la inicial rotura de la tubería en 1994, contribuyó y en qué medida a la contaminación del pozo en cuestión”.

Por lo tanto, la orientación de la impugnación contenida en el recurso es equivocada, pues la finalidad del recurrente es demostrar el alcance del riesgo creado, mien-

tras que la sentencia se basa en las dudas sobre la relación de causalidad.

De todos modos, lo cierto es que el criterio de la Audiencia para excluir la causalidad no es correcto. En efecto, la sentencia se basa en la existencia de otras causas posibles del peligro para el medio ambiente, criterio que podría ser designado como el de la “causa única”. Según este criterio, probablemente, la relación de causalidad sólo podría afirmarse cuando se identificara una causa única eficiente respecto del resultado producido. Este punto de vista, sin embargo, no es compatible con el de la jurisprudencia, pues, de acuerdo con ésta, la causalidad se debe entender según la teoría de la *conditio sine qua non*, es decir, que todas las condiciones del resultado tienen idéntico valor causal, siempre y cuando éste pueda ser demostrado por una ley causal natural. La razón de esta incompatibilidad es clara: todo suceso natural es consecuencia de múltiples factores y en él tienen incidencia diversas corrientes causales. La doctrina viene resaltando desde hace muchas décadas que “la condición de un resultado actúa siempre sólo en conexión con otras condiciones, de tal manera que siempre es posible hablar de una causalidad acumulativa”. Ciertamente esto no significa que el problema de la autoría se deba reducir al problema causal, pero, no es menos cierto que sin una aclaración del problema causal no es posible establecer la autoría del acusado o inclusive de otros posibles autores.

En consecuencia, la sentencia recurrida carece de suficiente motivación en conocimientos científicos y por ello vulnera el art. 120.3 CE, dado que no ha establecido si los vertidos son o no condición de la situación de peligro para el medio ambiente, si este carácter condicional puede ser apoyado en una ley natural de causalidad y si es posible que los análisis realizados en 1998 reflejen solamente el estado de las aguas de los pozos consecuencia del vertido de 1994. Por el

contrario, la sentencia se apoya en la supuesta necesidad de demostrar que la situación proviene de una única causa, punto de

vista que —como se vio— es contraria a los criterios establecidos en nuestros precedentes jurisprudenciales (ver STS 23-4-1992).

Sentencia 1939/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de noviembre de 2002

ABUSO SEXUAL. MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Arts. 101 a 104 y 181 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras determinar el alcance del término “penetración” en la modalidad agravada de abuso sexual, se establece como límite máximo de la medida a imponer a un inimputable el de la pena prevista en abstracto para el delito cometido (pero en la STS 1992/2002, de 20 de noviembre, se precisa que en la determinación de ese límite máximo se debe tomar en consideración el dato de que el hecho constituya una tentativa).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Entiende errónea la aplicación del art. 182 del Código penal, que dispone la consecuencia de una pena de cuatro a diez años de prisión cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, a unos hechos consistentes en que el acusado a un menor de seis años de edad “le bajó los pantalones y le chupó el pene”. Considera que “la conducta por la que el sujeto activo introduce el sexo del menor en su boca, no es la misma que la introducción de objetos o penetración bucal del sujeto pasivo”.

El motivo debe ser estimado. Plantea el recurrente un interesante aspecto en la interpretación del tipo penal del abuso sexual, también aplicable al de agresión sexual, referido a la interpretación del elemento típico “penetración”. Al respecto hemos declarado, por todas STS 1376/2000, de 13 de mayo, que “el concepto de penetración tiene un fundamento normativo, de acuerdo con el cual se da cuando la acción violenta pueda ser considerada como una grave afrenta a la intimidad sexual del sujeto pasivo (STS 1239/2000)”, pero ese concepto presupone que el acceso carnal y la penetración supongan la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades

que el tipo penal reseña, vaginal, acceso carnal propiamente dicho, o bucal y anal, rellenándose la tipicidad tanto cuando se penetra, como cuando se hace penetrar, es decir, tanto cuando un sujeto activo realiza la conducta de penetrar, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad, con violencia o intimidación o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado, presuponiendo la introducción del órgano sexual masculino en alguna de las cavidades típicas. Desde esta perspectiva, la acción de “chupar el pene” del sujeto pasivo, no supone la acción de penetrar en los términos antes señalados, de introducción del órgano sexual masculino en la cavidad típica del sujeto pasivo del delito.

Así lo ha entendido esta Sala en la reciente Sentencia 1214/2002, de 19 de junio, declara “la interpretación de dicho precepto, art. 178, debe ser realizada con arreglo a las categorías elaboradas en torno al delito de violación y, de acuerdo con ellas, el acceso carnal está constituido en primer lugar por la unión de los órganos genitales del hombre y la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina y, en segundo lugar mediante la penetración anal o bucal del miembro viril con independencia de que el sujeto pasivo sea mujer o varón, a diferencia del caso anterior. Por ello, limitar la penetración en las cavidades señaladas a la del miembro viril parece una interpretación lógica desde la caracterización de estos actos como acceso carnal, que originaria y gramaticalmente se identifica con la cópula, y también desde la falta de alusión en el precepto a la posibilidad de que pueda conceptuarse penetración, a estos efectos, a la inmisión de cualquier otro miembro del cuerpo humano”.

Consecuentemente se estima el recurso declarando el error en la subsunción de los hechos en el art. 182, declarando aplicable el art. 181.2.1, que señala una penalidad al delito, es este caso límite de la medida de seguridad de seis meses a dos años, según la

penalidad vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

Tercero.—Denuncia en este motivo la ausencia de motivación respecto al señalamiento del límite máximo de duración de la medida de seguridad impuesta en virtud de la declaración de concurrencia de la circunstancia eximente del art. 20.1 del Código penal.

El motivo se desestima. Como dijimos en la Sentencia 2107/2001, de 12 de noviembre, las medidas de seguridad no pueden tener una duración mayor que la que pudiera ser impuesta de no mediar la eximente declarada concurrente, pero la extensión de ese límite se corresponde con la pena que en abstracto fuera aplicable al hecho cometido. A este límite de duración se refieren los arts. 101 a 104 del Código penal. Los arts. 101, 102 y 103 dicen que “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable”; mientras que el 104 dice que “no podrá exceder de la pena prevista por el código para el delito”. Por sus términos literales este artículo 104 se refiere a la pena en abstracto prevista en la ley. Por el contrario los arts. 101, 102 y 103 parecen aludir a la pena concreta que tendría que haberse impuesto en el caso de que no se hubiera aplicado la eximente.

Entendemos que los términos del art. 104, antes referidos, señalan un límite máximo para la medida de seguridad, que coincidirá con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la “pena abstractamente aplicable al hecho cometido”.

Por ello, esta Sala no ha estimado necesaria, tanto en los casos de eximente completa como en los de incompleta, que el juzgado o tribunal determine en concreto en su sentencia qué sanción habría fijado teniendo en cuenta todos los elementos que el Código

Penal pone a su disposición para la individualización de la pena. Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente. Por eso el órgano jurisdic-

cional que impone una medida de seguridad consistente en privación de libertad sólo ha de tener en cuenta ese máximo legal posible de duración de la pena si no hubiera habido eximente, y no tiene obligación de determinar en concreto cuál habría sido esa pena de no haber concurrido la eximente.

Sentencia 1948/2002, Sala de lo Penal del TS, de 20 de noviembre de 2002

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Art. 66, regla 1.ª Código Penal

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

SÍNTESIS

Procede el Tribunal Supremo a rebajar la pena impuesta en la sentencia recurrida apelando a la idea de “desproporcionalidad sobrevenida” en virtud del cambio de criterio jurisprudencial en torno al alcance de la expresión “notoria importancia”, referida a la droga objeto de tráfico.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El segundo motivo, por la vía del error iuris, denuncia la indebida aplicación del párrafo 1º del art. 66 del Código Penal, estimando lesivo para el principio de proporcionalidad la fijación de la pena de prisión impuesta en la sentencia en extensión de ocho años y seis meses, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad de naturaleza agravatoria.

Como primera reflexión debemos decir que la concreta individualización judicial de la pena impuesta no está huérfana de motivación. En efecto, en el Fundamento Jurídico quinto, en base a que el recurrente carecía de dependencia tóxica y actuó movido por exclusivos impulsos de naturaleza lucrativa, organizando un sistema de venta con cierta estabilidad, pues llegó a alquilar un piso para esa exclusiva finalidad, y por la cantidad de heroína ocupada —73,56 gramos netos de heroína— también dispuso de

una suficiente inversión para la distribución continuada, e intentó derivar la responsabilidad en tercera persona buscando su impunidad, estrategia que denota un plus de culpa, el Tribunal sentenciador fijó la pena en ocho años y seis meses. Antes —Fundamento Jurídico tercero apartado b)— había rechazado la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia.

Hay que convenir que la Sala sentenciadora cumplió con el deber de motivación de la pena a imponer que específicamente la impone el párrafo primero del art. 66 del Código Penal que le permite recorrer toda la extensión de la pena, esto es, de tres a nueve años de prisión, fijándola en la extensión indicada, en atención a aquellas circunstancias referidas que operan en el campo de la culpabilidad y a las que se refiere el art. 66.1.º bajo la denominación de “circunstancias personales del delincuente” y que constituye uno de los referentes a tener en cuenta en orden a la individualización judicial de la pena. La decisión está motivada, no es arbitraria ni hubo indebida aplicación del párrafo primero del art. 66 del Código Penal.

Con lo dicho hasta aquí, se podría concluir con la desestimación del motivo. No va a ser esta la decisión de la Sala porque existe una segunda reflexión que provoca un nuevo abordaje de la cuestión de la pena de prisión fijada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, al que también se refiere el recurrente en el motivo.

Recordemos con las SSTS 807/99 de 12 de mayo y 258/2000 de 1 de junio que el principio de proporcionalidad, debe su elaboración a la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial habiéndose enriquecido con las aportaciones efectuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Español, si bien no aparece expresamente recogido en la Constitución, su reconocimiento y alcance constitucional no ofrecen dudas como se afirma en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la C.E. son los pilares

básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del favor libertatis. El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio. También resulta básico para el contenido del principio que se comenta, que como todos los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido de un determinado valor y que está, fundamentalmente, dirigido al legislador en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimarsele destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el art. 9.2.º de la C.E., también el sistema judicial en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al imperio de la Ley —art. 117 C.E.—, no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores.

La vigencia del principio ha quedado más consolidada si cabe con su explícito reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —aprobada por el Parlamento Europeo, por el Consejo de la Unión y por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000—, cuyo artículo 49, que lleva el significativo título “de los principios de legalidad y la proporcionalidad de los delitos y de las penas”, prevé en su párrafo 3.º que “...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción...”.

En definitiva podemos afirmar que el principio de proporcionalidad, junto con el de culpabilidad, aquel de naturaleza objetiva, y este subjetivo, se convierten en los dos

referentes a tener en cuenta para individualizar judicialmente la pena, porque esta debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito, de suerte que en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena a imponer debe ser el precipitado de las exigencias derivadas de ambos principios en la medida que concurren en el supuesto enjuiciado.

Desde estas reflexiones estimamos desproporcionada la pena de ocho años y seis meses de prisión impuesta al recurrente por la Sala sentenciadora. Se trata de una desproporcionalidad sobrevenida y que se deriva del ámbito jurisprudencial operado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 —posterior a la sentencia recurrida— en el que esta Sala Penal, actuando como último intérprete de la legalidad penal ordinaria estimó que la indeterminación querida por el legislador, en referencia al subtipo agravado de notoria importancia en materia de drogas, debería interpretarse a partir de dicho Acuerdo, en lo referente a la heroína para aprehensiones superiores a quinientas dosis tóxicas de 0'6 gramos, lo que equivale a cantidades a partir de trescientos gramos de heroína netos, modificando el anterior criterio de la Sala que lo tenía situado en cantidades entre los 60/80 gramos netos.

Es evidente, que la Sala sentenciadora con buen criterio, estimó que no procedía la aplicación del subtipo agravado al estar en presencia de 73'56 gramos de heroína, pero en atención a las circunstancias personales de la cantidad y gravedad de la droga ocupada —fronteriza con el subtipo agravado—, fijó la pena en extensión muy próxima al

máximo legal en el que se inicia la pena para el subtipo agravado, sin que padeciera el principio de proporcionalidad, de naturaleza objetiva al estar sólo relacionado con la gravedad del delito porque en aquella realidad temporal la propia cantidad de droga ocupada estaba muy próxima al umbral que hubiera permitido la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia.

En este momento, consolidado el nuevo criterio jurisprudencial, podemos hablar de una desproporcionalidad sobrevenida en relación a la gravedad del delito, porque si bien lo relativo a las circunstancias personales del recurrente permanecen idénticas: ausencia de dependencia, exclusivo ánimo de enriquecimiento con la venta de tan mortal sustancia, venta estable e inversión económica, así como instrumentalización de tercera persona para intentar la impunidad, no puede decirse lo mismo respecto del nivel de gravedad del hecho, porque de ser la cantidad aprehendida próxima a la que hubiera permitido la exasperación del tipo agravado, ahora tal cantidad es inferior a un tercio de la cantidad a partir de la cual opera aquel, se trata de un factor de determinación de la individualización de la pena de naturaleza objetiva, y por tanto independiente de la culpabilidad, si bien ambos están presentes en el art. 66.1.º del Código Penal, como ya se ha dicho.

En conclusión desde el respeto al principio de proporcionalidad calificado en la STS de 18 de junio de 1998 como eje definidor siempre de la decisión judicial, debemos reducir la pena impuesta, lo que se traduce en la estimación parcial del motivo.

Procede la estimación parcial del motivo.

Sentencia 1940/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de noviembre de 2002

ATESTADO Y TESTIFICAL POLICIAL.

Art. 297 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se declara por la Sala que las declaraciones prestadas por los acusados en sede policial no pueden ser introducidos en el juicio por la vía de la testifical de los funcionarios que las recibieron o las escucharon durante la confección del atestado y, de hacerse, no se les deberá atribuir carácter probatorio. Por su interés se extracta, asimismo, el contenido del voto particular formulado por dos Magistrados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) la neta separación/distinción de la actividad investigadora de la de enjuiciamiento tiene una fuerte razón de método, pues el proceso es un medio de adquisición de conocimiento; pero también, muy en especial, otro de garantía de derechos, ya que el objeto de investigación es una persona, cuya dignidad debe ser respetada. Esta segunda exigencia cobra particular relieve en el ámbito de la investigación policial, que se desarrolla en un marco en el que todavía no se han activado los mecanismos constitucionales de garantía previstos para las actuaciones judiciales. Hecho de singular relevancia que no puede perderse de vista en ningún momento y que impone un claro tratamiento diferencial de las informaciones obtenidas en esa fase preprocesal, en razón de su inferior calidad convictiva.

A tenor de lo que acaba de exponerse, es patente la necesidad de que la sentencia se elabore a partir de datos que hayan sido ob-

jeto de consideración autónoma por parte de un sujeto institucional ajeno a la investigación, de la que el juicio no debe ser la mera transposición mecánica que fue durante mucho tiempo.

Pues bien, esa línea de principio, que expresa fielmente el ideal acusatorio, reclama, por un lado, que el atestado policial no tenga realmente otro valor que el que le atribuye el art. 297 LECrim; y que —a salvo lo prescrito en el art. 730 LECrim— la declaración prestada en la primera fase del proceso no pueda ser utilizada sino en la forma que prevé el art. 714 LECrim, es decir, para ser puesta de manifiesto en el juicio a quien la hizo, en caso de contradicción con lo dicho entonces, a fin de valorar la atendibilidad de la manifestación actual y que el juzgador pueda saber, con fundamento, a qué atenerse.

De forma consecuente con tales presupuestos legales, el Tribunal Constitucional (sentencia 153/1997, de 29 de septiembre) ha resuelto que la primera declaración de un imputado prestada ante la Guardia Civil “no

constituye ni prueba preconstituida ni prueba anticipada, en cuanto forma parte del atestado, cuyo valor es únicamente de denuncia (SSTC 303/1993 y 51/1995). No obstante, puede admitirse, aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a tales actuaciones policiales en las que concurren, entre otros, los siguientes requisitos: en primer lugar, tener por objeto la mera constatación de datos objetivos, como fotografías, croquis, resultados de pruebas alcohométricas, etc.; en segundo término, ser irrepetibles en el juicio oral; y, por último, que sean ratificadas en el juicio oral, no bastando con su mera reproducción, o bien que sean complementadas en el mismo juicio oral con la declaración del policía, como testigo de referencia, que intervino en el atestado”.

El propio Tribunal Constitucional, en sentencia 79/1994, de 14 de marzo, ha entendido que “las diligencias policiales previas al proceso carecen de valor probatorio”. Y —dice— “aunque esta regla ha sido objeto de algunas matizaciones respecto de datos objetivos e irrepetibles, tratándose de declaraciones ante la policía no hay excepción posible [pues] las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales. Únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como prueba anticipada pueden ser consideradas por los tribunales penales como fundamento de la sentencia de condena”.

Como consecuencia de lo anterior, continúa la misma alta instancia, “la ineficacia probatoria de las declaraciones contenidas en las diligencias policiales de investigación conlleva, en todo caso, la exclusión de su acceso al juicio mediante el procedimiento de lectura del art. 730 LECrim”. Ciertamente es —dice también— que existe un cauce, el del testimonio referencial de los funcionarios ante los que se pronunciaron las manifestaciones inculpatórias. Pero se trata de un medio cuyo uso debe quedar “limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal”.

sibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal”.

De donde resulta que la posibilidad de acudir al testimonio de los funcionarios autores de la investigación, como forma de introducir en el juicio la declaración de algún imputado en el atestado, aparece en la jurisprudencia citada rigurosamente condicionada a que concurren dos requisitos esenciales. El primero y fundamental, que los datos sobre que verse la deposición sean de carácter objetivo; y el segundo, que no exista otra forma de constatación de los mismos, porque la correspondiente diligencia original fuera irrepetible. Y, aun siendo así, en todo caso, el empleo de tales testigos de referencia sólo estará autorizado en supuestos de imposibilidad real y efectiva de oír al testigo directo.

El tratamiento rigurosamente reductivo de este singular medio probatorio tiene plena justificación en la propia naturaleza del juicio oral, sobre la que antes se ha discurrido. Dicho en términos coloquiales, con tal limitación se busca evitar que aquellas fuentes y medios de conocimiento a los que —en razón del déficit de imparcialidad que concurre en su obtención— la ley cierra las puertas de la sala de audiencias, puedan ser introducidos en ésta por la ventana. Y, tratándose como se trata del imputado, la ley quiere también preservar al máximo su derecho a no declarar, ejercitable en cualquier fase del proceso; sin perjuicio de que lo ya declarado antes mantenga el valor que legalmente corresponda a tenor del momento procesal o preprocesal en que tal manifestación se hubiera producido.

Naturalmente, el funcionario policial puede deponer como testigo de lo que vea u oiga directamente, en el curso de su actividad: en el desarrollo de un registro, durante una persecución, cuando traslada a un detenido..., es decir, de todo lo que circunstancialmente perciba, que sea relevante. Ha visto, ha escuchado y puede y debe dar cuenta del qué y el cómo de su percepción, respondiendo a las preguntas de las partes. (Incluso, excepcionalmente, podría ser testi-

go de referencia de lo escuchado en declaración a un testigo cuya deposición en el juicio resultase imposible.)

Ahora bien, en el caso de la declaración policial de un imputado, éste es el único declarante que cuenta legalmente como tal, el único que puede ser escuchado en esa calidad porque es el único capaz de explicar el porqué de lo que dice, ser o no coherente, informar o no acerca de sus propias contradicciones el único que, por tanto, podría ser objeto de examen contradictorio. El instructor y el secretario del atestado agotan su cometido legal e institucional en el acto de recoger fielmente por escrito lo expresado por aquél. Y en el caso de ser llevados ante el tribunal para informar sobre el desarrollo de ese papel ¿qué otra cosa podrían hacer —salvo autoacusarse de delito de falsedad— sino decir que el declarante había manifestado efectivamente a su presencia lo que aparece suscrito como tal con su firma?

La circunstancia de haber sido receptores de determinados datos en el desempeño de su función profesional no les habilita legalmente para subrogarse en la particularísima e intransferible posición procesal del acusado, para confesar por él. Y pretender que la declaración policial de éste podría ser valorada contradictoriamente por la mediación de aquéllos es sólo una ficción de muy difícil, por no decir imposible, compatibilidad con el principio *nemo tenetur se detegere*, consagrado en el art. 24.2 CE. En virtud de él, las de mentir o ser veraz, entrar en contraste o ser coherente consigo mismo en el curso del proceso, son decisiones estrictamente personales y, por ello, las actitudes correspondientes no pueden ser escenificadas o recreadas mediante la interposición de un tercero.

(...)

Las consideraciones expuestas llevan necesariamente a concluir que las declaraciones policiales de los acusados no pueden ser introducidas en el juicio por la vía de la testifical de los funcionarios que las recibieron o las escucharon durante la confección del atestado. Y que, si como es el caso, lo hu-

bieran sido, no deberá atribuírseles valor probatorio.

(...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES.
D. JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Y D. ENRIQUE ABAD FERNÁNDEZ

Con el máximo respeto que nos merece la opinión mayoritaria de este Tribunal y sin discrepar de ella en cuanto a la conclusión que con la misma, en definitiva, se alcanza, al contar con sobrado fundamento, hemos de manifestar, sin embargo, nuestro diferente criterio en cuanto al párrafo en el que se afirma que: “Las consideraciones expuestas llevan necesariamente a concluir que las declaraciones policiales de los acusados no pueden ser introducidas en el juicio por la vía de la testifical de los funcionarios que las recibieron o las escucharon durante la confección del atestado. Y que, si como es el caso, lo hubieran sido, no deberá atribuírseles valor probatorio.”

Tal pronunciamiento, de contenido apodíctico, por el que se priva de valor, con carácter general, a la posibilidad de acreditar, en supuestos de una eventual retractación ulterior, lo realmente manifestado en sede policial por el posteriormente imputado, mediante la declaración, en Juicio, de los funcionarios, no sólo la de aquellos que intervinieron directamente en el atestado sino incluso de los que hubieren tenido conocimiento de ello por otro medio, no nos parece acorde con la doctrina de esta Sala, contenida en Sentencias como las de 28 de enero, 22 de febrero y 27 de marzo de 2002, por citar sólo las más recientes.

Y así, leemos en la primera de ellas: “...la declaración policial del coimputado se ha incorporado al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestó, sometiéndose a la debida contradicción en el juicio, en cuyo caso ya puede ser valorada como prueba de cargo por el Tribunal sentenciador. La Sala “a quo” ha dispuesto en directo de dichas declaraciones testificales de los agen-

tes que valora con intermediación y que le permite adicionalmente apreciar las condiciones de ausencia de coacción y asistencia letrada en que se prestó la declaración del coimputado.”

En tanto que la de 22 de febrero dice, a su vez que:

“... existe una consolidada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala Segunda que concede, excepcionalmente un cierto valor de prueba a las actuaciones policiales, que por lo que se refiere al caso de autos, de declaración autoincriminatoria en esa sede, no ratificada posteriormente, puede ser estimada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1.^a que conste que aquélla fue prestada previa información de sus derechos constitucionales, 2.^o que sea prestada a presencia de letrado y 3.^o finalmente sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma.

(...)

En esta situación la declaración del recurrente en las condiciones expresadas complementada por la del Instructor del Atestado no en concepto de testigo de referencia en sentido propio porque éste, es el que sustituye al testigo directo en caso de imposibilidad de que acuda al Plenario —muerte, desaparición, STS 592/2001 de 30 de marzo— sino en concepto de quien ha oído lo expresado por el testigo directo —o por el imputado—, y ante la retractación de éste, es llamado para que exprese ante el Tribunal las condiciones en que tal declaración fue efectuada y cuál fue su contenido, permite la superación de los requisitos de legalidad ordinaria y por tanto su incorporación al proceso, pues como se afirma en las SSTS de 6 de junio de 1990, 17 de octubre de 1992 y 5 de junio de 1993, no tendría sentido inadmitir el valor de la confesión prestada en sede policial con las garantías que proporciona la presencia de Letrado, la información de derechos y la presencia en el Ple-

nario de los agentes policiales intervinientes, y por el contrario admitir la confesión extrapocesal siempre que haya sido sometido a contradicción el testimonio de las personas ante las que se hizo”.

Resoluciones que insisten en la viabilidad de las declaraciones testificales de los funcionarios actuantes en orden a ser introducidas dentro del acervo probatorio con el que puede contar el Juzgador para alcanzar su motivada convicción acerca de lo realmente acaecido, sin olvidar por supuesto las obvias reservas que han de adoptarse respecto de la atribución de credibilidad a tales testimonios, especialmente de los de quienes pudieran encontrarse previamente comprendidos con la veracidad del contenido del atestado.

La radical exclusión a que llega la Sentencia a la que este Voto se incorpora, consideramos que carece de apoyo legal alguno, supone clara discriminación en relación con otras posibles declaraciones prestadas por testigos igualmente vinculados con actos propios anteriores al enjuiciamiento, impide que el funcionario que, por descuido o incluso intencionadamente, hubiere podido incurrir en falsedad en la confección del atestado, tenga oportunidad de manifestarlo en Juicio, con beneficio del acusado y, en definitiva, es contraria, además de a la ya referida doctrina de esta Sala, a la del propio Tribunal Constitucional que, en su Sentencia n.º 51/95, de 23 de febrero, por citar un solo ejemplo, se refiere a la doble posibilidad, para que las declaraciones prestadas ante la Policía y que figuran en el atestado puedan ser introducidas como prueba de cargo en el Juicio Oral, de su ratificación en este acto por el propio declarante o que sean “confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el juicio”.

En definitiva, sostenemos que no puede afirmarse, con generalidad, la exclusión absoluta de un medio de prueba del que, eventualmente, podrían hacer uso los Tribunales para, con la debida convicción suficientemente motivada, fijar la realidad de unos hechos.

Sentencia 1994/2002, Sala de lo Penal del TS, de 29 de noviembre de 2002

PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR.

Art. 17.2 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Amplio y pomenorizado estudio de la figura de la proposición para delinquir (art. 17.2 del CP) discutiendo sobre todo el problema de si es preciso o no que el proponente tenga prevista su intervención personal en la ejecución del hecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(…)

1. El meollo de la cuestión es simple y se contrae a la determinación del grado de intervención que ha de tener el proponente en el hecho criminal propuesto (art. 17.2 C.P.), que él ha decidido cometer, y al que ha invitado a otra u otras personas a ejecutarlo.

El art. 17 y 18 del C. Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios.

Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa los prevea la

ley (véase el art. 17.3.º y 18.2.º C.P.). En la conspiración y provocación, los términos de la ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores.

La conspiración existe, según la ley, “cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (art. 17.1.º C.P.). Nos hallamos, pues, ante la denominada “coautoría anticipada”, en la que se prevee la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

La provocación, por su parte, “existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito” (art. 18.1.º C.P.). Es obvio que en este caso, referido a una incitación intensa, de indudable amplitud y fuerza difusora, el provocador

no pretende cometer el hecho delictivo, quedando al margen del mismo, en la esperanza de que el mensaje lanzado, pueda ser asumido por alguno de los indeterminados destinatarios.

Por último “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”. Realmente se trata de una “inducción frustrada” o “tentativa de inducción”. En los términos en que la describe la ley, no resulta claro afirmar si tiene o no que participar personalmente en el hecho proyectado el que realiza la propuesta, o por el contrario ésta debe realizarla materialmente el instigado o requerido sin necesidad de intervenir el proponente. Sobre el particular esta dividida la doctrina y la jurisprudencia.

2. El Tribunal provincial optó por la necesaria participación personal y directa del proponente y le absolvió, al quedar excluida tal posibilidad del proyecto criminal.

El proceso deductivo y los argumentos alegados por la Audiencia podemos esquematizarlos del modo siguiente:

A) La proposición que actualmente se regula en el artículo 17.2 del Código Penal, mantiene el mismo tenor literal que en el artículo 4.2 del Texto Refundido de 1973 del Código Penal.

B) Se exige, por tanto, como elemento indispensable y diferenciador de otros supuestos, que el proponente vaya a intervenir directamente en la ejecución de la infracción delictiva que ha resuelto ejecutar y que invite a otro a que participe con él en la ejecución de dicho delito.

C) Que la conducta de proponer a otro la materialización de un delito sin intención de participar personalmente en el mismo, se sitúa en el ámbito de la inducción.

D) Que la inducción como forma de autoría ha de ser eficaz, planteándose entonces, si la inducción no seguida de ejecución es punible en alguna forma; señalando el Tribunal a estos efectos:

a) Que si no existe decisión del proponente de participar personalmente en la ejecución, no puede sancionarse como proposición.

b) Que tampoco puede acudirse a la figura de la provocación en el vigente Código Penal ya que, aunque con referencia al Código derogado la Sala Segunda del Tribunal Supremo había considerado que “la provocación seguida de ejecución se sancionaba como inducción y que, de contrario, la inducción no seguida de ejecución se sancionaba como provocación” (S.T.S. 16 de noviembre de 1987), en el vigente texto penal ello no es posible por requerirse que la incitación sea pública, excluyéndose, de ese modo, la incitación privada.

El derogado Código de 1973 define la provocación en los siguientes términos “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito”.

La conclusión a la que llega la Sala de instancia no es otra que la atipicidad de la conducta por no concurrir la exigencia de que el proponente esté decidido a intervenir personalmente en la ejecución del delito que invita a ejecutar a otras personas.

Con todo lo dicho hemos de preguntarnos: en casos de incitación de palabra (como es el que nos ocupa) o a través de otro medio de posible eficacia (entrega de dinero y promesa de entregar más), si no han sido efectivos y a la proposición no siguió la ejecución ¿puede castigarse la conducta enjuiciada como proposición, ya que como provocación no puede al excluirse la incitación privada? O, por el contrario ¿la decisión legislativa de no incluir la conducta dentro del concepto de provocación fue debido a que tenía perfecta cabida en la proposición?

Ahora el principio de punición, afirmado por la Sala II, debería decir que “la inducción no seguida de ejecución es impune, salvo que constituya provocación o proposición para delinquir, según los casos”.

3. El Tribunal de origen asienta su decisión en jurisprudencia precedente. Hemos de decir que la línea decisoria del Tribunal Supremo, se halla predominantemente acorde con la posición sostenida por la sentencia combatida, aunque no pueda calificarse de enteramente uniforme, al existir sentencias de otro tenor.

El apoyo fundamental lo halla en la de 21 de marzo de 1986 en la que se explica: “la proposición viene caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la material realización y a tal fin invita a otro u otras personas a que colaboren en la plasmación del proyecto”.

No tan explícitas, pero en la misma línea registramos la SSTS de 5 de febrero y 21 de octubre de 1993. La primera de éstas señala como requisitos de la proposición:

— resolución firme del proponente para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito.

— propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución.

— búsqueda de coadyuvancia para la realización material del delito.

4. Pero frente a tal tendencia interpretativa, no faltan sentencias que de modo indirecto no exigen tal requisito (v.g. S. 30 de noviembre de 1934 y 28 de mayo de 1935) o bien explícitamente entienden incluidas en los términos del antiguo art. 4.2.º del C.P. de 1973 (actualmente 17.2 C.P. de 1995) los casos de proposición con intervención directa (ejecutores materiales, coautores) o indirecta (cooperador necesario, inductor). Así, nos refiere la sentencia de 20 de octubre de 1972 que los elementos de la proposición se dividen en los dos siguientes:

a) Resolución en la que una persona se propone llevar a cabo la comisión de un delito.

b) Invitar a un tercero a ejecutarlo, bien cooperando materialmente ambos, proponente y propuesto, o bien induciendo el primero, por orden o mandato, para que sea el segundo quien material y efectivamente lo lleve a cabo.

5. La doctrina científica ha acusado la misma división de opiniones, existiendo autores que justifican la impunidad en supuestos de proposición no seguida de ejecución, en los que el proponente descarta de antemano la intervención ejecutiva en el hecho criminal propuesto.

Desde otra perspectiva los autores que sostienen la tesis de la punición expresan criterios como los siguientes:

— “el concepto de proposición comprende también el supuesto en que el proponente que ha resuelto cometer el delito invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación”.

— en la proposición “existe un sujeto resuelto a cometer un delito, pero no a ejecutarlo él personalmente” y a ello se une “la pretensión de captar la voluntad de otra u otras personas en orden a que sean ellos quienes ejecuten el delito”

Segundo.—Este Tribunal de casación, ponderando las distintas opiniones, atendidas las razones del M.º Fiscal, expuestas en el recurso, y partiendo de que no consta que después de la entrada en vigor del Código de 1995 —en el que se modifica sustancialmente el concepto de provocación— se haya pronunciado esta Sala en un sentido o en otro, opta por estimar subsumible la conducta enjuiciada en el art. 151 del C. Penal, en relación al 17.2.º y 147.1.º del mismo cuerpo legal.

1. Las razones que le impulsan a adoptar tal criterio resolutivo son, entre otras, las que a continuación se señalan, algunas de ellas, oportunamente patentizadas por la doctrina científica más cualificada. Veámoslas:

a) El Código Penal de 1932, en su art. 4.º p. 3.º, definía esta figura jurídica en los siguientes términos: “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecución a otra u otras personas”.

La doctrina científica, coincide en afirmar que el cambio de dicción en el Código de 1944, sólo tuvo una motivación de carácter formal o secundaria, evitando que la palabra definida se incluyera en la definición. Así, se sustituyó el verbo “proponer” por el de “invitar”, sin pretender variar la configuración, sentido y alcance de la figura de la proposición.

Por lo demás, no es infundado entender que la expresión actual “invita a otra u otras personas a ejecutarlo” sugiere que lo que se propone a otro, es que sea él el que ejecute el delito, que tramó y urdió el proponente.

b) No es lo mismo estar dispuesto “a cometer” el delito que estar resuelto “a ejecutarlo”. Del art. 49 del precedente Código de 1973, se desprendía que cometen el delito todos los autores con arreglo a la terminología legal, esto es, tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios. Decía el art. 49: “A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley”.

Aunque el precepto ha desaparecido, según el art. 28 del actual Código de 1995, se siguen considerando coautores del delito, no sólo quienes lo realizan o ejecutan, sino también los que inducen a otros a ejecutarlo, y como tenemos dicho, la proposición, en puridad técnica, integra una “inducción frustrada”.

c) Resultaría absurdo interpretar el precepto de otro modo, en aquellas hipótesis en que para la realización material del hecho delictivo no fuera precisa, o incluso resultara superflua, la participación ejecutiva del proponente, concretamente, en los casos en que el invitado a la ejecución puede perfectamente y por sí solo consumir el delito, sin que la colaboración del proponente aporte nada, que no sea su propuesta convincente.

d) Antes de la vigencia del Código de 1995—que alteró la redacción de la “provocación” (art. 18 C.P.)— pudo tener sentido la manifestación jurisprudencial, de que si a la provocación hubiere seguido la perpetración, el hecho se castigaba como inducción, y cuando no iba seguida de ejecución, la conducta debería ser castigada como provocación. Ahora, al excluirse la provocación privada, la propuesta jurisprudencial no sería correcta, ya que el art. 18 del actual Código no engloba tales supuestos.

Lo adecuado y razonable es enmarcar el caso en el art. 17.2.º (proposición), porque su literal descripción, consiente perfectamente, sin forzamientos interpretativos, la subsunción del supuesto, evitando una laguna legal, ante la falta de constancia de que el legislador tuviera el propósito de dejar impune tal comportamiento.

No es aventurado entender, en suma, que la exclusión de la provocación privada en la regulación actual de la provocación, tuviera por causa, cuando ésta se dirige a persona o personas concretas, el entendimiento por parte del legislador de que la hipótesis ya se hallaba contemplada en el art. 17.2 (proposición).

e) El texto legal no distingue o precisa si el proponente ha de intervenir directa o personalmente en el hecho delictivo propuesto. Le hubiera resultado fácil al legislador que pretendiera incluir la intervención en el hecho delictivo del proponente, establecer en el texto legal que dicho proponente incitara “a tomar parte en la ejecución”, u otras expresiones semejantes.

f) Tanto en la proposición como en la provocación la resolución del sujeto de cometer el hecho es firme (decida o no intervenir); esto es, la resolución manifestada es tan firme lo ejecute junto con los demás o se quede él al margen, después de haber propuesto o inducido a otros a su comisión.

g) En orden al contenido material de la antijuricidad del hecho (bien jurídico lesionado o puesto en peligro), la punición del supuesto que nos atañe sería acorde al grado de lesividad u ofensividad de la conducta

desplegada por el acusado. Piénsese que con el comportamiento enjuiciado se creó un riesgo o situación de peligrosidad seria y constatable, al ofrecer el proponente a una persona de dudosa catadura moral (los hechos probados afirman que el requerido poseía antecedentes delictivos) una cantidad dineraria tentadora, para dar un escarmiento a dos personas, llegándole a entregar como anticipo 350.000 pts.

La Audiencia advierte tal circunstancia el haber acordado, caso de alcanzar firmeza la sentencia, proceder conforme al art. 4.2.º C.P., proponiendo al Gobierno el futuro castigo de hechos de esta naturaleza.

Tercero.—Siendo subsumible la conducta descrita en el factum, en el art. 151, en relación al 17.2 del C. Penal, es necesario, dado el carácter relativamente dependiente de esta figura delictiva, concatenarla con el delito propuesto a la hora de completar la configuración del supuesto delictivo.

1. La acusación particular recurrente imputaba los hechos del art. 149 del C.Penal, y el M.º Fiscal, que se adhirió al recurso, los calificaba por la vía del art. 147 del mismo cuerpo legal.

De los términos imprecisos del factum pareciera que el escarmiento o agresión solicitado tuviera la entidad o gravedad necesaria como para encuadrar el hecho en los preceptos que la acusación invocaba. Pero a falta de mayores concreciones o ausencia de delimitación de la conducta a desarrollar, no podemos calificarla en esos términos, pues no se detectó un propósito especial (dolo duplicado), de provocar la pérdida de un ór-

gano principal o su inutilidad, o de un sentido, u ocasionar la impotencia, la esterilidad, o una grave enfermedad, etc., aunque eventualmente pudiera derivarse tal resultado en el desarrollo ejecutivo del proyecto delictivo, lo que nunca tuvo lugar, por ser consustancial a esta modalidad delictiva la inejecución de lo acordado. Por todo lo cual, debemos aceptar en beneficio del reo, que la proposición recayó sobre el tipo delictivo genérico de lesiones graves (art. 147 p. 1 C. Penal).

2. En aras a la individualización de la penalidad (art. 66.1.º C.P.), dado el peligro o riesgo corrido por las potenciales víctimas, la rebaja de la pena básica (de 6 meses a 3 años), deberá hacerse en un grado, imponiéndola en su mitad inferior atendiendo al hecho de que, el acusado confesó parcialmente su intervención, actuando al modo de una atenuante típicamente prevista en el Código. Ello no quiere significar, como pretende el recurrido, que pueda aplicarse el art. 16.2.º C.P., hablando de una interrupción del delito intentado, al haber acudido voluntariamente a la policía. El acusado no desistió de su macabro plan, sino que fue el tercero receptor de la propuesta delictiva, el que decidió no culminar los ilícitos propósitos por aquél proyectados, a pesar del dinero recibido y prometido.

El principio de proporcionalidad de las penas, nos inclina a considerar adecuada la pena que interesa el Fiscal de 4 meses, que deberá ser sustituida en ejecución de sentencia, en los términos establecidos en el art. 88 del C.Penal, en relación al 71.2.º del mismo cuerpo legal.

Sentencia 2069/2002, Sala de lo Penal del TS, de 5 de diciembre de 2002

PRESCRIPCIÓN DELITO FISCAL.

Art. 305 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras un detallado análisis, se ratifica el criterio jurisprudencial sentado donde la STS 1688/2000, de 6 de noviembre (publicada en el n.º 3 de la Revista de Derecho Penal) en el sentido de que la nueva redacción del art. 64 de la LGT no afecta al plazo de prescripción del delito fiscal, que sigue siendo de cinco años.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, alega la aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal de 1973, al haberse producido una ausencia de tipicidad en los hechos por modificación del término de prescripción de la deuda tributaria por la Ley 1/1998, cuyas disposiciones tienen carácter retroactivo. Sostiene que la prescripción de la deuda tributaria se produce a los cuatro años y que ello determina la prescripción del delito fiscal.

Las previsiones del artículo 31 de la Constitución, se desarrollan en la legislación tributaria. El artículo 4.º de la Ley General Tributaria (LGT), dispone que “los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional”. Esta legislación establece las particularidades concretas

del régimen de contribución mediante el pago de tributos, regulando cada uno de ellos en sus diferentes aspectos, y señalando en cada caso las obligaciones impuestas al contribuyente, así como la forma y momento en que deben cumplirlas. El incumplimiento de algunas de estas obligaciones, entre ellas las consistentes en el pago del tributo, es calificado como constitutivo de infracciones tributarias, cuya regulación pertenece al ámbito del derecho administrativo fiscal, en el que se determinan las diferentes infracciones, las sanciones, el procedimiento sancionador y otros aspectos, entre ellos, los plazos de prescripción. En esta materia, el artículo 64 de la LGT, en la redacción dada por la Ley 1/1998, coincidente con el artículo 24 de esta última, dispone: “Prescribirán a los 4 años los siguientes derechos y acciones: a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. b) La acción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas. c) La acción para imponer sanciones tributarias. d) El derecho a la devolución de ingresos indebidos”. Y el artículo 66 de la

LGT, por su parte, dispone que “1. Los plazos de prescripción a que se refieren las letras a), b) y c) del art. 64 se interrumpen: a) Por cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible. Asimismo, los plazos de prescripción para la imposición de sanciones se interrumpirán, además de por las actuaciones mencionadas anteriormente, por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador. b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase. c) Por cualquier actuación del sujeto pasivo conducente al pago o liquidación de la deuda”.

Asimismo, determinadas infracciones, en atención a su gravedad, superan la calificación de infracción administrativa y son consideradas delictivas. Entonces corresponde a la legislación penal la descripción de la conducta típica, de forma completa o con remisión a otras normas si se trata de preceptos penales en blanco, pero siempre quedando tal infracción delictiva sometida a los principios y reglas que regulan el derecho penal, y sujetas asimismo al derecho procesal penal, en lo que se refiere al proceso necesario para su persecución. El artículo 305 del Código Penal vigente considera delictiva la elusión del pago de tributos cuando la cuota defraudada exceda de quince millones de pesetas. Esta previsión legal no excluye la posibilidad de que la Administración inicie las actuaciones de comprobación o inspección. Antes al contrario, será lo habitual que el descubrimiento de los primeros indicios de responsabilidad criminal por hechos de esta clase se produzca como consecuencia de las actuaciones administrativas. Para estos casos, el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, dispone que “En los supuestos en que la Administración tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a

la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa”.

Desde ese momento, queda interrumpida la actuación propia de la Administración, y la actuación subsiguiente es responsabilidad de los Tribunales penales. Como consecuencia de ello, la determinación de la deuda no puede ya llevarse a cabo por la Administración mediante la oportuna liquidación, sino que habrá de realizarse en el proceso penal, ajustándose a las reglas tributarias, pero siempre de conformidad con las reglas de valoración de la prueba propias de esta clase de proceso. La eventual existencia de una liquidación ya efectuada formalmente por la Administración tributaria, al incorporarse al proceso penal por delito fiscal no será otra cosa que una prueba más, sin duda atendible, pero en todo caso sometida al pertinente debate entre las partes, y a la posterior valoración por el Tribunal. La Administración no podrá proceder a exigir el pago del tributo mediante el ejercicio de las facultades de autotutela que le reconoce la ley, debiendo limitarse a efectuar ante el Tribunal las peticiones que considere pertinentes a su derecho. Y tampoco podrá imponer sanción alguna por la conducta delictiva, pues las que correspondan se impondrán como penas por el Tribunal en la sentencia que en su día se dicte. La Administración solamente podrá reanudar su actuación cuando los hechos no sean considerados como constitutivos de delito, en cuyo caso, “continuará el expediente sancionador con base en los hechos que los Tribunales hayan considerado probados” (art. 77 LGT).

Aunque el artículo 305 del Código Penal vigente se refiere ya al “que por acción u omisión” defraude a la Hacienda, el delito fiscal, al menos en la modalidad de elusión del pago de tributos, que aquí interesa, se

configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, conducta esencialmente omisiva. Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria (STS n.º 1940/2000, de 18 de diciembre). También se refieren a su consideración como delito de resultado las STS n.º 797/199, de 20 de mayo; STS n.º 181/1993, de 9 de marzo; STS de 3 de diciembre de 1991; STS de 27 de diciembre de 1990 y STS de 2 de marzo de 1988, haciendo referencia todas ellas a la necesidad de que el perjuicio causado supere determinadas cifras, variables en función de la legislación vigente en la fecha en que ocurren los hechos.

Entre los aspectos cuya regulación le corresponde, la legislación penal determina los plazos de prescripción de los delitos, lo que en el derecho vigente se efectúa en atención a su respectiva gravedad, correspondiendo al delito tipificado en el artículo 305 un plazo de cinco años (artículo 131 CP), coincidente con el establecido para el delito que se tipificaba en el artículo 349 del ACP. Desde esta perspectiva nada se opone a que la ley señale a los delitos un plazo de prescripción de mayor duración que el correspondiente a las infracciones administrativas. Antes al contrario, parece lo correcto que, tal como en los delitos el plazo de prescripción se fija en atención a la gravedad, entre delito e infracción administrativa se mantenga ese mismo criterio con sus evidentes consecuencias.

La incidencia que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, en cuanto reduce el plazo de prescripción de las facultades y acciones de la Administración en materia tributaria, ha podido tener en la prescripción del delito fiscal es cuestión ya resuelta por esta Sala desde la Sentencia n.º 1688/2000, de 6 de noviembre, antes citada. En esta sentencia, ponien-

do de relieve que, aunque la cuestión no había sido planteada expresamente por el recurrente, la aplicación retroactiva de un plazo de prescripción más corto habría de aplicarse de oficio como norma más favorable, y por lo tanto en expresión de la ratio decidendi, se decía que “ha de estimarse que dicha norma no modifica el plazo de prescripción del delito fiscal pues nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad. Por otra parte tampoco cabe estimar que la extinción de la obligación tributaria por prescripción pudiese determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria. Por último tampoco cabría considerar la aplicación analógica de la excusa absolutoria de regularización tributaria, pues la aplicación de una norma por analogía requiere que concorra identidad de razón (art. 4.1.º del Código Civil) y es claro que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absolutoria de regularización tributaria —el favorecimiento o promoción del pago voluntario— no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente”.

Esta sentencia venía precedida de la STS n.º 1231/1999, de 26 de julio, en la que, con conocimiento de la modificación operada por la Ley 1/1998, se afirmaba contundentemente que “el plazo legalmente previsto para la prescripción de esta clase de delito contra la Hacienda Pública es indudablemente el de cinco años”. Y ha sido seguida por las SSTS n.º 1621/2001, de 10 de octubre y la n.º 1807/2001, de 30 de octubre y más recientemente por la STS de 15 de julio

de 2002, que ratifican, todas ellas, el mismo criterio.

Esto dicho, en realidad, el artículo 24 y la disposición final Primera.1, de la Ley 1/1998, no introducen novedades en la regulación del delito fiscal, ni concretamente, se refieren a su plazo de prescripción. En realidad no disponen tampoco que prescriban “todas” las deudas tributarias. Las citadas disposiciones se limitan a reducir los plazos de prescripción anteriormente vigentes, en cuanto se referían, en primer lugar, al derecho (o la facultad) de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, lo cual sólo podía referirse, antes y después de la modificación de los plazos, a las deudas tributarias respecto a las que la Administración tenía la facultad de liquidar, y no a aquellas otras respecto de las cuales el impago pudiera resultar delictivo, pues respecto de éstas, como antes se puso de relieve, la Administración está obligada a suspender su actuación remitiendo el tanto de culpa, y la determinación de la cuota es cuestión que corresponderá hacer al Tribunal penal tras la valoración de la prueba practicada en el juicio oral (STS n.º 1807/2001, de 30 de octubre y las en ella citadas). Y no puede confundirse la determinación de la deuda tributaria “mediante la oportuna liquidación”, que es un acto administrativo tributario sometido al correspondiente régimen como tal, con una prueba pericial practicada por funcionarios públicos en el seno de un proceso penal, sujeta a sus reglas propias, y sometida al oportuno debate y contradicción entre las partes y a la posterior valoración por el Tribunal, que puede asumir sus conclusiones o no hacerlo en función del resto de pruebas disponibles. Es cierto que la prescripción de las acciones supone la extinción de la deuda (artículo 62.4 del Real Decreto 1684/1990, de 20 diciembre, Reglamento General de Recaudación), pero sólo de aquellas deudas a las que se refiere la acción cuya prescripción se establece. Las acciones que prescriben a los cuatro años son las que se refieren

a aquellas deudas que la Administración puede liquidar lo que excluye las superiores a quince millones de pesetas cuando haya transcurrido el plazo de pago voluntario, momento en el que se consuma el delito, pues desde entonces, la liquidación corresponde al Tribunal penal, en su caso.

En segundo lugar, se establece en los citados preceptos que prescribe a los cuatro años la acción para exigir el pago de las deudas tributarias, acción que tampoco en caso de delito podía ejercitar la Administración actuando como tal mediante las facultades de autotutela que el ordenamiento le reconoce, lo cual no puede confundirse con un eventual ejercicio de acciones en el proceso penal.

Y, en tercer lugar, se dispone que prescribe a los cuatro años la acción para imponer sanciones tributarias, acción de la que es evidente que la Administración nunca ha sido titular cuando se trataba de conductas constitutivas de delito.

La unidad del ordenamiento jurídico no resulta así afectada en modo alguno en cuanto se mantiene dentro del mismo la necesaria proporcionalidad y coherencia entre las reacciones correspondientes a las conductas constitutivas de delito y a las que solamente alcanzan el nivel de infracción administrativa, lo que se manifiesta no sólo en la entidad de las sanciones, sino también en los plazos necesarios para que opere la prescripción. Sobre la base de la afirmación de la unidad del ordenamiento jurídico y del principio de intervención mínima del derecho penal, se plantea por el recurrente la situación indeseable que se generaría ante la existencia de dos plazos de exigibilidad de una misma deuda, según se contemple en vía administrativa o en vía penal. En realidad no se trata de dos plazos diferentes para una misma deuda. Aunque la naturaleza de la deuda sea la misma, pues en todo caso es una deuda tributaria, ya con anterioridad a la Ley 1/1998, el régimen de las deudas tributarias superiores a determinadas cantidades (diferentes en atención a las fechas y a la

norma penal vigente) difería del correspondiente a las demás, en los casos en los que se apreciara una elusión del pago del tributo, pues en el primer caso la investigación, la determinación de la cuota y la sanción, e incluso, según la corriente mayoritaria, la indemnización, correspondía a los Tribunales de justicia, mientras que en los demás se dejaban en manos de la Administración, sin perjuicio de los correspondientes recursos en la vía contencioso administrativa. La situación no ha variado, aunque se hayan reducido los plazos para la actuación de la Administración. La exigencia de las cuotas defraudadas en los casos en los que el hecho constituye delito sólo puede hacerse tras su determinación en el proceso penal, sea cual sea la tesis que se acepte en cuanto a la naturaleza del delito fiscal como delito de resultado y en cuanto a la procedencia de acordar la indemnización correspondiente en la sentencia condenatoria.

Alega el recurrente que la existencia de dos plazos para la prescripción supondría la imposibilidad de regularizar una vez transcurrido el cuarto año. Hemos de decir, en primer lugar, que el establecimiento de plazos preclusivos para la eficacia de determinadas actuaciones en relación a la punibilidad de una conducta no es contrario a la coherencia del ordenamiento jurídico. De hecho, la regularización no opera desde el momento en que se producen determinados acontecimientos que en la actualidad se describen en el artículo 305.4 del Código Penal. Algunas atenuantes *ex post facto*, como la 5.ª del artículo 21 del Código Penal, de reparación del daño, contienen en su regulación límites temporales a la eficacia de la conducta que contemplan. Por otro lado, la prescripción de las deudas tributarias se regula de manera indirecta mediante el señalamiento de plazos de prescripción de las acciones existentes para proceder a su liquidación y a exigir su pago, por lo que el examen de la subsistencia de una determinada deuda no puede hacerse directamente mediante el análisis de la propia deuda, sino a través de la comprobación del plazo de pres-

cripción de la acción para determinarla y obtener su pago. Y es evidente que cuando se trata de conductas delictivas constitutivas de delito fiscal, la acción para exigir el pago de la deuda se vincula a la acción para exigir la responsabilidad por el delito, la cual es, y debe ser, autónoma respecto a la existente para exigir la pertinente responsabilidad por infracción administrativa. Y esta autonomía no resulta afectada por los plazos que se establezcan legalmente respecto a facultades y acciones que corresponden a la Administración. De otro lado, aun cuando no se aceptara el anterior punto de partida, no es pacífica en la doctrina la opinión acerca de la imposibilidad de renunciar expresamente a la prescripción ganada en materia tributaria, lo que en estos casos encontraría una justificación añadida en los efectos beneficiosos, especialmente para el contribuyente, que la regularización produciría en el ámbito penal. Por otro lado, no parece lógico excluir el delito fiscal de las posibilidades de atenuación contempladas en el artículo 21.5.ª antes citado impidiendo al acusado reparar el daño antes del juicio oral.

Por otra parte, la desaparición de la deuda con posterioridad a los hechos típicos no supone la desaparición del delito. La regularización produce sus efectos cuando tiene lugar antes de determinados sucesos. Con posterioridad a los mismos, el pago a la Hacienda Pública de la cantidad solicitada ante el Tribunal como indemnización, la cuota tributaria, supondría la extinción de la deuda sin afectar en nada al delito fiscal, consumado en el momento de la elusión.

La presencia de un bien jurídico digno de protección es elemento imprescindible, al menos en el sentir de la doctrina mayoritaria, para la justificación de la existencia del delito. Se sostiene que su desaparición conduciría a la falta de tipicidad de la conducta. Desde este punto de vista, se afirma que si transcurren cuatro años sin que la Administración actúe, su interés en el cobro de la cuota defraudada desaparece, lo que provoca la desaparición del bien jurídico, sin el

cual no es posible sostener la existencia del delito.

Ya hemos dicho más arriba que las facultades y acciones a las que se refieren los artículos 64 de la LGT y 24 de la Ley 1/1998, son solamente las que corresponden a la Administración, y que no pueden afectar al plazo de prescripción de los delitos. De esta forma quedaría subsistente el bien jurídico cuando el ataque al mismo tuviera unas proporciones determinadas (por la ley). Sin perjuicio de esto, y dejando a un lado que las tesis relativas a la necesidad de un bien jurídico son actualmente cuestionadas, lo cierto es que la jurisprudencia ha rechazado la atipicidad de la conducta como consecuencia de una eventual prescripción de la deuda tributaria, pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión, y en dicho momento no cabe duda alguna de la existencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria (STS n.º 1688/2000, de 6 de noviembre).

De esta forma, la comprobación respecto de la existencia del bien jurídico protegido por el tipo debe referirse al momento de la comisión del hecho, entre otras cosas porque la consumación de algunos delitos supone la desaparición del mismo bien jurídico que se pretendía proteger. No puede equipararse la desaparición del bien jurídico con posterioridad a la ejecución del hecho a los supuestos de despenalización de la conducta debido a una distinta consideración acerca de la intensidad de la respuesta ante el ataque al bien jurídico que antes se protegía con un determinado tipo delictivo, o inclu-

so, a la no consideración de ese bien jurídico como acreedor de protección.

Finalmente se alega que, al no existir la cuota defraudada, el delito perseguido entre el cuarto y el quinto año carecería de responsabilidad civil. Si, como venimos declarando, la acción penal no prescribe al mismo tiempo que la acción administrativa, la responsabilidad civil por el delito puede exigirse coetáneamente con la responsabilidad penal, con lo que no se plantearía problema alguno en el sentido sugerido por el recurrente. Además, un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, como antes ya hemos puesto de relieve, considera el delito fiscal como un delito de resultado. Desde esa perspectiva la acción civil no nace de la deuda preexistente al delito, como sostiene el recurrente, sino del delito mismo, por lo que se ha afirmado que “forzosamente ha de entenderse comprendida en la responsabilidad civil aneja al delito (artículos 109, 110 y 116 CP) la indemnización correspondiente o *quantum* del perjuicio causado a la Hacienda Pública, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el artículo 305 ya señalado, constituyendo la sentencia que declara la misma el título de ejecución único para hacer efectiva la deuda tributaria”. (STS n.º 1940/2000, de 18 de diciembre).

De conformidad con lo expuesto, ratificamos expresamente el criterio jurisprudencial hasta ahora sostenido en el sentido de que el delito previsto en el artículo 305 del Código Penal vigente prescribe a los cinco años, según lo dispuesto en el artículo 131.1 del mismo cuerpo legal, sin que se vea afectado por las previsiones del artículo 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero y del artículo 64 de la Ley General Tributaria.

Sentencia 2068/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de diciembre de 2002

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO. RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE.

Art. 21.5 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras recordar que la Sala viene admitiendo la apreciación retroactiva de circunstancias atenuantes previstas en el nuevo Código Penal, aunque los hechos se tipifiquen conforme al texto derogado, se centra la sentencia en el alcance que debe darse a la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.5.º del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) El art 21.5.ª del CP de 1995 considera como circunstancia atenuante haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Esta Sala ha admitido reiteradamente la posibilidad de aplicar retroactivamente aquellos preceptos de la parte general del CP 95 relativos a circunstancias atenuantes o agravantes que sean favorables al reo, aun cuando en lo referente a la tipificación y sanción del hecho se utilice el CP anterior. En el caso actual la Sala sentenciadora afirma expresamente, en la fundamentación jurídica pero con valor fáctico, que los perjudicados han sido indemnizados a su plena satisfacción por el acusado cuando ya se encontraba avanzado el trámite de la causa, antes de la celebración del juicio oral. En consecuencia concurren tanto el requisito sustancial que confi-

gura esta atenuante como el cronológico, por lo que procede su aplicación.

Cuarto.—La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el CP anterior dentro del arrepentimiento espontáneo, configurándose en el CP de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la

conurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del Legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica (STS 4-2-2000).

Quinto.—El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 de febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspecti-

va de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (sentencias núm. 1990/2001, de 24 de octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 1 de julio). Ahora bien, no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en el que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el Legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos.

En el supuesto actual nos encontramos con una reparación total, que ha dado plena satisfacción a los perjudicados, quienes llegaron a un acuerdo indemnizatorio con el acusado y renunciaron a toda indemnización antes de la celebración del juicio oral. El motivo, en consecuencia, debe ser estimado.

Sentencia 2054/2002, Sala de lo Penal del TS, de 9 de diciembre de 2002

TRÁFICO DE DROGAS. TENTATIVA.

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

A pesar de la tipicidad de los actos de cultivo, puede ser éste tan incipiente que la acción se califique como tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El tema central de este recurso es la tipicidad de los actos de cultivo de una serie de plantas (*papaver somniferum*, o adormidera) en semillero, de muy reducidas dimensiones, en incipiente estado de desarrollo, aún no trasplantadas a tierra (salvo cuatro, en idéntico estado de desarrollo).

El art. 368 del Código penal castiga, dentro de sus modalidades, los actos de cultivo de drogas tóxicas o estupefacientes (ya que las sustancias psicotrópicas son, en realidad, de elaboración mediante laboratorio, e incluso las primeras generalmente no pueden consumirse tras su cultivo, sino que requieren también otro proceso químico de elaboración adicional). En todo caso, el cultivo como tal entra dentro de dicha tipicidad, en razón de la consideración del delito contra la salud pública como de peligro abstracto, conforme a nuestra jurisprudencia (véase, Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1997, referida a actos de cultivo). En consecuencia, debemos desestimar el motivo tercero.

Ahora bien, la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el

bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto, en este caso, el latex necesario en la cápsula de donde extraer el opio; hasta ese momento, el bien jurídico protegido estará el peligro, y por consiguiente, será posible la tentativa, pero no se habrá alcanzado aún el grado de la consumación delictiva.

Ahora bien, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, hemos de ver que las plantas se encontraban en tan escaso grado de desarrollo que se certificó por el Área de Sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza que “no hay latex en la cápsula del que se extrae el opio” (folio 15), al punto que “se desconoce la cantidad de sustancia que se puede extraer de las plantas decomisadas una vez desarrolladas completamente” (folio 28). En consecuencia, el delito se ha cometido, pero el grado de desenvolvimiento lo será en tentativa, a los efectos dispuestos en el art. 16 del Código Penal,

por lo que deben ser estimados los motivos segundo y cuarto del recurso, modificándose el *factum* en ese sentido, por la vía del art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

nal, como documentos literosuficientes ignorados por la Sala sentenciadora, para seguidamente tener por cometido el delito en grado de tentativa delictiva (motivo cuarto).

Sentencia 2047/2002, Sala de lo Penal del TS, de 10 de diciembre de 2002

DERECHO A LA “DOBLE INSTANCIA”.

Art. 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

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

SÍNTESIS

Reitera la Sala su criterio favorable a considerar que la casación penal, en el modo en que es aplicada en la actualidad (en especial cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia), cumple las exigencias del art. 14.5 del PIDCP. Aduce además en su defensa el hecho de que también la apelación está sometida a restricciones en orden a la revisión probatoria como ha puesto de manifiesto la STC 167/2002 (reproducida en el n.º 8 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Son reiterados los supuestos en los que ante esta Sala se plantea con carácter general la inadecuación de la actual regulación del recurso de casación penal al art. 14.5 del Pacto de Nueva York de 1966, ratificado por España.

Se trata de un problema legislativo que no puede resolver esta Sala, que ya se ha pronunciado colegiadamente por la conveniencia de generalizar el recurso de apelación para todas las sentencias penales, concibiendo la casación como un recurso de unificación de doctrina.

En tanto dicha reforma legislativa se lleve a cabo, esta Sala ha interpretado el cauce casacional de presunción de inocencia con la mayor amplitud posible, de modo que prácticamente se alcanzan las posibilidades de revisión probatoria propias de un recurso de apelación sin repetición del juicio, que es el actualmente existente en nuestro modelo procesal, y en la mayor parte de los países de nuestro entorno.

Segundo.—Ha de recordarse que tampoco en nuestra modalidad de apelación se puede proceder a una nueva valoración de las pruebas oralmente practicadas en la primera instancia, prescindiendo del principio

de inmediación. Las recientes SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 170/2002, de 30 de septiembre, 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado con buen criterio la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer, como debería resultar obvio, que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, con acierto, no incluye la repetición del juicio oral.

Como recuerda la sentencia de 18 de abril de 2002, núm. 692/2002, y la doctrina que se expone con detalle en el auto de 14 de diciembre de 2001, el recurso de casación penal, en el modo en que es aplicado actualmente, particularmente cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cumple con lo previsto en el citado art. 14.5. Y ello es así porque en este recurso cabe examinar la prueba practicada en la instancia y la aplicación que de ella se hizo por el órgano judicial competente, con suficiente amplitud como para satisfacer ese derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito a que su condena “sea sometida a un Tribunal superior conforme a lo prescrito en la Ley”. En nuestro caso la “Ley” a que se refiere el Pacto no está constituida únicamente por las disposiciones de la Lecrim, sino también por la forma en que han sido interpretadas y ampliadas en los últimos años para su adaptación a la Constitución de 1978 por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también de esta Sala del Tribunal Supremo.

(...)

Quinto.—(...) La efectiva realización de esta función ha obligado a la doctrina jurisprudencial a agotar los procedimientos para cumplir esta labor revisora, incluyendo la revisión fáctica. A ello se ha accedido a través del desarrollo de la doctrina casacional sobre la presunción de inocencia, la inter-

dicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, la exigencia de motivación, etc.

Como cauce más destacado, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: 1.º) una prueba de cargo suficiente, 2.º) una prueba de cargo que haya sido constitucionalmente obtenida, 3.º) una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada y 4.º) una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada,

Es indudable que estos cuatro parámetros permiten una amplísima revisión del juego probatorio, por lo que, en la actualidad, el único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica, es el del principio de inmediación, límite que también se aplica en el recurso de apelación.

Sexto.—En definitiva, la prueba producida en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso en lo que depende de la inmediación pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución Española), constituye un límite a la libre valoración probatoria reconocida en el art. 741 de la L.E.Criminal.

La apreciación en conciencia de la prueba reconocida en el art. 741 no equivale a una apreciación omnímoda y arbitraria, como ha advertido reiteradamente esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, sino ajustada a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia cabe al Tribunal de casación revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez o Tribunal sentenciador en la primera instancia.

Esta doctrina tiene su campo preferente de aplicación en el ámbito de la prueba indiciaria, pero también en la apreciación de los testimonios, la Ley impone al Tribunal la aplicación de las “reglas del criterio racional” (art. 717 de la L.E.Criminal).

En la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, como ha señalado con reiteración esta misma Sala.

Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 C.E.) o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo tenetur*, como ha expresado repetidamente esta Sala.

En consecuencia el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente en una segunda instancia, al menos en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias, aunque esta evolución forzada ha ido en perjuicio de su función propia de unificación jurisprudencial por lo que se hace necesaria, como ya ha expresado esta Sala, una reforma legislativa que generalice el recurso de apelación y permita al de casación recuperar su función propia de unificación del ordenamiento jurídico penal, material y procesal.

Séptimo.—Es cierto que, pese a ello, el Dictamen emitido por el Comité de Dere-

chos Humanos de la ONU el 20 de julio del año 2000 en el caso “Cesáreo Gómez” ha apreciado en un determinado recurso la vulneración del derecho reconocido en el art. 14 5.º del Pacto, pero esta resolución se refiere a un caso específico, no generalizable, y lo cierto es que en la escuetísima fundamentación de fondo de la resolución dictada no se entró realmente a valorar las características actuales del recurso de casación penal español tal y como funciona en la realidad jurisdiccional.

Ha de tenerse en cuenta que el referido Dictamen del Comité se limita, en cuanto a la cuestión de fondo, a señalar (parágrafo 11.1) que “de la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisadas íntegramente”. Si acudimos al parágrafo 8.6 para conocer cuál fue la información proporcionada por la representación procesal del Estado Parte, se aprecia que, según el Comité, “el Estado Parte aduce (...) que el recurso de casación español satisface plenamente las exigencias de la segunda instancia aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia Ley señala”.

Ello nos permite deducir que la información proporcionada al Comité sobre nuestro recurso de casación penal se limitaba a explicitar las limitadas posibilidades de revisión fáctica reconocidas en la Ley (error de hecho fundado en documento auténtico, art. 849.2.º de la Lecrim.), pero no las posibilidades de revisión fáctica mucho más amplias abiertas por la Constitución (presunción de inocencia, interdicción de la arbitrariedad, exigencia de motivación), la jurisprudencia constitucional y la práctica jurisdiccional efectiva del actual recurso de casación.

Sentencia 2052/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de diciembre de 2002

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 308 Código Penal

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

SÍNTESIS

De conformidad con el Acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional, de 15 de febrero de 2002, el fraude de prestaciones por baja laboral desplaza (principio de especialidad) al delito de estafa. Mientras la Audiencia condenó por estafa, el Tribunal Supremo califica el hecho como fraude de subvenciones a la Seguridad Social y absuelve al no superar aquél los diez millones de pesetas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. La parte recurrente no impugna, como es ordenado, el relato de hechos probados, pero entiende que sus afirmaciones se refieren a importes devueltos por pago delegado y constituyen las devoluciones o deducciones que recoge el artículo 307 del Código Penal de 1995 y que los subsidios obtenidos por la incapacidad temporal, constituyen, según la jurisprudencia de esta Sala, la subvención, desgravación o ayuda que recoge el artículo 308 del mismo texto legal. Manteniendo posiciones alternativas sobre la cantidad defraudada a la Seguridad Social y la naturaleza de las sumas recibidas, sostiene que, en todo caso nos encontramos ante un fraude de subvenciones contenido en el artículo 308 del Código Penal.

2. Como se ha señalado por la doctrina, la subvención es uno de los instrumentos a través de los cuales el Estado lleva a cabo su intervención en la economía y en general en

la vida social. Por ello, hoy día nadie discute que el Derecho Penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado que actualmente se ha fijado en quince millones de pesetas para la Hacienda Pública y diez millones para la Seguridad Social. La defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador.

3. La derivación hacia el derecho penal de las conductas defraudatorias en materia de subvenciones, aparece justificada cuando

concurrir las condiciones siguientes: a) Subvención pública a particulares; b) Atribución patrimonial; c) Carácter no devolutivo; d) Afectación a un fin. Pero el tipo penal exige además la concurrencia de un falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión y, al mismo tiempo, una ocultación de las condiciones que hubieran impedido su atribución.

4. En el caso presente resulta especialmente relevante el hecho de que el Ministerio Fiscal presentó, en sus conclusiones definitivas, una posición alternativa al calificar en primer lugar los hechos como un delito de estafa y, como opción diferenciada, la existencia, en todo caso, de un delito contra la Seguridad Social, previsto en el artículo 308.1 del Código Penal, solicitando que la indemnización, es decir, el perjuicio causado a la Tesorería General de la Seguridad Social, se fijase en un poco más de trece millones de pesetas.

5. La autonomía o independencia de los tipos de estafa respecto de los fraudes a los fondos públicos, ha sido muy debatida en la doctrina y en la jurisprudencia de esta Sala. Desde una perspectiva dogmática, se ponía en cuestión la posibilidad de que el sujeto pasivo de la estafa pudiese ser sujeto pasivo de la misma a la Administración Pública. El legislador, quizá con la finalidad de evitar posibles impunidades derivadas de esta postura, introdujo en el Código Penal, como delito específico o especial, los fraudes a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social. Ante la fluctuación de la jurisprudencia en orden a la elección del tipo aplicable a las conductas, como las que se describen en esta causa, y la alternativa entre las dos posiciones mencionadas, se celebró una Sala General no jurisdiccional, el día 15 de febrero de 2002, que se decantó por considerar que, el fraude relativo a las prestaciones por desempleo o cualesquiera otras comprendidas en la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990 de 17 de diciembre), constituye un delito especial que desplaza a la figura de la estafa.

La mencionada ley en el artículo 81.2 extiende la protección normativa incluso a las subvenciones procedentes de la Unión Europea (entonces Comunidades Europeas), y dispone que se aplicarán “para las ayudas y subvenciones” a las que se refiere el apartado anterior, en defecto de normas especiales, las contenidas en la presente sección:

A) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.

B) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y las subvenciones o ayudas financiadas en todo o en parte, con Fondos de la Comunidad Económica Europea”.

El fin público que trataba de cubrir las ayudas de las que se benefició el acusado, solicitud de prestaciones por pago delegado de bajas por incapacidad temporal debida a enfermedad, es indiscutible, por lo que concurren o se dan las previsiones establecidas en el tipo penal del artículo 308 del Código Penal en relación con la normativa presupuestaria citada.

6. La cuestión sobre la prevalencia del tipo de fraude a la Seguridad Social, como dice la Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2002 en la que se reconoce que no ha existido una respuesta unánime y firme en la jurisprudencia de esta Sala. Ello ha dado motivo a la convocatoria de un Pleno no jurisdiccional, que ha tenido lugar el día 15 de febrero de 2002, en el que se ha tomado el acuerdo de mantener el criterio asumido por la mayoría de las sentencias que se habían pronunciado sobre el particular, en el sentido de estimar que el fraude relativo a las prestaciones por desempleo constituye un hecho típicamente previsto en el artículo 308 del Código Penal. Esta tesis encuentra su fundamento en las razones expuestas en

la corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre “subvenciones” y “subsídios” en atención a que el art. 81.2.a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990) extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas “a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público”, finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que forma parte el art. 308 (“De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado por razón del principio de especialidad (art. 8.º1.ª C. Penal). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales, no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador.

7. La sentencia recurrida fija la cantidad defraudada en ocho millones siete mil novecientos cincuenta y una pesetas, lo que nos sitúa por debajo del límite de 10.000.000 señalado por el legislador en el artículo 308, como condición objetiva de punibilidad.

Es cierto que el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone un motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba, solicitando que, con arreglo a los documentos que esgrime, la responsabilidad civil del acusado, que sería equivalente al importe de la defraudación, importa un total de trece millones noventa y seis mil setecientos veintiuna pesetas, lo que daría lugar a la aplicación del artículo 308 del Código Penal.

No obstante es preciso subrayar que esta postura es contraria a la actitud procesal mantenida por la acusación particular en la instancia, ya que en su calificación definitiva fijó el importe de la defraudación imputada al condenado en cinco millones setecientos setenta y ocho mil seiscientos setenta y tres pesetas, a diferencia del Ministerio Fiscal, que no recurre y que estimó en más de trece millones de pesetas.

En todo caso, valorando solamente aquellos instrumentos probatorios que tienen naturaleza documental, estimamos que carecen de sustantividad suficiente para acreditar un error del juzgador.

Sentencia 2067/2002, Sala de lo Penal del TS, de 13 de diciembre de 2002

MIEDO INSUPERABLE.

Art. 20.6 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se aprecia en la sentencia la eximente incompleta de miedo insuperable —cuyo alcance se explica— en un supuesto en el que una mujer, que era víctima de repetidos malos tratos por parte de su marido, encierra a éste

dos días sin alimentos hasta que es liberado por la Guardia Civil, alentada por los vecinos. Por otra parte, se reafirma la tesis de que cabe tomar en consideración el Código penal vigente en lo que se refiere al alcance de la mencionada eximente, pese a que los hechos son tipificados de acuerdo con el Código penal derogado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo.

El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10.º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pomenorizada

de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

La aplicación de la eximente incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, ayu reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S 16-07-2001, núm. 1095/2001).

La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (sentencia de 29 de junio de 1990). Pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo (sentencia de 4 de julio de 1978), carácter inminente de la amenaza (sentencia de 22 de febrero de 1981) o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el CP 95.

Cuarto.—En el caso actual cabe apreciar que concurren los dos requisitos exigibles para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable: la existencia de un

temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva.

En efecto la violencia habitual psíquica y física sobre la pareja, que es lo que relata el Tribunal sentenciador cuando declara acreditado que la acusada “venía siendo objeto por parte de su esposo de insultos, amenazas y malos tratos”, constituye uno de los problemas de mayor envergadura que se plantean en nuestra sociedad, y engendra naturalmente un intenso miedo racional, inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, que alcanza un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva. Se justifica, por ello, en casos como el presente de actuaciones reactivas a dicha situación de violencia intrafamiliar, la valoración de esta circunstancia al menos como eximente incompleta y no como mera atenuante.

Quinto.—No cabe apreciar, sin embargo, la exención completa interesada por la parte recurrente, pues existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, dada la excesiva e injustificada prolongación de la detención.

En efecto, la detención ilegal constituye un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial (S.S.T.S. 26 de febrero de 1999, núm. 268/99 y 23 de junio de 2000,

núm. 1107/2000, entre otras). Pues bien, en el caso actual, aun cuando pudiese llegar a considerarse hipotéticamente que en el momento inicial a la acusada no le fuese exigible otra conducta distinta de la desarrollada bajo la presión del miedo, es evidente que una vez encerrado su esposo en el cuarto de la azotea donde al parecer se refugiaba para trajinar con sus artilugios de pesca, la acusada podía haber actuado de otra forma en lugar de mantenerle encerrado indefinidamente sin proporcionarle alimento alguno y amenazándole con aceite hirviendo cuando se acercaba a la puerta enrejada para intentar abandonar su encierro.

Es la propia parte recurrente la que asegura en su escrito de recurso que el encerrado llegó a solicitar alimentos a gritos a sus vecinos, lo que no es de extrañar, dada la penosidad de mantenerse casi dos días sin comer. Fueron estos vecinos los que avisaron a la Guardia Civil, que liberó al encerrado. Durante dicho tiempo no sólo estuvo privado de la libertad deambulatoria, sino de alimentos y del ejercicio digno de las funciones higiénicas, que no pueden realizarse en las condiciones habituales en una azotea.

Es claro que si el miedo inicial de la acusada puede atenuar su responsabilidad, ésta no queda totalmente excluida, pues una vez retenido su esposo por temor a una eventual agresión, a la acusada le era exigible otra conducta, ya que pudo acudir a las autoridades en lugar de prolongar indefinidamente el encierro, en condiciones especialmente penosas.

Sentencia 2099/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de diciembre de 2002

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

Arts. 142 y 742 LECrim.; 248.3 LOPJ

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

SÍNTESIS

Requisitos que han de observarse en la estructura de la sentencia para adecuarse a las exigencias constitucionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La invocación por la parte recurrente, de preceptos procesales relativos a la configuración de la sentencia, unos de carácter preconstitucional y otros inmersos en la plena vigencia de la Constitución y de los Textos Internacionales de derechos fundamentales de la persona incorporados a nuestro sistema jurídico, nos proporciona la ocasión para diseñar las bases y elementos esenciales de una sentencia que se ajuste a las exigencias de claridad, que se derivan de forma expresa del artículo 120.3 de la Constitución y de forma indirecta del artículo 24.1 del mismo texto fundamental. El destinatario de la sentencia es en un primer plano el acusado que debe comprender por qué se le condena y, en definitiva, la propia sociedad a la que interesa conocer la forma en que se administra justicia.

5. El esquema tradicional, que todavía permanece vigente en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe ser corregido y adaptado a las pautas exigidas por la normativa orgánica y constitucional y por la evolución de las tecnologías de la información.

El llamado encabezamiento que se contiene en el apartado 1 del artículo menciona-

do, mantiene su actualidad y es un elemento añadido a la numeración de las sentencias, que resulta indispensable para su localización y para el manejo de las bases de datos jurisprudenciales. No obstante la referencia, a la identificación de los acusados y procesados por el sobrenombre o apodo, parece más propio de los métodos policiales, e inadecuado para un órgano jurisdiccional que no debe incurrir en costumbres identificadoras, propias de una sociedad rural, con deficiencias culturales y poco desarrollada. Supone además la utilización de una etiqueta criminalizadora que debe ser rechazada.

El artículo citado, siguiendo unas normas que han sido abandonadas por el uso judicial, antepone la consignación de los hechos probados a las conclusiones del Ministerio Fiscal y las demás partes intervinientes. Contempla en bloque, si bien en considerandos numerados y separados, todo el armazón jurídico de la sentencia, haciendo una referencia totalmente desactualizada a la declaración de la querrela calumniosa al haber desaparecido la condición objetiva de perseguibilidad para entablar la acción por el delito de calumnia estrictamente privado, salvo en los casos de que se cometan utilizando los medios de comunicación. Por supuesto

no existe ni la más mínima referencia a la necesidad de motivación, lo que llevó a la jurisprudencia preconstitucional, cuyo exponente es alguna sentencia de los años setenta, en la que se llega a decir que “El Tribunal debe abstenerse de recoger... la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración y que deben permanecer de incógnita en la conciencia de los juzgadores... el Tribunal no puede ni debe dar explicaciones del por qué”.

El artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento se limita a recordar el deber de congruencia de la sentencia al contestar a todas las cuestiones jurídicas suscitadas por las partes. El artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sustituye el anterior formato, reproduce el encabezamiento pero estructura la sentencia en antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y parte dispositiva o fallo.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo exige claridad y precisión a los hechos probados (art. 851.1), pero nada dice sobre comprensibilidad de los argumentos o razonamientos empleados para llegar a una determinada resolución. El artículo 520.2 al contemplar los derechos del detenido o preso obliga a que se le informe de forma inmediata de los hechos que se le imputan, de las razones de su privación de libertad y de los demás derechos que le asisten. El artículo 771.2.º según la nueva redacción de la Ley 38/2002 de 24 de octubre que entrará en vigor el 24 de abril de 2003, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el Procedimiento para el Enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado, da un paso adelante e impone a los funcionarios de policía judicial el deber información de manera comprensible de los hechos que se le atribuyen y del resto de sus derechos.

6. Para la adecuada comprensión y sistematización de las sentencias y para su me-

jor asimilación por los destinatarios estimamos que, partiendo del esquema marcado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, se debe procurar que se estructure su contenido de forma que se pueda distinguir nítidamente entre la fundamentación fáctica y los razonamientos jurídicos, evitando que en estos últimos se incluyan afirmaciones sobre hechos probados que necesariamente deben figurar por separado.

En primer lugar el encabezamiento con el contenido al que ya hemos hecho referencia con anterioridad. A continuación se debe incluir lo que la ley denomina antecedentes de hecho que no son otra cosa, que la reseña de las vicisitudes procesales que ha seguido la causa desde su iniciación hasta el momento del juicio oral, por lo que su más acertada denominación sería la de antecedentes procesales. A continuación se relatarán con claridad y precisión, sin utilizar términos dubitativos o ambiguos, los hechos que se consideran probados o, en su caso se hará constar que los hechos que constituyen la esencia de las acusaciones no han resultado probados. Con ello se configura la que podríamos denominar la verdad procesal en sentido positivo o negativo. Como es lógico debemos admitir que en ese proceso cognoscitivo se haya incurrido en error o en defectos de valoración por insuficiencia de percepción o por erróneo manejo de las máximas de la experiencia. La vía de los recursos es el único cauce para corregir estos defectos. El proceso valorativo sólo puede acercarse, con un distanciamiento lógico en el tiempo y con una imposibilidad material de volver hacia atrás los acontecimientos, a la realidad de lo sucedido, por muchas que sean las pruebas que se hayan acumulado. Incluso la confesión del acusado es insuficiente por sí misma para reflejar, en su totalidad todas las aristas y circunstancias del hecho que se está enjuiciando.

7. Es discutible si las cuestiones previas sobre la ilicitud de la prueba sobre las demás circunstancias que contempla la ley, debe ser abordada en los antecedentes pro-

cesales o como pórtico de los razonamientos jurídicos.

El relato de hechos probados, como ya se ha dicho, se debe realizar en un lenguaje claro y comprensivo ya que su contenido será el aspecto más asequible al afectado por la resolución. La redacción ha de realizarse en positivo, sin que sea excesivamente correcto acudir a la transcripción del relato acusatorio y añadir a continuación que su contenido no ha resultado probado por prueba válida y de contenido inculpatario.

Para que la lectura del texto de la sentencia mantenga una ilación y lógica correctas, se debe dedicar un apartado específico a la motivación fáctica, es decir, a expresar las razones que se han tenido en cuenta para valorar los elementos probatorios expresando, aunque sea de forma sucinta, como se exige a los jurados, las pruebas que se han tenido en cuenta para llegar a la resolución definitiva.

Más adelante es el momento de reseñar los fundamentos de derecho en los que se incluirán los argumentos jurídicos que permiten integrar los hechos en un determinado artículo, explicando suficientemente las razones por las que se opta por la calificación jurídica que se va a reflejar en el fallo y que, como es lógico debe contener un razonamiento, aunque sea breve, sobre las opciones manejadas para individualizar la pena, si bien debemos admitir que en la mayoría, por no decir en la totalidad de los casos carecemos de datos sociológicos y personales que permitan acertar con la medida adecuada de la sanción punitiva. También se debe justificar la cuantía y la naturaleza de las responsabilidades civiles.

Por último el fallo o parte dispositiva debe resumir la calificación jurídica a la pena y todas las consecuencias penales y civiles derivadas de la condena.

Sentencia 2136/2002, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2002

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA.

Arts. 683 y 684 LECrim.; 463, 633 y 634 Código Penal, y 448 y ss. LOPJ

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

SÍNTESIS

La injustificada negativa del letrado de la defensa a entrar en la Sala de Vistas, ocasionando la suspensión del juicio, no constituye en el caso de autos delito de desobediencia, debiéndose acudir, para su sanción a la vía disciplinaria prevista en la LOPJ y preferente a la penal del juicio de faltas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos objeto de enjuiciamiento consistieron en la negativa reite-

rada del Letrado F. A. a entrar en la Sala de Vistas donde debía defender a un acusado debidamente citado para la celebración del juicio oral por delito, en la Audiencia Pro-

vincial de Barcelona. Esta negativa fue reiterada por tres veces pese a que el acusado y el Letrado se encontraban a las puertas de la Sala y a pesar de los llamamientos del Agente judicial. La negativa a comparecer en la Sala se repitió cuando, por indicación del Presidente del Tribunal, la Secretaria de la Audiencia procedió a requerir formalmente al Letrado para que entrase en la Sala con el fin de hacer posible la celebración del juicio, por lo cual éste hubo de suspenderse ante la persistente negativa del Letrado a cumplir con su función de defensor.

La razón alegada para la incomparecencia es, al parecer, que el Sr. Letrado se negaba a entrar en la Sala si no lo hacía conjuntamente con el acusado y con todo el público presente, es decir encabezando a “las personas del público que venían con él”, cuando el Tribunal entendía que en primer lugar debía entrar en la Sala el Sr. Letrado, ocupando su lugar en estrados para configurar íntegramente el Tribunal con la representación de la acusación y la defensa, seguidamente el acusado, y a continuación darse la voz de audiencia pública, para que pudiese entrar en la Sala la totalidad del público asistente. El Sr. Letrado se negó injustificadamente a acatar esta ordenación del acto, pretendiendo imponer la que él mismo estimaba más conveniente.

Tercero.—La razón esgrimida por la Sala de instancia que juzgó posteriormente al Sr. Letrado acusado de desobediencia (otra Sección de la Audiencia de Barcelona, diferente a aquella donde se produjo el incidente), para fundamentar la absolución ahora recurrida, estriba en que la orden del Tribunal no tenía un apoyo claro en las normas procesales, que no determinan expresamente cuál debe ser el orden de entrada en la Sala, por lo que no prohíben expresamente que el Letrado defensor pueda entrar encabezando al público que le acompaña, en lugar de hacer uso de la deferencia del Tribunal de permitirle entrar en la Sala de forma preferente.

Este enfoque de la cuestión es manifiestamente erróneo. Es cierto que la entrada preferente de los Sres. Letrados en la Sala en los juicios orales penales, respecto del público en general, responde a un “usus fori”, y no figura expresamente establecida en las normas procesales. Pero también lo es que la ordenación del acto compete a la Presidencia del mismo, y el criterio adoptado en este caso no sólo es plenamente razonable, sino también el más adecuado en relación con la conveniencia de completar la estructura formal del órgano enjuiciador, con todos sus componentes en estrados, incluidos los que ejercitan las relevantes funciones de la acusación, la defensa y la fe pública, con anterioridad al acceso del público en general.

Este criterio no afecta en absoluto a la publicidad del proceso, como alegaba el Sr. Letrado incompareciente, pues la publicidad no se requiere para la ordenación inicial de la Sala, sino desde el comienzo de los debates del juicio, que tienen lugar, obviamente, una vez que todos los profesionales que van a desempeñar su papel en el juicio han ocupado su puesto en estrados.

(...)

Cuarto.—(...) En definitiva la negativa implicaba la asunción por el Letrado de las facultades de dirección del juicio, coaccionando al Tribunal: o el juicio se celebraba en la forma que él mismo estimaba procedente, o no se celebraba.

Quinto.—En todo acto público, judicial, parlamentario o de otra índole, pueden surgir cuestiones de orden. Para resolver las que se planteen en los juicios orales, incluidas las cuestiones prácticas no expresamente reguladas en las normas procesales, la Ley otorga al Presidente del Tribunal lo que se ha denominado el Poder de Ordenación del debate, que consiste en el conjunto de facultades encaminadas a regular el desarrollo de las actividades del juicio conforme a los principios y normas determinados por el ordenamiento procesal, orgánico y constitucional.

El art. 683 de la Lecrim establece que “el Presidente dirigirá los debates”, y el art. 684 que “el Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal”. En consecuencia cuando surja una cuestión relativa a la ordenación formal o material del acto, la decisión prevalente para que éste pueda celebrarse ordenadamente es la del Presidente, y no pueden imponer las partes sus criterios particulares, sin perjuicio de expresar su protesta si lo estiman procedente.

Por tanto, las disposiciones adoptadas en el caso actual por la Presidencia, conformes al “usus fori” y a los principios que inspiran el ordenamiento constitucional del proceso, eran de obligado cumplimiento, con independencia de que la norma procesal no establezca nada expreso sobre la materia, pues se adoptaron al amparo de las facultades expresamente establecidas por la Ley para la ordenación del acto.

El Letrado no podía imponer por vía de hecho su modelo de ordenación del acto al Tribunal, con la amenaza de que o entraba encabezando al público o no entraba. Su empeño, pese a las sucesivas llamadas del agente judicial, y al requerimiento formal de la Secretaria del Tribunal, hasta el punto de obligar a la suspensión del juicio, con las consecuentes dilaciones para el enjuiciamiento del acusado, molestias para las demás partes y testigos, y perjuicios para la buena marcha de la Administración de Justicia, estaba absolutamente injustificado, y constituye, en principio, una falta del respeto debido al Tribunal, a las demás partes y a los demás intervinientes en el acto. Ha de tenerse en cuenta que, tras su negativa a la Secretaria, el Letrado abandonó el lugar, al parecer para denunciar al Tribunal, y ya no hubo modo de celebrar el juicio.

Sexto.—No cabe estimar que esta negativa pueda estar amparada por el derecho de defensa, pues el Letrado en momento alguno ha expresado que el orden del acto que el mismo pretendía imponer tuviese alguna re-

lación con los intereses de su defendido, o con las necesidades de su defensa.

(...)

Séptimo.—Procede, en consecuencia, ratificar el criterio del Ministerio Público, en el sentido de que la orden del Tribunal para que el defensor que se encontraba a las puertas de la Sala entrase en la misma para poder celebrar el juicio debió haber sido obedecida, y que la incomparecencia que dio lugar a la suspensión no estuvo justificada.

Sin embargo, no puede acogerse el criterio del Ministerio Público en el sentido de calificar el hecho como delito de desobediencia grave. Es cierto que la suspensión de un juicio oral por incomparecencia del Letrado, que fue en definitiva lo que sucedió, constituye una obstrucción relevante del funcionamiento de la Justicia, pero el Legislador solamente la califica como delito, en el art. 463 del Código Penal de 1995, cuando se trate de un juicio en el que el acusado se encuentre en prisión provisional o cuando la incomparecencia se produzca por segunda vez. Ninguna de dichas circunstancias concurría en el caso enjuiciado.

Tampoco desde la perspectiva de la desobediencia los hechos revisten la relevancia necesaria para ser calificados de delictivos. Se trata, en realidad, de una falta de respeto y consideración a la Autoridad judicial, o desobediencia leve, que podría integrar una falta del art. 635 del Código Penal de 1995.

Octavo.—Sin embargo, tampoco se puede condenar en este proceso por dicha supuesta falta, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras en las Sentencias 38/1988 de 9 de marzo, 92/1995, de 19 de junio y 157/96, de 15 de octubre, para sancionar las conductas, no constitutivas de delito, de los Abogados y Procuradores en el proceso, resulta de preferente aplicación la vía disciplinaria configurada en los arts. 448 y ss. de la L.O.P.J., respecto de la vía penal del juicio de faltas. Toda vez que aquella vía ha venido a ser establecida “al servicio de bienes y valores constitucionales reconoci-

dos por los arts. 20.1.a) y 24 CE y ofrece a los Abogados por los hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa una mayor garantía que la del juicio de faltas”.

El art. 684 de la Lecrim únicamente excluye de la potestad disciplinaria del Presidente las infracciones que constituyan delito (párrafo 1.º y 4.º). En consecuencia, respecto de las faltas, tanto las que pudieran integrarse por perturbación del orden (art. 633 C. Penal 1995) como por faltas del respeto y consideración debida a la autoridad judicial o por desobediencias leves a la misma (art. 634), ha de entenderse que si son cometidas por los Abogados que intervienen en las actuaciones judiciales, la vía disciplinaria procesal excluye la aplicación del procedimiento penal.

El Título quinto del Libro quinto de la L.O.P.J. regula especialmente las infracciones que pueden cometer y las sanciones que se pueden imponer a los Abogados de las

partes, cuando incumplan las obligaciones establecidas en las leyes procesales y en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 449 tipifica cuatro infracciones específicas, y entre ellas se recoge expresamente la incomparecencia del Letrado sin causa justificada, una vez citado en forma.

En consecuencia, la incomparecencia del Letrado, que fue en definitiva lo que sucedió, sólo puede ser sancionada por vía disciplinaria por la Sección de la Audiencia Provincial ante la que incompareció. Ha de tenerse en cuenta que la tramitación preferente de la causa penal suspende, en principio, la prescripción.

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, confirmando la absolución en vía penal, y dando cuenta de esta resolución a la Sección V de la Audiencia Provincial de Barcelona para que adopte las medidas que estime procedentes por la vía disciplinaria.

Sentencia 2156/2002, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2002

REFUNDICIÓN DE CONDENAS.

Art. 76 Código Penal y 988 LECrim.

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

SÍNTESIS

Entiende la sentencia que el momento “ad quem” para la denominada “refundición de condenas” es la fecha de la sentencia correspondiente. Frente a ello, se aboga por uno de los magistrados, en un voto particular, por el criterio —sostenido en asociaciones por el Tribunal Supremo— de la firmeza de la Sentencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La norma reguladora de esta materia, y supuestamente infringida,

establece el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena al culpable de varias infracciones penales, en el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las

penas en que haya incurrido, sin que se pueda, con ello, exceder los veinte años de duración, salvo las excepciones que el mismo precepto enumera para la superación de este límite de los veinte años. E, incluso, admite la aplicación de semejante régimen de acumulación de penas a las que hubieren sido impuestas en procesos distintos, con la única exigencia de que los hechos a que las mismas se refieran, por la conexión existente entre ellos, hubieren podido enjuiciarse en un solo procedimiento.

Semejante previsión legal tiene como principal fundamento normativo, al margen de otros variados argumentos expuestos en la doctrina, el de posibilitar eficazmente el sentido reeducador y reinsertador de la sanción penal al que, de modo concreto para la pena privativa de libertad, se refiere el artículo 25.2 de nuestra Constitución, dentro de un marco de inspiración humanitaria del sistema penal, al considerar esos plazos máximos de cumplimiento período suficiente para alcanzar el referido objetivo resocializador que, de otra forma, podría verse frustrado al carecer de sentido y estímulo para el propio penado, en el caso de que su sometimiento al cumplimiento de las sanciones impuestas no tuviere fin o fuere éste tan dilatado en el tiempo que hiciera inútil, de hecho, tal finalidad esencial de la pena, como ya nos recordaban la STS de 30 de mayo de 1992 y, posteriormente otras como la de 22 de febrero de 1997 o la de 24 de julio de 2002).

Es por tales razones de principio y mirando sobre todo al espíritu que anima semejante régimen, por lo que este Tribunal (Acuerdo de 1996 y Ss. 23 de noviembre y 19 de diciembre de 2001, entre muchas otras), superando un antiguo criterio que ponía el acento en la concurrencia de la “conexidad” de los hechos que motivaron la aplicación de las penas cuya refundición se solicitaba, en los términos en los que dicha “conexidad” es contemplada en el artículo 17 de la Ley de procedimiento penal, en la actualidad atiende, tan sólo y no sin ciertas críticas externas, a un criterio estrictamente

cronológico, es decir, tan sólo referido al dato esencial de que, en definitiva, los delitos hubieren podido ser realmente enjuiciados en un mismo procedimiento, a la vista de las diferentes fechas de acaecimiento y posterior enjuiciamiento de los mismos (SsTS de 7 de mayo de 1998, 25 de noviembre de 1999 o de 18 de marzo de 2002, entre otras muchas).

Tal solución además se asienta no sólo en la propia exigencia expresa contenida en el artículo 76 del Código Penal, sino, también, en el hecho evidente de que, de no hacerse así, siempre serían posibles sucesivas acumulaciones de condenas “ad infinitum”, de modo que quien ya hubiere alcanzado la primera de ellas dispondría de la impunidad de sus ulteriores conductas infractoras, cuyo castigo quedaría englobado en aquella, sin otra repercusión alguna, especialmente cuando la pena ulteriormente impuesta fuere igual o inferior a la que ya sirvió de base para fijar el límite del resultado de la acumulación. Y más aún, si se hubiera alcanzado ya el límite máximo de los veinte, o treinta, años, en cuyo caso, cualquier delito posterior, por grave que fuere, carecería de toda repercusión sancionadora, anulándose así los fines de prevención propios de la norma penal.

En tal sentido, el criterio actual es, inquestionablemente generoso, pero también suficientemente claro al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las Sentencias que dicha acumulación abarca, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que tales nuevos hechos hubieran podido ser enjuiciados en ese mismo procedimiento, ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos.

Por el contrario, la acumulación se vé siempre como posible para la totalidad de los delitos que se hubieren cometido antes de recaer esa primera Sentencia, sin exigencia de otro requisito añadido.

(...)

Segundo.—(...) Pues bien, la decisión de ese Tribunal, resulta, en principio y salvo lo que más adelante se dirá, correcta en su conclusión, aunque llegue a ella sobre argumentos errados.

En efecto, como ya se ha dicho, el único criterio en definitiva aplicable en supuestos como el presente, y de acuerdo con la reiterada doctrina al respecto de esta misma Sala, es el de apreciar si los diferentes hechos que dieron lugar a las condenas susceptibles de acumulación pudieron, o no, ser juzgados simultáneamente.

Y, en este caso, advertimos que, en tanto que de los tres hechos cometidos entre noviembre de 1997 y junio de 1999, el primero de ellos en ser juzgado no lo fue hasta el tres de mayo del 2000 y, por consiguiente pudieron todos enjuiciarse en esa fecha, pues no lo habían sido hasta entonces y habían sido cometidos con anterioridad a ella, no ocurre lo mismo con la Ejecutoria que quedó fuera de la acumulación y que motiva este Recurso, pues la Sentencia, en este caso, se produjo, como se ha visto, en septiembre de 1997. Es decir, para cuando se lleva a cabo el primero de los hechos correspondientes a las otras tres condenas (noviembre de 1997), se había ya dictado aquella (septiembre de ese mismo año). El enjuiciamiento conjunto, por tanto, resultaba imposible de todo punto.

Esto es así, aun cuando la firmeza de la referida Sentencia de septiembre de 1997 no se alcanzase hasta marzo de 1999, cuando se habían cometido los hechos de noviembre de 1997 (ya que los de mayo y junio de 1999 son, incluso, posteriores a la referida firmeza), pues, como decíamos en nuestra Sentencia de 10 de mayo de 2002: "...aún cuando en alguna Resolución precedente de este mismo Tribunal, se haya hecho referencia a la fecha de firmeza de la Sentencia en supuestos de acumulación, especialmente para poner de relieve el momento a partir del cual el condenado adquiere la seguridad acerca de la ventaja que obtendría con la inclusión en esa condena de las posibles sanciones por hechos ulteriores, hipótesis de

impunición que lógicamente debe ser excluida (SsTS de 9 y 19 de noviembre de 1998), no es menos evidente que, de identificar semejante límite temporal con la fecha de la firmeza en casos como el presente, se vería burlado el requisito expreso establecido por la norma penal, única exigencia que con nuestra actual interpretación subsiste, cual es el de la obligada posibilidad de enjuiciamiento conjunto de los delitos cuyas penas se refunden."

A lo que habría, además, que añadir que la solución contraria llevaría a un trato desigual para con quien no recurre su condena, propiciando la inmediata adquisición de firmeza de ésta, y podría, inclusive, permitir que, a la vista de que ya existe una condena aunque aún no firme, se "aproveche" el período de tiempo empleado en la tramitación del Recurso para la comisión de nuevos delitos en la seguridad de que, de ser castigados, la sanción se verá englobada en la posterior refundición.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA

A través del presente voto particular que incorporo a la Sentencia expreso mi disensión a la misma de acuerdo a la argumentación que expuse en la deliberación.

A mi juicio, la Sentencia mayoritaria se aparta de un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia de acumulación de condenas cuando señala, como elemento temporal de la refundición, la fecha de la sentencia con abandono del criterio tradicional de la fecha de la firmeza de la sentencia como fecha hasta la que es posible la acumulación de condenas.

(...)

Entiendo, como fundamento de mi disensión, que el señalamiento del criterio de la firmeza, como fecha límite de la refundición, es un elemento consolidado de nuestra jurisprudencia que otorga seguridad jurídica en un aspecto no regulado en la norma positiva y, por lo tanto, de creación jurisprudencial. Cambiar el criterio en este aspecto, ca-

rente de una norma concreta, supone crear un espacio de inseguridad jurídica contrario a nuestra función jurisdiccional. La sentencia mayoritaria de la que disiento emplea como argumento de su opción el evitar “espacios de impunidad”, argumento que me parece regresivo respecto a una jurisprudencia que abandonó el criterio de la conexidad procesal por el temporal para determinar la posibilidad de enjuiciamiento conjunto.

Como hemos señalado reiteradamente, el mandato de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 300, de incoar una causa por cada delito o una por los delitos conexos junto al procedimiento de refundición, que tiene prevista su impugnación a través del extraordinario recurso de casación, ha permitido que en su interpretación se haya dictado una jurisprudencia, ciertamente progresiva, en cuya virtud puede ser objeto de refundición todas las condenas por delitos que pudieran haber sido enjuiciados conjuntamente, con independencia del bien jurídico pro-

tegido por los distintos hechos e independientemente de los criterios de conexión del art. 17 de la Ley Procesal.

(...)

Basta con un repaso de nuestra jurisprudencia para constatar que el criterio de la fecha de la firmeza es el que marca el elemento temporal de la acumulación, pues la fecha de la sentencia, precisamente porque no es firme, es insuficiente para la seguridad que la acumulación requiere. Señalar como fecha de acumulación la de la sentencia crearía nuevos problemas. Por ejemplo, qué pasaría con la sentencia posteriormente anulada, o si en el proceso de revisión impugnatoria se acuerda la nulidad de actuaciones. Sólo la firmeza marca el criterio temporal definitivo del enjuiciamiento hasta el que es posible acordar las acumulaciones que procedan, pues sólo en ese momento se tiene la certeza de que los hechos pudieron ser objeto de enjuiciamiento conjunto.

Sentencia 2174/2002, Sala de lo Penal del TS, de 23 de diciembre de 2002

APROPIACIÓN INDEBIDA.

Art. 250.1.6.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se expone de manera clara y pormenorizada el sentido de la modalidad agravada de estafa y apropiación indebida en razón de la “especial gravedad” de lo defraudado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) En el mismo motivo se cuestiona la apreciación de la circunstancia de especial gravedad prevista en el número

7.º del artículo 529, en relación con el artículo 528 y 535, todos del Código penal de 1973 y artículo 250.1.6.º del vigente Código Penal.

El Código Penal de 1995 ha introducido en la agravante prevista en el número sexto del apartado primero del artículo 250, de alguna manera, elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.ª del art. 529 que era de naturaleza estrictamente objetiva. La jurisprudencia del anterior Código Penal en relación a esta agravante y especificando este concepto jurídico indeterminado había señalado la cuantía a partir de la cual debía operar con un criterio objetivo en 1.000.000 ptas. —Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero y 28 de diciembre de 1987, 28 de junio y 16 de julio de 1990— A partir del año 1991, se elevó la cantidad a dos millones de ptas. —Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo y 23 de diciembre de 1992 y 16 de septiembre de 1991, entre otras— en razón a la realidad social y al poder adquisitivo de la moneda. Y en la Sentencia 1444/ 2002, de 14 de septiembre se declara que en virtud de la L.O. 8/83 se sustituyen en los delitos de estafa y de apropiación indebida los módulos fijos que establecían el paso a las sucesivas escalas punitivas por criterios económicos, sociológicos y criminológicos que tratan de ajustar la respuesta sancionadora, teniendo en cuenta circunstancias más mensurables como la naturaleza de los bienes sobre los que recae el hecho delictivo, los modos o formas empleados para su comisión, la situación de la víctima o la proliferación de sujetos pasivos, sin abandonar totalmente la cuantía a que asciende lo defraudado cuando revistiera especial gravedad. Según se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992, un parámetro importante que se debe tener en cuenta por los Tribunales a la hora de ponderación de la circunstancia 7.ª del art. 529 de especial gravedad de la defraudación, lo constituye la fecha en la que se ha cometido la infracción, ya que el importe de una determinada defraudación es un valor relativo que hay que medir en relación con los indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero en unas circunstancias de-

terminadas. Según señalan las sentencias 100/92 de 10-5 y la de 28-12-87, el elemento integrante de la agravante prevista en el n.º 7.º del art. 529 del CP es el contenido económico de la defraudación, en cuanto denota en el agente una mayor intensidad de la culpabilidad y del ánimo de lucro, independientemente de las circunstancias del sujeto pasivo y de la trascendencia que para su patrimonio pueda tener el perjuicio sufrido, elemento cualificador de la circunstancia de agravación prevista en el art. 529.5.º del CP de 1973. Tras el cambio operado por la Ley 8/83, la jurisprudencia fija la agravante ordinaria del art. 529.7.º del CP a partir de las 500.000 ptas. y la muy cualificada desde el millón de ptas. (STS de 8-7-85, 28-12-89, 8 y 19-10-90 y 5-2-91). Los nuevos módulos de 2.000.000 de ptas. para la agravante de cuantía ordinaria y la de 6.000.000 de ptas. para la agravante muy cualificada, se fijan en las sentencias de 21-6 y 16-9-91, y se han mantenido hasta la actualidad (STS de 16-7-92, 28-9-92, 13-5-96, 25-11-96, 12-12-96, 12-5-97, 17-11-97, 7-1-98, 22-1-99, 21-3-2000, 6-11-2001).

El Código Penal de 1995 conecta dicha agravante con varios parámetros y entre ellos con la situación económica en que quede la víctima, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 173/2000, de 12 de febrero, que si bien es cierto que el n.º 6.º del apartado 1.º del art. 250 se une mediante una conjunción copulativa la mención de los tres resultados que dan lugar al tipo agravado, en tanto en el art. 235 se prevén en distintos apartados, de una parte, el “valor de los efectos sustraídos” o los “perjuicios de especial consideración” y de otra, la grave situación en que se ponga “a la víctima o a su familia”, de suerte que, si la previsión de resultados diversos en distintos apartados significa claramente la existencia de tipos agravados independientes, la conjunción disyuntiva que separa el “valor de los efectos sustraídos” de los “perjuicios de especial consideración” obliga a entender que basta la producción de uno de

estos resultados para que surja este otro tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.6.º CP. Pero, aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la apropiación indebida, parece lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero. En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito. En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto. En tercer lugar, porque el n.º 6.º del art. 250 CP 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5.º y 7.º del art. 529 CP 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el “valor de la defraudación” y la “entidad del perjuicio” no son sino anverso y reverso de la misma realidad. Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.6.º CP, parece la más congruente con el segundo inciso del

art. 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa —y en el de apropiación indebida en virtud de la remisión establecida en el art. 252— se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias —entre las que se encuentran “el importe de lo defraudado” y “el quebranto económico causado al perjudicado”— que se expresan como independientes unas de otras.

6. Partiendo de que nos hallamos ante un error vencible de prohibición en que el sujeto activo yerra sobre los presupuestos fácticos que dan pie a la estimación de la legítima defensa, todavía surge otra duda, no definitivamente resuelta por la doctrina científica. Nos referimos a la posibilidad de que el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, puedan considerarse un error sobre los elementos del tipo (error de hecho) o sobre la prohibición, habida cuenta de la falta de precisión o de mayor concreción por parte del art. 14 del C.Penal.

Esta Sala, en los últimos tiempos, ha venido aceptando la aplicación realizada por los Tribunales inferiores en casos similares al presente, como error vencible de prohibición del p. 3 del art. 14, rebajado en uno o dos grados la pena aplicable (véase, por todas la S. n.º 421 de 15 de marzo de 2001).

Sentencia 28/2003, Sala de lo Penal del TS, de 17 de enero de 2003

PRUEBA ILÍCITA: DOCTRINA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.

Art. 11.1 LOPJ

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

SÍNTESIS

Apartándose de la consolidada doctrina del TC de la “conexión de anti-juridicidad” se pronuncia la Sala en favor de la consideración absoluta del efecto invalidante de una prueba ilícita (un registro domiciliario, en

este caso) lo que le lleva a negar que la confesión posterior del acusado pueda ser considerada prueba jurídicamente independiente susceptible de ser valorada como de cargo por el Tribunal de instancia, afirmando por el contrario la existencia entre una y otra de nexo causal. (Se formula voto particular reclamando el tratamiento de la cuestión en Sala General, lo que igualmente se efectúa en el posterior suscrito por dos magistrados en relación con la sentencia 58/2003, de 22 de enero, del mismo Ponente y en la que se reproducen literalmente los mismo argumentos que en la precedente.)

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La jurisprudencia de esta sala interpretando el art. 569 de la Ley de E. Criminal es reiterada y tajante (por todas, sentencias 79/2001, de 30 de enero, de 20 de septiembre de 1996, 19 de enero y 27 de octubre de 1999). Conforme a ella, el precepto reclama la presencia del “interesado”, esto es, del afectado por la diligencia y señala de forma inequívoca que sólo puede prescindirse de tal requisito en los supuestos en que aquél “no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante”. Este criterio tiene, por lo demás, la relevancia que le atribuye el Tribunal Constitucional al declarar que “se lesiona el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) cuando se traen a la causa pruebas que provienen de un registro domiciliario autorizado mediante la oportuna y motivada resolución judicial, pero practicado sin observar las condiciones previstas al efecto en la Ley de E. Criminal, arts. 566 y sigs., y en particular el art. 569. (S. 239/1999)”.

Es coherente, que, además, tal exigencia legal resulte reforzada, según la aludida jurisprudencia de esta sala, cuando la persona de que se trate estuviera ya detenida en el momento de la actuación relativa a su vivienda; de manera que, de prescindirse de su concurso, el resultado será, todavía con mayor fundamento, no una mera nulidad, sino “una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, contemplada en el

art. 11.1 del mismo texto legal”, conforme reza la segunda de las sentencias citadas. Ello porque, así, resultan directamente afectados de forma negativa —en un momento esencial para el imputado— los derechos de contradicción y defensa en juicio. De ahí que los eventuales hallazgos incriminatorios obtenidos de ese modo irregular, dado el rango de la norma inobservada, no podrían utilizarse como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia.

(...)

Por tanto, no puede resultar más evidente que el requisito del art. 569.1.º, 2.º y 3.º de la Ley de E. Criminal demanda una inteligencia rigurosa, precisamente a tenor del carácter esencialmente personal del interés del detenido que mediante el ejercicio de defensa se trata garantizar. Es lo que impide la arbitraria asimilación de las posiciones procesales de los “interesados”, cuya decisión al respecto no puede suplantarse. Entenderlo de otro modo supondría dar al precepto una amplitud de sentido que no tiene e investir a una autoridad subordinada a la ley de la facultad de modular arbitrariamente su significado, con el inaceptable resultado último de atribuir idéntico valor y eficacia práctica a las actuaciones realizadas conforme a derecho y a las que, en rigor, no lo hubieran sido.

Estas últimas consideraciones son pertinentes para dar fundamento a la afirmación de que la presencia en el registro de Jesusa D.G., madre del recurrente y propietaria del inmueble, no puede servir para conferir a

esa diligencia la legitimidad que le falta, debido a que no es facultativo de la policía ni del juzgado optar por el titular dominical o el usuario real de la casa. Pues, en efecto, la diligencia debe entenderse con el “interesado”, es decir, aquél cuyos derechos fundamentales a la intimidad y a contradecir en el proceso se hallan directamente comprometidos.

La consecuencia inevitable, al amparo de la previsión del art. 11.1.º LOPJ, es la imposibilidad de utilizar en la causa como prueba de cargo el resultado de la diligencia realizada de esa forma ilícita. Con la particularidad de que la infracción del art. 569 Lecrim no es el único defecto de trascendencia constitucional que le afecta, puesto que resulta también reproachable la actitud del instructor, que autorizó la entrada y registro mediante un auto *de serie* del que no se desprende que hubiera llevado con el necesario rigor la ponderación de los intereses en juego que la ley demanda.

(...)

Cuarto.—A las consideraciones realizadas, debe añadirse la que merece el dato de que el acusado, en el Juzgado y luego en el juicio, aceptó como real la existencia de la droga incautada en su domicilio. Esto hace necesario valorar ahora la trascendencia que debe reconocerse a esa actitud en el contexto de las vicisitudes probatorias a que hasta aquí se ha hecho referencia, a tenor de lo que resulta de conocida jurisprudencia constitucional y de esta sala relativa a supuestos similares.

La cuestión que así se suscita es la relativa al valor que cabe atribuir a un elemento de prueba de cargo, fruto de la confesión del imputado, cuando ésta se produce a partir de una información obtenida merced a la vulneración de derechos fundamentales del mismo (aquí, los relativos a la intimidad domiciliaria y a la presunción de inocencia).

Al respecto, la aplicación del art. 11.1.º LOPJ, dio lugar a una línea jurisprudencial que se concreta en sentencias como la del Tribunal Constitucional n.º 127/1996 (“de

las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediante la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 64/1986, 80/1991, 85/1994 y 107/1995)”); y, entre otras, la de esta sala de n.º 1380/1999, de 6 de octubre, en la que se lee que “cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y como consecuencia del denominado ‘efecto dominó’, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella”.

Este criterio representa una aplicación fiel del citado precepto, que no puede ser más claro al establecer la prohibición de valorar no sólo la prueba directamente obtenida a través de la vulneración de algún derecho fundamental, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta, merced a esa misma vulneración. Y ello por un imperativo elemental de coherencia normativa, porque, según se ha dicho en sentencias de esta sala como las de n.º 1203/2002, de 18 de julio y 290/1999, de 17 de febrero, entre tantas otras, la prohibición del uso de datos probatorios adquiridos mediante la violación de un derecho fundamental, permitiendo, al mismo tiempo, “su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso”.

Abundando en estas consideraciones, la misma sentencia de este tribunal de n.º 1203/2002, de 18 de julio, decía de forma rotunda: “La utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar del acusado explicaciones sobre su procedencia, y, seguidamente, fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo mani-

fiesto de utilización *indirecta* de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1.º LOPJ”.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia n.º 81/1998, y esta misma sala, han entendido que para que la acreditada vulneración de un derecho fundamental en el acceso a una fuente de prueba de cargo, pueda viciar indirectamente la adquisición de un elemento de prueba inculminatorio de fuente diferente pero asociada en su producción a la primera es preciso que, además de ese vínculo de origen, causal-“natural” o genético, concurra otro, denotado como “conexión de antijuridicidad”, cuya efectiva presencia ha de verificarse operando en una doble perspectiva, interna y externa. En el ámbito de la primera se tratará de ver si la prueba refleja puede decirse jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en cuanto adquirida con medios distintos y autónomos de los determinantes de aquélla; y en el de la segunda tendría que comprobarse si la prohibición de valorarla viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental.

En algún caso como el aquí contemplado, en el que a la original prueba ilegítima se yuxtapone otra de carácter personal, la confesión del imputado, aceptando como cierta la información inculminatoria obtenida a partir de la primera, en aplicación del aludido criterio se ha entendido, tanto por el Tribunal Constitucional como por esta sala que no habría existido la necesaria “conexión de antijuridicidad”.

Al respecto, se argumenta que la decisión del acusado de declarar de esa forma sobre los hechos imputados implica una ruptura de la necesaria relación de causa a efecto entre ambos momentos del curso probatorio, pues, si consta que aquél fue debidamente asesorado y que obró con conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de prueba, tal opción puede considerarse libre y autónoma y sin tacha. Mientras, por otra parte, la misma autonomía en el modo de decidir del acusado hace innecesario extender la ilicitud a la prueba refleja, debido a

que en su adquisición no existió ninguna lesión actual del derecho fundamental concernido.

Pues bien, en vista de ese modo de decidir en supuestos que guardan clara relación con el que es objeto de este recurso, es necesario plantearse, en primer término, el grado de vinculación que produce ese criterio jurisprudencial, a tenor de lo que dispone el art. 5.1.º LOPJ, puesto que procede en su origen del Tribunal Constitucional.

Dice este precepto que los órganos jurisdiccionales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Así, no cabe duda, la atribución mediante un fallo de esta instancia de cierto significado a un enunciado normativo en cuestión constriñe a todos los que ejercen jurisdicción a atenerse a él, sin otro margen a su libertad de criterio que el que implique la propia —inevitable— interpretación del correspondiente enunciado jurisprudencial, que, a su vez, deberá llevarse a cabo con sujeción a las pautas normativas y técnicas que, con carácter general, disciplinan la sujeción del juez a la ley.

Ahora bien, es claro que aquí no se trata de la aplicación de un precepto legal o reglamentario, en el sentido de verificar si cierto hecho individual debe considerarse comprendido en el supuesto fáctico de alguna norma, entendida de la manera que corresponda, a tenor de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y en el marco de la previsión del art. 5.1.º LOPJ. La actividad decisoria que en este caso se realiza es bien diferente y consiste en valorar —desde luego, racionalmente y según lo que resulte del juicio contradictorio— el rendimiento de un cuadro probatorio complejo, en uso de la libertad de conciencia reconocido en el art. 741 Lecrim, a tenor de lo dispuesto en el art. 11,1 LOPJ. Es decir, y más en concreto, si dada la forma en que se produjo la confesión del inculcado, a partir de la información ob-

tenida de modo inconstitucional en la entrada y registro de su domicilio, hay o no razones suficientes para considerar que también el resultado de aquella se dio con violación (indirecta) del derecho fundamental, siguiendo en esa apreciación las indicaciones de método que ofrece la citada jurisprudencia constitucional, tomadas como lo que realmente son: un planteamiento doctrinal.

Situados en esta perspectiva, parece que el modelo con que opera la doctrina de la llamada “conexión de antijuridicidad” tiene un antecedente teórico en la teoría penalista de la imputación objetiva. Esta responde al interés de limitar las consecuencias del planteamiento causalista de la concepción del delito, que asocia de forma casi mecánica la antijuridicidad de la acción a la constancia de la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Según el nuevo punto de vista, para la calificación de una conducta como antijurídica no basta la constatación del resultado, sino que es preciso valorar si éste es consecuencia de la creación de un riesgo no permitido y de su materialización en el menoscabo del bien jurídico.

Esto sentado, es claro que la teoría de la imputación objetiva mira a limitar la proyección de la reacción punitiva y se mueve, por tanto, en una perspectiva *pro libertate*, al restringir, ya en el ámbito objetivo, el alcance del tipo penal. En cambio, en el caso de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” la orientación es abiertamente distinta, puesto que con ella se trata de circunscribir la incidencia de la previsión del art. 11.1.º LOPJ, de recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone ninguna restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como los indirectos.

Es por lo que goza de pleno fundamento la afirmación que se hace en la sentencia de esta sala de n.º 1203/2002, ya citada, en el sentido de que “es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada ‘conexión de antijuridicidad’ (...) pues, con independencia de su utilidad en supues-

tos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1.º LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”.

Aquí, una traslación mecánica del aludido criterio de valoración como prueba de cargo válida, de declaraciones de un imputado nuclearmente asociadas en la práctica a la previa adquisición de determinados datos inculpatórios con violación de un derecho fundamental, llevaría a afirmar que elementos de juicio con semejante connotación deberían formar parte, sin problemas de licitud, del cuadro probatorio.

En el caso a examen, se daría esa condición, porque la prueba de cargo utilizada es la declaración a que se ha hecho referencia, prestada por quien se hallaba dotado de defensa y había sido informado de sus derechos. Con lo que resulta que en estos factores —información de derechos y asistencia de defensor y voluntariedad de la manifestación— radicaría el punto de inflexión, el momento de desconexión jurídica entre los dos planos de actividad probatoria considerados.

Pero hay poderosas razones para entender que no es así. Primero, porque toda la información relevante, incluida la que sirvió de base para que el instructor y la acusación pudieran formular al imputado no recurrente las preguntas que dieron lugar a sus declaraciones autoinculpatórias, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración del derecho fundamental del art. 18.2 CE. De manera que entre el registro inconstitucional y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-«natural», sino de auténtica causalidad jurídica, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de una previa decisión judicial. Decisión judicial ejecutada con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como práctica procesal afectante a derechos fundamentales, tendría que haberse ajustado, y que —tras

de no haber sido así— siguió proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales. Por ello, al tratarse en todo caso de intervenciones debidas a sujetos institucionales que actuaron en el marco de sus atribuciones, no cabe identificar o aislar dentro de ellas una dimensión o proyección significativa que no fuera rigurosamente jurídica. Lo que impide que puedan ser valoradas en sí mismas y en sus derivaciones y consecuencias —todas intraprocesales— haciendo abstracción de esa dimensión jurídico-normativa. Es por lo que no cabe afirmar que entre las fuentes de prueba contempladas no se dio conexión de antijuridicidad.

De otra parte, al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio del imputado de que se trata fue obtenida mediante —y en el curso de— una entrada y registro declarada constitucionalmente ilícita, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor, primero, y, luego, por la acusación como si no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas “capciosas”, en el sentido de inductoras a error (art. 709 Lecrim). Así ha de ser, puesto que se ocultó al interrogado —formalmente asistido de letrado, pero ingenuamente rendido ante la evidencia física del hallazgo de la droga, y desinformado por tanto— un dato relevante del contexto jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa: el de la invalidez radical de ese elemento de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculgado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE).

Y no es en absoluto realista suponer que el interrogado, de haber sido consciente de que tenía a su alcance la absolución con sólo negar la existencia de la droga, no se hubiera decantado por ello. En cualquier caso, y aun cuando —en una improbable hipótesis de escuela— la declaración autoinculpatoria hubiese sido prestada con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la apli-

cación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando.

Es por lo que, en suma, de dar a la ilegitimidad constitucional del registro domiciliario del recurrente todo el alcance que impone el art. 11.1.º LOPJ, habrá que tener por igualmente ilegítima, e inutilizable, la información obtenida (“indirectamente”) mediante su interrogatorio, con el resultado de la inexistencia de prueba de cargo valorable. En línea con lo sostenido en la sentencia de esta sala de n.º 1714/1999, de 13 de marzo, en la que se lee que “la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la instrucción de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal (...) [de manera] que no puede llegarse a otra conclusión sino a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dichas confesiones, ha[bría] surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental”.

Esta conclusión viene impuesta, además, y en fin, por una consideración que no es propiamente jurídica pero que tiene inobjetable carácter normativo, por cuanto pertenece al campo de la lógica del discurso. Tal es que cuando la ley priva de efectos a determinadas pruebas, imperativamente y sin restricciones —como es el caso del art. 11.1.º LOPJ—, al hacerlo, impide también que éstas puedan producir el efecto de ser usadas como premisas del razonamiento probatorio, lo que hace imposible el empleo de las mismas con objeto de llegar a un resultado inculpativo.

En consecuencia, e incluso operando con el esquema de la llamada doctrina de la “conexión de antijuridicidad”, no puede sino

concluirse que la declaración del recurrente —en el Juzgado y en el juicio— trae causa natural y jurídica del resultado de la diligencia constitucionalmente ilegítima. Y también que el reconocimiento de eficacia inculminatoria a esas manifestaciones relativizaría y debilitaría la protección que el

ordenamiento dispensa a los derechos fundamentales afectados, al recortar sensiblemente el alcance de la prohibición de uso de la información probatoria de cargo contaminada.

En definitiva, y por lo expuesto, debe casarse la sentencia de instancia.

Sentencia 2122/2002, Sala de lo Penal del TS, de 20 de enero de 2003

TENTATIVA INIDÓNEA.

Art. 16 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

SÍNTESIS

Tras resumir el debate sobre la punibilidad o no de la tentativa inidónea en el Código Penal vigente, condena la sentencia por homicidio intentado a quien dispara un arma de fuego descargada, desconocido este dato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley, al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose inaplicación de los artículos 138 y 62 del Código Penal, pues la Audiencia Provincial después de relatar como el acusado Juan José C.M., arrebató el arma reglamentaria a uno de los Guardias Civiles la montó y accionó el gatillo, apuntando sucesivamente contra cada uno de los Agentes, con evidente ánimo de acabar con sus vidas, absuelve a dicho acusado de los delitos de asesinato, u homicidio, en grado de tentati-

va, por estimar que al estar la pistola descargada, los hechos deben ser considerados como constitutivos de un supuesto de tentativa inidónea, impune en el Código Penal actualmente vigente.

El sentido del recurso, pues, se reduce a determinar si la ya relatada conducta del acusado es susceptible de incardinación en lo preceptuado en el Código Penal de 1995 —artículos 138 y 139 en relación con el artículo 62— o debe estar desprovista de sanción.

La polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracteri-

zadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código Penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunitista, se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa —si los actos no deben producir el resultado objetivamente— independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, sólo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente “excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa —o delito imposible— no irreal”.

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente “atendiendo al peligro inherente al intento”.

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º) resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía

idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º) presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados —imposibilidad de ejecución— o a la inexistencia del objeto —imposibilidad de producción— sobre el que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez —sentencias de 24 de mayo de 1982, 11 de octubre de 1983, 5 de diciembre de 1985—.

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inodónea, en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el

que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 de junio de 1999, 13 de marzo de 2000 según las que la tentativa inidónea, es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, “objetivamente” quiere significar que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de 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 la acción.

Por último, la de 2 de junio de 2000, ratificando dicha doctrina, afirma que la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, “objetivamente” quiere significar que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Existe pues, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la punición de la tentativa inidónea relativa.

B) Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del autor, en todos sus actos, hubiera llevado inexorablemente a la consumación del resultado criminal propuesto, a no ser por la circunstancia, que desconocía, que el arma no estaba cargada, aunque accionó el gatillo, cuando apuntó sucesivamente a cada uno de los agentes de la Guardia Civil.

El plan del acusado, pues, era racionalmente apto para la consecución del fin propuesto. Cuando la idoneidad de los actos realizados para llegar a dicho fin, son meramente ocasionales o circunstanciales, la tentativa debe ser tomada en consideración, en su categoría de relativamente inidónea.

Partiendo, pues, del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido, dar muerte a los dos agentes, por hechos exteriores, al apuntarles sucesivamente con la pistola reglamentaria que arrebató a uno de los agentes, y accionado el gatillo del arma en ambas ocasiones.

Estos hechos “objetivamente” hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente inocua, que pueda reputarse de ningún tipo de inidoneidad absoluta, pues el resultado no se produjo por el hecho de estar descargada el arma.

Sentencia 37/2003, Sala de lo Penal del TS, de 22 de enero de 2003

FALSEDAD DOCUMENTAL (IMPRUDENTE).

Art. 391 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se delimita el alcance de la falsedad documental imprudente, recordando que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, sólo es típica en este ámbito la imprudencia “grave”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—El quinto motivo de recurso, también por infracción de ley, alega aplicación indebida del art. 391 del Código Penal de 1995. Estima el recurrente que no concurren los elementos del delito objeto de condena, pues para la elaboración del documento supuestamente erróneo se apoyó en las consultas realizadas en las distintas Delegaciones, como se expresa en el relato fáctico, lo que indica que no incurrió en grave negligencia.

El motivo debe ser estimado. El Código Penal no transforma en delictiva cualquier inexactitud, error o inadecuación a la verdad que se haga constar por un funcionario en un documento oficial, sino únicamente aquellas falsedades cometidas por imprudencia grave, es decir con omisión de las precauciones más elementales.

La falsedad imprudente se comete, en consecuencia, cuando el funcionario emite un documento que acredita algo que no se corresponde con la realidad obrando con una ligereza inexcusable en relación con la función que tiene encomendada.

Esta modalidad delictiva ahora recogida en el art. 391 del Código Penal viene a consagrar la jurisprudencia de esta Sala, pues si bien la falsedad imprudente no estaba expresamente prevista en el anterior Código Penal, en el que no era necesaria la tipificación expresa de las modalidades imprudentes por regir el sistema del crimen culpable, la doctrina jurisprudencial admitía la forma culposa del delito de falsedad por la vía del art. 565, en supuestos en los que fuese observable una abierta negligencia incompatible con el deber de veracidad que suponía la intervención del funcionario o fedatario público (SSTS de 27 de febrero de 1976, 27 de diciembre de 1982, 14 de diciembre de 1990, 4 de marzo de 1992 y 8 de marzo de 1993).

La conducta típica requiere, en contraposición a la modalidad dolosa, que la autoridad o el funcionario público haya creado un riesgo previsible para el bien jurídico protegido que debería haber conocido si hubiera actuado con la debida diligencia, que este resultado esté fuera del riesgo permitido, que la omisión del deber de cuidado sea grave y que además la falsedad le sea objetiva-

mente imputable en cuanto ha constituido la concreción de la conducta realizada.

La autoría se limita a los funcionarios o autoridades, por estimar el Legislador que la falsedad culposa sólo debe ser punible para quienes tienen un deber específico de asegurar la veracidad de los documentos que emiten, deber que se deriva del propio ejercicio de la función pública.

Sexto.—En el caso actual nos encontramos ante un informe emitido por el Gerente de personal de un Ayuntamiento haciendo constar que de los antecedentes obrantes en las dependencias municipales y de las consultas verbales realizadas en las distintas Delegaciones se desprendería que los trabajadores del Ayuntamiento que percibían salario de oficial conductor conducían vehículos de 3.500 kgrs. La Sala sentenciadora, tras evaluar las declaraciones de varios testigos, llega a la conclusión de que en esa fecha no existía en la práctica diferencia retributiva entre conductores en función del peso del vehículo, por lo que el informe no se ajusta a la realidad, estimando que el acusado emitió el informe de buena fe pero de forma negligente, por “no haber realizado un examen más exhaustivo, como era su deber”.

Ahora bien, la apreciación de que un examen más exhaustivo hubiese evitado el error documentado, no es suficiente para la calificación de la conducta del acusado como delictiva. Consta en el hecho probado que cuando se le solicitó como Gerente del personal la emisión del informe, el acusado se apoyó en las consultas verbales realizadas en las distintas Delegaciones, para la elaboración del documento interesado

No cabe apreciar, en consecuencia, que se hayan omitido las precauciones más elementales, como habría sucedido si el acusado hubiese actuado sin consulta alguna, fiado exclusivamente de su conocimiento personal de los diferentes puestos de trabajo, ya que ha consultado a las distintas delegaciones.

Tampoco cabe apreciar que haya obrado con una ligereza inexcusable en atención a la función que tiene encomendada, pues no siendo la función específica del Gerente de personal, como la de un Notario o un Secretario Judicial o Municipal, la emisión de documentos probatorios, el grado de diligencia que le resulta exigible penalmente no puede ir más allá de realizar de buena fe las consultas necesarias para la constatación de lo que va a figurar en el informe, sin que pueda ser exigible, en este ámbito de la responsabilidad penal, una comprobación exhaustiva como requiere el Tribunal de instancia.

(...)

Noveno.—En consecuencia no se puede calificar como gravemente negligente la conducta del recurrente, pues el informe que emitió respondía aparentemente a los antecedentes escritos obrantes en el Ayuntamiento y se correspondía con el resultado de las consultas verbales que evacuó, en las distintas delegaciones, sin que le sea exigible una investigación tan minuciosa como la que puede realizar, con más tiempo y autoridad, la Concejal responsable, ni unas garantías de fiabilidad como las que pueden obtenerse en la investigación judicial y a través de las declaraciones prestadas en el acto de un juicio oral.

Cabe estimar que si en el relato fáctico se expresa que el informe se emitió tras realizar consultas verbales en las distintas delegaciones, aun cuando haya resultado involuntariamente erróneo no puede ser calificado de delictivo, pues el acusado no omitió las precauciones más elementales, ni actuó con ligereza inexcusable en relación con la naturaleza de la función que tenía encomendada.

Todo ello sin perjuicio de que pudiese haber actuado con una diligencia más extrema, pero sin que ello implique responsabilidad penal por delito de falsedad imprudente. El derecho penal se rige por el principio de intervención mínima y en esta materia el Legislador no sanciona cualquier comportamiento levemente negligente, sino exclusivamente las imprudencias graves.

Sentencia 1954/2002, Sala de lo Penal del TS, de 29 de enero de 2003

FALSEDAD DOCUMENTAL.

Art. 390, núm. 1.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Análisis pormenorizado del alcance de la modalidad falsaria recogida en el art. 390, núm. 1, apartado segundo del Código Penal y su delimitación frente a la denominada falsedad ideológica del apartado cuarto de ese mismo precepto. Se ofrece una amplia recapitulación de la jurisprudencia relativa a ese particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) En la fundamentación de la sentencia, en lo atinente al delito de falsedad, se niega la subsunción en el núm. 9.º del art. 302 (simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, hoy art. 390.1.2.º), porque considera el Tribunal de instancia que los mandamientos de pago, aunque se refieran a cantidades inexistentes, abonadas supuestamente a una persona ficticia que nunca trabajó en el Ayuntamiento, por unas funciones que no fueron en absoluto desempeñadas, son, sin embargo, mandamientos auténticos por el mero hecho de estar firmados, con plena conciencia de su falsedad, por el Alcalde y el Secretario de la Corporación. Y ello, porque el Tribunal sentenciador entiende, siguiendo a un sector doctrinal relevante, que es auténtico todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real, prescin-

diendo absolutamente del objeto, contenido y fecha del mismo.

Maneja, en consecuencia, un concepto estrictamente subjetivo de autenticidad documental que es insuficiente, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de esta Sala, ya que dejaría sin contenido alguno dicha modalidad falsaria. En efecto todos los supuestos de divergencia entre el autor aparente y el autor real son actualmente subsumibles en el art. 390.1.3.º (suponer en un acto la intervención de una persona que no la ha tenido), por lo que si el art. 390.1.2.º únicamente se refiriese a dichos supuestos resultaría manifiestamente redundante.

La jurisprudencia de esta Sala ha rechazado reiteradamente este concepto restringido de autenticidad desde el Pleno de 26 de febrero de 1999 (Sentencias, entre otras, de 14 de diciembre de 1999, núm. 817/99, 25 de septiembre de 2000, núm. 1282/2000, 28 de octubre de 2.000, núm. 1649/2000, 26 de octubre de 2001, núm. 1937/2001, 24 de

enero de 2002, núm. 2522/2001, 22 de abril de 2002, núm. 704/2002, 29 de mayo de 2002, núm. 1649/2000, 26 de octubre de 2001, núm. 1937/2001, de 24 de enero de 2002, núm. 2522/2001, 22 de abril de 2002, núm. 704/2002, de 29 de mayo de 2002, núm. 514/2002, 11 de julio de 2002, núm. 1302/2002 y 26 de septiembre de 2002, núm. 1536/2002).

En el caso actual no nos encontramos meramente ante una alteración del contenido veraz de algunos aspectos del documento, que también sería típica dado el carácter oficial de los documentos falseados, sino que se han confeccionado y firmado documentos que son íntegramente falsos, en el sentido de que contienen una relación o situación jurídica absolutamente inexistente referida a unos emolumentos ficticios derivados de una relación laboral también ficticia con una persona inexistente. Los firmantes, en consecuencia, han simulado unos mandamientos de pago, induciendo a error sobre su autenticidad precisamente mediante su firma, cuando no respondían a realidad alguna.

Por tanto los hechos deben subsumirse en el núm. 9.º del art. 302 del Código Penal de 1973, hoy art. 390.1.2.º

Cuarto.—Recapitulando la doctrina de esta Sala sobre esta materia, por razones de seguridad jurídica y dado que algunas opiniones doctrinales mantienen el criterio restrictivo de autenticidad como si constituyese doctrina jurisprudencial, conviene reiterar los pronunciamientos más recientes de esta Sala que consolidan la doctrina mayoritaria.

En la sentencia de 22 de abril de 2002, núm. 704/2002, se expresaba, y ahora se reitera, que “entre las modalidades falsarias que el Legislador, de modo expreso, estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el art. 390.1.2 del Código Penal 1995: ‘simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad’.

Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su sentencia de 28-10-2000, núm. 1649/2000, por lo que no puede referirse únicamente a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya está cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del art. 390.1.

En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica esta modalidad falsaria, son los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad.

Como señalan la S.S.T.S. 1647/1998, de 28 de enero de 1999 y 1649/2000, de 28 de octubre, entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del art. 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la S.T.S. de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999”.

Quinto.—La reciente sentencia de 29 de mayo de 2002, núm. 514/2002, reitera “que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afecta-

das. Las SSTs 828/98 de 18 de noviembre y 1647/98 de 28 de enero de 1999 añaden que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba. Cuando la mendacidad documentada afecta al documento en su conjunto porque éste ha sido configurado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente, nos encontramos en un supuesto de falsedad del vigente art. 390.1.2 del Código Penal”.

Sexto.—En las sentencias de 28 de octubre de 2000, núm. 1649/2000 y 29 de mayo de 2002, núm. 514/2002, entre otras, se utiliza la denominación de documento genuino para identificar y distinguir los supuestos en que el autor aparente coincide con el autor real, pero que corresponden a documentos que no son auténticos en sentido objetivo, ya que acreditan relaciones jurídicas totalmente inexistentes, es decir documentos que no se limitan a faltar a la verdad en la descripción de unos hechos siquiera nuclearmente auténticos y reales, sino que la simulación es radical y absoluta aseverando una relación jurídica absolutamente irreal. Estos supuestos no integran las modalidades falsarias despenalizadas, debiendo subsumirse en el subtipo del art. 390.9 del Código Penal anterior, correspondiente al art. 302.1.2 vigente.

Séptimo.—En la sentencia núm. 817/1999, de 14 diciembre, se utiliza la doble exigencia de autenticidad subjetiva (documentos que hemos denominado genuinos, en los que el autor aparente coincide con el autor real) y autenticidad objetiva, subsumiendo en el art. 390.1.2.º ambos supuestos.

Señala esta resolución que “se distinguen los supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir

auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En efecto, un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir —con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido— presupone como realidad objetiva verdadera.

Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora.

Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.”

Octavo.—En la sentencia de 11 de julio de 2002, núm. 1302/200, se reitera que “Tras la celebración del Pleno citado (Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios de 26 de febrero de 1999), la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz

de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser consideradala falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2.º del Código penal de 1995, en correspondencia con lo dispuesto en el art. 302.9.º del Código Penal de 1973”.

Noveno.—En la sentencia de 5-10-1999, núm. 1421/1999, se analiza un caso de falta de autenticidad por simulación de la fecha en que se emite el documento, cuando ésta es esencialmente relevante. Se trata de un supuesto de separación matrimonial, con asignación de la vivienda a la esposa, en el que los arrendadores pactan con el otro cónyuge, arrendatario original, la suscripción actual de un documento, con fecha atrasada, que simulaba ser el auténtico contrato arrendaticio, y en el que se acordaba una duración de tres años, sometiéndose expresamente a lo establecido en el art. 9.º del Real Decreto Ley 6/85, de 30 de abril. Con este documento simulado se procedió al deshaucio del arrendatario y su cónyuge al finalizar el plazo, plazo que en realidad nunca se había pactado, privando a la esposa del uso de la vivienda.

Se trata de un documento subjetivamente auténtico, pues sus autores aparentes coinciden con sus autores reales. Sin embargo es claro que se ha simulado un documento (el que acredita el contrato arrendaticio) induciendo a error sobre su autenticidad, pues el contrato fraudulentamente confeccionado y presentado no es el contrato auténtico, es decir no es el auténtico documento donde figuraba el contrato original.

La sentencia de instancia califica el hecho como delito de falsedad en documento privado del art. 306 del Código Penal de 1973, en la modalidad prevenida en el núm 9.º del art. 302, simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Esta Sala, en la sentencia de casación citada, núm. 1421/1999 de 5 de octubre, desestima los motivos por infracción de ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, que alegan indebida aplicación de los arts. 306 y 302.9.º, estimando que “dada la vía procesal elegida, el relato fáctico ha de permanecer inalterable, y conforme al mismo, es indudable que, respecto a los acusados se describe una simulación de documento privado, el contrato de arrendamiento, realizada en perjuicio de tercero, sin plantearse duda alguna sobre la falta de autenticidad del documento simulado”.

Décimo.—Por todo ello es claro que la doctrina mayoritaria de esta Sala estima que el art. 390.1.2.º no acoge el restrictivo concepto de autenticidad en sentido estrictamente subjetivo defendido ampliamente por la doctrina, y que identifica el documento auténtico exclusivamente con el documento genuino.

En términos generales un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento “genuino” con el documento “auténtico”, pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como “auténtico” por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material.

Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa “acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren”, por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que “genuino” significa “puro, propio, natural, legítimo”, sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia (“propio” de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad

Undécimo.—En definitiva, la doctrina mayoritaria de esta Sala acoge un criterio lato de autenticidad, similar al de un sector de la doctrina italiana, por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del art. 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de estimarse que el Legis-

lador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido.

Por ello todo ello la doctrina mayoritaria ha optado por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres supuestos, para la aplicación del art. 390.1.2.º, entre aquellos que afectan a la autenticidad del documento: a) la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad); b) la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante, como sucede en el caso enjuiciado en la sentencia citada núm. 1421/1999 de 5 de octubre, c) la formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva).

Duodécimo.—El Tribunal Constitucional, en sus sentencias sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que “debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la Sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad” (STC 4-6-2001, núm. 123/2001).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 119/2002, AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, de 7 de mayo de 2002

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA INCLUSIÓN EN LA CONDENA EN COSTAS DE LAS CAUSADAS POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Art. 124 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Grande Marlaska Gómez**

SÍNTESIS

De manera sucinta pero muy clara resume esta sentencia la línea jurisprudencial mayoritaria para la inclusión de la condena en costas de las causadas por la acusación particular según se trate de delitos perseguibles únicamente a instancia de parte o no, la exclusión de dichas costas (y la necesidad de motivar dicha exclusión) y la referencia a las posibles costas ocasionadas por la presencia de una acción popular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) En definitiva, la doctrina jurisprudencial del TS en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas:

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (art. 124 C. Penal 1995).

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (STS 26-11-1997, 16-7-1998, 23-3-1999 y 15-9-1999, entre otras muchas).

3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (STS 16-7-1998, entre otras).

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular (STS 21 de febrero de 1995 y 2 de febrero de 1996, entre otras).

En el caso de autos como puede observarse la actuación de la víctima reiterando las pretensiones formalizadas en la instancia, impugnando la apelación formalizada *de contrario*, aquietándose al pronunciamiento del juzgador *a quo*, implica el mantenerse en extremos de proporcionalidad, coherencia y ejercicio legítimo de sus propios intereses, que conforma la inclusión de sus costas en la condena materializada en la alzada, más aún cuando uno de los ilícitos es perseguible únicamente a instancia de parte. Cuestión distinta, y que no puede ser objeto de esta resolución, es la determinación de qué gastos o devengos procesales, tratándose de un juicio de faltas, podrán incorporarse a la tasación que se concluya.

Sentencia 339/2002, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 13 de junio de 2002

INTERNO QUE NO SE REINTEGRA AL CENTRO PENITENCIARIO TRAS UN PERMISO: DEBE CONSIDERARSE QUE NO ESTABA “PRIVADO DE LIBERTAD”.

Art. 468 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Jesús Serrano Gassent**

SÍNTESIS

El artículo 468 del CP distingue, para imponer la pena, según que el sujeto activo del delito estuviere o no “privado de libertad”. El Juez de lo Penal entendió que la situación de privación de libertad debía predicarse de la pena que se quebranta. La Audiencia, por el contrario, atiende a la situación fáctica quien quebranta la condena. En su consecuencia, revoca la sentencia, y condena por el inciso final del art. 468 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal (...), se dictó

sentencia (...), siendo su relación de hechos probados la siguiente: “Que el acusado Evaristo (...), fue condenado por sentencia firme (...), por un delito de robo con intimidación

(...), a la pena de treinta y dos meses de prisión, que quedaría extinguida el seis de marzo del año 2001. El acusado cumplía su condena en el centro penitenciario Madrid IV cuando el día tres de marzo del año 2001 no se reincorporó al Centro Penitenciario, tras disfrutar de un permiso reglamentario” y siendo su Fallo del tenor literal siguiente: “Absuelvo libremente a Evaristo de los hechos de que venía acusado por el M.º Fiscal y que dieron lugar a la incoación del presente procedimiento, con declaración de oficio de las costas causadas”.

Segundo.—Contra dicha sentencia se interpuso, en tiempo y forma, por el M.º Fiscal recurso de apelación.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se interpone recurso por el M.º Fiscal al considerar que el artículo 468 del Código Penal impone a los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, una pena diferenciada según “estuvieran privados de libertad” o “en los demás casos”, y dado que en el caso de autos el condenado, aunque condenado a pena de prisión, al no reincorporarse al Centro Penitenciario tras disfrutar de un permiso, no se encontraba en una situación efectiva de privación de libertad, debiéndose castigarse, conforme al segundo inciso, a la pena de multa, de conformidad con el contenido de la Instrucción 3/99 de la Fiscalía General del Estado y la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El recurso debe prosperar pues el criterio aludido por el M.º Fiscal es el que se recoge de forma mayoritaria en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

(...)

Cuando el art. 468 distingue entre que el autor de la infracción esté o no privado de libertad cabe entender, como hace la Juez de instancia, que el legislador se está refiriendo

a la naturaleza de la pena que se quebranta y no a la situación circunstancial fáctica en que se halla en ese momento el penado. De tal forma que si el acusado quebrantara una pena privativa de libertad carecería de relevancia que en ese momento se hallara circunstancialmente en libertad disfrutando de un permiso penitenciario, como sucedía en este caso. Según la Juez, debería, pues, interpretarse la distinción de libertad *versus* no libertad de forma estrictamente vinculada a la naturaleza de la pena impuesta (privativas de libertad *versus* no privativas de libertad), independientemente de la situación fáctica real en que se hallara el imputado en el momento de incumplir la pena impuesta.

Sin embargo, no puede, obviamente, descartarse una segunda interpretación que se ajusta más al tenor literal de la norma. Nos referimos a que, al imponer el precepto una pena notablemente superior para el penado que quebrante la condena cuando se halle privado de libertad, pretenda enfatizar la entidad en sí de la conducta del quebrantamiento de la condena o de la medida cautelar, independientemente de cuál fuera la pena impuesta al penado. Y ello porque el legislador considere que supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad.

Parece razonable que, ante conductas que conllevan un riesgo de enfrentamiento personal con las personas encargadas de la custodia del preso o penado, el legislador incremente la cuantía punitiva. Por lo tanto, sí existe una razón de política-criminal para esta segunda interpretación. Sin que el hecho de que el legislador prevea estos supuestos como subtipos agravados cuando se ejecutan con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas (art. 469) excluya la existencia de un tipo básico sin esos aditamentos.

Por lo demás, ha de reconocerse que esta segunda interpretación se muestra más acor-

de con el sentido gramatical del texto, y en concreto con el campo semántico de las expresiones que generan las dudas hermenéuticas (el hallarse el autor del delito privado de libertad). Y como es sabido, el sentido gramatical posible de las locuciones del texto legal tiene un mayor valor como criterio interpretativo en el ámbito del derecho penal que en otras esferas del ordenamiento jurídico, debido a la relevancia del principio de legalidad penal y a las exigencias de taxatividad y exhaustividad que lo estructuran, con el fin de asegurar una descripción cierta y determinada de las conductas punibles en garantía del justiciable.

Por todo lo cual, entendemos que la conducta del acusado ha de subsumirse en el

inciso último del art. 468 del C. Penal y no en el primero. Esto quiere decir que se le impondrá una pena de multa y no de prisión”.

(...)

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el M.º Fiscal contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal (...), debemos revocar y revocamos íntegramente la misma, para condenar al acusado Evaristo como autor de un delito de quebrantamiento de condena comprendido en el artículo 468 inciso segundo del Código Penal.

Auto 433/2002, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2002

IMPAGO DE PRESTACIONES ALIMENTICIAS: CONDENA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PENSIONES DEVENGADAS TRAS LA DENUNCIA.

Art. 227.3 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Edorta J. Herrera Cuevas**

SÍNTESIS

Se alza el apelante contra la sentencia de instancia por entender (al margen de una incorrecta aplicación del índice de actualización de las pensiones alimenticias), que la condena por los responsabilidades civiles derivadas del debe detenerse en las deudas alimenticias anteriores a la denuncia que contra él se interpuso. Otras es la solución queda la sentencia de apelación, dando respuesta a las alegaciones del apelante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—Formula recurso de apelación la representación de Antonio José fren-

te al auto que determina en vía de ejecución la cantidad que como responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito de abandono de familia por impago de pensión

alimenticia de hijo menor tiene obligación de indemnizar, según sentencia de 7 de febrero de 2001. Viene impugnado por el Ministerio Fiscal.

Mantiene el apelante, después de describir compendiosamente los antecedentes del asunto, que el Juzgado ha aplicado la revalorización de la pensión alimenticia de manera incorrecta, ya que incrementa la prestación periódica desde el uno de enero de cada año siguiente al de la sentencia de divorcio que estableció la pensión, y además, que el período tenido en cuenta para el cálculo de lo que se adeuda por el deudor de alimentos en la ejecutoria es improcedente, ya que tiene que detenerse en la denuncia que dio origen al proceso penal, y no extenderse hasta la sentencia de condena.

Los argumentos de la impugnación de la acusación oficial para defender el cálculo de la Instructora parten de considerar que la denunciante no se vería repuesta en el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de los hechos enjuiciados si sólo se la indemnizara por las pensiones impagadas hasta la denuncia, incurriendo en defecto de economía procesal la fijación del perjuicio sólo hasta dicho momento, habida cuenta que no se alega que las pensiones posteriormente devengadas se hayan abonado por el condenado, existiendo una identidad de hechos y continuidad del ilícito.

Debe partirse, puesto que se controla la legalidad de un procedimiento ejecutivo, de datos constantes en las actuaciones donde surge el título, y no otros:

1. La denuncia de Concepción que inicia el procedimiento preliminar judicial es de 9 de julio de 1999, y se refiere al impago de cinco anualidades de pensión de alimentos para el hijo común con el denunciado, Jon, desde un convenio regulador de 5 de diciembre de 1992, homologado como medida definitiva derivada del divorcio de mutuo acuerdo de los padres por sentencia de 21 de junio de 1997.

2. El Fiscal formuló acusación en escrito de 3 de agosto de 2000, manteniendo que el acusado no había pagado pensión alguna desde la fecha de la sentencia hasta entonces, sin que en la conclusión relativa a la responsabilidad civil mencionara más que (...) el importe de las prestaciones económicas impagadas que se determinará en ejecución de sentencia.

3. La sentencia declara probado que el condenado no había pagado desde la sentencia de divorcio hasta entonces (el 7 de febrero de 2001) cantidad alguna de la pensión alimenticia de 25.000 pesetas mensuales, revisables anualmente conforme al IPC, con excepción de un pago total de 850.000 pesetas por pensiones atrasadas efectuado antes de la denuncia. En el punto de condena por la acción civil, se falla que el Sr. ... indemnizará a la Sra. ..., en concepto de alimentos a favor de su hijo menor, con la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, de la que habrán de descontarse las 850.000 pesetas citadas.

Segundo.—El asunto no tiene una solución unívoca en abstracto, puesto que el art. 227.3 CP, al establecer que la reparación del daño incluye siempre el pago de las cuantías adeudadas, ello referido a la responsabilidad civil dimanante de un delito que puede consistir en el impago de todas las sucesivas obligaciones periódicas de una prestación de alimentos instaurada por resolución judicial, permite variadas formulaciones apriorísticas, partiendo de un impago inaugural de la pensión matrimonial o parental, y de que el impago persista y se mantenga cuando se enjuicia.

El indudable punto de partida es que el crédito ejecutivo del perjudicado en el proceso penal sólo abarca la responsabilidad civil que tiene su origen en la conducta típica que se sanciona, de modo que el apartado 3 del dicho art. 227 CP es una norma de concreción respecto de la cláusula general de art. 116.2.º CP, absolutamente necesaria para un delito de simple omisión, y que no

existía para la inicial versión del tipo de injusto (art. 487 bis CP 1973).

Así, cualquier impago anterior o posterior al comportamiento conminado en el proceso penal, al ser impune en el mismo, habrá de reclamarse en la pertinente vía civil.

(...)

¿Qué ocurre, pues, con las pensiones impagadas posteriormente a la denuncia? En realidad, por el contrario de lo que asevera el recurrente, se consignan como deudas correspondientes a la omisión típica por la que se produce la condena un determinado período, porque consta en los hechos probados explícitamente ser las pensiones desde la fecha de la sentencia de divorcio hasta la fecha de la sentencia penal (la actualidad es su expresión).

Puesto que el delito que nos ocupa es de permanencia en el tiempo, nada impide que los adeudos de concretas mensualidades impagadas que se expresen en la denuncia de la víctima se vean complementados, como elementos objetivos del tipo, con los que se generen hasta el momento de la concreta formulación de acusación en trámite de conclusiones definitivas. En caso contrario, al forzarse a la parte perjudicada a un rosario de procesos judiciales derivados de la misma causa, se contrariaría la evidente finalidad legislativa de colocar la tutela de un determinado derecho de crédito ejecutivo como un delito omisivo que no exige un resultado material, pero existiendo éste, colocar su secuela civil en la ejecución penal, vulnerándose en dicho caso adverso la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos (24.1 CE y 7.1 LOPJ).

No cabe hablar en tales supuestos, como el que nos ocupa, de una indefensión del acusado/deudor por motivo de la indeterminación del término final de su deuda punible, ya que es claro que, tanto la acusación como la pretensión civil se refieren en todo caso a unos hechos con idéntica configuración causal, respecto de los que no hay motivo que impida la defensa referida al período impagado de devengos hasta la liquida-

ción, ni como comprendido dentro de los términos del art. 227 CP, motivo que impida dejar dicha liquidación para ejecución de sentencia, de conformidad con el art. 115 CP.

Ahora bien, unas son las posibilidades técnicas de la pretensión civil ex art. 227 CP, y las de la sentencia a reserva de liquidación, y otra el empleo correcto de tales por el acusador oficial, que ejerce la acción civil. Si la denuncia del perjudicado no es más que noticia de los hechos que merecen un proceso penal, y cumplimiento del requisito de procedibilidad del art. 228 CP, el momento de la pretensión civil, simultánea a la acusación, requiere determinar la deuda, en consonancia con la tipificación penal, y si es periódica, pretender de futuro (lo cual es ahora explícitamente viable con arreglo al art. 220 CP). Ello no obedece a una real preclusión de la acción civil, dado que las conclusiones provisionales no son la pretensión completa en dicho plano, siéndolo las definitivas del juicio oral, sino a un principio de defensa.

(...)

Lo criticable es no ser escrupuloso con el designio del art. 115 CP (correlativo al viejo art. 362 LECiv 1881, mucho menos exigente que la nueva ideología del art. 219 LEC), habida cuenta que no se sientan todas las bases de la liquidación indemnizatoria correctamente, al faltar explícito el *dies ad quem* del impago castigado, y así se cierra un proceso penal para abrir otro civil en pieza separada. Pero es claro que si la sentencia obtuviera que la cifra compensable era superior a la deuda, y como se ha dicho, referida a la fecha de denuncia, lo es, no hubiera condenado en responsabilidad civil pendiente en la liquidación ejecutiva.

En conclusión, no es cierto que la denuncia marque el momento hasta el que puede determinarse la deuda civil exigible en el proceso por delito de impago de pensiones, en que el condenado es reo de una pena y a la vez deudor pecuniario, y nada excluye legalmente que pueda, secundándose el fin del art. 227.3 CP, determinarse hasta la sen-

tencia firme de condena, o incluso petición ejecutiva posterior a la misma, y la Sala estima, cierto que ello hubiera requerido una pretensión civil en tal sentido más expresiva, y un fallo congruente también más esclarecedor de las bases de cálculo, que la calificación del fiscal, que abarca hechos objeto de acusación hasta su momento, y la sentencia que abarca hechos objeto de condena hasta el suyo, no han causado indefensión más que pretextativa, dado que el hecho impositivo del pago no se ha alegado.

Puesto que se trata de controlar la resolución judicial que determina la liquidación de la condena por acción civil en una sentencia firme, al tenor de los términos de ésta se circunscriben las posibilidades legales del Juez ejecutor —en cuyo lugar se coloca ahora la Sala—, con independencia de lo que debiera haber sido el más adecuado o completo pronunciamiento de la ejecutoria, teniendo en cuenta además, que tales términos deben congruencia a los de la pretensión de reparación civil *ex delicto* que ejerciera el Ministerio Fiscal.

Razones que mueven a desestimar el recurso con ratificación del auto en punto al cálculo hasta la fecha de sentencia de la

deuda ejecutiva, y no obstante, se tiene que acoger la censura de que, si las pensiones declaradas crédito ejecutivo judicial lo son actualizables anualmente conforme al aumento del IPC, se trata de una actualización interanual, es decir a valor constante del signo monetario, que se deprecia, cada año desde que se fijó, y por lo tanto, no una actualización al primer día de cada año natural. Así la cantidad ejecutiva que se ha de liquidar, con el descuento de las 850.000 pesetas, asciende a las 285.136 pesetas o 1.713,70 euros.

(...)

PARTE DISPOSITIVA

Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Antonio José contra el auto de 15 de febrero de 2002, aclaratorio del de 24 de enero anterior y del que forma parte (...), debemos revocarlo como lo revocamos en parte, fijando la cantidad que el condenado debe pagar a Concepción en mil setecientos trece euros y setenta céntimos (1.713,70 euros), confirmándolo en todos sus demás extremos, con pronunciamiento de oficio de las costas de esta alzada.

Sentencia 144/2002, AP VALENCIA, Sec. 1.ª, de 19 de junio de 2002

RETENCIÓN POR LETRADOS DE INDEMNIZACIONES CORRESPONDIENTES A LOS CLIENTES.

Art. 252 y 467.2.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Ferrer Gutiérrez**

SÍNTESIS

Considera la Sala que la actuación de los letrados que retuvieron indebidamente las indemnizaciones que correspondían a sus clientes no puede integrar el tipo del art. 252 del CP a no acreditarse un genuino acto de apro-

ción, pero sí colman las exigencias del delito de deslealtad profesional, penando por este último título (y condenando, también, a las responsabilidades civiles procedentes).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—El día 16 de mayo de 1998, falleció Manuel tras ser atropellado (...).

Segundo.—Para la gestión de todos los trámites legales y posible percepción de la indemnización procedente, los herederos del fallecido, sus padres, D. José Ramón y D.^a Francisca, encomendaron la defensa de sus intereses a los Letrados en ejercicio, hoy acusados, D. Francisco y D. Enrique Carlos (...). Fruto de esa actuación profesional llegaron a un acuerdo extrajudicial que se materializó en el pago de la cantidad de 4.000.000 de pesetas, mediante un talón librado el día 29 de julio de 1998 a nombre D. Francisco. Que fue hecho efectivo e ingresado en la caja fuerte de su despacho profesional.

(...)

Tercero.—Pese a la percepción efectiva de la referida cantidad, los Letrados so pretexto de una difícil comunicación con sus clientes, retuvieron la cantidad en su poder, no sólo, no realizando ningún acto positivo de consignación, o remisión de misiva alguna a través de algún medio que deje constancia documental, sino que a la par ante las llamadas y visitas que les efectuaron les dieron largas, diciéndoles que la causa seguía su curso, hasta que finalmente ante su insistencia les manifestaron que el asunto había sido archivado por falta de pruebas, por lo que en su caso habría que intentar con las acciones civiles correspondientes, mediante la interposición de una demanda ante esta jurisdicción, lo que les extrañó hasta tal extremo, que les impulsó a hacer averiguaciones ante el Juzgado de Instrucción y la Com-

pañía aseguradora, gracias a las cuales llegaron a conocer lo ocurrido, negándose a partir de este momento a entablar mayor conversación con los Letrados, encomendando la gestión del asunto al Letrado que hoy les dirige, interponiendo la denuncia que encabeza las presentes actuaciones, dentro de cuyos trámites fueron citados los referidos Letrados, quienes ante ello procedieron a remitir en fecha 26 de septiembre de 2000 un telegrama al matrimonio, en el que les hacían constar que tenían la indemnización depositada en su despacho, por lo que les rogaban que se pusieran en contacto con ellos, misiva a la que no dieron respuesta, motivando que los acusados el día 16 de octubre siguiente depositaran ante el Juzgado la cantidad de 3.128.000 pesetas, fruto de descontar de la cantidad inicialmente percibida las siguientes cantidades: 696.000 pesetas en concepto de honorarios profesionales, calculados sobre la base de las normas colegiales núm. 2, 6, 34 y 92; 25.000 pesetas por gastos notariales, y 150.000 pesetas que fueron abonadas en fecha no determinada al Letrado del conductor del vehículo contrario. Dicha cantidad ha permanecido consignada en el juzgado hasta después de la celebración de la primera sesión del Juicio oral, en que mediante escrito fechado y presentado ante el Decanato de la Ciudad ese día, 4 de junio, se solicitó la devolución del dinero.

(...)

Quinto.—Ambos acusados dirigen el despacho, gestionándolo en un plano de igualdad, habiendo llevado indistintamente la gestión del asunto en sus diferentes fases, con pleno conocimiento en todo momento de su situación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—En primer lugar se imputa a los acusados la comisión de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, (...) por su propio concepto debe existir un acto de apoderamiento, de incorporación al patrimonio personal de un bien concreto y determinado, hasta el extremo de que no concurrirá, si o bien no se conoce concretamente cuál sea el objeto sobre el que recae, o bien no puede llegar a hablarse de incorporación al patrimonio, ya que para ello es preciso llegar a un punto sin retorno en el que ya no es posible entregarlo o devolverlo, produciéndose un incumplimiento definitivo de la obligación de restituir (...). Punto este último, que excluirá aquellos supuestos en que no existe una verdadera apropiación, sino tan sólo una mera retención temporal, que podrá ser calificada de viciosa, desleal e incluso generadora de alguna suerte de responsabilidad, mas no determinará este delito al no producirse esa incorporación patrimonial, ese haberlo como propio que exige el precepto (...). Con todo lo cual, no negamos que existió una censurable retención indebida, mas no nos consta, o al menos no consta con la rotundidad que exige nuestra jurisdicción, una plena conciencia de esa apropiación, de ese haber como propio que exige el precepto.

Segundo.—En segundo término (...), se imputa a los acusados un delito de deslealtad profesional del artículo 467.2.º del Código Penal (...) la actuación desleal de los acusados, no la ciframos en sus gestiones previas, las cuales si merecen algún calificativo, este ha de ser de elogio y no de censura, (...) Sin embargo, lo que es completa-

mente censurable, es que tras esa provechosa actuación profesional, no demostraran idéntico celo a la hora de hacer llegar el resultado de su trabajo a sus legítimos destinatarios.

(...) lo que dota de especial gravedad a su conducta, permitiendo la apreciación del tipo imputado, es que a ello se une ese hacer positivo consistente en ocultar de forma deliberada a sus clientes la efectiva percepción de la cantidad, dándoles largas, que imputan a la ordinaria lentitud de la administración de Justicia o la complejidad del asunto, hasta el extremo de no descartar el tener que interponer posteriormente una acción civil. De tal suerte que han logrado de forma indebida detentar esa cantidad durante un dilatado período de tiempo, con el consiguiente perjuicio que ello les ha determinado a sus clientes, no sólo con la incertidumbre en torno a la posible suerte de sus intereses, si no a la par, privándoles de la posesión de un capital que legítimamente les correspondía.

FALLAMOS

Primero.—Absolver a los acusados del delito de apropiación indebida

Segundo.—Condenar a los acusados en concepto de autores de un delito de deslealtad profesional.

(...)

Quinto.—Que por vía de responsabilidad civil abonen solidariamente la cantidad de 3.875.000 pesetas, más su correspondiente interés legal desde la fecha de la entrega de la cantidad inicial, hasta la de su consignación o pago.

Sentencia 383/2002, AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, de 27 de junio de 2002

FALSEDAD DOCUMENTAL: SUSTITUCIÓN DE PLACA DE MATRÍCULA DE AUTOMÓVIL.

Art. 390.1.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Grande Marlaska Gómez**

SÍNTESIS

A tres alegaciones principales del recurrente, que fue condenado por el Juzgado de lo Penal, da respuesta la presente Sentencia de apelación: 1.º que es requisito del tipo por el que se penó que el vehículo cuya placa de matrícula se sustituyó haya circulado por vía pública (al ser el bien jurídico protegido, en opinión del apelante, la seguridad del tráfico); 2.º) que no se produjo la alteración y 3.º) que la alteración de placas de matrícula nunca podría integrar un delito de falsedad documental.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—La representación procesal de Unai se alza contra la sentencia dictada en la instancia alegando sustancialmente error en la apreciación de la prueba al no contextualizarse que el vehículo circulara y menos aún con las placas de matrícula sustituidas. Asimismo se indica infracción de norma jurídica y del principio de legalidad al colegirse como bien jurídico la seguridad del tráfico, el cual no se lesiona al omitirse el hecho mismo de la circulación.

Segundo.—(...) La recurrente afirma en un primer momento como requisito imprescindible el hecho mismo de la circulación al subyacer como bien jurídico la seguridad del tráfico, posteriormente da por acreditada la circulación, reconocida por su representante, pero no que se desarrollara con las placas matrículas alteradas. Finalmente indica

cómo la sustitución de las placas matrículas nunca integraría el delito de falsedad.

En lo que respecta a la última de las alegaciones, el hecho de que la mera sustitución de una placa de matrícula por otra no deviene penalmente relevante, debemos remitirnos al acuerdo Junta General de la Sala 2.ª TS quien expresamente zanja las controversias en la interpretación del ordenamiento jurídico una vez promulgado el nuevo CP, y que el juzgador *a quo* reproduce textualmente: "...con relación a las placas de matrícula de vehículos, la sustitución de la verdadera por la de otro vehículo es conducta subsumible en el art. 390.1.1º)...". Ante la taxatividad y expresividad de la doctrina del TS adoptada a los fines de unificación precisa en la aplicación del ordenamiento jurídico cualquier razonamiento complementario resulta innecesario.

La alegación sobre la necesidad de circulación del vehículo una vez sustituida la placa matrícula, elemento no exigido expresa-

mente por nuestro Alto Tribunal, si bien tampoco estudiado en concreto, carece de cualquier relevancia actual al quedar adverbado en grado de certeza jurídica.

El hecho de la circulación se consolida en base a las propias manifestaciones del imputado en sede judicial, quien no compareció al acto del juicio oral, quien reconoció tal extremo, si bien lo limitó a unas vías privadas, lo cual es difícilmente asumible ya que para llegar a las mismas, y por pura obviedad, tuvo que circular por otras de carácter público (...).

En conclusión, la sustitución de las placas matrículas, sin necesidad de cualquier otra manipulación, conforma la conducta típica objeto de condena en la instancia (art. 390.1.1.º CP). Partiendo de ese extremo aun cuando el TS no exija expresamente el hecho mismo de la circulación, cuestión que pudiera ser discutida, la misma en el caso de autos se advera en grado de certeza jurídica como corolario de la valoración de la prueba, sin que pueda esgrimirse cualquier otra razón que guiara tal actividad (sustitución de las placas matrículas).

Decimos que la exigencia de la circulación pudiera ser precisa al no ser lo mismo mentira que falsedad. Mentira y falsedad no son la misma cosa a efectos jurídico-penales; no todo lo que es distinto o contrario a la verdad es jurídico-penalmente falso. No podemos olvidar que el bien jurídico protegido por el delito de falsedad y en concreto por la tipificación falsaria relativa a las placas de matrícula es la seguridad del tráfico de personas y vehículos mediante la correcta identificación de estos últimos así como de sus propietarios y conductores. Pero en el caso de autos no se colige la posibilidad de tal interpretación toda vez que aun cuando las placas matrículas sustituidas correspondían a otro vehículo del acusado, y por lo tanto podía ser identificado, el otro vehículo (el Ford Escort) estando dado de baja no podía ser necesariamente identificado con su persona. Este extremo en correlación con el hecho mismo de la circulación, adverbado en base a la prueba analizada, portando las placas sustituidas subsume los hechos en el ilícito objeto de condena en la instancia.

Sentencia 723/2001, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 8 de julio de 2002

UTILIZACIÓN DE PASAPORTE FALSO FUERA DEL TERRITORIO ESPAÑOL: IMPUNIDAD.

Arts. 390, 392, 393 Código Penal y 23 LOPJ

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Manuela Carmena Castrillo**

SÍNTESIS

Con base en el art. 23 LOPJ que, como norma general, excluye de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional y en el dudoso encaje de la acción en el tipo objetivo de los arts. 390, 392 y 393 del CP, la Audiencia —revocando la condena del Juzgado de lo Penal— absuelve a quien en un aeropuerto del Reino Unido presentó un falso pasaporte español.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Es constante la jurisprudencia que no considera punible la utilización de pasaportes falsos fuera del territorio español. Y esto por dos razones: primera porque la competencia territorial establecida en el artículo 23 de la LOPJ excluye la competencia de los tribunales españoles fuera del territorio nacional y porque no aparece claramente tipificado en los artículos 390, 392 y 393 del Código Penal el uso del pasaporte falso. Entre otras se citan las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 2001, 11 de diciembre de 2001, 7 de diciembre de 2001.

(...)

Sentencia de 28 de noviembre del 2001: “En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante unos documentos que consistían en certificados de ciudadanía, pasaportes, permiso de conducir y documentos de identidad, cuya falsedad es evidente pero que no consta que hayan sido confeccionados o manipulados en territorio español, lo que nos lleva a situar su falsificación en el extranjero, posiblemente por ciudadanos extranjeros, por lo que sólo se podrían perseguir en España si afectan directamente al crédito o intereses del Estado español.

No puede sostenerse que esas conductas incidan sobre los intereses del Estado por lo que, deben quedar excluidos de su posible persecución en nuestro país con lo que se desprende que la jurisdicción española, no puede conocer de estas falsificaciones ni, por tanto, hacer declaraciones condenatorias.

Tampoco puede mantenerse la condena por un delito del artículo 393 del Código Penal, en cuanto que en su texto se contempla la conducta del que, a sabiendas de la falsedad de un documento de cualquier clase, lo presentare a juicio o lo utilizare para perjudicar a otro. Estos presupuestos de punibilidad no concurren en el caso concreto ya que el

acusado lo utilizó, sólo en un primer momento, para identificarse ante la policía”.

(...)

No consta en las actuaciones ni que dicha falsificación se haya efectuado en España, ni que el recurrente la hubiese utilizado para su identificación. Nada hay en la sentencia que permita afirmarlo. Desde esta situación procede su absolución de acuerdo con la doctrina de esta Sala que estima la falta de competencia de los Tribunales españoles para juzgar y condenar de tal delito, de conformidad con el art. 23 de la LOPJ (EDL 1985/8754) que determina la competencia de la jurisdicción española para juzgar de los delitos y faltas en atención a los principios de territorialidad, personalidad, protección de intereses y de justicia universal, determinándose en cada uno de los cuatro apartados del artículo citado que desarrollan, respectivamente, el ámbito de aplicación de los principios expuestos, cuáles son los delitos de los que puede conocer la justicia española. En ninguno de ellos se encuentra el delito de falsedad documental en la relación de delitos previstos en los apartados 3.º y 4.º (EDL 1995/16398, EDL 1995/16398), y no existiendo prueba de su comisión en España, no procede la aplicación del núm. 1 de dicho artículo (EDL 1995/16398), ni tampoco puede operar como criterio atrayente en favor de la justicia española el de personalidad, pues el recurrente no tiene nacionalidad española —SSTC 1867/2000 de 24 de diciembre y 1954/2000 de 1 de marzo—.

Tercero.—De lo que antecede tenemos que concluir que el uso del pasaporte falsificado en territorio no español no es punible.

De una forma no muy clara se razona por la magistrada de la sentencia la autoría de la falsificación del pasaporte (que sin embargo no se define en los hechos probados). Parece que centra ésta en haber entregado su fotografía a las personas quienes realizarán la falsificación del documento, pero hay que

aceptar que de esta posible imputación no sabemos nada. Por este motivo nada se dice sobre eso en la declaración de hechos probados y simplemente se establece en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida una hipótesis, amparada exclusivamente y de forma muy parcial en la declaración que prestó Frank ante el Juzgado de Instrucción número 25 —en la que difícilmente puede basarse la motivación de la sentencia— [el día 21 de febrero del 2000 (folio 15 de las actuaciones)].

Es posible que nos encontremos en supuestos de esta índole con defecto de tipificación al no haber previsto específicamente

el art. 393 del Código Penal como delito el uso del pasaporte falso pero el respeto al principio de tipificación penal nos obliga a no realizar interpretación extensiva ajena al contenido específico del tipo y probar, cuando así haya sido, que efectivamente quien usa el pasaporte ha tenido una participación directa en su confección de tal índole, que pueda implicar sin lugar a ninguna duda, una autoría de cooperación necesaria.

(...)

En consecuencia:

Fallamos que estimamos el recurso de apelación interpuesto (...) debemos absolver y absolvemos a Frank.

Sentencia 331/2002, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 9 de julio de 2002

ABUSO SEXUAL: NECESIDAD DE PONDERAR CIERTA GRAVEDAD EN EL ATAQUE AL BIEN JURÍDICO. TOCAMIENTO DE NALGA.

Art. 181.1.º Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ana María Ferrer García**

SÍNTESIS

Sostiene la Sala la necesidad de ponderar la proporcionalidad entre la acción constitutiva del ataque contra la libertad sexual, el tipo delictivo del abuso sexual y la pena que en él se prevé. El supuesto examinado —leve tocamiento de la nalga del sujeto pasivo— merece a la Audiencia la consideración de un ataque que no contiene la necesaria gravedad para condenar por delito de abuso sexual sino por falta de vejación injusta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El recurso interpuesto denuncia la aplicación indebida del art. 181

del CP Parte el mismo del respeto íntegro al relato de hechos probados, si bien difiere de la calificación jurídica que a éstos otorga la resolución impugnada. Esta Sala comparte

el criterio del apelante. El art. 181.1.º del CP describe una versión residual de abuso sexual, que se caracteriza por la ausencia de consentimiento de la víctima en la conducta sexual de la que es objeto, así como también por la ausencia de violencia o intimidación. Sin embargo, moviéndose siempre dentro de comportamientos atentatorios contra la libertad e indemnidad sexual, concretadas en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual. Desde esa óptica, el comportamiento que el relato de hechos probados describe, en cuanto que se concreta en el tocamiento de una parte de la anatomía dotada tradicionalmente de un especial contenido erótico, puede objetivamente integrar un ataque a la libertad sexual, sobre todo partiendo del ánimo de quien lo ejecuta. Si se une a ese comportamiento, consistente en tocar la nalga con la mano, la expresión que, ante el reproche de la víctima, profiere el agresor justificando su actuar de la manera en que lo hizo, esto es, “que hacía mucho tiempo que no veía un culo tan bonito”, el ataque, más que a la libertad sexual en particular, se proyecta contra la dignidad de la mujer como tal, no sólo en lo tocante a la esfera sexual, sino a su propia consideración dentro de las relaciones entre personas de distinto sexo. Sin embargo, aun considerándose que tal ataque existió, el principio de proporcionalidad exige que el mismo haya de ser valorado en sus justos límites. Y en este sentido entiende este Tribunal, partiendo del relato de hechos probados de la reso-

lución impugnada, no puede considerarse que los mismos tengan mayor entidad o trascendencia, que aquélla que justifica su consideración, en cuanto ataque a la libertad sexual y a la dignidad de la mujer que de manera involuntaria hubo de soportarlos, como falta de vejaciones injustas del art. 620.2 del CP. A la hora de valorar la gravedad del ataque que contra los bienes jurídicos en conflicto supuso el comportamiento descrito, éste debe considerarse como leve y, en consecuencia, integrante de la falta descrita, resultando exagerado reconocer al mismo entidad suficiente para considerarse delito. La invasión de la esfera corporal de la víctima fue mínima, y el ataque a la dignidad personal importante pero no grave y a ellos ha de ajustarse el reproche penal que los hechos merecen. Por eso el primer motivo de recurso se va a estimar, entendiendo como más adecuada la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de la falta indicada.

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto (...) contra la Sentencia dictada (...) por el Juzgado de lo Penal (...), revocando parcialmente la misma y en su lugar absolvemos al apelante del delito del art. 181 del CP por el que venía siendo acusado, condenando al mismo como autor de una falta de vejaciones injustas del art. 620.2 del CP.

Sentencia 339/2002, AP MADRID, Sec. 7.ª, de 9 de julio de 2002

ACUERDO DE LOS MAGISTRADOS DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR.

Art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ana Rosa Núñez Galán**

SÍNTESIS

El art. 379 del CP recoge dos penas de privación de derecho a conducir, una relativa a vehículos de motor y otra relativa a ciclomotores, y se aplicará una u otra según el medio utilizado para cometer la infracción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único.—(...) Ahora bien, frente a este debate jurídico la Sala venía manteniendo un criterio distinto del M.º Fiscal y acorde con el Juez de la instancia, de lo que es precisamente reflejo reciente la Sentencia de 11 de junio de 2002 y ahora esta postura se ha visto reforzada por el acuerdo de los magistrados de lo Penal de esta Audiencia de fecha 13 de junio de 2002 que adoptaron co-

mo criterio uniforme de interpretación: “considerar que cuando el art. 379 del CP establece que en cualquier caso de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente” se entenderá que se trata de dos penas y no de una sola, por tanto se impondrá según se trate una u otra pena y de forma disociada la privación del derecho a conducir vehículos de motor de la otra pena de privación del derecho a conducir ciclomotores.

Sentencia 290/2002, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 10 de julio de 2002

IMPROCEDENCIA DE DESTRUIR CUADROS FALSIFICADOS.

Art. 127 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García**

SÍNTESIS

Estima la Sala el recurso interpuesto por el Fiscal frente a la resolución judicial que ordenaba la destrucción de los cuadros falsificados. Se basa para ello en que: a) el comiso es una pena accesoria y la sentencia fue absolutoria;

b) se infringe el principio acusatorio al no haber solicitado ni el Fiscal ni las partes la imposición de dicha pena, y c) por desproporcionada al haber adquirido el causado los cuadros de buena fe y pagado por ellos cinco millones de pesetas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El Ministerio Fiscal formula recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal n.º 13 en Juicio Oral n.º 149/00, alegando infracción del artículo 127 del C. Penal, al acordar la juez de instancia la destrucción respecto a las obras intervenidas en el procedimiento y cuya falsedad ha quedado acreditada, en concreto los cuadros supuestamente firmados por los pintores Joaquín Sorolla, Cecilio Plá, Benjamín Palencia, Godofredo Muñoz y Francisco Domingo Marqués, al contener la sentencia un fallo absolutorio y no ser ilícita la mera tenencia de las obras de arte incautadas.

Tras el análisis de las actuaciones se desprende que debe ser estimado el recurso planteado por el Ministerio Fiscal por las siguientes razones:

1.º Porque el comiso es una pena accesoria, según reiterada jurisprudencia que consiste en la pérdida de los efectos o instrumentos de la infracción, íntimamente unido no a la ejecución del delito, sino a la imposición de la pena, pese a no estar ubicado en el tratamiento sistemático de las penas sino en una rúbrica aparte “de las consecuencias accesorias”, en concreto en el artículo 127 del C. Penal (SSTS 21/06/94 y 11/03/99); y la sentencia recurrida absuelve al acusado de los delitos imputados.

2.º Porque la interpretación sobre el comiso, como norma punitiva ha de ser restrictiva, no siendo de aplicación el artículo 635.5.º, en relación con el 742 de la LECrim, como pretende la representación de Clemente de la P.A.; porque, por un lado, no es lo acordado por la juez de instancia, ni lo interesado por las acusaciones en sus calificacio-

nes, y su adopción hubiera implicado una clara infracción del principio acusatorio en primera instancia y una vulneración del principio que prohíbe la *reformatio in peius* en esta alzada; y, por otro lado, porque de la causa no se desprende peligro grave para los intereses sociales e individuales, por la mera tenencia de obras no auténticas por particulares.

3.º Porque en la aplicación del comiso rige el principio de proporcionalidad y tal como alega el recurrente los cuadros fueron adquiridos por el acusado pagando por ello cuatro o cinco millones de pesetas, y lo hizo según declara probado la sentencia sin conocimiento de su falsedad, por lo que pasaron a formar parte de su patrimonio, y una vez absuelto deben incorporarse al mismo, pues lo contrario es desproporcionado, por cuanto la mera tenencia de las obras falsas intervenidas no es punible, diferente es la responsabilidad en que pudiera incurrir si comercializara con ellas, que sería objeto de enjuiciamiento en otra causa.

(...)

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal (...), y la revocamos únicamente en el sentido de dejar sin efecto la acordada destrucción de obras supuestamente firmadas por Joaquín Sorolla, Cecilio Plá, Benjamín Palencia, Godofredo Ortega Muñoz y Francisco Domingo Marqués, acordando la devolución a José, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, incluida la advertencia de las responsabilidades en que podría incurrir por la comercialización de las mismas; con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Auto 1886/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 10 de julio de 2002

VIGILANCIA PENITENCIARIA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN DE AISLAMIENTO EN CELDA.

Arts. 42.4 y 43.4 Ley Penitenciaria y 254.4 del Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

Examina la sentencia de la Audiencia cuál deba ser el lugar de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda. El interno sostiene que ha de cumplirse en su propia celda. Esta es, efectivamente, la regla general que mantiene la normativa penitenciaria vigente. No obstante, este principio general puede excepcionarse (art. 43.4 LGP) cuando el interno comparte la celda con otros, por motivos de seguridad del propio interno o por el buen orden del establecimiento. El límite a la situación de excepción lo fija el requisito de que —caso de cumplir la sanción en celda distinta— sea de características análogas a la celda propia, con el fin de no incrementar la penosidad implícita en la sanción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Pretende el interno cumplir las sanciones de aislamiento en su propia celda.

Segundo.—Respecto al lugar de cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda, son tres los preceptos legales o reglamentarios que las regulan.

El artículo 42.4 de la Ley Penitenciaria establece que, en todo caso, la celda en que se cumpla la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento, con lo que establece el principio de no incrementar el efecto punitivo de la sanción con el establecimiento de condiciones más desfavorables de la dependencia en la que se cumple.

En segundo lugar, el artículo 43.4 de la misma Ley, establece una regla general: cumplimiento de la sanción en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y los casos en los que se puede excepcionar la aplicación de tal regla: compartir la celda con otros internos; por la propia seguridad del interno; y por el buen orden del establecimiento.

Y, compendiando estas reglas, el artículo 254.4 del Reglamento Penitenciario dispone que el aislamiento se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno y, en los supuestos que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

Tercero.—Aunque de esos preceptos se infiere que la regla general debería ser el cumplimiento de la sanción de aislamiento en la celda habitual, el traslado generalizado de los internos a un Departamento de Aislamiento no necesariamente comporta infracción de esa normativa.

Cuando habitualmente las celdas estuvieran ocupadas por más de un interno, la propia naturaleza de la sanción obligaría de modo habitual a cambiar al interno a una celda individual.

Pero igualmente, aunque el interno ocupara habitualmente una celda individual (como parece concurrir este caso), las características u organización interna del centro penitenciario pueden hacer conveniente la creación de un módulo especial para el cumplimiento de estas sanciones. El tamaño del centro penitenciario, el porcentaje de ocupación del mismo, o el número de internos que ordinariamente están cumpliendo de modo simultáneo sanciones de aislamiento en celda pueden obligar a los responsables del centro penitenciario a distribuir a los internos de modo que permitan la prestación de los servicios comunes a todos los internos de una forma ordenada y con las debidas condiciones de seguridad, tanto para los internos como para los funcionarios.

Y esto es lo que se alega por el Director del Centro penitenciario en este caso. Parece razonable y respetuoso con la finalidad genérica del mantenimiento del “buen orden

del establecimiento” que se reitera en los artículos analizados, el establecimiento de un departamento de aislamiento con objeto de permitir compaginar para todos los internos las prestaciones y servicios que reciben, tales como paseos por el patio (restringidos a los aislados a dos horas diarias), el uso de servicios comunes —peluquería, economato (también restringido en el artículo 254.5 del Reglamento), talleres ocupacionales, aula de estudio—, la asistencia a consulta médica, entrega de medicación, entrevistas con profesionales, comunicaciones con el exterior y actos regimentales —cobrar peculio, entrega de paquetes (prohibida a estos internos), comidas, etc. Difícilmente podrían prestarse sin disfunciones ni alteraciones del orden todos esos servicios —distinguiendo a los internos sancionados con aislamiento respecto de los demás— si se encontraran todos ellos en un mismo módulo, cuando se trata de un centro penitenciario de las características de este en el que está ingresado el interno recurrente.

Lo esencial es que, en todo caso, la celda en la que se cumpla la sanción de aislamiento tenga unas características similares al resto de las del centro penitenciario, sin incrementar la penosidad implícita en la sanción de aislamiento, aspecto este contra el que no formula queja alguna el interno.

(...)

La Sala acuerda: Desestimar el recurso.

Sentencia 362/2002, AP MADRID, Sec. 23.ª, de 11 de julio de 2002

FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN DEL TIPO DE SIMULACIÓN DEL DELITO.

Arts. 457, 16.1 y 62 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Mozo Muelas**

SÍNTESIS

La exigencia del art. 457 de que la simulación de delito provoque una actuación procesal posibilita su consideración como delito de resultado y, por

ende, la punición de formas imperfectas de ejecución. El mero auto de archivo de las diligencias previas, sin la práctica de ninguna otra actividad instructora, no se considera suficiente como para penar por delito consumado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—(...) El relato de hechos probados es el siguiente: “Se considera fehacientemente acreditado y así se declara que el acusado Fernando, mayor de edad y sin antecedentes penales, el 26-VIII-2000, sobre las 20:12 horas, denunció falazmente, y a sabiendas de tal mendacidad, en la Comisaría de la Policía Nacional de Coslada haber sido víctima de un robo con intimidación. A causa de tal denuncia se abrieron diligencias previas en el Juzgado de Instrucción número 5 de Coslada con fecha 29-VIII-2000, acordándose el sobreseimiento provisional por auto de 5 de septiembre de 2000”.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La defensa del acusado, Fernando F.S., invoca, en primer lugar, la aplicación indebida del art. 457 del CP por entender que su denuncia no provocó actuaciones procesales.

Examinadas las actuaciones se observa que el recurrente el día 26 de agosto de 2000 formuló una denuncia en comisaría en la que relataba que cuando se disponía a sacar dinero de un cajero automático se le acercaron dos individuos y poniéndole en la espalda un objeto le obligaron a entregarle la tarjeta y el número secreto, consiguiendo extraer 40.000 pesetas. La denuncia fue remitida al Juzgado de Instrucción, que sin practicar diligencia alguna, dictó el auto de sobreseimiento provisional previsto en el art. 641.2 de la LECrim, el día 28 de agosto. Este mismo día, el recurrente compareció

nuevamente en comisaría y manifestó que los hechos denunciados no eran ciertos pues en realidad denunció el robo por miedo a que su familia se enterase de que había gastado 40.000 pesetas, dado que tenía una gran depresión a consecuencia de la diabetes que padece y recientemente ha sido despedido del trabajo que tenía debido a la mencionada enfermedad. El Ministerio Fiscal, en base, precisamente, a estas últimas manifestaciones del recurrente solicitó que se continuara la instrucción contra Fernando F.S. por un delito de simulación del art. 457 del Código Penal.

Pues bien, con estos datos, es evidente por un lado, que no se efectuó ninguna actuación procesal, pues el Juzgado se limitó a dictar el correspondiente auto de sobreseimiento como uno más de los que habitualmente se dictan en los juzgados ante las numerosas denuncias de hechos sin autor conocidas que se reciben diariamente.

La Sala considera que el tipo penal de simulación de delito admite las formas imperfectas, pues este ha sido el criterio jurisprudencial en los casos en que a pesar de la simulación no se produce la ulterior actividad procesal. Por ello, se considera que el delito no se ha consumado debiendo considerarse intentado, a los efectos del art. 16.1 y 62 del Código Penal, como así reconoce la STS de 17-5-1993 y las citadas en la sentencia recurrida, aunque el juez *a quo* se inclinó por la consumación del delito con argumentos que esta Sala no comparte. Del mismo modo que tampoco se comparte el criterio por el que no se aplica la atenuante de arrepentimiento espontáneo, solicitada expresamente por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 302/2002, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 12 de julio de 2002

EL APARATO DRAGER ALCOTEST, MODELO 7410, NO ESTÁ DEBIDAMENTE HOMOLOGADO.

Art. 7 de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, en relación con el art. 379 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Gregoria Díaz Bordallo**

SÍNTESIS

La medición del índice de concentración de alcohol en aire espirado con el modelo 7410 de Drager Alcotest no puede resultar prueba suficiente para condenar por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas por no haber superado este aparato todos los requisitos de fiabilidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) la prueba de cargo no es suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia (...). En este sentido es necesario tener en cuenta que:

(...)

Los testigos no pudieron apreciar ningún síntoma determinante de embriaguez por el estado contusivo y de hospitalización del conductor.

(...) La única prueba relevante es la tasa de alcoholemia que, sin embargo, se ha practicado con un aparato Drager Alcotest, modelo 7410, que no se ajusta a las exigencias actuales de homologación.

En este sentido recordamos que el artículo séptimo de la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, establece en sus aparta-

dos 1 y 2, los controles metrológicos que para garantizar la salud y los intereses económicos de los consumidores y usuarios, deben superar los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar.

A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el punto anterior, el Ministerio de Fomento, a iniciativa del Centro Español de Metrología, viene aprobando distintas disposiciones legales sobre determinados instrumentos de medida.

En esta línea, se aprobó la orden de 27 de julio de 1994 (BOE 30-7-94) por la que se establece el control Metrológico del Estado para los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado, sin que conste que el aparato utilizado en el caso de autos haya superado los requisitos de fiabilidad necesarios para admitir su resultado como única prueba de cargo.

Sentencia 394/2002, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 13 de julio de 2002

ABSOLUCIÓN POR DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

Arts. 325 y 326.e) Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Andrés Escribano Parreño**

SÍNTESIS

La absolución se fundamenta, entre otras causas, en la imposibilidad de conocimiento de toda la normativa medioambiental por parte de los Alcaldes de pequeñas localidades.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Respecto al delito contra el medio ambiente, por el que también se mantiene la acusación, el Código Penal de 1995 lo estableció dando una prueba evidente de fe del legislador sobre la posibilidad de proteger el medio ambiente a través del Derecho Penal, fundamentándolo en el artículo 45 de la Constitución Española, que reconoce expresamente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona, imponiendo a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, estableciendo sanciones penales para quienes desconozcan estos deberes.

(...)

El primer requisito del tipo es la contravención de Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente; (...) las acusaciones han hecho todo un elenco de disposiciones legales aplicables al caso que hace completamente imposible su conocimiento por el acusado, pues muchas de ellas son más un catálogo de in-

tenciones que unas conductas concretas. Por ello, dada su gran variedad y complejidad por su tecnicismo no puede deducirse sin más que todas ellas eran susceptibles de conocimiento por el acusado, Alcalde de una pequeña población, sin conocimientos jurídicos y con el solo asesoramiento que le pudiera hacer el Secretario de la Corporación y el Ingeniero Perito Agrícola de la misma; máxime cuando la acusación es por un delito doloso.

Pero aun suponiendo que tal contravención normativa se hubiera efectuado por el acusado, no cabría imputarle la realización de las emisiones o vertidos de que trata el artículo 325 mencionado; sólo sería posible a título de provocación, entendida ésta como “toda acción que da lugar a un resultado aunque no esté dirigida a producirlo”. Tal consideración tendría las repetidas autorizaciones de vertidos concedidas por el acusado y que, al menos en el plano teórico, al realizarse aquéllas pudiera perjudicar al medio ambiente (...).

La influencia de tales vertidos se estima que fue mínima (...).

Sentencia 550/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 17 de julio de 2002

INDEMNIZACIÓN A TRABAJADOR AUTÓNOMO EN ACCIDENTE DE TRÁFICO.

Art. 110 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

La indemnización por perjuicios causados a un taxista en accidente de tráfico comprende los ingresos brutos que ha dejado de percibir sin que se descuente de esta cantidad lo abonado al lesionado por la Seguridad Social como consecuencia de su incapacidad temporal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se plantea como motivo del recurso error en la valoración de la prueba para la determinación de la cuantía de las indemnizaciones (...). Comenzando por el primer apartado relativo al lucro cesante, debe ponerse de manifiesto que si bien el rendimiento neto por la explotación del taxi asciende a 1.589.000 pts., conforme a la declaración del IRPF correspondiente al año 2000, tal circunstancia ya es tenida en cuenta en la certificación emitida por la Federación Profesional del Taxi. Pero no debe olvidarse que se trata de rendimiento neto al cual habrán de sumarse los gastos a los que el perjudicado en todo caso ha tenido que hacer frente. En definitiva, ha de atenderse no a los ingresos netos sino a los ingresos

brutos pues son éstos los que realmente han sido dejados de percibir por el perjudicado, quien ha tenido que abonar los gastos derivados de la explotación del vehículo aunque no haya sido utilizado por el mismo.

Por lo que se refiere a las cantidades satisfechas por la Seguridad Social a la que el Sr. C. de O. viene cotizando como autónomo, las mismas no deben ser descontadas de la indemnización a percibir por aquel por incapacidad temporal. Tal minoración no está prevista en el baremo y supondría una discriminación respecto a los trabajadores por cuenta ajena, los cuales no ven disminuida la indemnización que pudiera corresponderles en las cantidades percibidas de la Seguridad Social durante su baja laboral. Procede en consecuencia la desestimación de este primer motivo del recurso.

Sentencia 382/2002, AP MADRID, Sec. 15.ª, de 22 de julio de 2002

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA.

Arts. 249, 250 y 252 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Adrián Varillas Gómez**

SÍNTESIS

Realiza la sentencia un examen de la aplicabilidad a los hechos probados de las circunstancias de agravación previstas en el art. 250 del CP, así como la compatibilidad entre ellas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES PROCESALES

2. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa de los arts. 248, 249 y 250.1 y 6 del Código Penal, y alternativamente de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas (...).

HECHOS PROBADOS

Los acusados, el matrimonio formado por Juan Carlos y María Teresa (...), eran propietarios del piso que se encontraba afectado por un préstamo concedido a ellos por “Caja Postal S.A.”.

(...)

El día 30 de septiembre de 1997 los acusados vendieron en documento privado el piso referido a María Antonia de la L.L.G., haciendo constar en él que estaba gravado por el préstamo hipotecario por importe de 13.034.000 pesetas, del cual habían amortizado hasta ese día 411.527 pesetas, y fijándose un precio de venta de 15.300.000 pesetas.

El día 31 de octubre de 1997 otorgaron los acusados con María Antonia, ante el notario (...), escritura pública de compraventa del piso en la que se hacía constar la carga hipotecaria que gravaba la vivienda y la cantidad pendiente de amortizar en esa fecha, de 12.669.116 pesetas. La compradora llevó a la notaría dos cheques bancarios de Caja Madrid de fecha 30-10-1997 a nombre del acusado, uno por importe de 12.834.000 pesetas destinado exclusivamente para la amortización del préstamo hipotecario, y otro por importe de 1.616.000 pesetas para los vendedores, a los que ya había entregado a la firma del contrato privado otro cheque bancario, del B.S.C.H. S.A., por importe de 750.000 pesetas.

Desde la notaría se dirigieron los acusados junto con la compradora, a la que acompañaba su madre, a la sucursal de Caja Postal S.A. (...), entregando un impreso bancario, denominado carta de instrucciones, firmado por él, en el que escribió “Ruego cancelen mi préstamo por haber vendido la vivienda para la que lo solicité”, cursando ese día la empleada de la citada sucursal Ana M.ª D. la solicitud, en impreso bancario de reembolso anticipado de préstamo, a tal

fin. La tramitación de la expresada solicitud en la entidad bancaria solía demorarse unos treinta días, hasta el efectivo cumplimiento de la cancelación interesada.

(...) A raíz del ingreso de los cheques, el acusado Juan Carlos, a pesar de que conocía el destino del importe del cheque para amortizar el préstamo, procedió en la semana siguiente a extraer de la cuenta, bien mediante cheques, bien en efectivo, la cantidad de 6.043.820 pesetas, realizando en los dos meses siguientes gastos muy superiores a los que realizaba antes del ingreso de los talones, hasta tener un saldo en la cuenta, el 4 de febrero de 1998, de 740.385 pesetas.

Juan Carlos procedió, en fechas posteriores, a ingresar en su citada cuenta corriente, donde se cargaban los importes de amortización del préstamo, la cantidad de 3.750.000 pesetas para el 11-9-1998 y de 3.000.000 pesetas el 27-7-1999.

En el mes de febrero de 2000, la compradora de la vivienda, María Antonia de la Ll., recibió la notificación de la demanda del art. 131 de la Ley Hipotecaria interpuesta por Argenteria S.A. en el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 32 de Madrid, (...), teniendo que abonar para cancelar la hipoteca e intereses devengados la cantidad de 12.750.000 pesetas, el 22 de septiembre de 2000.

Una vez acordada la apertura del juicio oral en la presente causa, el acusado Juan Carlos, al ser requerido para satisfacer la fianza en él acordada como responsabilidad civil ha realizado dos ingresos en la cuenta de consignaciones por importe total de 1.300.000 ptas.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en los arts. 252, 249 y 250.6.º del CP.

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular personada en la causa, en los

escritos de acusación (...) y en el trámite procesal correspondiente al finalizar el juicio oral, califican los hechos como constitutivos de un delito de estafa. Esta calificación jurídica no puede aceptarse ya que no concurre en la conducta antijurídica enjuiciada el “engaño bastante”, requisito de necesaria concurrencia para su apreciación, ni dolo precedente o posterior revelador del ánimo defraudatorio inicial del sujeto activo. En los hechos enjuiciados, lo acaecido hasta el ingreso de los cheques en la cuenta corriente del acusado el 31-10-1997, cabe calificarlo de normal en los trámites de venta del bien inmueble, teniendo relevancia antijurídica penal la conducta posterior de disposición del dinero, bien mueble, ingresado en la cuenta para un fin específico, sin destinarlo a éste según lo ordenado y, obviamente, aceptado por el acusado.

Aunque las acusaciones al realizar la calificación jurídica alternativa de los hechos, como constitutivos de un delito de apropiación indebida, en el juicio oral, no han referido las circunstancias de agravación específicas concurrentes se han remitido, dada su aplicación a ambos delitos, a las ya aplicadas por ellos en sus escritos de acusación. Sobre la concurrencia de la agravación del n.º 1.º del art. 250.1 del Código Penal, su aplicación a los hechos enjuiciados implicaría una interpretación ciertamente extensiva del tipo penal. En la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30-1-2001 se expone sobre tal circunstancia que “Se argumenta en el recurso que en la redacción del precepto en el vigente Código Penal de 1995, se observa cómo, comparada con la contenida en el anterior art. 529.1.ª que se refería a que el delito se cometiera ‘alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social ha desaparecido la específica previsión que en aquel se contenía en cuanto al concreto *modus operandi*, exigencia que había dificultado en la jurisprudencia de esta Sala la aplicación del precepto, en supuesto de incum-

plimiento total de la prestación, como era el caso, referido a viviendas, de no construirse las mismas.

Se aduce también por el Ministerio Fiscal que la actual redacción del precepto ‘cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social’ no implica, como señala la Sala de Instancia al rechazar su aplicación, un supuesto de analogía contra el reo prescrito por el principio de legalidad.

Las cosas de primera necesidad, constituyen un elemento normativo del tipo que ha de estimar el juez en cada caso concreto, considerándose así, generalmente, los alimentos, medicamentos, y otros productos de consumo necesario para la subsistencia o sanidad de las personas, pero sin excluir el dinero en aquellas situaciones, como la presente, en que el mismo implica necesariamente el único destino del mismo, e, igualmente, las cosas de utilidad social, constituyen también un elemento normativo que extiende el elenco de las cosas típicas más allá de las de primera necesidad y que debe interpretarse como aquellas que cumplen fines colectivos o satisfacen necesidades consideradas como beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social”.

El apartado 1 del art. 250 del CP establece siete circunstancias específicas de agravación en el delito de —estafa alguna diversificable en varias—, aplicables igualmente al de apropiación indebida, de acuerdo con la remisión del art. 252 del mismo texto legal. La 1.^a consiste en que el delito “recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas, u otros bienes de reconocida utilidad social”; y la 6.^a en que “revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deja a la víctima o a su familia”.

Son circunstancias distintas y como tales las ha configurado el legislador por separado y en párrafos diferentes hasta el punto que si concurren las dos, se produce una considerable exacerbación de la pena en vir-

tud de lo dispuesto expresamente en el apartado 2 del citado art. 250 CP.

A su vez, como sostiene el Ministerio Fiscal con cita de la sentencia 1136/99 de 9 de julio, la circunstancia 6.^a comprende tres modalidades independientes que pueden integrar la agravante cada una, por sí sola. A pesar de la dificultad de su lectura por haberse introducido una conjunción copulativa, a diferencia de lo que ocurre con el delito de hurto que los separa en el art. 235.3.º y 4.º del CP, así lo ha interpretado recientemente la S. 173/2000, de 12 de febrero.

El fundamento de ambas es diferente. En la circunstancia 6.^a aunque se haya superado legislativamente el criterio de las cuantías, la “especial gravedad” se funda en razones de mayor envergadura económica, como son el valor de la defraudación, la entidad del perjuicio, la situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia. La circunstancia 1.^a, configurada ahora con mayor amplitud y claridad que su antecedente del núm. 1 del art. 529 del CP de 1973, se basa en la cualidad de las cosas o bienes que constituyen el objeto material del delito, caracterizados por ser de primera necesidad o de utilidad social. Cada uno de ellos tiene su espacio propio y autónomo no absorbible por la otra. Su compatibilidad fue reconocida expresamente por la sentencia 1254/98, de 22 de octubre (FJ 9.º).

La fórmula amplia y abierta del art. 535 del CP derogado como la del actual art. 252 permite incluir en el tipo —como dice la citada sentencia 22-10-98— además de las expresamente consignadas, toda una serie de posibles relaciones jurídicas. En este sentido distínguense los supuestos de cosas concretas no fungibles y aquellas otras, “en las que se trata de dinero o cosas fungibles que deben tener un destino determinado, previamente fijado”. La sentencia pone de relieve al referirse a las viviendas, incluidas *expressis verbis* en la circunstancia 1.1.^a del art. 250 del CP, que la condición de vivienda antes y después del art. 6.º de la Ley 57/1968 de 27 de julio viene dada por las características del inmueble destinado pre-

cisamente a ese objeto y no a otros usos recordando la doctrina de la S. de 1 de julio de 1997.

En esos casos es claro que no es la vivienda, que es la que figura en la descripción de la agravante, lo que es objeto de apropiación, sino el dinero que se destinaba a su adquisición. Muy acertadamente el Ministerio Fiscal recordaba que la jurisprudencia de esta Sala “consideraba subsumible la conducta en el art. 529.1.ª del Código Penal anterior cuando se trataba del desvío de fondos entregados para el pago de viviendas a cuya construcción se habían comprometido los acusados, aplicándolos a su personal beneficio aun en el caso de no haberse iniciado siquiera la construcción, de forma que lo apropiado en tales casos era el dinero”.

El dinero es un bien mueble y fungible. Constituye el objeto más frecuente en el campo de las obligaciones civiles y mercantiles y ha sido incluido siempre por el legislador penal en todos nuestros códigos histó-

ricos, desde el art. 452 del CP de 1848, como objeto material del delito de apropiación indebida.

(...)

Una interpretación literal y global de la redacción de la referida agravación en relación con la prueba practicada en la presente causa, impide su aplicación a los hechos en ella enjuiciados, ya que el contrato de compraventa de la vivienda se perfeccionó, entrando la compradora en su posesión, uso y disfrute, si bien, por la conducta posterior del acusado ha tenido los perjuicios que constan en las actuaciones.

Precisamente atendidos dichos perjuicios y el importe de la cantidad dispuesta por el acusado, doce millones de pesetas, sí es de aplicación la circunstancia agravante específica del n.º 6 del art. 250 del CP. En tal sentido cabe citar la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes recogida, las de 20-7-1998 y de 22-10-2001.

Sentencia 576/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 25 de julio de 2002

EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES NO CONSTITUYE, POR SÍ SOLO, DELITO O FALTA DE DESOBEDIENCIA.

Art. 634 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz**

SÍNTESIS

Reitera la sentencia que seleccionamos que el mero incumplimiento del régimen de visitas fijado judicialmente en un procedimiento de divorcio no basta para colmar las exigencias del tipo de desobediencia recogido como falta en el art. 634 del CP. Especifica la resolución de la apelación los requisi-

tos objetivos y subjetivos que tal incumplimiento ha de satisfacer para que la conducta sea punible como falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción (...), en el Juicio de Faltas se dictó sentencia, estableciendo como hechos probados que con fecha 9 de enero de 2002, L. formuló denuncia ante la Guardia Civil (...) por el incumplimiento del régimen de visitas que respecto de sus hijos viene establecido por resolución judicial a favor de su ex-marido, F.J., quien no les ha tenido en su compañía determinadas fechas que le correspondía, sin que sin embargo la denunciante haya instado la ejecución de la referida resolución judicial, ni el denunciado haya sido requerido al efecto.

Siendo su Fallo del tenor literal siguiente “Fallo: Que debo absolver y absuelvo a F.J. con todos los pronunciamientos favorables declarando de oficio las costas procesales”.

Segundo.—Contra dicha sentencia se interpuso, en tiempo y forma, por D.^a L., en tiempo y forma, recurso de apelación.

(...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a los razonamientos expuestos por el recurrente, el incumplimiento denunciado por la Sra. S.G. por sí no puede entenderse constitutivo de una falta de desobediencia por la que ha sido acusado el Sr. C.D., por cuanto no consta en autos que por el Juzgado que conoce del procedimiento de divorcio se haya puesto en conocimiento del denunciado la orden o mandato dictado por el mismo por medio de un requerimiento formal, personal y directo con los apercibimientos de rigor, requisito este esencial para estimar cometida la falta de desobediencia prevista en el art. 634 del Código Penal (570.1 del Código Penal de

1973), en relación con el art. 556 del mismo texto legal (art. 237 del Código Penal de 1973). Así, debemos recordar en este apartado la jurisprudencia del Tribunal Supremo comentando la infracción a que se contrae el presente recurso, estableciéndose como requisitos o elementos que deben concurrir los siguientes:

a) Un elemento objetivo constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento, en este caso a la resolución dictada por el órgano judicial, dentro de su competencia *ratione materiae* y revestida por las formalidades legales. Negativa abierta, que tanto quiere decir como patente y categórica desoyendo el acusado los requerimientos que se le hicieron para el cumplimiento del mandato (judicial) pudiendo ser cometida tal infracción, no sólo porque aquella desobediencia adopte una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde. No se trata de confundir la desobediencia con meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia.

b) Un elemento subjetivo que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato, sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar o mala inteligencia, esto es, el comportamiento del sujeto activo ha de consistir en una negativa abierta. Lo que el legislador quiere es separar aquellas situaciones de incumplimiento o inexecución expresas, claras y terminantes, de aquellas otras en las que, por la propia complejidad del problema, no se exterioriza esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o

ejecución que trae el eco de la interpretación que al art. 1124 del Código Civil ha hecho la Sala Primera de este Tribunal Supremo. Por tanto, la conducta típica puede consistir en un no prestar la obediencia requerida en cualquiera de sus múltiples manifestaciones.

Igualmente, tal y como se expone por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial en sentencia 31-3-2000, las sentencias dictadas en toda clase de procedimientos tienen unos cauces para su ejecución si quien resulta obligado a realizar algo en virtud de la misma, no lo hace voluntariamente, y en ningún caso ese no hacer voluntariamente lo que resulta obligado en virtud de una sentencia puede constituir una falta de desobediencia si no ha mediado un mandato expreso de la Autoridad Judicial ordenando realizar alguna cosa, en este caso un requerimiento para la entrega de la menor, al menos

en alguna ocasión en el curso del procedimiento. Si no se entendiera así, bastaría en toda clase de procedimientos civiles que la persona condenada en virtud de sentencia firme no cumpliera lo que en ella se dice para ser considerada autora de una falta, o bien de un delito de desobediencia, prescindiendo de los diversos procedimientos judiciales existentes para la ejecución de las sentencias, lo que desde luego pugna claramente con el ordenamiento jurídico español.

Trasladada la anterior doctrina al supuesto de autos podemos concluir como se señalaba al inicio de este apartado estimando que los hechos objeto de enjuiciamiento no son constitutivos de la falta prevista en el art. 634 del Código Penal por cuanto que no consta esa voluntad rebelde por parte del denunciado de acatar la orden judicial a cuyo cumplimiento terminante y expreso nunca ha sido requerido.

Sentencia AP SEVILLA, Sec. 7.ª, de 4 de septiembre de 2002

FALTA DE LEGITIMACIÓN DE CEDRO PARA, POR SÍ SOLA, PERSEGUIR LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Art. 287 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Merino**

SÍNTESIS

La asociación CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos), asociación autorizada por el Ministerio de Cultura para actuar como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, si no ostenta una representación expresa para interponer denuncia o querella a nombre de los agraviados por el delito, carece por sí sola de legitimación para posibilitar la apertura de un procedimiento por delito contra la propiedad intelectual. El art. 287.2 del CP no viene en consideración en el presente caso —razona la Audiencia— por no afectar el delito a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.—El Sr. Juez de lo Penal dictó sentencia (...)

I) declarando probados los siguientes hechos:

“1.º) Que el acusado (...), regenta la copistería (...), dedicada mayormente a la explotación comercial de tres fotocopadoras mediante la prestación a terceros, mediante precio, del servicio consistente en fotocopiar documentos, así como apuntes de clase y boletines de prácticas y problemas de las asignaturas del departamento correspondientes a las licenciaturas de Física, Química y Biología, que los correspondientes profesores universitarios entregan a tal fin en la copistería. No consta que el acusado se dedique a fotocopiar sistemáticamente libros amparados por derechos de autor para vender las copias al público indiscriminadamente, no teniendo suscrito a tal fin contrato alguno con ninguna sociedad gestora de derechos de autor”.

“2.º) Que el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) es una asociación autorizada por el Ministerio de Educación y Cultura para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual,

(...)

“6.º) Ninguno de los autores o editores (...) ha formulado denuncia o querrela por estos hechos, y no consta acreditado que ninguno de ellos haya otorgado expresa representación a CEDRO para la persecución penal de los mismos y reclamación de los perjuicios sufridos”.

II) absolviendo al acusado Jorge K.L., con declaración de las costas de oficio.

Segundo.—Contra la sentencia interpuso recurso de apelación el procurador en representación del acusador particular

Centro Español de Derechos Reprográficos (en adelante, CEDRO), solicitando la condena del acusado (...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—El artículo 287 CP, refiriéndose a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, dice que “1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

Pues bien los hechos objeto del presente proceso no afectan a intereses generales ni tampoco a una pluralidad de personas, y no es por ello de aplicación el artículo 287.2 CP.

Cuarto.—Por lo que se refiere a la pluralidad de personas afectadas, se trata de una expresión equívoca que puede entenderse de diversas maneras, y que debe ser interpretada teniendo en cuenta que está incluida en una norma penal y que la sanción penal debe reservarse para los ataques más graves a determinados bienes jurídicos, a fin, además, de distinguir en materia de propiedad intelectual los ilícitos penales de los ilícitos civiles.

Por ello no será necesaria la previa denuncia cuando se detecte una pluralidad indeterminada de personas afectadas y ajenas al círculo de las directamente agraviadas (Valle Muñiz), porque sólo cuando hay una multiplicidad de perjudicados el hecho adquiere una dimensión suficiente que justifica que sean perseguibles de oficio los delitos contra la propiedad intelectual (González Rus).

Estamos, pues, de acuerdo con el Sr. Juez de lo Penal cuando afirma "...que el término 'pluralidad' exige algo más que cuatro o cinco perjudicados, cual es el caso, pues hace alusión a una generalidad o masa indeterminada de perjudicados...". E incluso podría decirse que en nuestro caso es más que dudosa la existencia de agraviados, porque los libros fotocopados en el establecimiento del acusado lo fueron a solicitud de tres personas enviadas por CEDRO para obtener pruebas de las actividades ilícitas que el acusado venía desarrollando según dicha entidad (...).

En conclusión, pues, no existe en nuestro caso la pluralidad de agraviados (...)

Quinto.—(...)

La defensa de CEDRO estima que en nuestro caso los hechos afectan a intereses generales, citando en su apoyo el artículo 148 LPI y aduciendo su condición de entidad de gestión de los derechos reconocidos en esa Ley. (...) Pues bien con base en este artículo 148 LPI, dice la defensa de CEDRO que "...si se ha obtenido la pertinente autorización (...) es porque cumple, entre otros, tales requisitos, esto es, sirve a los intereses generales y gestiona un gran número de titulares de derechos de propiedad intelectual. Por ello si la misión de CEDRO, entre otras, consiste en velar por los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual y tiene conocimiento de que en un determinado establecimiento se están vulnerando dichos derechos de propiedad intelectual, no sólo estaría facultada, sino incluso obligada a formular la correspondiente denuncia...".

Sexto.—Esta argumentación no puede ser aceptada. El artículo 148 LPI y las facultades de CEDRO como entidad de gestión, no pueden fundamentar las conclusiones de su defensa por varias razones:

1.^a) la posible lesión de intereses generales con los efectos establecidos en el artículo 287.2 CP dependerá en todo caso de la naturaleza, gravedad y trascendencia de

los hechos, como ya hemos indicado, porque sólo de esa manera podrá establecerse de manera objetiva aquella posible lesión.

2.^a) en consecuencia es irrelevante al respecto la intervención de las entidades de gestión de que venimos hablando en un determinado conflicto, y su personación como partes acusadoras en el proceso penal. Si así ocurre, seguirá siendo la valoración de los hechos la que determinará la posible lesión de intereses generales, ello con independencia naturalmente de la relevancia que pueda tener esa intervención procesal de las entidades de gestión para el esclarecimiento de los hechos y para su calificación jurídico-penal.

3.^a) en nuestro caso no apreciamos afectación alguna de intereses generales, por las razones ya expuestas. Acreditado únicamente que en el establecimiento del acusado se fotocoparon varios libros, lo fueron como sabemos a solicitud de tres personas enviadas por CEDRO para obtener pruebas de las actividades ilícitas que el acusado venía desarrollando según dicha entidad. No parece necesario por ello mayor argumentación para excluir como excluimos en esos hechos la lesión de intereses generales, que convierte en delito perseguible de oficio el tipificado en el artículo 270 CP.

(...)

Noveno.—(...) este proceso se inició en virtud de denuncia de CEDRO, que luego se personó como acusador particular; y no habiéndose formulado ninguna otra denuncia y no habiéndose personado como acusador particular ninguna otra persona, CEDRO no puede ser considerada como persona agraviada por los hechos, y tampoco ha acreditado la representación legal de quienes hubieran podido resultar agraviados por los mismos.

Lo que decimos desde la perspectiva penal, única que nos corresponde analizar, y sin perjuicio naturalmente de las responsabilidades civiles que pudieran derivarse de los mismos hechos por aplicación de la LPI.

(...)

Duodécimo.—Por todo ello y de acuerdo también con el artículo 796.2 LECR, declaramos mal interpuesto e indebidamente admitido el recurso de apelación formulado por la defensa de CEDRO contra la sentencia dictada en la primera instancia, por carecer de legitimación para ser

parte en este proceso según lo actuado; y, además, decretamos la nulidad de las actuaciones de la primera instancia de este proceso, a partir y con inclusión del auto de iniciación de la fase intermedia del procedimiento dictado el día 22 de noviembre de 2000 (folio 188).

Sentencia 201/2002, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 18 de septiembre de 2002

ATENUACIÓN DE LA PENA EN LA APLICACIÓN CONJUNTA DE LOS ARTS. 379 Y 380 DEL CÓDIGO PENAL.

Arts. 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Megía Carmona**

SÍNTESIS

Junto a la solución de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el caso concreto absuelve del delito de desobediencia por entender que se ha conculcado el bien jurídico protegido en una ocasión, la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. Segunda) en su sentencia núm. 358/2002, de 31 de julio, opta por aplicar con relación al art. 380 del CP la eximente incompleta de intoxicación etílica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) La seguridad del tráfico, por lo tanto, se ha puesto en peligro en un momento anterior a la actuación de los agentes, el riesgo se ha producido, el delito supuestamente se ha consumado en el momento en que el acusado conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no en el momento de la realización de las pruebas de alcoholemia. La actuación de los agentes simplemente intenta acreditar, probar, la realidad o no de la ingestión de bebidas alcohólicas, al objeto de proceder a la corres-

pondiente denuncia ante los Juzgados de Instrucción o a la actuación administrativa sancionadora.

La negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia no supone una nueva situación de riesgo, poniendo en un nuevo peligro la seguridad del tráfico, ya que ésta se habría producido con anterioridad, cuando de hecho el conductor acusado estaba circulando, conduciendo bajo influencia de bebidas alcohólicas,

(...)

Debe tenerse en cuenta que precisamente el art. 380 describe el tipo, exigiendo que la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas se produzca “para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, es decir, para comprobar el delito de riesgo consistente en la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, es decir, para comprobar un riesgo ya producido.

Por todo lo expuesto, relacionando el presente razonamiento jurídico con el anterior, debe llegarse a las dos siguientes conclusiones: a) Tanto el art. 379 como el art. 380 del Código Penal protegen la seguridad del tráfico; y b) En los hechos descritos y objeto de acusación solamente se ha puesto en peligro la seguridad del tráfico en una ocasión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA 358/2002, DE LA AP DE MADRID (SECCIÓN 2.ª), DE 31 DE JULIO, SOBRE LA MISMA MATERIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) Los testigos declararon que informaron a la afectada de la consecuencia de su negativa, por lo que la calificación de los hechos como un delito de desobediencia es ajustada a derecho.

No obstante lo expuesto, existe otro requisito a valorar; cuál es la capacidad de desobediencia, es decir, que se produzca una negativa consciente y deliberada al requerimiento, pues sólo puede desobedecer

quien se encuentra en condiciones de entender y llevar a cabo la orden recibida.

En el caso de autos el estado físico de la acusada, descrito por los testigos ofrece serias dudas sobre la plena concurrencia de estos extremos que en realidad comportan el tipo subjetivo del delito, es decir el ánimo consciente de desobedecer a la autoridad.

(....) Consideramos, por tanto, que la aplicación de la eximente incompleta de intoxicación etílica del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código Penal, es procedente en el caso de autos.

Sentencia 679/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 25 de septiembre de 2002

GUARDA CIVIL COMO TESTIGO DE REFERENCIA EN CONDUCCIÓN PELIGROSA.

Arts. 379 Código Penal y 297.2 y 710 de la LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci**

SÍNTESIS

La prueba de la conducción peligrosa no puede acreditarse únicamente con la declaración de los Agentes de Tráfico cuando éstos han tenido noticia

de esa actuación a través de otro testigo. Será éste quien tenga que declarar en juicio sobre ese extremo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

3. La Magistrada del Juzgado de lo Penal “manifiesta que está acreditada la conducción irregular y anómala” ya que contamos con el testimonio de los agentes en cuanto a cuál fue tal motivo de su intervención y personación en la gasolinera, habiendo sido requeridos por un conductor de la vía quien puso en su conocimiento cómo el acusado circulaba dando volantazos y en zig-zag (...).

4. Entendemos en esta segunda instancia que no se puede tener como prueba de cargo el testimonio de referencia de los agentes de la Guardia Civil de las supuestas manifestaciones del segundo conductor implicado en los hechos en cuanto a la forma en que conducía el acusado.

(...) que la prueba testifical indirecta sea un medio probatorio (...), que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

(...)

Octavo.—La anterior doctrina la ha venido a corroborar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

(...)

Más concretamente y en lo que se refiere a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio

oral, el Tribunal Europeo ha declarado dicha práctica como contraria a lo dispuesto en el art. 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3.d) CEDH que consagra el derecho que al acusado asiste a interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta “la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor”.

(...)

Esta reciente doctrina del Tribunal Europeo no sólo resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, sino que desde siempre se ha encontrado recogida en el art. 297.2 LECr en todo lo referente a la valoración del testimonio indirecto de los funcionarios de la Policía judicial, cuya validez precisamente viene a negar.

(...)

“... en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presume en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*”.

(...)

6. Por lo tanto, a la vista de la prueba practicada, teniendo en cuenta que los funcionarios de la Guardia Civil sólo vieron al acusado cuando se encontraba en la gasolinera sin que los agentes le vieran previamente conducir y sin que vieran algún tipo de conducción extraña o peligrosa, con los simples datos fácticos aportados válidamente consistentes en la tasa de alcoholemia resultado de la prueba y en los signos externos

apreciados en el acusado por los agentes, teniendo en cuenta la doctrina jurídica y médica antes referida, debemos llegar a la conclusión de que no está suficientemente acreditado que el acusado, en el momento en que fue detenido, condujera bajo la influen-

cia de las bebidas alcohólicas en un grado tal que significara un especial peligro para los bienes protegidos, superior al genérico peligro que supone la simple ingesta de alcohol por encima de la tasa permitida reglamentariamente.

Sentencia 683/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 25 de septiembre de 2002

LA FRANQUICIA POR DAÑOS A FAVOR DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS NO SE HA DESARROLLADO.

Art. 8.1 de la Ley 30/1995 sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Hidalgo Abia.**

SÍNTESIS

No existe cantidad exenta de pago en los daños a que tenga que hacer frente el Consorcio de Compensación de Seguros porque el desarrollo normativo de la franquicia no es correcto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

No es de apreciación la infracción legal que alega la Abogacía del Estado, en representación del Consorcio de Compensación de Seguros en relación a la no aplicación de la franquicia que corresponde a tal organismo.

(...)

Reconocimiento a favor de la aplicación de una franquicia al perjudicado por parte del Consorcio de Compensación de Seguros que no ha sido objeto de determinación reglamentaria después de que se dictara la citada Ley 30/95, de 8 de noviembre tal como

resulta de la interpretación literal de la frase “aplicará la franquicia que reglamentariamente se determine”.

Sin perjuicio de lo expresado y respecto a la alegación de que tal franquicia quedó establecida en el artículo 17.3 del Real Decreto 2641/86, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, esta Sala estima que tal punto 3 del mencionado artículo 17 carece de validez, pues en el Boletín Oficial del Estado de 31-12-1986, en que se publicó el Real Decreto 2641/86 tan sólo contenía dos apartados y fue con posterioridad en el Boletín Oficial del Estado de 21-1-1987 cuando mediante un mero acto

de rectificación se incluyó el apartado 3 del artículo de referencia, incluyendo la franquicia y cuantificándola. Pues bien tal acto de rectificación e implantación de la franquicia ha de rechazarse y origina su invalidez tanto por el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución, como por lo dispuesto en el artículo 19.2 del Real Decreto de 6-6-1986, de Ordenación del Boletín oficial del Estado, conforme al cual “las omisiones en el texto remitido se salvarán mediante disposición del mismo rango”. Esto es, la inclusión de la franquicia había requerido un nuevo Real Decreto, que no ha existido.

Tal ausencia de validez no se ve convalidada por el hecho de encontrarse prevista en el artículo 8.º del Real Decreto legislativo 1301/86, que se encuentra derogado desde la promulgación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Como tampoco convalida la franquicia del artículo 17.3 del Reglamento de Seguro de Responsabilidad Civil Derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor el he-

cho de que la Orden Ministerial de 10-7-1990 establezca que en indemnización de los daños materiales el Consorcio “aplicará al perjudicado las franquicias previstas en el artículo 17.3 del Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil”, pues tal Orden no da validez al precepto en cuestión, por ser de rango inferior al Real Decreto al que pertenece el citado artículo 17, cuyo apartado 3, al ser omitido, sólo puede “salvarse mediante disposición del mismo rango”, tal como antes analizamos.

Cuestión relativa a las franquicias que ha suscitado graves controversias y que el Ejecutivo ha tenido en sus manos para resolver desde hace tiempo sin que lo efectuara. No sólo no salvando la omisión del punto 3 del artículo 17 del Reglamento mediante el oportuno Real Decreto, sino también no determinando reglamentariamente la franquicia desde que dictara la Ley 30/95 sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en cuyo artículo 8.1, último párrafo, alude expresamente a “la franquicia que reglamentariamente se determine”.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 9.ª, de 27 de septiembre de 2002

INSPECCIÓN DE TRIBUTOS: LAS ACTAS DE CONFORMIDAD, DE APROBACIÓN Y CONFORMIDAD Y DE PROPUESTA DE SANCIÓN NO PUEDEN INTEGRAR EL TIPO DE PREVARICACIÓN.

Arts. 404 Código Penal y 49, 54, 55 y 60 del Reglamento General de Inspección Tributaria.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Arana Navarro.**

SÍNTESIS

Recoge la sentencia seleccionada el requisito —reiteradamente exigido por la jurisprudencia— de que, para que se dé el delito de prevaricación, es

necesario que la “resolución arbitraria” a la que se refiere el art. 404 del CP sea en sí misma un acto administrativo decisorio, no meras propuestas de actos ni actos que necesiten de ulterior aprobación, confirmación o rectificación, como sucede respecto a los actos de inspección que fueron ilegalmente por los funcionarios Inspectores de Hacienda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(…)

B) Prevaricación. Respecto del delito de prevaricación, previsto en el artículo n.º 404 de Código Penal, no se dan todos los elementos del tipo.

— La condición legal de funcionario (…)

— Pero no se da la acción típica. A tal efecto, y según se razonará ulteriormente, el acta de conformidad, las de comprobado y conforme y la de apertura del expediente disciplinario por sanción grave contra la Hacienda Pública, a las que se refieren las acusaciones, no constituyen una Resolución de las contempladas en el artículo 404 del Código penal, puesto que falta en la actuación del inspector P. un elemento esencial de toda Resolución susceptible de ser encuadrada en dicho tipo penal. Éste no es otro que el del carácter decisorio de la Resolución. En efecto, siendo indispensable dicho requisito, y viniendo exigido por la mayoría de las Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo (…)

el contenido decisorio de la declaración se pone de manifiesto como requisito ineludible para que quede integrado el tipo de la prevaricación.

En el presente caso, nos encontramos ante un acta de conformidad, otras tres de comprobado y conforme, y una propuesta de Sanción. Todas ellas tienen en común el hecho de ser competencia de un funcionario en concreto, las de llevar incorporada una

propuesta de liquidación —las de comprobado y conforme proponen una liquidación cero—, y no ser inmediatamente ejecutivas, ya que pueden ser anuladas por la autoridad superior, en un plazo fijado por la normativa tributaria, y que es el de un mes.

En tanto la anulación no se produzca o transcurra el citado plazo, la liquidación no es ejecutiva, y no nace ni siquiera la obligación de pago. Además, en el presente caso ninguno de los actos administrativos tuvo efecto, ya que fueron anulados dentro del término legal.

A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta el texto de los artículos 49, 1.º y 2.º, 54, 55, 1.º y 60 del Reglamento General de la Inspección Tributaria, que delimitan y restringen las funciones de los Inspectores de Finanzas del Estado, y que atribuyen la función decisoria en materia de actas de conformidad y de comprobado y conforme a los Jefes Regionales de Inspección.

Ello quiere decir que las actas de conformidad, las de comprobado y conforme, y las propuestas de sanción, no son resoluciones en el sentido jurídico-administrativo del término, ni siquiera las propuestas de liquidación que puedan incorporar, las cuales sólo devienen ejecutivas en sede competencial de los Jefes Regionales. Por ello procede declarar la falta de tipicidad de la conducta de los acusados por este delito, y por ello procederá su absolución del mismo.

Una vez sentado esto, huelga tratar el tema de que la Resolución sea injusta, o, como dice textualmente el Código penal, “arbitraria”, y de la existencia o no de dolo (…).

Sentencia 765/2002, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 27 de septiembre de 2002

ADMINISTRACIÓN DESLEAL: CONTRAER OBLIGACIONES A CARGO DE LA SOCIEDAD.

Art. 295 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Edorta J. Herrera Cuevas**

SÍNTESIS

Siguiendo las pautas sentadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de enero de 1998, la Sala condena —revocando la sentencia del Juzgado de lo Penal— por título de administración desleal a los acusados que contrajeran obligaciones a cargo de la sociedad, aun cuando su conducta —la puesta al cobro de dos pagarés— no implica el apartamiento definitivo de unos fondos societarios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) la entidad recurrente concibe adecuado el encaje en la acción del art. 295 CP, en palmaria contradicción con los argumentos de la sentencia.

En la disección del tipo, no hay problemas de antijuricidad material, por lo que la consideración de los perfiles del bien jurídico protegido es ociosa, ni tampoco subjetivos, dado que siendo un delito especial propio, el Sr. de las H. está calificado como director gerente, con poderes de administración, y la Sra. G. como socia y secretaria de la Junta rectora, de modo que los propios hechos probados hablan de aprovechamiento de la posición ocupada en la sociedad agraria para realizar la conducta, que es la propia de administradores de hecho o de derecho, o socios, en connivencia estrecha.

Lo que debe analizarse es el comportamiento típico, que supone el dolo de los autores, y el elemento de perjuicio económico

de los socios, como corresponde a un delito comisivo de resultado.

Y a tal fin, expurgado el relato de hechos con la eliminación de no haberse probado un elemento intencional, hechos que se desparan a lo largo de toda la sentencia, debemos fijarnos en sus propias conclusiones, y así, coincidir en que hubo concierto de los acusados, prevaleciendo de sus cargos, y con ánimo de resarcirse del cese anunciado que preveían para la Junta de 28 de junio de 1996, adelantándose a la crisis derivada de la mala marcha de la empresa y de que el Sr. de las H. era el único conocedor del mercado, incluso sabiendo que las cuentas de la sociedad no tendrían en la fecha de los vencimientos la cantidad, adquirieron obligaciones por 9.547.010 pesetas, mediante el libramiento de dos pagarés, con vencimientos para el día de la Junta convocada y su víspera, y ocultaron el reconocimiento de deuda que quería amparar dichos créditos y el cobro satisfactorio del primero de los pagarés, antes de la Junta de socios que los

cesó y a la que asistió la Sra. G., y dejaron entonces a cero el patrimonio líquido de ..., S.A.T., sin perjuicio de protestar y ejecutar, incluido embargo de bienes de la mercantil, por el importe del segundo de los pagarés.

La Sala estima que tal comportamiento sí encierra la acción dolosa típica de contraer obligaciones en perjuicio económico del interés social, y que es la parte acusada la que ha sido incapaz de probar la enervación del perjuicio, determinando que las obligaciones adquiridas no se separaron del fin social para el que tenían concedida la confianza los administradores, esto es, que la realidad e importe de un crédito que se dice pretendían saldar era equivalente a las obligaciones concertadas clandestinamente.

Negar el perjuicio económico del interés de los socios de ..., S.A.T. resulta casi candoroso, puesto que se les retiraron tres millones de pesetas de sus fondos líquidos y se les ejecutó judicialmente por título de crédito de importe del más del doble, colocando a la mercantil, sin dirección y sin liquidez, en pura crisis, pero a la conducta indicada le niega el Juzgador *a quo* el carácter de fraudulenta, para considerar que el dolo de defraudar, ya sea el genérico, o un elemento subjetivo del injusto, no se capta con la prueba de cargo, y por ende, no hay conducta típica.

Como resumen las importantes SSTs de 26 de febrero de 1998, 12 de mayo de 2000, y de 16 de febrero de 2001, conductas de distracción de fondos por los administradores de una sociedad, bajo acción de defraudar, se perseguían tradicionalmente como estafas, pero después de la reforma del tipo de estafa por LO 8/1983 en el derogado CP, tuvieron que buscar socaire en el tipo de apropiación indebida, ya que el elemento esencial del engaño, ahora exigido —anteriormente, bastante y eficiente—, no suele aparecer. El art. 535 del CP 1973 y el art. 252 del vigente contiene, en esta doctrina, dos tipos distintos de apropiación indebida: El clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con

ánimo de lucro, difícilmente aprovechable en la disposición de un bien fungible como el dinero por quien es titular del poder de disposición y se prevale de un cargo de confianza; y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero haya quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida, se separa a la apropiación en sentido estricto, en que resulta 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 física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Esta doctrina, pues, entiende que la administración desleal o fraudulenta no está únicamente en el novedoso art. 295 CP, sino también en el mismo art. 252 CP, de distracción indebida como tipo de infidelidad. Los injustos están, siguiendo el discurso jurisprudencial, en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos preceptos parcialmente se solapan. Divergen en las modalidades de la acción, en el abuso de funciones de cargo social, en el objeto material sobre que recae la acción, que no siempre es el patrimonio social, etc. Pero desde el punto de vista psicológico, los dos tipos sólo requieren que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición

patrimonial o asunción de obligaciones dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados, que es cabalmente lo defraudatorio, produciría un perjuicio al titular.

Así, el supuesto descrito de autos cabe calificarse como un delito societario de administración desleal del art. 295 CP, en la modalidad de acción de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, aunque la puesta al cobro de dos pagarés no implicara, objetiva y subjetivamente, una pérdida o apartamiento de unos fondos societarios permanente y definitiva (afirma la sentencia que el segundo de ellos no se ha cobrado, pero ello es efecto de la prejudicialidad penal que paralizó la ejecución civil, en el plano formal, y acaso de la insolvencia de la mercantil, en el plano de hecho), la cual es fraudulenta, entendiendo por fraude del administrador un acto lícito, cual la emisión de pagarés, ejecutado con desvío del fin que le es propio o en deslealtad en su cumplimiento, puesto que no se prueba haberse hecho frente a un pago debido, sino que se prueba haberse anticipado clandestinamente a la cesación previsible en el cargo y a la crisis radical de la empresa, encubriendo un beneficio para el administrador, así se cobraron tres millones de pesetas, con perjuicio para la entidad administrada o cualquiera de los sujetos pasivos.

Se concita, además, lo que el tipo requiere, es decir, el abuso de las funciones propias de los cargos de director gerente y secretaria de la S.A.T., puesto que lo ejecutaron los sujetos activos en ejercicio de sus funciones de administración, y recae el acto de afectación sobre la masa de bienes o valores en poder de dichos cargos, patrimonio social de fondos en entidades bancarias, cuya detentación procedía de título distinto al dominio, y que debían administrar, custodiar o gestionar.

Los acusados, en su escrito de impugnación, sostienen que los acusadores no han

conseguido probar cuál era la deuda con la Sra. G., pero la acción típica se ha descrito, y los agentes, al aducir que autocompensaban un crédito, que la sociedad desconoce y niega, asumen el esfuerzo de probar tal excusa, dado que alegan que su única intención era un cobro, por lo que necesariamente, si fue en verdad tal su ánimo y por ser los administradores de la sociedad, debían tener prueba de tal extremo, al margen de su exclusiva afirmación. Y no lo hacen, como con rotundidad es aserto de la sentencia recurrida.

Lo mismo que aseveró la STS de 26 de enero de 1998 —*caso Argentia Trust*— en un supuesto de distracción indebida de administrador social, al sostener que el acusado no había dado respuesta apropiada y coherente sobre el destino de la cantidad que hizo desaparecer en su acto de disposición, en este caso de deslealtad de administradores, al sostenerse que los acusados no han acreditado su crédito, no desplazamos sobre la parte imputada la carga de la prueba de su inocencia, sino sencillamente hacemos constar que no hay prueba de la excusa proporcionada para conceder un fin correcto a la emisión de los dos pagarés, porque así lo establece el Juez de la inmediación, que no reputa probado una deuda del importe de los pagarés, lo que en absoluto contradice el principio de *acusatoris incumbet probatio*.

(...)

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación planteado por la Procurador de los Tribunales (...), en nombre y representación de ... S.A.T. (...), debemos revocarla como la revocamos, condenando a María del Carmen y Alejandro, como autores responsables de un delito de administración social desleal.

Sentencia AP SEVILLA, Sec. 7.ª, de 24 de octubre de 2002

NO FACILITACIÓN A LOS TRABAJADORES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:
REQUISITOS OBJETIVOS DEL TIPO Y SUJETOS ACTIVOS RESPONSABLES.

Arts. 316 y 318 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier González Fernández**

SÍNTESIS

Configurando como delito de riesgo, no es necesario el acaecimiento de ningún siniestro para que, cuando se infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales, con ello ponga en peligro la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Dilucida igualmente la sentencia qué personas deben estimarse responsables de este delito, haciendo aplicación de la previsión del art. 318 del CP, al tratarse de personas jurídicas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Basado en infracción legal, se denuncia en el motivo tercero que la sentencia apelada incurre en indebida aplicación del artículo 316 del Código penal y en “infracción de la doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto”, aduciéndose que no concurren los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal.

El delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 316 del Código penal es —a tenor de la STS 1360/1998, de 12 de noviembre de 1998— “... un tipo con varios elementos normativos que obligan, para la integración del mismo, a tener en cuenta lo dispuesto fuera de la propia norma penal. Ante todo, el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica (...) son, según el

art. 318 CP, los administradores y encargados del servicio que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso. En segundo lugar, se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral, a lo que en la descripción legal del tipo se alude en su comienzo diciendo ‘con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales’. Y por último, es preciso, para la integración del tipo que, con la infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin

que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo”.

(...)

Quinto.—El trabajo que se realizaba por los trabajadores contratados por la empresa consistía en una obra de remodelación de la fachada trasera de un edificio en esta capital por encargo de la Comunidad de Propietarios. Para la realización de las tareas se había instalado un andamio colgado móvil de trócolas, sujeto mediante un doble pescante apoyado en la azotea del edificio, colgando del voladizo del pescante dos cables metálicos que sujetaban las trócolas y la andamiada. En la azotea del edificio los pescantes se hallaban en posición inclinada al muro de la azotea y estaban contrapesados mediante planchas de hormigón que no estaban atadas entre sí, sin estar tampoco las palomillas de los pescantes atornilladas al muro de la azotea en que estaban apoyadas. Finalmente no se había hecho prueba de carga del andamio. Todo lo anterior quedó comprobado por el inspector de trabajo en la visita girada a la obra el día 15 de noviembre de 1999 tras recibir denuncia de un sindicato avisado por algunos de los operarios, comprobando, además, que el andamio estaba siendo utilizado por los trabajadores. Considerando que el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implicaba un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores, el citado inspector ordenó la paralización inmediata de los trabajos, comunicándolo en el acto a un empleado de la empresa de los acusados.

(...)

Quedó, además, demostrado que pese a la orden de paralización dada por dicho inspector el día citado el uso del andamio en la obra prosiguió por indicación expresa del sr. B.B. a los trabajadores, lo que a su vez supuso una infracción grave de la Ley 31/1995.

(...)

Visto lo expuesto todos y cada uno de los elementos normativos del tipo del artículo

316 del Código penal concurren en nuestro caso, al haberse incumplido la normativa acabada de exponer, consintiendo que los operarios trabajaran en altura en precarias condiciones de seguridad. En conclusión, por quienes estaban obligados a ello —empresarios y encargados de los trabajos— no se proporcionó a los trabajadores contratados tales medidas infringiendo de ese modo las normas sobre prevención de riesgos laborales antes mencionadas, y poniendo así en grave peligro su vida e integridad física. Es más, se les indujo u obligó a trabajar, no obstante la orden de paralización del inspector de Trabajo, notificada debidamente el mismo día 15 de noviembre de 1999 al empleado de la empresa de los dos acusados.

Sexto.—Dados los términos del artículo 316 comentado, el círculo de sujetos activos de este delito comprende a quienes dentro de su cometido profesional deben seguir los planes y normas de seguridad y hacer también que los demás los cumplan, y cuya conducta consiste en, con infracción de un deber legal, no exigir o no facilitar los medios o no procurar las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad laboral con las medidas de seguridad e higiene exigibles. En consecuencia, es indiferente la forma activa u omisiva en la realización de la acción típica y en la creación o el incremento del peligro por infracción de las normas de seguridad cuyo cumplimiento impone el ordenamiento jurídico a un determinado círculo de sujetos.

(...)

Como se acaba de ver, el artículo 316 del Código Penal describe como sujetos activos del delito a los que estando legalmente obligados, y con infracción de normas de prevención de riesgos laborales, no faciliten los medios necesarios aludidos en el tipo con la creación de un riesgo grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores a su cargo. Conforme a las pruebas practicadas en la primera instancia no hay duda de que esa responsabilidad recae sobre el señor el Sr. B.A., quien, aun discutiendo por otras

razones la comisión el delito, no discute que asumió directamente la supervisión de la obra, siendo él quien dio orden a los operarios para que los trabajos en el andamio se continuasen pese a la orden de paralización.

Respecto del otro acusado se discute su responsabilidad —apreciada también por la Juez de lo Penal por la vía del artículo 318 del Código Penal— aduciéndose que no era el encargado de la obra, sino su hijo, como éste mismo reconoció. Sin embargo, ello, desde luego, no enervaba sus facultades y obligaciones de supervisión y control al tiempo, como administrador único de la sociedad (en el juicio oral reconoció que “en el presupuesto —de la empresa— no hay nada dedicado a las medidas de seguridad”), y posteriores, habida cuenta de que tuvo pleno conocimiento de lo actuado por la Inspección de Trabajo y aun así nada hizo para contradecir las instrucciones de su hijo a los operarios para que se continuasen los trabajos con el andamio pese a la orden de paralización. A mayor abundamiento, siendo administrador único de la empresa encargada de las obras y, sobre todo, teniendo conocimiento de los problemas suscitados por el andamio de marcos frente a la Inspección de Trabajo, con la que llegó a tener relación directa, para atribuir exclusivamente la responsabilidad al socio sin cargo administrativo, como plantea el recurso, B.B. debió ha-

ber dado cumplida y positiva satisfacción de sus obligaciones, haciendo lo que como empresario era su directa obligación, esto es, arreglar los problemas con el andamio. De esta manera, aunque sea por la vía de la omisión, es de cabal aplicación el mencionado artículo 318 del Código Penal, a cuyo tenor “cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”, sin que quepa ninguna duda acerca del carácter doloso de la conducta vista el contumaz desprecio por ambos apelantes de las instrucciones y órdenes de la repetida Inspección de Trabajo.

En definitiva, concurren también los elementos del tipo subjetivo. Los dos acusados eran plenamente conscientes de las condiciones de falta de seguridad en que trabajaban los operarios a su servicio y de los riesgos consiguientes, y ninguna duda hay de que despreciaron cuantas indicaciones y requerimientos les dirigió la Inspección de Trabajo, sector de la Administración pública encargada de velar por el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2003, SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

PRESENTAMOS EN ESTE NÚMERO DE LA REVISTA DE DERECHO PENAL EL CONTENIDO BÁSICO DE LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

DEBIDO A LA GRAN EXTENSIÓN DE LA CIRCULAR, SE HAN DESTACADO, PARA FACILITAR SU MANEJO, LOS ASPECTOS DE MAYOR TRASCENDENCIA PRÁCTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

(.....)

La Ley 38/2002, lleva a cabo una redefinición de dos modalidades de procedimiento —abreviado y rápido—, aplicables en función de la gravedad objetiva del delito, su naturaleza, su flagrancia y la complejidad de su instrucción (artículos 757 y 795). Junto a ellas, se añade una renovada concepción en el enjuiciamiento de las faltas que, en función de la naturaleza de la infracción cometida, autoriza a un desenlace inmediato de la fase de juicio oral (artículos 962 y ss.). Con carácter general se confiere un significado inédito en nuestro proceso penal a los principios de concentración y oralidad, definiendo un encañamiento de las distintas fases del procedimiento que permite una significati-

va reducción de los plazos de espera para el inicio de las sesiones del juicio oral. Al propio tiempo, se da cabida a un régimen jurídico de la conformidad que puede proporcionar un instrumento decisivo para la agilidad de los procedimientos (art. 801). La adecuada protección de la víctima representa otro de los objetivos de la nueva Ley. Así, en línea con los principios definidos por algunos de los textos internacionales suscritos por España y —singularmente— conforme a las previsiones de la *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, se confiere a aquélla un singular *status* en el proceso penal, reconociéndosele el derecho —aun cuando no haya deseado mostrarse parte— a ser notificada de todas las resoluciones jurisdiccionales de mayor relieve.

(.....)

II. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

II.I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) operada por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002 —objeto de estudio en esta Circular—, además de crear un nuevo procedimiento especial ha introducido también ciertas modificaciones en el procedimiento abreviado, más profundas que la simple alteración de su ubicación sistemática y su articulado. Sin embargo, las reformas de mayor calado —dejando al margen otras que son simple consecuencia de la adecuación del procedimiento a las circunstancias actuales (por ejemplo, la introducción de las requisitorias en ficheros policiales automatizados)— se pueden agrupar básicamente en tres grandes ámbitos: el fortalecimiento de las garantías del imputado, la protección a las víctimas del delito y un nuevo régimen de recursos contra las resoluciones interlocutorias.

1. Fortalecimiento de las garantías del imputado

A) El derecho de todo imputado a la asistencia letrada

Una de las principales novedades de la reforma es la exigencia de que el imputado, al prestar declaración, esté en todo caso asistido de Abogado.

No era ésta la situación anterior, en la que el ejercicio del derecho a la asistencia letrada era obligatorio únicamente cuando el imputado estaba detenido o preso, y meramente facultativo en los restantes casos.

(.....)

La voluntad del legislador ha sido la de poner fin a esta situación y exigir que en las declaraciones prestadas ante el Juez por el imputado —esté o no detenido— le asista siempre un Abogado. A esta conclusión se llega mediante el análisis de los siguientes preceptos:

a) Por una parte, el art. 767 LECrim establece que *será necesaria* la asistencia letrada “desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada”, a cuyo efecto se procederá de inmediato a la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. La redacción de este precepto contrasta con la del anterior art. 788.1 LECrim, en el que la designación de Abogado de oficio al imputado sólo se había de realizar cuando “fuera necesaria la asistencia letrada”.

b) Por otra parte, el antiguo art. 791.1 LECrim —ya citado— establecía que había de procederse al nombramiento de Abogado si, abierto el juicio oral, el acusado no lo hubiese nombrado ni se le hubiese designado de oficio. Esta previsión ha desaparecido en el actual art. 784.1 LECrim, en el que únicamente se menciona la posibilidad de que el acusado pueda en este momento nombrar Abogado de su elección, pero no que —de no hacerlo— se procederá a su designación de oficio, como expresamente y por el contrario se afirma del Procurador. La razón es que no se ha podido alcanzar este momento procesal sin que el acusado haya designado ya un Abogado o se le haya nombrado de oficio, habida cuenta de que no se habrá podido dictar la resolución prevista en el art. 779.1.4.^a LECrim respecto de quien no haya declarado previamente como imputado, y que dicha declaración la habrá debido realizar en todo caso asistido de Letrado (art. 767 LECrim).

Por lo que respecta al contenido del derecho, se especifica ahora que al imputado —sin perjuicio de lo dispuesto por la propia LECrim para los supuestos en que se haya decretado su incomunicación— podrá entrevistarse con su Abogado tanto antes como después de prestar declaración ante el Juez de Instrucción (párrafo segundo del art. 775 LECrim). La regulación actual es por tanto análoga a la del art. 22.1.b) de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Obsérvese, sin embargo, que el art. 775 LECrim regula únicamente la diligencia de declaración del imputado practicada ante la autoridad judicial en el marco de las diligencias previas, no las declaraciones prestadas por los detenidos en las dependencias policiales; a éstas sigue siendo aplicable el art. 520.6.c) LECrim, conforme al cual el derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con su Letrado se puede ejercitar sólo “al término de la práctica de la diligencia”.

No obstante lo anterior, y como excepción al mandato del art. 767 LECrim (que impone con carácter preceptivo la asistencia letrada a todo detenido o

imputado) sigue vigente el art. 520.5 LECrim, que permite la renuncia del detenido o preso a la preceptiva asistencia de Letrado cuando los hechos sean susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. No es posible interpretar que, con la entrada en vigor de la Ley 38/2002 y en particular del citado art. 767 LECrim, se ha producido una derogación tácita del art. 520.5 LECrim. En primer lugar, porque es posible una interpretación coherente de ambos preceptos, de acuerdo con la cual el segundo de ellos se perfila como excepción a la regla general establecida por el primero. Pero, sobre todo, porque la actual redacción del art. 520 LECrim le fue dada por la LO 14/1983, y no puede ser derogada por una Ley ordinaria. Sin embargo, la aplicación del art. 520.5 LECrim, que exceptúa la imperatividad de la asistencia letrada al detenido en el concreto supuesto de los delitos contra la seguridad del tráfico, no es extensible al momento posterior en que el imputado comparece a declarar ante el Juez de Instrucción; en este momento, recobra toda su vigencia el mandato generalizado del art. 767 LECrim, singularmente cara a una posible conformidad.

B) Contenido del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado

Establece el actual art. 779.1.4.^a LECrim que —cuando se concluyan las diligencias previas dictando la resolución por la que se ordena la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado— se habrán de determinar los hechos punibles e identificar la persona a la que se le imputan, a quien se habrá de haber recibido previamente declaración en calidad de imputado; regla ésta que no admite ninguna excepción, conforme a una consolidada doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

Exige la Ley que se especifiquen los hechos imputados, pero no que se haga una calificación jurídica precisa de los tipos delictivos en los que tales hechos se podrían incardinar. Por tanto, en el eventual supuesto de que el Juez hubiese empleado términos jurídicos en la descripción de los hechos que se imputan, tal calificación no vincularía a las partes —ni, por supuesto, al Fiscal— a la hora de redactar las conclusiones de sus escritos de acusación, siempre y cuando éstos se concreten a los hechos descritos en el auto del Juez.

(.....)

La práctica de diligencias complementarias, previstas en el art. 780.2 LECrim, no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las expresamente consignadas en el auto de traslado para calificación. No se puede, por tanto, pedir como diligencia complementaria la declaración en calidad de imputado de quien no ha declarado en esta condición con anterioridad, y

en consecuencia no ha podido ser incluido como imputado en el citado auto. En el caso descrito, lo procedente será —como se ha indicado anteriormente— recurrir el auto interesando que se reabran las diligencias previas, se reciba declaración como imputado a la persona contra la que se va dirigir la acusación, y se dicte a continuación nuevo auto de traslado para formular acusación.

Asimismo, en el hipotético caso de que —como consecuencia de la práctica de diligencias complementarias— aparezcan nuevas personas a las que se quiera extender la imputación, será preciso instar un auto ampliatorio de la resolución prevista en el art. 791.1.4.^a LECrim, previa declaración de dichas personas en calidad de imputados.

2. Protección a las víctimas

A) Notificación de determinadas resoluciones

El art. 779.1.1.^a LECrim impone al Juez de Instrucción la obligación de notificar el sobreseimiento de las diligencias previas a quienes dicho sobreseimiento “pudiere causar perjuicio”. Habrá que interpretar que tales personas son quienes inicialmente hayan aparecido en las diligencias previas como ofendidos o perjudicados por los hechos investigados. La peculiaridad de esta notificación es que debe hacerse precisamente a quienes no están personados en la causa; en el caso de que se hubiesen personado, se les habría de notificar como cualquier otra resolución dictada en el proceso.

(.....)

Asimismo, se menciona la obligación que tienen los correspondientes órganos judiciales de informar a las víctimas —aunque no se hayan mostrado parte en el proceso— de la fecha y la hora del juicio, y de notificarles la resolución que en el mismo recaiga, tanto en la primera como en la segunda instancia (artículos 785.3, 789.4, 791.2 y 792.4 LECrim), obligación que ya estaba contemplada con carácter general en el art. 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

B) Personación del perjudicado sin necesidad de interponer querella

Una interpretación literal del reformado art. 771.1.^a LECrim podría llevar a la conclusión de que la exclusión del requisito de la querella para personarse en la causa se extiende ahora sólo al ofendido en sentido estricto, y no a cualquier perjudicado. Sin embargo, el art. 761.2 LECrim es claro a este respecto, y afirma que tanto el ofendido como el perjudicado pueden personarse en el

procedimiento abreviado sin necesidad de formular querrela. Ningún cambio se ha producido por tanto en esta materia respecto de la anterior regulación.

C) La información de derechos a las víctimas

La LECrim contempla dos momentos en los que se ha de practicar dicha información: por la Policía Judicial al elaborar el atestado (art. 771.1.^a LECrim) y en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción (art. 776 LECrim), trámites que, aunque no excluyentes, sí son complementarios uno del otro. Esto quiere decir que si ya se ha hecho la información de derechos —con el correspondiente ofrecimiento de acciones— por la Policía, no tiene ningún sentido citar al perjudicado ante el Juzgado al solo efecto de reiterar el mismo ofrecimiento. La citación de la víctima para declarar ante el Juez de Instrucción sólo se justifica cuando su testimonio pueda aportar datos relevantes para la instrucción de la causa que no consten ya en el atestado. De lo contrario se corre el peligro de incrementar innecesariamente la ya de por sí odiosa victimización secundaria.

(.....)

D) Medidas cautelares reales

El nuevo art. 764.2 LECrim, relativo a las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, contiene una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha de ser entendida en sus justos y estrictos términos.

Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura —aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal— se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compañía aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio.

Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del art. 726 LEC.

(.....)

E) Aseguramiento de la prueba en fase de instrucción

El art. 777.2 LECrim contempla un supuesto encaminado básicamente a posibilitar el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra ciudadanos extran-

jeros que residen sólo temporalmente en nuestro país —algo cada vez más frecuente, sobre todo en las zonas turísticas— evitando que tengan que ser nuevamente citados para comparecer en el juicio oral, el cual posiblemente se celebrará cuando la víctima esté ya de vuelta en su país de origen. Tanto este supuesto como el de presumible muerte o incapacidad de un testigo antes del juicio oral estaban ya previstos en los artículos 448 y 449 LECrim. Sin embargo, el nuevo precepto amplía su ámbito de aplicación a cualquier otro motivo por el que razonablemente se pueda temer que una prueba no pueda practicarse en el juicio oral, o pueda motivar su suspensión. Asimismo establece una serie de requisitos que habrán de ser observados en todo caso para dotar de validez a la prueba practicada ante el Juez de Instrucción.

(.....)

II.II. RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. Recursos contra los autos del Juez de Instrucción

La norma básica se encuentra en el art. 766 que establece que “*contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación*”.

Se sustituye por tanto el recurso de queja previsto en el antiguo art. 787 por el de apelación. El recurso de queja se mantiene en su sentido tradicional, como un recurso residual, fundamentalmente utilizado como recurso contra las resoluciones por las que se inadmite la apelación tal y como se contempla en el art. 218 LECrim.

El recurso de apelación procede entonces contra todos los autos que no estén expresamente exceptuados de recurso,

(.....)

El nuevo recurso de apelación —igual que el de reforma— no tendrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, efectos suspensivos tal y como dispone el art. 766.1. Con ello se pretende mantener en cierta forma los efectos que hasta ahora tenía el recurso de queja acomodando su significado al principio de celeridad que informa el procedimiento.

Sin embargo, la Ley olvida pronunciarse expresamente sobre los efectos suspensivos de alguno de estos recursos, por lo que debe acudir a la interpretación sistemática con otros preceptos para concluir que dichos efectos se mantienen en determinados casos.

Concretamente, debe entenderse que la previsión de efecto suspensivo se contiene para los supuestos de recurso contra las resoluciones previstas en el

art. 779.1.1.^a, 2.^a y 3.^a, puesto que aunque no se mencione expresamente, se deduce de la redacción del art. 779.2 al afirmar que el Ministerio Fiscal devolverá al Juzgado las actuaciones con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula “visto”, procediéndose inmediatamente “*en este caso*” a la ejecución de lo resuelto, de lo que se infiere que hasta que figure la fórmula “visto” o hasta la resolución del recurso interpuesto no se procede a la ejecución.

(.....)

La tramitación de este recurso de apelación difiere en algunos aspectos de la regulación general del recurso de apelación que se describe en el art. 222 LECrim. En general, la forma ahora prevista es similar a la del recurso de apelación, en los casos en que procedía con la anterior regulación del procedimiento abreviado.

En primer lugar el art. 766 permite la interposición directa del recurso de apelación, sin necesidad de presentación previa del recurso de reforma. Se prevén las tres posibilidades de relación de estos dos recursos: la presentación previa de recurso de reforma anunciando subsidiariamente la apelación, la interposición separada de ambos recursos o la presentación directa de recurso de apelación. La novedad del texto se encuentra en el art. 766.4, donde se admite una posibilidad de incorporar nueva argumentación tras la resolución del recurso de reforma, cuando junto a éste se hubiera interpuesto subsidiariamente la apelación, de modo que se prevé un nuevo traslado por un plazo de cinco días para añadir alegaciones al recurso ya interpuesto de forma subsidiaria.

(.....)

2. Recursos contra las sentencias

(.....)

Una modificación respecto a la regulación anterior se produce al aludir al momento en que se realizan las alegaciones de las partes. El art. 795.4.º derogado preveía el traslado a las partes para que se realizaran las alegaciones desde el mismo momento de la presentación del recurso y antes de que el Juez se pronunciara sobre la admisión. La nueva regulación, recogida en el art. 790.4.º, prevé que el Juez intervenga en primer lugar examinando los requisitos de admisión y sólo una vez admitido el recurso se produce el traslado a las partes en el plazo común de 10 días para que presenten sus alegaciones. Transcurrido este plazo, se hayan o no presentado los escritos de alegaciones, se dará traslado de estos escritos a las demás partes y se elevarán los autos a la Audiencia.

La nueva regulación deja sin resolver claramente el problema de la adhesión a la apelación que puedan realizar el resto de las partes al presentar sus

alegaciones. Es más, frente al texto anterior en que se hablaba de escritos de adhesión o impugnación, la nueva redacción del art. 790.5 sólo menciona genéricamente los escritos de alegaciones. Ello no significa la desaparición de la adhesión, si bien parece que la sustitución de su mención expresa por el término de alegaciones implica una opción por reducir su concepto al criterio mínimo hasta ahora mantenido por la jurisprudencia, de forma que se admite que las partes en sus alegaciones apoyen las razones expuestas por el recurrente sin que puedan introducirse nuevos motivos en la adhesión que alteren los términos del debate.

(.....)

III. JUICIOS RÁPIDOS

III.I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DELITOS

1. **Naturaleza del procedimiento y carácter preceptivo de la incoación de las diligencias urgentes**

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se ha configurado en la LECrim de un modo distinto a los derogados juicios rápidos. No se trata, como aquellos, de una mera especialidad del procedimiento abreviado, tendente a acelerarlo. Estamos ante un verdadero proceso especial, lo que se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, al indicar que “...se crea un *proceso especial* para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos...”, y del tenor del art. 795.1 que señala: “Sin perjuicio de lo establecido para los demás *procesos especiales*...”.

En consonancia con su naturaleza de proceso especial, dentro del Título III —dedicado a su regulación— el Capítulo I establece su ámbito de aplicación, integrándose por un único precepto (el art. 795) que recoge una serie de presupuestos necesarios para la incoación de este proceso.

(.....)

La decisión de incoar diligencias urgentes no es facultativa sino obligatoria. Es decir, si el Juez de Instrucción de guardia valora que concurren los presupuestos que se establecen en el art. 795, será obligado seguir las normas de este procedimiento especial. Se trata de una cuestión de orden público procesal. No están el Juez y las partes en libertad de optar por una tramitación distinta al enjuiciamiento rápido si concurren los presupuestos del mismo.

(.....)

2. Presupuestos para la incoación del procedimiento

El art. 795 establece una serie de presupuestos y requisitos para la posible incoación de diligencias urgentes. Todos ellos habrán de concurrir para que proceda la incoación de este procedimiento especial.

Los analizamos en los apartados que siguen.

A) Límites punitivos: competencia objetiva por razón de la materia para el enjuiciamiento de juicios rápidos

Para que sea posible el enjuiciamiento a través de juicio rápido ha de tratarse de delitos castigados con las siguientes penas (art. 795.1):

— Pena privativa de libertad que no exceda de cinco años.

— Cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, que no excedan de 10 años, o multa cualquiera que sea su cuantía.

La pena a que se refiere el precepto es la *pena en abstracto*,

(.....)

Se atiende —por tanto— a la naturaleza del delito, ciñéndola no sólo a los delitos menos graves sino también a algunos graves, en concreto aquellos que se atribuyen al conocimiento de los Juzgados de lo Penal. De hecho, la limitación punitiva recogida en el art. 795.1 coincide con lo señalado en el art. 14.3 LECrim al establecer el ámbito competencial de los Juzgados de lo Penal (después de la redacción dada por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre; texto que se ha mantenido igual, en este punto, tras la Ley 38/2002).

Los delitos que tuvieren señalada una pena que en sus tramos inferiores esté comprendida dentro del ámbito del art. 795 excediendo sus tramos superiores del mismo (v. gr. pena de prisión de 2 a 6 años o de inhabilitación de 6 a 12 años) quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes. Es al tramo superior de la pena al que hay que atender. El art. 13.4 del Código Penal (CP) resulta congruente con ese criterio, pacífico en la doctrina y praxis procesal.

En aquellos delitos castigados con varias penas conjuntas o alternativas, aunque la pena más grave entre dentro de los límites señalados en el art. 795, la previsión de otra pena no privativa de libertad que exceda de esos límites determina la imposibilidad de incoar diligencias urgentes (por ejemplo, quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes todos los delitos, aun cuando se reputaran flagrantes o de sencilla instrucción, de terrorismo por aplicación del art. 579.2 CP; e igualmente los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cometidos por autoridad o funcionario, art. 318 bis 4). Ahora bien, es indiferen-

te que el delito lleve aparejadas, además de una pena privativa de libertad que puede llegar a cinco años, otras penas pecuniarias o privativas de derechos si ninguna de éstas sobrepasa el límite de diez años, pues entonces podrá tramitarse como juicio rápido.

Hay que estar a la pena de cada uno de los delitos, sin sumar las penas señaladas a las distintas infracciones que puedan enjuiciarse en una misma causa.

En aquellos delitos que llevan aparejadas penas que exceden de las indicadas pero que, al tiempo, confieren la posibilidad de imponer una pena inferior —que sí estaría dentro del límite del art. 795—, habrá que atender al carácter preceptivo o facultativo de la degradación. Sólo en el primer caso, cuando la pena se rebaje necesariamente en función de determinadas circunstancias concurrentes, estaremos ante un subtipo privilegiado que permitirá la incoación de este procedimiento.

Si, por el contrario, la pena tipo —comprendida entre los límites del art. 795— es susceptible de ser elevada, quedando así fuera del límite señalado, la solución pasa por negar la incoación del procedimiento de juicio rápido. La cuestión es muy clara si la elevación es preceptiva: se trata de un subtipo agravado que excede de los límites del art. 795. Ahora bien, si la agravación de la pena es facultativa (v. gr.: un delito está castigado con pena inferior a cinco años de prisión pero facultativamente pueda incrementarse esa penalidad) ha de entenderse que tampoco podrán incoarse diligencias urgentes, ya que el establecimiento de una pena que facultativamente puede ser elevada ha de ser entendido como la fijación de una pena alternativa. Y el límite máximo establecido en el art. 795.1 alcanza a la pena alternativa.

(.....)

B) Iniciación de la causa mediante atestado policial

El art. 795 exige, como segundo de los presupuestos para la incoación de las diligencias urgentes, que “el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial”. Lo anterior es consecuente con el diseño que hace la Ley del proceso especial de juicio rápido, que parte de una actividad previa de la Policía Judicial a la cual atribuye el art. 796 una serie de obligaciones que han de plasmar en un atestado específico y en la realización de citaciones coordinadamente con el Juzgado de guardia, todo ello en aras a facilitar y hacer posible la instrucción concentrada y acelerada en el Juzgado de guardia (art. 797).

Por ello, no todo atestado permitirá incoar diligencias urgentes. Sólo aquellos atestados que podríamos calificar de específicos, en tanto que en los mismos se hayan llevado a cabo las diligencias y las citaciones referidas en el art. 796, serán válidos para incoar diligencias urgentes.

(.....)

C) Puesta a disposición judicial del detenido o citación policial para comparecencia del denunciado ante el Juzgado

Otro de los presupuestos para la incoación de diligencias urgentes (art. 795.1) es el de que junto con el atestado la Policía Judicial ponga al detenido a disposición del Juez de Instrucción de guardia o —de no haber persona detenida— cite a la persona que resulte denunciada en el atestado para comparecer en el Juzgado en el día y hora que se le señale, con apercibimiento de las consecuencias de su incomparecencia (art. 796.1.3.^a).

Ciertamente la influencia de la Policía Judicial en la inicial determinación de las causas que pueden tramitarse como juicio rápido resulta aquí patente pues basta con que la Policía en el atestado no lleve a cabo la citación del denunciado ante el Juzgado para entender que la causa habrá de seguir el cauce del abreviado.

La citación del denunciado ante el Juzgado se hará por la Policía Judicial de forma coordinada con el Juzgado de guardia. Dicha previsión se establece por el art. 796.2 que remite dicha coordinación a los Reglamentos que sobre dicha materia dicte el Consejo General del Poder Judicial. En cumplimiento de dicha previsión se ha publicado el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ha modificado el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

(.....)

D) Concurrencia de alguno de los siguientes delitos

Para la posible incoación de un juicio rápido es necesario que, además de los anteriores presupuestos, se trate de un hecho susceptible de ser incardinado en cualquiera de los siguientes delitos: delitos flagrantes; delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 153 del Código Penal; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; y delitos cuya instrucción sea presumible que será sencilla. Así lo exige el art. 795.1 *in fine* 1.^a a 3.^a LECrim.

Se trata de una enumeración taxativa y cerrada —aunque alternativa— que pasamos a analizar separadamente:

a) *Delitos flagrantes*

(.....)

Señala el art. 795.1.1.^a: “A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea

sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

(.....)

b) *Delitos relacionados en los apartados a) al e) del art. 795.1.2.^a*

(.....)

La importancia de la tramitación de los hechos incardinables en la violencia familiar como diligencias urgentes de enjuiciamiento rápido, aun cuando posteriormente hubiere de entenderse que no son suficientes las diligencias practicadas —a tenor del art. 798.2.2.º— y debiera ordenarse la transformación en diligencias previas del procedimiento abreviado, estriba en dos circunstancias —posibilitadas y favorecidas por la regulación de las diligencias urgentes— que se reputan muy positivas:

— La absoluta conveniencia de una respuesta judicial inmediata, procurando una atención judicial a la víctima, que se ha decidido a denunciar los hechos, que no admita dilación alguna. Las diligencias urgentes cumplen dicho objetivo pues en el propio servicio de guardia y con “*la participación activa del Ministerio Fiscal*” (art. 797.1) será posible y absolutamente conveniente que se proceda a recibir declaración al denunciado y a los denunciantes (art. 797.1. 3.^a y 4.^a) —siendo especialmente importante la posibilidad de valorar la conveniencia de preconstituir la prueba conforme al art. 797.2 ante la eventualidad de futuras retractaciones—, que sean examinados por el médico forense tanto las víctimas como la persona denunciada (art. 797.1.2.b) y que se recaben cuantas otras diligencias se estimen oportunas (797.1.9.^a), ordenando así y aligerando la instrucción.

— La inmediata resolución sobre adopción de medidas cautelares en aras a dar protección a las víctimas. Ello aparece propiciado por la necesidad de celebrar en el servicio de guardia la comparecencia del art. 798.1, siendo ésta una ocasión magnífica para extender dicha comparecencia a la alegación, prueba y valoración sobre medidas cautelares, tanto por el efecto pedagógico que para los maltratadores puede implicar la celebración de comparecencia en estos casos, como por la instauración de un momento específico y cronológicamente

cercano a la denuncia para resolver sobre esta cuestión, y ello aunque la medida a adoptar sea, generalmente, alguna de las previstas en el art. 544 bis LECrim que no exigen comparecencia (a diferencia de la prisión y libertad con fianza) y son adoptables de oficio.

(.....)

c) *Delitos cuya instrucción sea presumible que será sencilla*

Junto a una lista expresa de delitos se concluye con una cláusula más amplia (“*que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla*”) que permite tramitar por juicio rápido cualquier delito que no sea de los anteriormente enunciados.

Para la determinación de qué ha de entenderse por hecho de sencilla instrucción habrán de ser tenidas en consideración dos circunstancias. *Primera*, relativa al tipo de diligencias de instrucción que hayan de ser practicadas: la actividad instructora en el marco de las diligencias urgentes implica la práctica de determinadas diligencias, algunas han de ser realizadas siempre (por ejemplo la declaración del imputado en condición de tal, art. 775) y otras sólo cuando ello “*fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados*” (conforme al art. 797.1.2.ª LECrim) o, en términos del art. 780.2 en el procedimiento abreviado, cuando fueren “*diligencias indispensables para formular acusación*”. *Segunda*, relativa al tiempo en que dichas diligencias han de ser practicadas: el art. 799 establece un plazo para que la instrucción de las diligencias urgentes se lleve a cabo, plazo coincidente con el período del servicio de guardia del Juzgado de Instrucción, si bien ampliable en determinados casos por un período de otras 72 horas (art. 799.2). Igualmente en dicho plazo del servicio de guardia debe realizarse la comparecencia sucesiva y única regulada en los artículos 798 y 800 y adoptarse las resoluciones propias de la fase intermedia a que se refieren tales preceptos.

(.....)

E) *Influjo de las reglas de la conexidad delictiva en la delimitación del procedimiento*

En el art. 795.2 se señala: “*El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior*”.

Del tenor del precepto se desprende:

a) En caso de que existan dos o más delitos conexos y todos ellos estuvieren integrados dentro del ámbito aplicativo del art. 795, habrá de incoarse dili-

gencias urgentes para la instrucción y enjuiciamiento de todos ellos. Es posible, pues, que a través del juicio rápido se conozca de más de un delito. Lo anterior es congruente asimismo con lo dispuesto en el art. 801.1.3.º que, al regular la conformidad especial, prevé como posible la imposición de varias penas privativas de libertad, lo que puede venir motivado por la existencia de varios delitos. Además, será posible aplicar supletoriamente lo dispuesto en el art. 762.6.ª para el procedimiento abreviado, consistente en la posible formación de piezas separadas para enjuiciar los distintos delitos conexos, siempre que todos sean propios del juicio rápido.

b) Si alguno de los delitos conexos estuviera fuera del ámbito del art. 795 —debiendo ser tramitado por el procedimiento abreviado, por procedimiento ordinario o ante el Tribunal del Jurado—, ese delito impedirá la incoación de diligencias urgentes tanto para sí como para los demás conexos; es decir, arrastrará a los otros conexos, aun siendo propios del ámbito del juicio rápido, al procedimiento que proceda (ordinario, abreviado o jurado, con arreglo en este último caso a lo dispuesto en la Circular 3/1995 de la Fiscalía General y en el art. 5 de la Ley 5/1985). La específica previsión del art. 795.2 para los delitos conexos impide que, en este caso, pueda optarse por separar los delitos conexos —aun cuando con ello no se rompa la continencia de la causa— para tramitar mediante juicio rápido los incardinables en el art. 795.1 y enjuiciar separadamente los demás.

F) Carácter no secreto de las actuaciones

El art. 795.3 dispone: *“No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302”*.

Este precepto resulta congruente con la tramitación concentrada y rápida de las fases de instrucción e intermedia, que no podrían llevarse a cabo sin merma de los derechos de defensa si se tratara de actuaciones declaradas secretas.

3. Juicios rápidos y aforamientos

(.....)

Si el aforamiento implica —según prevé la LOPJ en sus artículos 57.2, 61.2 y 73.4— que la actividad de instrucción de la causa se lleve a cabo por un Magistrado del Tribunal que habrá de ser designado a tal efecto y que no podrá formar parte de la Sala de enjuiciamiento (supuestos de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala 2.ª del Tribunal Supremo y Sala Especial de su art. 61) la dinámica operativa establecida en los artículos 303 y 309

LECrim no es cohonestable con las previsiones de celeridad y los breves plazos establecidos en los artículos 797 y ss., pensados para un Juez de Instrucción de guardia que conoce inmediatamente y con plenitud de poderes del atestado que le es remitido por la Policía Judicial y que debe resolverlo en el período de la guardia. Debe negarse, por todo ello, la posibilidad de tramitar causas contra aforados ante dichos Tribunales por el procedimiento de las diligencias urgentes.

Si el aforamiento únicamente consiste en la alteración del órgano enjuiciador (lo que sucede, por ejemplo, en los delitos cometidos por miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los que la instrucción compete al Juez de Instrucción y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, a tenor del art. 8.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, tras la STC 55/1990) la cuestión resulta más compleja. En principio, las previsiones de instrucción concentrada ante el Juez de guardia son perfectamente observables.

(.....)

4. Incoación de las diligencias urgentes y transformación del procedimiento

Cuando concurren todos los requisitos exigidos por el art. 795, que han sido analizados en los apartados anteriores, el Juez de Instrucción en servicio de guardia, *“tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes”*, según señala el art. 797.1 LECrim.

(.....)

Esa inicial taxatividad en el sistema de incoación de las diligencias urgentes se flexibiliza por el legislador de dos modos:

a) La cláusula “si procede” del art. 797.1

La inicial decisión de incoación no puede ser completamente automática. Se confiere al Juez un margen valorativo, expresado en el art. 797.1 con la alocución *“incoará, si procede, diligencias urgentes”*. Razones de economía procesal, de justicia, de operatividad en definitiva, entre otras, se hallan en el fondo de esa expresión.

Con base en ello el Juez no incoará diligencias urgentes, pese a darse en abstracto los presupuestos del art. 795, cuando en su inicial valoración se aprecien absolutamente determinadas circunstancias que permitan *a priori* detectar que no será posible bien la celebración de la instrucción concentrada en el

servicio de guardia o bien el enjuiciamiento rápido. Razones de economía procesal aconsejan, de ser ello así, la incoación directa del procedimiento oportuno.

(.....)

b) La cláusula de conversión de las diligencias urgentes en diligencias previas

El art. 798.2.2.º permite, una vez ya incoadas diligencias urgentes y si la instrucción concentrada no hubiera podido llevarse a cabo en tiempo (bien porque sin ser sencilla no se ha podido culminar durante el servicio de guardia o porque siendo sencilla inicialmente se ha complicado después), que las partes puedan interesar del Juez, en la comparecencia única de la fase intermedia que disciplina el art. 798, la conversión del procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado por reputar insuficientes las diligencias practicadas en la instrucción concentrada.

Ahora bien, esa posibilidad de transformación de las diligencias urgentes en diligencias previas se residencia en un momento concreto —la comparecencia del art. 798— y por una razón también muy precisa —la insuficiencia de las diligencias practicadas para formular acusación—.

(.....)

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir que se ha diseñado un sistema tasado de incoación de juicio rápido: determinados delitos por sí, salvo que inicialmente se advierta una imposibilidad total, dan lugar a diligencias urgentes. Sólo cuando de las diligencias practicadas se evidencie que el objeto del proceso no es propio del juicio rápido o cuando no hayan podido llevarse a cabo las diligencias necesarias para la calificación durante el servicio de guardia, se transformará el procedimiento. Y aun así, en este último caso, el Juez de Instrucción (art. 798.2.2.º) habrá de *“señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible”*.

III.II. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

1. El protagonismo de la Policía Judicial en la tramitación de las diligencias preprocesales

Ha querido el legislador que el principio de celeridad que informa la regulación del procedimiento rápido inspire también la práctica de las diligencias de

carácter preprocesal. De ahí que el Título III del Libro IV, tras determinar en el primero de sus Capítulos el ámbito de aplicación reservado al nuevo procedimiento, destine el Capítulo II a la regulación de aquellas actuaciones que han de ser llevadas a cabo por la Policía Judicial.

Acaso resulte innecesario resaltar el carácter no jurisdiccional de las diligencias a que alude el legislador, pues se trata —como expresa el epígrafe que rotula el mencionado Capítulo II— *de las actuaciones de la Policía Judicial*. Sin embargo, la importancia de una coordinada práctica de aquéllas puede llegar a condicionar el éxito o el fracaso del nuevo modelo procesal. La reforma adjudica a la Policía Judicial una labor inicial de la que dependerá, en no pocos casos, el adecuado desarrollo del proceso propiamente dicho.

(.....)

2. La denuncia interpuesta ante el Ministerio Fiscal

La vigencia de la Ley 38/2002 conduce a un renovado modelo al que habrán de adaptarse las relaciones institucionales que la investigación y enjuiciamiento de todo hecho punible pueden llegar a propiciar. Desde este punto de vista, es posible cuestionarse el tratamiento jurídico que hayan de recibir aquellos casos en que cualquier ciudadano interponga una denuncia ante alguno de los órganos o adscripciones permanentes del Ministerio Fiscal.

Nada dicen al respecto los artículos que la Ley 38/2002 dedica al procedimiento rápido. Sin embargo, la lectura del art. 795.1, así como el examen de los trabajos parlamentarios que dieron vida a la reforma, conducen a una conclusión bien clara, esto es, a la consideración del atestado policial como un presupuesto formal sobre el que se hace descansar la aplicación del nuevo procedimiento.

(.....)

3. La innecesaria exhaustividad de los actos de investigación policial y la declaración del detenido como exigencia de los principios constitucionales de contradicción y defensa

El epígrafe que da título al Capítulo II que está siendo objeto de comentario —*De las actuaciones de la Policía Judicial*—, puede sugerir un equívoco que ha de ser descartado. En efecto, la enumeración que el art. 796 LECrim contiene, referido a aquellas actuaciones que han de practicarse en sede policial, no puede concebirse como una enumeración cerrada. El legislador se ha ocupado tan sólo de aquellas diligencias que aconsejan una adaptación de su formato tradicional al principio de celeridad que impregna la nueva regulación. Sin

embargo, no afecta al régimen general previsto para otras diligencias que no han sido objeto de tratamiento específico en aquel precepto. Así lo indica con claridad el propio texto legal cuando anuncia que tales diligencias habrán de ser practicadas “...sin perjuicio de cuanto se establece en el Título III del Libro II y de las previsiones del capítulo II del Título II de este libro...” (art. 796.1).

(.....)

4. La participación activa del Fiscal en la práctica de las “diligencias urgentes” ante el Juzgado de guardia

El art. 797 se ocupa de precisar el contenido ordinario de las diligencias urgentes, teniendo éstas un evidente carácter jurisdiccional y respecto de las cuales la Ley 38/2002 impone al Fiscal una participación activa.

No sobra recordar que la originaria Proposición de Ley exigía que las diligencias urgentes en el Juzgado de guardia se practicaran “*en presencia en todo caso del Ministerio Fiscal*” (art. 797), pero el legislador ha preferido una expresión más abierta y habilitante de otras soluciones: la *participación activa*. Tal participación supone otros cauces distintos de la presencia física, pues lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del Ministerio Público en algunos supuestos.

(.....)

Conviene dejar claro que la presencia física del Fiscal no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal de que se trate. Quiere ello decir que en aquellas ocasiones en que el Fiscal no pueda comparecer personalmente a la práctica de alguna de las diligencias urgentes a tramitar en el Juzgado de guardia, habrá que tomar conocimiento de lo actuado de una forma distinta a la deseable con carácter general. Es aquí donde el valor de las nuevas tecnologías en el proceso penal puede llegar a desempeñar un papel clave para hacer realidad las previsiones del legislador.

(.....)

5. La audiencia del Ministerio Fiscal sobre el desenlace procesal de las diligencias urgentes y las medidas cautelares

Una vez practicadas las diligencias urgentes que resulten indispensables para determinar la naturaleza del hecho y la posible responsabilidad de los partícipes, el art. 798 exige del Juez que oiga a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de dos extremos concretos que el precepto enumera:

a) la procedencia sobre alguna de las resoluciones previstas en el art. 798.2, apartados 1 y 2; b) solicitud de medidas cautelares frente al imputado o —en su caso— frente al responsable civil.

6. El informe sobre la procedencia de continuación del procedimiento del juicio rápido

Como es lógico, el examen y ponderación por el Fiscal de las diligencias practicadas condicionará el sentido de su informe. Si estima que el hecho no es constitutivo de delito, no aparece suficientemente justificada su perpetración o, aun estimando que el hecho es constitutivo de delito no hubiere autor conocido, habrá de postular una resolución de cierre de las previstas en el art. 779.1 LECrim. Si estima que el hecho integra una falta, se pronunciará en favor de la remisión de lo actuado al Juez competente, cuando no corresponda su enjuiciamiento al propio Juez de Instrucción. Si el conocimiento del hecho punible está atribuido a la Jurisdicción militar, dictaminará en favor de la correspondiente inhibición. Asimismo solicitará el traslado de lo actuado al Fiscal de Menores en aquellas otras ocasiones en que todos los imputados fueran menores de edad (cfr. art. 779.2 y 3).

(.....)

7. La petición de medidas cautelares

El informe del Fiscal acerca del impulso procesal que hayan de tomar las diligencias urgentes irá acompañado, en función de los casos, de una petición de medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil (art. 798.1).

(.....)

8. La solicitud de apertura del juicio oral y formulación del acta de acusación

Una vez que el Juez de Instrucción ha oído al Fiscal y a las partes acerca del desenlace que haya de atribuirse a las diligencias urgentes ya practicadas, si aquél estima que ha de continuar el procedimiento por los trámites previstos en el art. 800, habrá de acordarlo así, haciéndolo mediante un auto que, como ya es sabido, resulta irrecurrible.

Inmediatamente después la Ley 38/2002 prevé una concentrada fase intermedia o juicio de acusación, descrita en el art. 800 antes citado, conforme al

cual el Juez oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en todo caso, soliciten o se ratifiquen en lo ya solicitado respecto de las medidas cautelares.

La expresión empleada por el legislador en el primer inciso del art. 800.1 (“...*en el mismo acto*”), avala la idea de la celebración de este momento procesal en unidad de acto respecto del debate que cronológicamente le precede acerca de la continuación del procedimiento.

(.....)

9. El acta de acusación del Ministerio Fiscal. La formulación oral de la pretensión acusatoria

Si el Juez de Instrucción ha estimado pertinente la apertura del juicio oral, la presentación del acta de acusación del Ministerio Fiscal diversifica su régimen jurídico en atención a que se haya o no personado en la causa acusación particular. En puridad, tal criterio para la determinación de una u otra opción procedimental no deja de ser llamativo, dada la trascendencia que se confiere a una circunstancia contingente que —sin embargo— llega a afectar a la forma de la acusación pública. En el primero de los casos —si no se hubiere constituido acusación particular— el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se presentará de inmediato, pudiendo formular aquélla incluso oralmente (art. 800.2). Si, por el contrario, se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral, el Juez emplazará al Fiscal y a la acusación particular para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días (art. 800.4).

La lectura detenida de ambos apartados parece reflejar una diferente opción legislativa, con arreglo a la cual la oralidad en la presentación del acta de acusación sólo sería admisible en ausencia de acusación particular. Así se desprende del contraste entre ambos apartados del art. 800 y de la reiteración con la que se alude, en el apartado 4, a la forma escrita [*“...emplazará en el acto a la acusación particular y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos (...) Presentados dichos escritos...”*].

(.....)

10. Control jurisdiccional y alcance de los efectos preclusivos de la falta de formulación del acta acusatoria

El legislador ha estimado oportuno regular una férrea forma de control judicial respecto de aquellos supuestos en que, habiéndose acordado la apertura del juicio oral y emplazado al Fiscal para la presentación del escrito de acusación, aquél haya dejado transcurrir el término conferido al efecto.

Ese control se activa, a la vista del art. 800.5, en las dos modalidades que el precepto admite para la formulación del acta acusatoria. En efecto, tanto si el Fiscal no presenta su escrito de acusación en el momento fijado en el art. 800.2 —o sea, de inmediato, bien de forma escrita u oral—, como si el retraso se produce respecto del plazo de dos días que habilita el art. 800.4, el Juez requerirá al superior jerárquico del Fiscal para que en un nuevo término de dos días aporte el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considere procedente el sobreseimiento libre.

(.....)

Esa resolución de sobreseimiento no está exenta de fundadas dudas técnicas. En principio, la alusión que hace el precepto a la voluntad presunta del Fiscal de no pedir la apertura del juicio oral está en llamativo contraste con el hecho de que —conforme al art. 800.2— el juicio oral ya ha sido abierto con anterioridad. Además, tal clase de sobreseimiento tiene difícil encaje en alguna de las categorías que, con carácter taxativo, enumera el art. 637 LECrim. Y, por otra parte, hace posible la incógnita acerca de si un sobreseimiento de tal naturaleza podría dar cabida a la facultad que acoge el art. 638 LECrim.

(.....)

Es indudable que las soluciones prácticas al problema generado por la fórmula legal que está siendo objeto de análisis no siempre serán uniformes, dependiendo en la mayoría de los casos del personal criterio interpretativo del Juez de Instrucción. Sin embargo, puede resultar de interés que los Sres. Fiscales —preferentemente en aquellos casos en los que la rígida aplicación de aquella frustre los fines del proceso penal— busquen extraer del vigente régimen jurídico los argumentos que impidan un indeseable desenlace en forma de sobreseimiento libre. Desde este punto de vista, por ejemplo, es menester recordar que el art. 202 LECrim —invocado en el auto de 25 de junio de 1996—, establece que los términos judiciales “...serán improrrogables (...) cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo”.

(.....)

De ahí que en todas aquellas oportunidades en que la falta de presentación de escrito de acusación por el Fiscal no obedezca a un juicio ponderativo acerca

de la procedencia del sobreseimiento y, por el contrario, sea la consecuencia de una disfunción organizativa, los Sres. Fiscales tratarán de hacer posible la aportación, aun tardía, del correspondiente acta de acusación.

III.III. ESPECIALIDADES DE LOS RECURSOS EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

1. Recursos contra las resoluciones del Juez de Instrucción

Las normas especiales para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos no contienen especialidades en cuanto a los recursos, salvo lo dispuesto en el 798.1.º, que realiza una previsión referente al auto judicial que decide la suficiencia de las diligencias practicadas y la prosecución de las actuaciones conforme a las normas de los llamados juicios rápidos, contra el que no cabe recurso.

(.....)

La disposición del art. 798.3 respecto a los supuestos en que el Juez acuerde una de las medidas previstas en los tres primeros ordinales del art. 779.1.º —que se refieren únicamente a efectos de recurso a las medidas cautelares— es poco afortunada y puede generar un equívoco acerca del limitado alcance de la impugnación, cuando —por el contrario— los recursos previstos en el art. 766 pueden ser interpuestos contra toda la resolución y no solo respecto al pronunciamiento sobre medidas cautelares.

De igual forma, la remisión que este artículo realiza al art. 800.1.º, para la adopción de las medidas cautelares en el caso de que se dicte auto ordenando la continuación del procedimiento, debe entenderse al momento en que las partes solicitan o ratifican la solicitud de tales medidas cautelares, ya que no se contiene ninguna especialidad en cuanto a los recursos. La disposición del último párrafo —respecto a que el auto de apertura de juicio oral no será susceptible de recurso alguno— no puede interpretarse sin tener en cuenta que también en éste pueden contenerse medidas cautelares que siempre podrán ser objeto de recurso, por lo que debe integrarse con lo dispuesto en el art. 787.3, que mantiene la posibilidad de recurrir las medidas cautelares.

2. Recursos contra las sentencias dictadas en juicios rápidos

El nuevo art. 803 prevé que contra las sentencias dictadas en este tipo de procedimiento por el Juez de lo Penal se pueda interponer recurso de apelación, que se tramitará conforme a las normas del recurso previsto en el procedimiento abreviado con algunas especialidades.

(.....)

IV. LA CONFORMIDAD

(.....)

1. **Desaparición de la fórmula de enjuiciamiento inmediato previo consenso de las partes sobre los hechos imputados**

La referencia contenida en la regla quinta del art. 789.5 LECrim se deroga en la reforma procesal. Este precepto autorizaba a prescindir de la fase de instrucción y la fase intermedia en el procedimiento abreviado cuando, en relación con hechos delictivos susceptibles de enjuiciamiento por el Juez de lo Penal, el imputado hubiere reconocido ante el Juez de Instrucción los mismos y solicitado de consuno con el Ministerio Fiscal, y asistido por su Abogado, la remisión directa de las actuaciones al órgano de enjuiciamiento para la convocatoria inmediata de juicio oral; en estos supuestos las partes formulaban directamente sus pretensiones ante el Juez de lo Penal, reduciendo a su mínima expresión la tramitación preparatoria del plenario.

(.....)

2. **La conformidad común, efecto y límites**

(.....)

Aunque la novedad principal de la conformidad en el juicio rápido es la conformidad beneficiada del art. 801, es posible que transcurrido el momento procesal en que ésta puede obtenerse y perdida ya la oportunidad de un beneficio de rebaja en la pena como el propuesto en el citado precepto, sin embargo, las partes lleguen en la tramitación ulterior del juicio rápido a una conformidad —al igual que sucede en los restantes procedimientos— ordinaria y no beneficiada que determinaría la sentencia de conformidad del Juez de lo Penal. Esa conformidad puede producirse bien en los nuevos escritos de acusación provisional (art. 784.3) o bien en el inicio del juicio oral (art. 787).

De otra parte, lo novedoso de la regulación radica en el pormenorizado desarrollo que el art. 787 LECrim realiza de las facultades de homologación judicial de la conformidad concertada por las partes, recogiendo en gran medida aportaciones jurisprudenciales producidas bajo la vigencia de la anterior regulación. Recuerda la Ley que el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre califi-

cación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad.

(.....)

3. **La conformidad beneficiada con reducción de pena del artículo 801 LECrim**

(.....)

De resultas de esta modificación —una vez alcanzada la conformidad en los términos del art. 801 LECrim— las actuaciones no se remiten al Juez de lo Penal (como sucede en los supuestos clásicos recogidos en el art. 784.3 LECrim) sino que permanecen en el Juzgado de Instrucción para el dictado de la sentencia, reservándose la competencia del Juez de lo Penal exclusivamente para la ejecución de lo fallado, a excepción del pronunciamiento sobre suspensión o sustitución de la pena que corresponde al Juez de Instrucción (art. 801.2).

A) **Ámbito material y temporal**

La conformidad especial del art. 801 LECrim resulta operativa en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción después de pronunciado el auto de incoación de procedimiento para enjuiciamiento rápido (art. 798.2.1.º LECrim).

(.....)

Cuestión esencial es la definición del ámbito temporal de aplicación del beneficio, pues la conformidad minorativa de la pena convive con el régimen clásico de conformidad (art. 787 LECrim), y sólo pretende beneficiar el consenso alcanzado en momentos muy precisos. Tratándose del procedimiento especial de enjuiciamiento rápido, el acusado debe manifestar su conformidad en el momento mismo en que recibe traslado de la calificación del Fiscal (art. 800.2 LECrim). La conformidad sustituye a la presentación de escrito de calificación provisional de la defensa. Se evita así efectivamente el señalamiento de juicio y la citación de las partes, de modo que si la Defensa formula una calificación contradictoria, o solicita del Juez de Instrucción plazo para evacuar su calificación, pierde el derecho a beneficiarse de la reducción de condena, aun cuando pueda articularse después una solución consensuada por el trámite común de los artículos 784.3 y 787 LECrim.

(.....)

La delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso; la conformidad manifestada fuera de los momentos procesales descritos producirá los efectos prevenidos en el art. 787 LECrim, pero no se beneficia de la reducción de condena.

B) Presupuestos

Se recogen en el párrafo 1 del art. 801 LECrim y se centran en tres aspectos particulares, dos sustantivos y uno procedimental:

1. La gravedad abstracta del delito: la acusación debe referirse a hechos delictivos que tengan asignada en la Ley una pena de prisión no superior a los tres años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de distinta naturaleza de duración no superior a diez años; en ningún caso se beneficia de la reducción de pena el delito que exceda estos límites, aunque luego, mediante la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena —en función del grado de desarrollo delictivo, forma de participación, concurrencia de eximentes incompletas o circunstancias de atenuación muy cualificadas o privilegiadas, error vencible de prohibición, etc.— se venga a fijar la pena en una extensión no superior a los indicados límites.

La previsión legal circunscribe esta modalidad especial de conformidad a delitos castigados con pena de prisión de naturaleza menos grave [art. 33.3.a) CP] y a cualesquiera otros delitos comprendidos en la esfera de competencia del Juez de lo Penal (art. 14.3.º CP) a quien corresponde después la ejecución de lo fallado (art. 801.1 LECrim), lo que abarca los delitos castigados con pena privativa de libertad diversa de la prisión —arresto de fines de semana—, con multa —con su correspondiente responsabilidad personal subsidiaria— y los castigados con penas de otra naturaleza cuya duración no exceda de 10 años, extendiendo su efecto también a las faltas incorporadas a la acusación por ser imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito (art. 781.1 LECrim).

2. La extensión concreta de la pena solicitada por la acusación, de modo que la pena o la suma de las penas solicitadas, tratándose de pena privativa de libertad, no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión. Este límite guarda relación con la posible aplicación de los beneficios penales de suspensión condicional de la pena (art. 81.2.º) y de sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88.1 CP), pues la idea original de la Proposición de Ley era vincular la aplicación de esta modalidad especial de conformidad a la concurrencia de los requisitos legales exigidos en el Código Penal para acceder a alguno de estos beneficios.

(.....)

La pena de arresto de fines de semana tiene una configuración específica en su ejecución consistente en su discontinuidad temporal, lo que la diferencia en su estado original de la pena de prisión; pese a ello, no constituye una pena heterogénea y es susceptible de ser asimilada a la prisión a efectos de refundición en aplicación del principio de unidad de ejecución penitenciaria, como ya se indicó en el apartado V de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 31 de marzo, por lo que parece más adecuado entender que los arrestos integran el cómputo punitivo del límite máximo de dos años de privación de libertad.

Diversa solución se ha de dar, en cambio, a la responsabilidad personal subsidiaria, pues en este caso nos encontramos con una pena privativa de libertad que no se impone directamente al reo, sino como medio de realización subsidiaria de una pena de naturaleza pecuniaria.

(.....)

3. La concurrencia de determinadas circunstancias procesales, en particular —por lo que se refiere al procedimiento de juicio rápido— que se haya acordado la apertura de juicio oral y que el Fiscal haya presentado su escrito de acusación en el servicio de guardia.

(.....)

Estas condiciones del procedimiento no son realmente requisitos de aplicación del beneficio, sino una determinación del momento y la forma en que se debe manifestar la conformidad para que se deduzca el efecto de minoración punitiva cuando el tipo procesal seguido es el previsto en el Título III del Libro IV LECrim.

Ahora bien, la conformidad minorativa se puede producir también en las diligencias previas y entonces el trámite varía. Así, en diligencias previas del procedimiento abreviado, si el imputado asistido de Abogado ha reconocido los hechos a presencia judicial, el art. 779.1.5.^a LECrim ordena la convocatoria por el Juez de Instrucción del Ministerio Fiscal y de las restantes partes a una comparecencia para que manifiesten si formulan escrito de calificación de conformidad. Se entiende que la comparecencia tiene por objeto, a partir del reconocimiento de los hechos, el desarrollo completo de un acuerdo de voluntades apto para poner fin anticipadamente al proceso, lo que demanda una calificación concertada de los hechos y una determinación concorde de la pena o penas a imponer y de las restantes consecuencias jurídicas.

(.....)

Consideración autónoma merece la cuestión de si es factible la aplicación inmediata del sistema de conformidad minorativa a los procesos penales que se

hubieren incoado con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2002. En principio no puede objetarse nada a tal posibilidad, pues la citada Ley Orgánica, que incorpora a la LECrim el artículo 801 en que se regulan las condiciones y efectos de la conformidad minorativa, carece de régimen transitorio propio, a diferencia de lo que sucede con la Ley 38/2002, por lo que se ha de entender que su entrada en vigor producirá pleno efecto en los procesos en curso, de acuerdo con el principio general *tempus regit actum*.

(.....)

En todo caso, y de conformidad con lo dicho *supra* acerca del ámbito temporal de aplicación de la conformidad, la eficacia inmediata del artículo 801 LECrim será posible sólo en aquellos procesos penales que a la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2002 no hayan agotado su fase instructora.

C) Contenido de la sentencia de conformidad

El efecto inmediato de la conformidad privilegiada, una vez homologada por el Juez de Instrucción en ejercicio de la función de control de su adecuación legal que le atribuye el art. 787 LECrim, es el pronunciamiento de una sentencia por el mismo Juez en la que se reducen en un tercio las penas solicitadas por la acusación, tanto las privativas de libertad como las de otra naturaleza.

(.....)

Se introduce —sin embargo— cierta modulación del rigor de exigibilidad de algunos presupuestos de la suspensión condicional en atención a la celeridad que se desea imprimir al trámite de la conformidad privilegiada para asegurar la inmediatez de las decisiones judiciales de reducción de pena y de aplicación de beneficios. En particular, el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles (art. 81.3.^a CP) se flexibiliza, bastando el compromiso del acusado de satisfacerlas en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia determine; asimismo, en los casos especiales del art. 87.1.1.^a CP bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión el compromiso del acusado de obtener la certificación de que se encuentra deshabitado a las drogas o en tratamiento de deshabituación (art. 801.3 LECrim).

(.....)

D) Ausencia de conformidad en la responsabilidad civil: efectos sobre la pena conformada

La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los artículos 695 y 700

LECrim, obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que —como reza el art. 695— la *“discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil (...) terminado el acto el tribunal dictará sentencia”*.

Ahora bien, la pena conformada a imponer por el Juez de lo Penal tras la celebración del juicio para determinar las responsabilidades civiles: ¿irá o no reducida en un tercio? Partiendo de la posibilidad que brinda la ley de disociar conformidad penal y seguimiento del juicio exclusivamente para la responsabilidad civil, ha de permitirse la aplicación analógica de esa rebaja de penalidad al Juez de lo Penal cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

V. PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO SOBRE FALTAS

V.I. INTRODUCCIÓN

(.....)

La novedad principal que se desprende de la Ley 38/2002 es la aparición de distintas modalidades procedimentales de juicio de faltas. En concreto, cabe distinguir entre el procedimiento de enjuiciamiento inmediato de faltas, donde la vista oral se celebra de forma inminente ante el propio Juzgado de guardia, y el procedimiento de enjuiciamiento no inmediato, que abarca aquellos otros supuestos en los que no resulta posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia.

V.II. JUICIOS DE FALTAS INMEDIATOS

El examen del nuevo texto procesal permite diferenciar —a su vez— dos modalidades de juicios inmediatos. Su discordancia radica en los ilícitos penales que comprenden y en la forma de realizar las citaciones.

La primera es la contemplada en el art. 962 LECrim, que comprende únicamente las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 del mismo Código, así como las faltas del art. 623.1 CP cuando sean flagrantes; y la segunda es la prevista en el art. 964 LECrim, que alude al resto de las faltas.

En aquélla, las citaciones a juicio las realiza la Policía Judicial; en ésta, las efectúa el Juzgado de Instrucción.

1. Modalidad de los artículos 962 y 963 LECrim

A) Ámbito

Tal y como se ha señalado, el art. 962 LECrim circunscribe esta clase de enjuiciamiento inmediato a las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 CP. Esto es, se recogen aquí aquellas conductas de lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves, susceptibles de integrar la llamada violencia doméstica. Igualmente, se incluyen las faltas de hurto del art. 623.1 CP cuando sean flagrantes. El concepto de flagrancia viene definido en el nuevo art. 795.1.1.º LECrim, para los delitos objeto de enjuiciamiento rápido, pero ningún obstáculo hay para su aplicación a las faltas.

(.....)

B) La confección del atestado por la Policía Judicial

(.....)

Presupuesto indispensable para la puesta en marcha de esta modalidad de procedimiento es que la *notitia criminis* llegue a conocimiento de la Policía Judicial, pues de ser el hecho perseguible conocido directamente por el Juzgado —por ejemplo, por haberse presentado la denuncia ante el órgano judicial— el procedimiento a seguir sería el del art. 964.

(.....)

Pero, además, la Policía Judicial tiene que establecer que el conocimiento para enjuiciar esa falta corresponde al Juzgado de Instrucción ante el que se debe presentar el atestado o a otro del mismo partido judicial.

Este punto presenta, junto a la dificultad de decidir qué Juzgado es el territorialmente competente, el obstáculo relativo a la aparente contradicción que existe en el propio precepto que —de forma reiterada— se refiere al Juzgado de guardia como el destinatario del atestado y ante el que deben personarse quienes resulten citados.

Tal circunstancia obliga a concluir que únicamente cuando el Juzgado de Instrucción de guardia sea el competente para el enjuiciamiento de los hechos denunciados, se procederá por la Policía Judicial a realizar las actuaciones que le impone el art. 962.

(.....)

En primer lugar citará, de forma inmediata ante el Juzgado de guardia, a las personas indicadas en los ordinales 3.º y 4.º del art. 796, es decir, a quien resulte denunciado en el atestado policial —cuando no se haya procedido a su detención en los excepcionales supuestos que preceptúa el art. 495 LECrim—, a los testigos, a los ofendidos y a los perjudicados. Aunque nada se dice, la citación habrá de extenderse al denunciante, si lo hubiere y no coincide con el ofendido, y a aquellos peritos que hayan intervenido en las diligencias practicadas al confeccionar el atestado.

(.....)

En segundo lugar, compete a la Policía Judicial realizar los apercibimientos recogidos en el art. 962.1, que deberán incluirse en las citaciones.

(.....)

En tercer lugar —junto a las citaciones y apercibimientos— se impone a la Policía la obligación de informar de sus derechos a las personas citadas.

(.....)

Siendo la finalidad última de la Ley 38/2002 la aceleración de la Justicia penal, sorprende que no se establezcan plazos para la práctica de las diligencias que se encomiendan a la Policía Judicial. El art. 962.1 únicamente exige que se hagan de forma inmediata. Ello puede ocasionar que —en no pocas ocasiones— se relativice la inmediatez que se preconiza en la celebración del juicio. De ello se hace eco el propio legislador, al fijar en la Exposición de Motivos como *dies a quo* para el inicio del plazo de celebración inmediata, no el día de en el que ocurrieron los hechos, sino aquél en el que el Juzgado de guardia haya tenido conocimiento de los mismos.

C) Actuaciones ante el Juzgado

a) *Incoación de juicio de faltas*

La recepción del atestado en el Juzgado de guardia exige del Juez, como consecuencia de esa inicial aproximación jurídica efectuada por la Policía Judicial, un primer pronunciamiento: estimar o no procedente la incoación de juicio de faltas. En este sentido, el art. 963 dispone que, recibido el atestado, “si el Juez de guardia estima procedente la incoación de juicio de faltas, decidirá la inmediata celebración del juicio...”.

Tal decisión se refiere exclusivamente a cuestiones sustantivas. Se trata de valorar *prima facie* si el hecho reviste los caracteres de falta y si —además— se trata de una de las faltas comprendidas en el art. 962 LECrim.

(.....)

b) Examen de oficio de la competencia

Procesalmente parece más correcto —pese a la redacción del art. 963.1— que una vez incoado el juicio de faltas, la primera decisión del Juez de guardia sea la de examinar su propia competencia, máxime cuando el art. 963.3 supedita la inmediata celebración del juicio a que el asunto le corresponda en virtud de las normas de competencia y reparto. Pues sólo de estimarse competente, el Juez de guardia podría plantearse la continuación o no del juicio de faltas.

c) Decisión acerca de la celebración del juicio

Decidida por el Juez su competencia para conocer del asunto, le incumbe efectuar un nuevo pronunciamiento relativo a la celebración del juicio. Obviamente —salvo supuestos excepcionales— todas las anteriores decisiones se adoptarán sin solución de continuidad y se plasmarán en la misma resolución.

Del tenor literal de la Ley (“decidirá” dice el precepto) se desprende que —incoado el juicio de faltas— resulta imperativa la inmediata celebración del juicio. No obstante, esta obligatoriedad se encuentra matizada por el propio legislador, quien supedita la inmediatez del juicio a la concurrencia de una serie de requisitos.

(.....)

Ahora bien, puede ocurrir que el Juez, tras el examen del atestado decida no incoar Juicio de faltas, por entender que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal o que —por el contrario— revisten indiciariamente los caracteres de delito. En estos supuestos procederá a la incoación de diligencias previas, conforme al art. 774 LECrim y a la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el art. 779.1.

2. Modalidad del artículo 964 LECrim

A diferencia del supuesto anterior, la reforma contempla —aquí— dos formas de iniciación del procedimiento: el atestado y la denuncia presentada por el ofendido ante el órgano judicial.

Naturalmente, nada impide que el procedimiento pueda iniciarse a través de otros medios, como la denuncia o querrela de un tercero o simplemente de oficio, lo que no es obstáculo para que —en estos supuestos— la tramitación posterior sea la misma que contiene el art. 964.

A) Ámbito

A tenor de este precepto es posible la celebración inmediata del juicio de faltas ante el Juzgado de guardia respecto de todos aquellos hechos que presen-

ten los caracteres de falta tipificada en el Libro III del Código Penal o en Leyes especiales, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 962 LE-Crim. Por lo tanto, cualquier infracción constitutiva de falta es susceptible de juicio inmediato, a celebrar durante el servicio de guardia, si se cumplen los requisitos que señala el legislador en el art. 964.

B) La confección del atestado por la Policía Judicial

Respecto del atestado, se impone a la Policía Judicial la obligación de su formación inmediata y su remisión sin dilación al Juzgado de guardia.

(.....)

C) Actuaciones ante el Juzgado

Al igual que en la modalidad de los artículos 962 y 963, pese al silencio legal, resulta también necesaria la existencia de un doble pronunciamiento del Juez de guardia, acerca —en primer lugar— de la incoación o no del juicio de faltas y —en segundo término— de su celebración inmediata o no.

(.....)

V.III. JUICIOS DE FALTAS NO INMEDIATOS

Cuando no concurra alguno de los requisitos legalmente establecidos para la celebración inmediata del juicio, el juicio se celebrará de forma ordinaria o común, esto es, fuera del servicio de guardia. El legislador parece concebir esta segunda modalidad como subsidiaria, de suerte que sólo habrá lugar a la misma si no cabe el juicio inmediato por la ausencia de algún requisito legal. La tramitación ante la Policía Judicial, por lo tanto, no sufre variación.

El art. 965 establece al respecto las reglas a seguir por el Juzgado de guardia, distinguiendo diversos supuestos según cual sea el órgano competente para el enjuiciamiento:

1. Si la competencia corresponde a un Juzgado de otro partido judicial o a algún Juzgado de Paz del partido, el Juzgado de guardia le remitirá lo actuado para que aquél proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones (art. 965.1.1.^a).

Conforme al art. 966 LECrim, los señalamientos y las citaciones de juicios de faltas se harán en los mismos términos que para el supuesto siguiente.

2. Si la competencia corresponde al propio Juzgado de Instrucción de guardia o a otro Juzgado de Instrucción del partido judicial, el Juzgado de

guardia procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes para el día más próximo posible, y —en cualquier caso— en un plazo no superior a siete días, salvo cuando se trate de las faltas comprendidas en el art. 962, en cuyo caso el plazo no podrá ser superior a dos días (art. 965.1.2.º).

La brevedad de estos plazos exige una actuación coordinada en materia de señalamientos cuando el Juzgado competente para el enjuiciamiento no sea el Juzgado de guardia. A estos efectos el propio legislador ha establecido que los mismos se harán para los días y horas predeterminados a tal fin por los órganos enjuiciadores, facultando al Consejo General del Poder Judicial para dictar los Reglamentos oportunos para la ordenación —coordinadamente con el Ministerio Fiscal— de tales señalamientos (art. 965.2).

(.....)

V.IV. SINGULARIDADES DEL JUICIO ORAL EN EL NUEVO MODELO DE JUICIO DE FALTAS

La reforma mantiene intactos —en el art. 969 LECrim— el desarrollo del juicio, caracterizado por la simplicidad de sus trámites y dominado por los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, y —en el art. 972— la forma de su documentación, lo que evita mayores comentarios al respecto.

Únicamente mencionar que cabe sustentar, con apoyo en el carácter anti-formalista que preside el juicio de faltas, la posibilidad —no prevista legalmente— de que puedan plantearse al inicio de la vista cuestiones previas en los mismos términos que el art. 786 prevé para el procedimiento abreviado. La inexistencia de una fase de instrucción y de una fase intermedia apoyan tal interpretación, lo que deberá ser tenido en cuenta por los Sres. Fiscales en su intervención durante el desarrollo del juicio oral.

Sí alcanza la reforma, al menos parcialmente, a algunas cuestiones relacionadas con la celebración de la vista:

1. Ante todo, se modifica el último inciso del art. 969. 2, con el fin de dar concreción al principio acusatorio, en aquellos supuestos en los que el Fiscal no asista al juicio. Atribuye el precepto, explícitamente, el valor de acusación a la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados, aunque no los califique ni señale pena.

Con ello se pretende poner de manifiesto —siguiendo los postulados del Tribunal Constitucional (SSTC 56/1994, de 24 de febrero, y 115/1994, de 15 de abril)— la existencia en tales casos de una acusación exteriorizada y explícita, que va a permitir al acusado defenderse y va a posibilitar un debate contradictorio a resolver por el Juez en la sentencia.

2. Se mantiene —en el art. 970— la facultad del denunciado de no acudir, si reside fuera de la demarcación del Juzgado, al acto del juicio, y la facultad tanto de dirigir al Juez un escrito de alegaciones en su defensa como de apoderar a una persona para presentar en el juicio las alegaciones y pruebas de descargo que tuviere, conciliando el ejercicio del derecho de defensa con la eficacia y celeridad del procedimiento.

La novedad estriba —en primer lugar— en que se utiliza el vocablo “demarcación” en lugar de “término municipal”. Ello no afecta a los juicios a celebrar ante el Juez de Paz, pues la demarcación del Juzgado de Paz es el municipio (art. 99.1 LOPJ), pero sí puede afectar a los que se celebren ante los Juzgados de Instrucción, cuya demarcación está constituida por el partido judicial, cuyo ámbito territorial puede comprender varios municipios (art. 84 LOPJ).

Y —en segundo lugar— que únicamente cabe apoderar a Abogado o Procurador, y no a cualquier persona como ocurría con el precepto que se modifica, extendiéndose el apoderamiento, además de a presentar las pruebas de descargo, a formular alegaciones. Con ello se tiende, manteniendo la facultad del denunciado de no tener que desplazarse al acto del juicio, a reforzar su derecho a la defensa, circunscribiendo subjetivamente el apoderamiento a quienes por su condición de profesionales del Derecho resultan más idóneos para garantizar tal derecho, y ampliándolo objetivamente a la formulación de cuantas alegaciones se estimen convenientes para la defensa.

3. Por último, respecto de la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, el art. 971 concreta que ello será posible cuando conste que ha sido citado con las formalidades previstas en la Ley, si la ausencia es “injustificada”, salvo que el Juez (de oficio o a instancia de parte) crea necesaria la declaración de aquél (art. 971). Con el añadido del término “injustificada”, la reforma acomoda en este punto la regulación del juicio de faltas al procedimiento abreviado (art. 786.1 apartado 2), por lo que sólo si el acusado ha sido citado legalmente y no está justificada debidamente —a juicio del Juez— la razón de su incomparecencia, podrá celebrarse el juicio en su ausencia.

Ahora bien, al objeto de evitar una posible indefensión, es preciso que —en la medida de lo posible— el órgano judicial se cerciore de que se ha producido efectivamente la citación a juicio en debida forma (por todas, STC 242/1991, de 16 de diciembre), para lo cual deberá asegurarse por todos los medios a su alcance de la recepción de dicha comunicación por el afectado (STC 318/1993, de 25 de octubre).

No obstante, si pese a la correcta citación el acusado no comparece sin causa justificada, el juicio se suspenderá, siempre que el Juez crea necesaria su declaración.

En cuanto a la sentencia y su ejecución, la Ley 38/2002 introduce como novedad —en sintonía con lo dispuesto en el art. 15.4 de la Ley 35/1995, de 11

de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y en analogía a lo establecido para el procedimiento abreviado (art. 789.4)— la obligación de notificar la sentencia a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento (art. 973.2), facilitando así a las víctimas el conocimiento de las resoluciones judiciales que les afecten, pese a no haberse personado en el juicio.

Idéntica obligación se comprende en el art. 976.3, respecto de la sentencia de apelación.

Además, se prevé con carácter general, de forma expresa, que en la notificación se hagan constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, así como el plazo para su presentación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

V.V. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Son varios los preceptos del texto reformado que aluden al Fiscal, bien para asegurar su presencia en el juicio a través de la correspondiente citación (artículos 964.3 y 965.1.2.^a, apartado segundo), bien para concretar su intervención durante la vista oral (art. 969.1), o sentar los principios que han de regir —con carácter general— su asistencia a los juicios de faltas (art. 969.2).

Además, se menciona la apreciación en conciencia por el Juez, al dictar sentencia, de —entre otras— las razones expuestas por el Fiscal (art. 973.1), y se prevé la coordinación con el Ministerio Fiscal para la ordenación de los señalamientos de los juicios de faltas comunes u ordinarios a que se refiere el art. 965.2, en relación con el art. 965.1.2.^o

No obstante, la Ley 38/2002 deja incólume, en lo sustancial, el panorama legislativo atinente a la intervención del Fiscal diseñado por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

(.....)

V.VI. RECURSOS

La reforma no afecta al régimen de recursos, a salvo la facultad de impugnación de la sentencia que parece otorgar el art. 974.1 a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido en el juicio.

No se comprende bien cuál sea el fundamento de tal facultad, pues —en principio— sólo quienes han actuado como parte, bajo cualquiera de las denominaciones que recoge la ley procesal, están legitimados para impugnar la sentencia recaída.

No obstante, el legislador ha decidido ampliar la legitimación para recurrir la sentencia de primera instancia a los no comparecidos, siempre que se trate de ofendidos y perjudicados por el hecho perseguible.

Ahora bien, la interpretación del art. 974.1 ha de hacerse en conexión con lo dispuesto en el art. 11 LOPJ, de modo que quien ejercite este derecho a recurrir ha de respetar las reglas de la buena fe procesal. Sólo así se podrán evitar situaciones de fraude de ley proscritas por el citado precepto.

No parece, en efecto, que el art. 974 pueda dar cobertura —en principio— a situaciones en las que es el propio ofendido quien provoca, con su falta de comparecencia voluntaria al acto del juicio, una sentencia absolutoria por falta de prueba de cargo, y que —al serle notificada la sentencia conforme al art. 973.2— la impugna, acogiéndose al derecho que contempla el art. 974.1, con lo que, de obtener una sentencia favorable en segunda instancia, en realidad estaría privando a quien resultó condenado de su derecho a esa segunda instancia.

De ahí que la facultad impugnatoria concedida en el art. 974.1, deba interpretarse no con carácter absoluto, sino dentro de los límites del art. 11.1 y 2 LOPJ.

Finalmente, el legislador no resuelve la antinomia existente en cuanto al plazo de interposición del recurso de apelación, pese a haber modificado la errónea remisión que el art. 974 efectuaba al art. 212.

En efecto, por una parte el art. 976 dispone que la sentencia es apelable en el plazo de 5 días siguientes al de su notificación. Por otra, el art. 974.1 establece que la sentencia se llevará a efecto inmediatamente de transcurrido el término fijado en el párrafo tercero del art. 212, si no hubiere apelado ninguna de las partes, señalando este último precepto que para el recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio de faltas, el término será el primer día siguiente al en que se hubiere practicado la última notificación.

Tal contradicción ha de resolverse en favor del plazo de cinco días que fue introducido expresamente por la Ley 10/1992, de 30 de abril, norma que debió suprimir tanto la referencia que el art. 974 efectúa del art. 212, como el párrafo tercero de este precepto, por su incompatibilidad con el nuevo texto del art. 976 que tal Ley contemplaba.

CRÓNICA LEGISLATIVA

ENERO

- ❑ Resolución de 20 de enero de 2003 (BOE del 24), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar durante 2003 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

✓ Actualiza las cuantías de las siguientes tablas de indemnizaciones:

Tabla I: Indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla II: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte.

Tabla III: Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales).

Tabla IV: Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Tabla V: Indemnizaciones por incapacidad temporal.

FEBRERO

- ❑ Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero (BOE de 10 de marzo), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

“La correcta aplicación de los nuevos procedimientos para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas impone el diseño de un nuevo sistema de guardias para los Juzgados de Instrucción, que permita afrontar las actuaciones judiciales que de ellos derivan, en relación con la

tramitación de los juicios rápidos, enjuiciamiento inmediato de determinados delitos en caso de conformidad, y enjuiciamiento inmediato de las faltas, y, a la vez, atender adecuadamente el resto de actuaciones y diligencias propias del servicio de guardia. Siendo preciso tener en cuenta las peculiares características de los distintos Partidos Judiciales, pues el número de Juzgados con los que cuentan, así como la conflictividad que se viene presentando en sus respectivos territorios, son factores que han de ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar el modelo al que habrá de ajustarse el servicio de guardia”.

MARZO

- ❑ Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo (BOE del 17), por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.
- ❑ Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo (BOE del 11), para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales.
 - ✓ Modifica el art. 505 del Código Penal.
 - ✓ Modifica los arts. 42 y 51 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
 - ✓ Modifica el art. 110 y añade una nueva disposición adicional a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - ✓ Modifica el art. 3 y añade un nuevo art. 4 a la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de Partidos Políticos.
 - ✓ Modifica los arts. 6.2, 39.2, 41, 46.3, 78.3, 79.1, 123.1, 127, 127 bis, 133.4, 133.6, 134, 140, 153, 175, 182, 183, 193, 201 y 227, así como la disposición adicional primera y se añade una nueva disposición adicional sexta a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
 - ✓ Modifica los arts. 61 y 75.7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- ❑ Ley 2/2003, de 12 de marzo (BOE del 13), de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

- ❑ Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo (BOE del 17), complementaria de la Ley sobre la orden de detención y entrega.

“La Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establece en el artículo 2 la designación de las autoridades judiciales de ejecución, atribuyendo a éstas la competencia para proceder al cumplimiento de las órdenes europeas de detención y entrega que deban ejecutarse en España. Por este motivo, es necesario modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales.

El artículo 65, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la competencia sobre los procedimientos judiciales de extradición pasiva, por lo que es procedente añadir a este precepto la competencia sobre el cumplimiento de las órdenes europeas de detención y entrega. Asimismo, en el artículo 88 de la citada Ley Orgánica se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción la tramitación de los expedientes de extradición pasiva, de modo que, igual que en el caso anterior, debe añadirse la atribución de competencia sobre los expedientes derivados de las órdenes europeas de detención y entrega”.

- ❑ Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

“El día 13 de junio de 2002 se adoptó por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002), primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

(...)

La presente ley tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. Este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, la orden europea de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o

para el cumplimiento de una condena impuesta. De la misma forma, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro”.

- ❑ Real Decreto 318/2003, de 14 de marzo (BOE de 5 de abril), por el que se modifica el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero.

“La disposición final segunda de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece que el Gobierno, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de dicha reforma, procederá a modificar el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, para adecuarlo a las modificaciones contenidas en dicha reforma.

Esta disposición tiene por objeto el cumplimiento de dicho mandato legislativo. Se trasladan así al reglamento de procedimiento sancionador las innovaciones que en esta materia ha introducido la ley de reforma, entre las que cabe destacar el diverso tratamiento dado a la concurrencia de las actuaciones jurisdiccionales penales sobre el mismo hecho, que no impide la continuación del procedimiento administrativo sancionador, el cual queda práctica y completamente instruido hasta el momento de dictar resolución, en que se suspende hasta que la autoridad judicial resuelva lo procedente”.

- ✓ El presente Real Decreto entrará en vigor al mes de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

De acuerdo con la disposición final cuarta de la Ley 19/2001, lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en cuanto a medidas reeducadoras, entrará en vigor cuando éstas se desarrollen reglamentariamente.

ABRIL

- ❑ Instrumento 3/2003, de 9 de abril (BOE del 15), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica.

“La presente Instrucción contiene una serie de criterios destinados a facilitar la aplicación de los juicios rápidos por delito y el enjuiciamiento inmediato de las faltas previstos por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que sirven de complemento a la regulación de los servicios de guardia contenida en el Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio. Dichos criterios deben ser contemplados por las Juntas de Jueces y las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia al cumplir su obligación de adaptar las normas de reparto a lo dispuesto en la mencionada Ley y en las disposiciones reglamentarias reguladoras de los servicios de guardia.

Por otra parte, esta Instrucción también se refiere a aquellos supuestos en los que no sea posible la tramitación del procedimiento de juicio rápido por delito, especialmente en los supuestos de violencia física o psíquica habitual del artículo 153 del Código Penal. En estos casos, es conveniente que se concentre en el mismo Juzgado la competencia para conocer de los procesos por infracciones penales cometidas por el mismo sujeto contra los integrantes del mismo núcleo familiar, en el mismo sentido en el que se pronunciaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre Violencia Doméstica, aprobado por el Pleno de 21 de marzo de 2001”.

- ❑ Real Decreto 429/2003, de 11 de abril (BOE del 26), por el que se modifica el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- ❑ Ley 9/2003, de 25 de abril (BOE del 26), por la que se establece el régimen jurídico de utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

MAYO

- ❑ Ley 11/2003, de 21 de mayo (BOE del 22), reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea.
- ❑ Ley 12/2003, de 21 de mayo (BOE del 22), de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

- ❑ Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo (BOE del 22), complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España.
- ❑ Ley Orgánica 4/2003, de 21 de mayo (BOE del 22), complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- ❑ Ley 14/2003, de 26 de mayo (BOE del 27), de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- ❑ Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo (BOE del 28), de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de la Ley de Demarcación y Planta Judicial.
- ❑ Ley 17/2003, de 29 de mayo (BOE del 30), por la que se regula el Fondo de Bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados (mirar BOE).

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

BACIGALUPO ZAPATER, E./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de derecho penal, parte general, para acceso a las carreras judicial y fiscal*, t. I y II, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

BLANCO LOZANO, C., *Derecho penal. Parte general*, La Ley, Madrid, 2003.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5.^a ed. (trad. M. OLMEDO CARDENETE), Comares, Granada, 2002.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte general II (Introducción a la teoría jurídica del delito) y III (Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución)*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

VAELLO ESQUERDO, E., *Introducción al derecho penal*, Universidad de Alicante, Alicante, 2002.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

BRANDARIZ/FARALDO, *Responsabilidad penal del personal sanitario*, Netbiblo, La Coruña, 2002.

DÍEZ RIPOLLES/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (Coords.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios de derecho penal económico*, Dykinson, Madrid, 2002.

FERRE OLIVÉ, J.C. (Coord.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

FERRE OLIVÉ, J.C. (Coord.), *Fraude y corrupción en la administración pública*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

FERRE OLIVE, J.C. (Coord.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.

GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la unificación de la jurisprudencia*, 2.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una perspectiva de justicia penal internacional*, Málaga, 2002.

MAGRO SERVET, V., *Guía unificadora de criterios en materia de derecho de la circulación penal y civil*, La Ley, Madrid, 2002.

MORALES PRATS/MORALES GARCÍA (Coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

RIVAMA, B. (Coord.), *Cine y pena de muerte*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M., *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Granada, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Comares, Granada, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *El Convenio de derechos humanos y la biomedicina. La entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2002.

VARELA PORTELA, M.J. (Coord.), *Mujeres y Justicia. Estudios de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Cedecs, Barcelona, 2002.

VV.AA., *Protección penal de consumidores y usuarios*, CGPJ, Madrid, 2002.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

CEZÓN GONZÁLEZ, C., *Derecho extradicional. El futuro de la extradición en Europa*, Dykinson, Sevilla, 2003.

GRACÍA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resisitencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002.

MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

OTERO GONZÁLEZ, M.P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, J.I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del "common law"*, Comares, Granada, 2002.

SÁNCHEZ DOMÍNGO, M.B., *Las actuaciones en lugar de otro en derecho penal*, Universidad de Burgos, Burgos, 2002.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., *La eficacia justificante de los derechos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *La eutanasia voluntaria autónoma*, Dykinson, Sevilla, 2002.

BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas y derecho penal*, CEURA, Madrid, 2002.

COBO DEL ROSAL, M., "Caso Marey", Dykinson, Madrid, 2003.

DÍEZ MAROTO/POLO VEREDA, *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, CEURA, Madrid, 2002.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, D.M., *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, EDESA, Madrid, 2002.

EIRAMOVA ENCINAS, E., *La responsabilidad penal por las operaciones económicas de alto riesgo*, Dykinson, Sevilla, 2002.

GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

IGLESIAS RÍO, M.A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

LEÓN VILLALVA, F.J. de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002.

MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

OTERO GONZÁLEZ, M.P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, CEURA, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Comares, Granada, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Los delitos de robo: Comentarios a la jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las coacciones*, Bosch, Barcelona, 2002.

V. DERECHO PENITENCIARIO

AYUSO VIVANCOS, A., *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, Nau Llibres, Valencia, 2003.

MARTÍN DIZ, F., *El juez de vigilancia penitenciaria*, Comares, Granada, 2002.

RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, Alicante, 2002.

VI. CRIMINOLOGÍA

BERGALLI, R. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de criminología*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

YOUNG, J., *La sociedad "excluyente": exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

AA.VV. (coordinador, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), *Las Reformas del Procedimiento Abreviado, Juicios Rápidos y Juicios del Faltas*, Comares, Granada, 2003.

AA.VV. (coordinador, SÁNCHEZ MELGAR, J.), *Práctica procesal de los juicios rápidos*, Sepin, Madrid, 2003, 1000 páginas (incluye formularios).

ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, 2.^a ed. Revisada y ampliada, adaptada a la ley 38/2002, de 24 de octubre y a la L.O. 8/2002, de la misma fecha, Madrid, 2003, 672 páginas.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, 415 páginas.

CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La Reforma del Procedimiento Abreviado y el Nuevo Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos y Faltas. Adaptado al Programa de las Pruebas Selectivas para el Ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal* (Actualización de la obra *Derecho Procesal Penal*), Dykinson, Madrid, 2003, 184 páginas.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN/C.-GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas* (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECrim. hechas por las LLOO 7, 8 y 9/2002, 1/2003 y por la ley 38/2002), J.M.Bosch, Barcelona, 2003, dos tomos 1393 páginas (incluye CD-Rom con formularios).

GIMENO SENDRA, V./LÓPEZ COIG, J.C., *Los Nuevos Juicios Rápidos y de Faltas* (con doctrina, jurisprudencia y formularios), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, 451 páginas.

SÁNCHEZ MELGAR, J. (y otros FORMULARIOS).

CANAL GONZÁLEZ, J.M., “Juicios rápidos. Formularios para la práctica procesal penal”. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, J.M. Bosch., Barcelona, 2003, 160 páginas.

SOSPEDRA NAVAS, F.J. (coordinador), “Práctica del proceso penal. Vol.1.º” *Procedimiento abreviado. Juicios rápidos (reforma 2002). Proceso ordinario. Procesos especiales*, (incluye cd-rom con 180 formularios), Civitas, Madrid, 2003, 1146 páginas.

II. MONOGRAFÍAS

ARMENTA DEU, T., *El nuevo proceso penal abreviado*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ARROYO DE LAS HERAS, A., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas*, Dykinson, Madrid, 2003, 186 páginas.

CUCARELLA GALIANA, A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, 2003, 306 páginas.

DÍAZ MARTÍN, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, Colex, Madrid, 2003, 222 páginas.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Edersa, Madrid, 2002, 733 páginas.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R., MORENO VERDEJO, J., DEL MORAL GARCÍA, A., *Juicios rápidos. Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, Comares, Granada, 2003, 165 páginas.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., “La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”. *Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los Ámbitos Penal, Civil, Contencioso-Administrativo y Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

MORANT VIDAL, J., *Preguntas y Respuestas Sobre el Tribunal del Jurado*, Comares, Granada, 2003.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 189 páginas.

SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, 259 páginas.

TENA ARAGÓN, M.F., *El nuevo juicio de faltas*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal: el modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, 277 páginas.

VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

III. OTROS

ARNALDO ALCUBILLA e IGLESIAS MACHADO, S., (coord.), *El Pacto de Estado para la reforma de la justicia*, Madrid, 2002, 377 páginas.

COLEX (Ed.) *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, 13.^a ed., 2003. Adaptada a la Ley 38/2002 y LO 8/2002. sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas. Jurisprudencia, Concordancias y Comentarios. Leyes Complementarias.

FOLGUERA CRESPO, J.A., *Poder Judicial y medios de comunicación*, CGPJ (Estudios de Derecho Judicial n.º 39), Madrid, 2003.

GÜIDI CLAS, E.M.^a, *El perfil criminológico del Juez prevaricador*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003, 362 páginas.