

# ÍNDICE

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

|                                                                                                                                                                       |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| — Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena. <i>Ángel José Sanz Morán</i> .....                                                                               | 13 |
| — Respuesta penal frente a la piratería en internet: subsunción típica y criterios de imputación subjetiva de los ISPs. <i>Javier Gustavo Fernández Teruelo</i> ..... | 31 |
| — El tratamiento penal del menor de edad. <i>M.<sup>a</sup> Isabel del Campo Beltrán</i> .....                                                                        | 59 |
| — Fe de erratas .....                                                                                                                                                 | 73 |

## JURISPRUDENCIA

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA .....                                                                                                                               | 77  |
| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....                                                                                                                                          | 87  |
| — <b>Sentencia 151/2002 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 15 de julio:</b> Comiso .....                                                                                        | 87  |
| — <b>Sentencia 156/2002 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 23 de julio:</b> Extradición. Cosa juzgada .....                                                                     | 88  |
| — <b>Sentencia 163/2002 (Sala 1.<sup>a</sup>), de 16 de septiembre:</b> Indulto particular .....                                                                       | 92  |
| — <b>Sentencia 167/2002 (Pleno), de 18 de septiembre:</b> Apelación de sentencia absolutoria (condena pronunciada en apelación sin celebración de vista pública) ..... | 95  |
| — <b>Sentencia 170/2002 (Sala 2.<sup>a</sup>), de 30 de septiembre:</b> Apelación de sentencia absolutoria .....                                                       | 101 |

|                                                                                                                                                            | <u>Página</u> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| — <b>Sentencia 187/2002 (Sala 2.ª), de 14 de octubre:</b> Invariabilidad de las resoluciones judiciales .....                                              | 104           |
| — <b>Sentencia 192/2002 (Sala 2.ª), de 28 de octubre:</b> Intervención de las comunicaciones del penado .....                                              | 107           |
| — <b>Sentencia 202/2002 (Sala 2.ª), de 28 de octubre:</b> Acceso a la justicia .....                                                                       | 111           |
| <br>TRIBUNAL SUPREMO .....                                                                                                                                 | <br>115       |
| — <b>Sentencia 1724/2001, de 4 de mayo de 2002:</b> Lesiones (deformidad) .....                                                                            | 115           |
| — <b>Sentencia 819/2002, de 8 de mayo:</b> Delitos contra la integridad moral .....                                                                        | 116           |
| — <b>Sentencia 832/2002, de 13 de mayo:</b> Falsedad en documento mercantil. Estafa (mediante cheque). Determinación de la pena en el concurso ideal ..... | 118           |
| — <b>Sentencia 880/2002, de 14 de mayo:</b> Registro de almacenes ..                                                                                       | 121           |
| — <b>Sentencia 222/2002, de 15 de mayo:</b> Prescripción del delito (cuestión previa) .....                                                                | 122           |
| — <b>Sentencia 866/2002, de 16 de mayo:</b> Derecho a la última palabra .                                                                                  | 124           |
| — <b>Sentencia 633/2002, de 21 de mayo:</b> Interrogatorio de coimputado .                                                                                 | 125           |
| — <b>Sentencia 693/2002, de 21 de mayo:</b> Reincidencia .....                                                                                             | 127           |
| — <b>Sentencia 885/2002, de 21 de mayo:</b> Prueba ilícita y descubrimiento inevitable .....                                                               | 128           |
| — <b>Sentencia 917/2002, de 24 de mayo:</b> Inexistencia de prejudicialidad penal .....                                                                    | 129           |
| — <b>Sentencia 955/2002, de 24 de mayo:</b> Falsedad en documento mercantil. Estafa mediante cheque .....                                                  | 131           |
| — <b>Sentencia 895/2002, de 3 de junio:</b> Apelación de sentencia del Tribunal del Jurado .....                                                           | 133           |
| — <b>Sentencia 1027/2002, de 3 de junio:</b> Testigos protegidos ...                                                                                       | 135           |
| — <b>Sentencia 1034/2002, de 3 de junio:</b> Omisión del reconocimiento por médico forense al detenido .....                                               | 136           |
| — <b>Sentencia 1049/2002, de 5 de junio:</b> Lesiones. Consentimiento .                                                                                    | 137           |
| — <b>Sentencia 1073/2002, de 5 de junio:</b> Auto de hechos justiciables. Nulidad del objeto del veredicto .....                                           | 140           |

|                                                                                                                                         | <u>Página</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| — <b>Sentencia 1045/2002, de 7 de junio:</b> Revisión Penal . . . . .                                                                   | 142           |
| — <b>Sentencia 1078/2002, de 11 de junio:</b> Delitos especiales. Participación . . . . .                                               | 143           |
| — <b>Sentencia 1093/2002, de 11 de junio:</b> Competencia de la Audiencia Provincial . . . . .                                          | 144           |
| — <b>Sentencia 1114/2002, de 12 de junio:</b> Delito provocado . . . .                                                                  | 146           |
| — <b>Sentencia 775/2002, de 17 de junio:</b> Entrada y registro . . . .                                                                 | 148           |
| — <b>Sentencia 1140/2002, de 19 de junio:</b> Lesiones. Deformidad .                                                                    | 150           |
| — <b>Sentencia 1151/2002, de 19 de junio:</b> Intervención de las comunicaciones . . . . .                                              | 153           |
| — <b>Sentencia 1157/2002, de 20 de junio:</b> Hurto de uso de vehículo de motor . . . . .                                               | 156           |
| — <b>Sentencia 1022/2002, de 21 de junio:</b> Entrada y registro . . .                                                                  | 158           |
| — <b>Sentencia 1153/2002, de 22 de junio:</b> Tráfico de drogas . . . .                                                                 | 160           |
| — <b>Sentencia 1235/2002, de 27 de junio:</b> Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad . . . . .                       | 163           |
| — <b>Sentencia 1236/2002, de 27 de junio:</b> Delito continuado. Estafa .                                                               | 165           |
| — <b>Sentencia 1229/2002, de 1 de julio:</b> Validez del testimonio de referencia en un caso de abusos sexuales a menores . . . . .     | 167           |
| — <b>Sentencia 1243/2002, de 2 de julio:</b> Tentativa inidonea. Estafa .                                                               | 170           |
| — <b>Sentencia 948/2002, de 8 de julio:</b> Falsificación de moneda .                                                                   | 172           |
| — <b>Sentencia 1284/2002, de 8 de julio:</b> Estafa. Delito continuado .                                                                | 174           |
| — <b>Sentencia 671/2002, de 9 de julio:</b> Apelación contra autos de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación: competencia | 176           |
| — <b>Sentencia 1310/2002, de 9 de julio:</b> Atentado . . . . .                                                                         | 178           |
| — <b>Sentencia 1302/2002, de 11 de julio:</b> Falsedad en documento mercantil. Estafa . . . . .                                         | 179           |
| — <b>Sentencia 1308/2002, de 13 de julio:</b> Responsabilidad civil subsidiaria . . . . .                                               | 182           |
| — <b>Sentencia 1332/2002, de 15 de julio:</b> Principio acusatorio . . .                                                                | 184           |
| — <b>Sentencia 1336/2002, de 15 de julio:</b> Delito fiscal . . . . .                                                                   | 186           |
| — <b>Sentencia 1336/2002, de 15 de julio:</b> Cuestión prejudicial no devolutiva . . . . .                                              | 190           |

|                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — <b>Sentencia 1389/2002, de 16 de julio:</b> Principio de contradicción y sentencia absolutoria .....                                        | 191 |
| — <b>Sentencia 1382/2002, de 17 de julio:</b> Prevaricación .....                                                                             | 192 |
| — <b>Sentencia 1203/2002, de 18 de julio:</b> Prueba ilícita .....                                                                            | 194 |
| — <b>Sentencia 1406/2002, de 27 de julio:</b> Lesiones .....                                                                                  | 198 |
| — <b>Sentencia 867/2002, de 29 de julio:</b> Falsedad en balance. Administración desleal. Comiso .....                                        | 199 |
| — <b>Sentencia 1419/2002, de 29 de julio:</b> Coautoría .....                                                                                 | 210 |
| — <b>Sentencia 576/2002, de 3 de septiembre:</b> Entrada y registro (oficina de farmacia) .....                                               | 211 |
| — <b>Sentencia 1440/2002, de 9 de septiembre:</b> Asistencia letrada .....                                                                    | 212 |
| — <b>Sentencia 1441/2002, de 9 de septiembre:</b> Declaración sumarial de testigo de cargo .....                                              | 214 |
| — <b>Sentencia 1455/2002, de 13 de septiembre:</b> Robo con intimidación (uso de armas) .....                                                 | 217 |
| — <b>Sentencia 1479/2002, de 16 de septiembre:</b> Agresión sexual. Tentativa .....                                                           | 219 |
| — <b>Sentencia 1478/2002, de 19 de septiembre:</b> Funcionario público .....                                                                  | 222 |
| — <b>Sentencia 1563/2002, de 26 de septiembre:</b> Falsificación de moneda .....                                                              | 224 |
| — <b>Sentencia 1531/2002, de 27 de septiembre:</b> Complicidad ...                                                                            | 225 |
| — <b>Sentencia 1547/2002, de 27 de septiembre:</b> Grabación videográfica .....                                                               | 227 |
| — <b>Sentencia 1570/2002, de 27 de septiembre:</b> Cuestión prejudicial no devolutiva .....                                                   | 229 |
| — <b>Sentencia 1580/2002, de 28 de septiembre:</b> Prescripción ....                                                                          | 231 |
| — <b>Sentencia 1556/2002, de 30 de septiembre:</b> Entrada y registro .....                                                                   | 233 |
| — <b>Sentencia 1572/2002, de 30 de septiembre:</b> Tráfico de drogas .....                                                                    | 235 |
| <b>AUDIENCIAS PROVINCIALES .....</b>                                                                                                          | 237 |
| — <b>Sentencia 110/2002, de 11 de febrero (AP Vizcaya):</b> La indemnización por lesiones en accidente de tráfico es una deuda de valor ..... | 237 |
| — <b>Sentencia de 19 de marzo de 2002 (AP Barcelona):</b> El principio “non bis in idem” en el derecho medioambiental .....                   | 238 |

|                                                                                                                                                                             | <u>Página</u> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| — <b>Sentencia 19/2002, de 22 de marzo (AP Sevilla):</b> Detención ilegal por funcionario policial .....                                                                    | 239           |
| — <b>Sentencia de 27 de marzo de 2002 (AP Barcelona):</b> Estafa procesal .....                                                                                             | 241           |
| — <b>Sentencia 120/2002, de 27 de marzo (AP Valencia):</b> En la adhesión al recurso de apelación no pueden incluirse pretensiones contrarias al recurso principal .....    | 242           |
| — <b>Auto 129/2002, de 3 de abril (AP Barcelona):</b> La colocación de collarín cervical se considera tratamiento médico .....                                              | 243           |
| — <b>Sentencia de 8 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> El pago de indemnización derivada de accidente de tráfico no opera como atenuante de reparación del daño .....     | 244           |
| — <b>Sentencia de 8 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Nulidad declarada de oficio de una sentencia por insuficiencia de hechos probados .                                | 245           |
| — <b>Sentencia 139/2002, de 9 de abril (AP Valencia):</b> Intervención de letrado en juicio de faltas: exclusión de las costas .....                                        | 247           |
| — <b>Sentencia de 10 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Lesiones recíprocas; riña mutuamente aceptada .....                                                               | 248           |
| — <b>Sentencia 61/2002, de 11 de abril (AP Valencia):</b> Denuncia falsa: punibilidad aun sin ratificación y caso de sobreseimiento principal de los reos denunciados ..... | 249           |
| — <b>Auto de 17 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Jura de cuentas en proceso penal por faltas: procedimiento a seguir .....                                              | 250           |
| — <b>Sentencia de 20 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Delito fiscal: continuidad, plazo de prescripción, cuantificación de la defraudación .....                        | 252           |
| — <b>Sentencia de 23 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Declaración prestada en fase de instrucción sin formal imputación por uno de los delitos .....                    | 254           |
| — <b>Auto de 25 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Competencia territorial en delito cometido a través de internet .....                                                  | 255           |
| — <b>Sentencia de 25 de abril de 2002 (AP Barcelona):</b> Actuación del SEPRONA en los delitos contra el medio ambiente .....                                               | 260           |
| — <b>Auto 999/2002, de 25 de abril (AP Madrid):</b> Posibilidad del interno expedientado de asesorarse “por cualquier persona que designe” .....                            | 262           |

|                                                                                                                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — <b>Auto 1011/2002, de 26 de abril (AP Madrid):</b> Vigilancia penitenciaria: inimpugnabilidad separada de los trámites del expediente sancionador .....                              | 263 |
| — <b>Auto 370/2002, de 6 de mayo (AP Vizcaya):</b> Delito de administración desleal: competencia territorial .....                                                                     | 265 |
| — <b>Auto 372/2002, de 6 de mayo (AP Vizcaya):</b> Intereses por mora en indemnizaciones derivadas de accidente de tráfico transcurridos dos años .....                                | 266 |
| — <b>Auto 1104/2002, de 9 de mayo (AP Madrid):</b> Vigilancia penitenciaria: forma de practicar recuentos .....                                                                        | 267 |
| — <b>Sentencia 518/2002, de 10 de mayo (AP Madrid):</b> Motivación de las sentencias: valoración de cada elemento probatorio individualmente y de la prueba en su conjunto .....       | 268 |
| — <b>Auto de 13 de mayo de 2002 (AP Barcelona):</b> Insolvencia punible: prejudicialidad civil; legitimación de los síndicos de la quiebra para querellarse .....                      | 269 |
| — <b>Sentencia 220/2002, de 14 de mayo (AP Madrid):</b> El principio “non bis in idem” en el derecho de la circulación .....                                                           | 271 |
| — <b>Sentencia 361/2002, de 20 de mayo (AP Madrid):</b> La denegación de pruebas en primera instancia no es causa de nulidad de la sentencia .....                                     | 272 |
| — <b>Sentencia de 21 de mayo de 2002 (AP Barcelona):</b> Obstrucción a la justicia. Inasistencia de testigos y juicio oral .....                                                       | 273 |
| — <b>Sentencia de 21 de mayo de 2002 (AP Barcelona):</b> Delito societario: Impedimento del ejercicio de derechos de los socios: improcedente suspensión de la junta general .....     | 275 |
| — <b>Auto de 22 de mayo de 2002 (AP Barcelona):</b> Postulación y legitimación procesales para recurrir. Denunciante perjudicado ...                                                   | 278 |
| — <b>Sentencia de 22 de mayo de 2002 (AP Barcelona):</b> Extorsión en grado de tentativa. Diferencia con amenazas condicionales .                                                      | 279 |
| — <b>Auto 1305/2002, de 27 de mayo (AP Madrid):</b> Sustracciones entre parientes y uniones maritales de hecho .....                                                                   | 281 |
| — <b>Sentencia 144/2002, de 29 de mayo (AP Madrid):</b> Intervención en la vista oral del juicio de faltas del letrado de la parte denunciante sin la presencia personal de ésta ..... | 283 |
| — <b>Sentencia 212/2002, de 3 de junio (AP Madrid):</b> Tribunal de Jurado: Conformidad del acusado antes de la constitución del jurado .                                              | 284 |

|                                                                                                                                                                           | <u>Página</u> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| — <b>Sentencia 285/2002, de 4 de junio (AP Valencia):</b> Descubrimiento y revelación de secretos: correspondencia del cónyuge en proceso de separación .....             | 286           |
| — <b>Sentencia 293/2002, de 18 de junio (AP Sevilla):</b> En la adhesión al recurso de apelación pueden incluirse pretensiones contrarias al recurso principal .....      | 288           |
| — <b>Sentencia 332/2002, de 3 de julio (AP Sevilla):</b> La Compañía Aseguradora no está legitimada para alegar la prescripción de la infracción penal en apelación ..... | 289           |

## CRÓNICA LEGISLATIVA

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| — Crónica Legislativa ..... | 293 |
|-----------------------------|-----|

## BIBLIOGRAFÍA

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| — Derecho Penal .....          | 299 |
| — Derecho Procesal Penal ..... | 303 |

---

# ARTÍCULOS DOCTRINALES

---



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE CULPABILIDAD Y PENA (\*)

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

*Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad de Valladolid*

1. La relación entre culpabilidad y pena constituye una de las preocupaciones centrales en la actividad investigadora del Profesor CEREZO MIR. Su posición, trazada ya de manera muy acabada en el trabajo “Culpabilidad y pena”, de 1980, se ha mantenido en lo sustancial inalterada desde entonces <sup>(1)</sup>. De manera muy sintética, cabría caracterizarla en estos términos: irrenunciabilidad del concepto normativo de culpabilidad, entendido como reprochabilidad personal por la conducta antijurídica realizada y apoyado materialmente en el “poder obrar de otro modo”. Para llegar a esta conclusión, pone de manifiesto CEREZO las dificultades e incoherencias de quienes pretenden, o bien sustituir completamente la culpabilidad por el criterio de la necesidad preventiva de pena, o bien al menos reinterpretar su contenido desde la óptica de las exigencias de la prevención general o especial. Frente a tales plantea-

---

(\*) Trabajo publicado en la obra colectiva: “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo”. *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid (tecnos) 2002. Reproducido con autorización.

(1) Véase, especialmente, CEREZO MIR, J., “Culpabilidad y pena”, en el mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 179-197; del mismo, “Der materielle Schuldbegriff”, en *ZStW* 108 (1996), pp. 9-25; del mismo, “El delito como acción culpable”, en *ADPCP*, 1996, pp. 9-42 (publicado también en ROMEO CASABONA, C.M., ed., *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de La Laguna 1997, pp. 19-50); del mismo, *Curso de Derecho penal español*, parte general III. *Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, pp. 15 ss.

Una precisa caracterización de la posición de este autor, adhiriéndose sustancialmente a la misma, nos ofrece su discípulo GRACIA MARTÍN, L., “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, en *Actualidad Penal*, 1995, pp. 547-570.

mientos, insiste CEREZO en un concepto individual de culpabilidad (calificado por él como “empírico-normativo”) que hunde sus raíces en la idea de dignidad humana (por lo que se corresponde plenamente con la imagen del hombre de la que parte nuestra Constitución y el resto del ordenamiento jurídico) y que, constituyendo el fundamento de la pena, está en condiciones de servir asimismo a las necesidades de prevención, con las que en absoluto resulta contradictorio.

Las siguientes páginas, redactadas como testimonio de admiración y afecto a este indiscutible maestro de nuestra ciencia penal, pretenden solamente recordar el contexto en el que se sitúa la reflexión del homenajeado, con el fin de comprobar cómo sus planteamientos —que, con apoyo también en los paralelamente desarrollados por el profesor TORÍO, compartimos en amplia medida— cobran creciente aceptación en la doctrina penal.

2. Como es notorio, el punto de arranque de la reciente discusión sobre culpabilidad y pena hay que situarlo en la monografía de Karl ENGISCH, de 1963, relativa a la libertad de voluntad, donde se formula la proposición de que la culpabilidad de un hombre en una situación concreta no es susceptible de demostración, pues nunca podrá afirmarse si pudo o no obrar de manera diversa a como lo hizo <sup>(2)</sup>. La doctrina penal trató de buscar salida a esta dificultad, acudiendo a diferentes vías, que aquí sólo pueden quedar esbozadas <sup>(3)</sup>:

a) Tendríamos, en primer lugar, la posición de quienes propugnan la sustitución de la culpabilidad por la necesidad preventiva de pena o, al menos, reinterpretan aquélla a la luz de estas exigencias preventivas. Así, por ejemplo, GIMBERNAT propuso ya hace años la primera de estas vías: la exclusión de la responsabilidad penal en los supuestos de inimputabilidad, error de prohibición, etc., se explica porque, pese al carácter típico y antijurídico de la conducta realizada, concurren razones de prevención general o especial que hacen innecesario el recurso a la pena en la situación concreta. El dato central a la hora de decidir si la pena resulta o no necesaria vendría dado por la idea de “motivabilidad” o accesibilidad al mandato normativo, dado que la pena —según defiende GIMBERNAT, apoyándose en el psicoanálisis— cumple una función inhibitoria, reforzando aquellas prohibiciones de conductas singularmente nocivas para

---

<sup>(2)</sup> Véase ENGISCH, K., *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.Aufl., Berlín, 1965, pp. 23 y ss., especialmente.

<sup>(3)</sup> La literatura al respecto es casi inabarcable, por lo que la índole de la presente contribución nos obliga a seleccionar sólo algunos trabajos especialmente significativos.

la sociedad<sup>(4)</sup>. La crítica a esta posición —en cuyos detalles no vamos a detenernos— se mueve en distintos planos. Por una parte, se destaca cómo la verificación de la “motivabilidad” individual tropieza con las mismas dificultades que la del libre albedrío. Por otro lado, se ponen de manifiesto las carencias de una explicación en clave exclusivamente preventiva de la exclusión de la pena del inimputable o de quien se encuentra en una situación de error de prohibición invencible, por ejemplo<sup>(5)</sup>.

También JAKOBS pretende explicar el contenido tradicionalmente asignado al principio “no hay pena sin culpabilidad” desde perspectivas preventivo-generales, pero —a diferencia de GIMBERNAT— no se apoya en una concepción intimidativa o disuasoria de la prevención general, sino en otra “positiva” o integradora, en cuya virtud correspondería a la pena una función de estabilización normativa<sup>(6)</sup>. Ahora bien, si derivamos el contenido del principio de culpabilidad de las necesidades preventivas, no se entiende entonces bien cómo puede cumplir dicho principio su función garantista frente a aquellas. En palabras de STRATENWERTH, “si el principio de culpabilidad debe tener por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá funda-

---

(4) Véase GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?” y “El sistema del derecho penal en la actualidad”, recogidos ahora en sus *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 140-161 y 162-181, respectivamente. En una dirección próxima, CUERDA RIEZU, A., *El legislador y el derecho penal*, Madrid, 1991, pp. 68 y ss., y LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 26 y ss.

(5) Más detalles en CEREZO MIR, J., “Culpabilidad...”, cit. (nota 1), pp. 180 y ss.; del mismo, “Der materielle...”, cit. (nota 1), pp. 10 y ss.; del mismo, *Curso...III*, cit. (nota 1), pp. 28 y ss. Cfr. también, entre otros autores, BACIGALUPO, E., “Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht”, en *WELZEL-Fs.*, Berlín, 1974, pp. 477-484 (pp. 481 y ss.); CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia, 1996, pp. 210 y ss.; CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pp. 33 y ss.; GRACIA MARTÍN, L., “Culpabilidad...”, cit. (nota 1), pp. 512 y ss. y TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP*, 1985, pp. 285-301 (pp. 294 y ss.).

(6) Véase JAKOBS, G., “Culpabilidad y prevención” (trad. C.J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 73-99 y, del mismo autor, *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de la 2.ª ed. alemana por J. CUELLO y J.L. SERRANO), Madrid, 1995, pp. 9 y ss. Como es notorio, los planteamientos de G. JAKOBS son objeto de intensa atención en la ciencia penal española. Destaquemos sólo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIA, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*, Universidad del Externado (Colombia), 1999.

mentarse en la exigencia de prevención, sino que deberá basarse en otras consideraciones” (7).

Enorme atención ha suscitado asimismo la posición que en torno a las relaciones entre culpabilidad y prevención mantiene C. ROXIN, bien entendido que la misma ha experimentado a lo largo de los años sustanciales modificaciones (8). Según nos indica PADOVANI, el sentido de esta evolución en el pensamiento de ROXIN viene marcado por el “tránsito desde una perspectiva en que la culpabilidad se funcionaliza respecto a las exigencias de prevención general, hacia otra perspectiva en la que predomina, por el contrario, una nota de disfuncionalidad en sentido garantista” (9). Niega, en efecto, ROXIN, en un primer momento que la culpabilidad pueda servir de fundamento a la pena criminal, cumpliendo sólo la función de límite a las exigencias preventivas (10). Los críticos frente a este punto de vista destacaron sobre todo la inconsistencia que se desprendería de negar a la culpabilidad virtualidad para fundamentar la pena y afirmársela a continuación para servir de límite a ésta; por otra parte, si la culpabilidad se acuña desde las necesidades preventivas, mal puede utilizarse como barrera frente a las mismas (11). A partir de una importante contribución, en 1984, cambia sustancialmente el planteamiento de ROXIN. Por un lado, matiza su anterior oposición a un concepto de culpabilidad apoyado sobre la idea del “poder obrar de otro modo” (*Andershandelnkönnen*), dada la indeterminabilidad de la misma. Afirmará ahora que “esta libertad de acción no requiere

---

(7) Véase STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad* (trad. E. BACIGALUPO), Madrid, 1980, pp. 85-127 (p. 112). Amplia información sobre la teoría penal de Jakobs en PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. La teoría de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990, pp. 160 y ss. y 253 y ss.

(8) Un resumen de esta evolución, con ulteriores referencias bibliográficas, en HIRSCH, H.J., “Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht”, en ZStW 106 (1994), pp. 746-765 (pp. 754 y ss.); PADOVANI, T., “Teoria della colpevolezza e scopi de la pena”, en Riv.it.D.P.P., 1987, pp. 798-835, y PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad...*, cit. (nota 7), pp. 191 y ss.

(9) Véase PADOVANI, T., “Teoria...”, cit. (nota 8), p. 801.

(10) Más detalles en ROXIN, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. D.M. LUZÓN PEÑA), Madrid, 1976, pp. 11-36. Esta primera fase del pensamiento de Roxin comprendería desde este trabajo, publicado originariamente en 1966, hasta el titulado: “Zür jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, en BOCKELMANN-Fs., Munich, 1979, pp. 279-309.

(11) Véase, por todos, CEREZO MIR, J., “Culpabilidad...”, cit. (nota 1), pp. 190 ss. y STRATENWERTH, G., *El futuro...*, cit. (nota 7), pp. 102 y ss. y 109 y ss.

prueba alguna, pues su papel en Derecho penal no es el de un *factum* real, sino el de una proposición normativa”. En otras palabras, “el juicio jurídico sobre el derecho penal de la culpabilidad no depende de si puede probarse filosófica o psicológicamente la libertad y responsabilidad del hombre, sino de si es adecuado teleológicamente que el hombre sea tratado como libre y responsable”. El dato decisivo para la afirmación de la culpabilidad será entonces la “dirigibilidad normativa” (*normative Ansprechbarkeit*), que “es independiente de la existencia de libre voluntad humana o de si en la concreta situación el autor hubiera podido realmente motivarse de otra manera”<sup>(12)</sup>. Por otra parte, la culpabilidad así entendida ya no va a subordinarse a las exigencias preventivas, sino a coordinarse con éstas en forma de una limitación recíproca<sup>(13)</sup>. Cabría, entonces, concluir este resumen de la contribución de ROXIN con las siguientes palabras de PADOVANI: “En su más reciente intervención, se interroga Roxin sobre qué queda de la culpabilidad en el derecho penal y la respuesta parece ser, en definitiva, que de la culpabilidad queda bastante más de cuanto se pudiera presagiar al comienzo”<sup>(14)</sup>.

Hay que hacer una precisión ulterior al planteamiento de ROXIN. El tránsito, ya reseñado, desde una completa acuñación del principio de culpabilidad a la luz de consideraciones preventivas hacia una posterior búsqueda de coordinación o “recíproca delimitación” entre culpabilidad y prevención está estrechamente vinculado con la ampliación que, a partir de su contribución para el Libro Homenaje a Bockelmann, experimenta la prevención general. La concepción intimidatoria (“negativa”) de ésta se ve completada ahora por aquella otra función (“positiva”) de confirmación normativa<sup>(15)</sup>. Ahora bien, si en JAKOBS quedaba “diluida” la culpabilidad en las exigencias de estabilización normativa, ROXIN asignará a aquella una función autónoma frente a éstas. Una vía, en cierto modo, intermedia es mantenida por un sector de nuestra doctrina penal cuyos representantes más significativos son MIR PUIG y MUÑOZ CONDE. Caracterizando muy esquemáticamente su pensamiento, vemos que, por un

---

(12) Véase ROXIN, C., “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, en ZStW 96 (1984), pp. 641-660 (pp. 650 y ss.).

(13) Véase especialmente ROXIN, C., “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?” (trad. J.M. SILVA SÁNCHEZ), en CPC, n.º 30 (1986), pp. 671-692 (pp. 688 y ss.). Un buen resumen de sus puntos de vista más recientes encontramos en ROXIN, C., *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2.ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

(14) Véase PADOVANI, T., “Teoría...”, cit. (nota 8), p. 813.

(15) Véase ROXIN, C., “Zur jüngsten Diskussion...”, cit. (nota 10), p. 306.

lado —y esto los separa de GIMBERNAT—, rechazan la supresión de la exigencia de culpabilidad en cuanto fundamento de la pena. Dicha culpabilidad aparece, sin embargo, completamente “diluida” en las exigencias preventivo-generales, aunque no —frente a JAKOBS— en el sentido de la prevención general positiva, sino que el concepto de culpabilidad se acuña desde la función intimidatoria (“motivadora”) de la norma penal. Por fin —y a diferencia de ROXIN—, el mencionado concepto de culpabilidad no tiene carácter individual, sino social. Así lo señala expresamente MUÑOZ CONDE y no otro sentido tiene la apelación de MIR PUIG a la “normalidad” de la motivación<sup>(16)</sup>, lo que aproxima las contribuciones de estos autores a las de quienes profesan un concepto “social” o “general” de culpabilidad, que analizaremos a continuación. En cualquier caso, las posiciones defendidas por MIR PUIG o MUÑOZ CONDE no logran eludir el dilema en el que aparecen sumidas todas las reconstrucciones preventivas de la culpabilidad. Expresándolo nuevamente con las palabras de PADOVANI: “no se ve cómo la *motivabilidad a través de normas* pueda ejercer cualquier función limitadora *heterónoma* (no dependiente de las mismas valoraciones legislativas)”; se termina, en definitiva, racionalizando lo existente, esto es, “dando una explicación formal para cualquier solución que haya adoptado el legislador”<sup>(17)</sup>.

b) En el apartado precedente hemos atendido a aquellas construcciones que, ante la indemostrabilidad del poder individual para obrar de otro modo, proponen la sustitución de la culpabilidad por la necesidad preventiva de pena o, al menos, la reinterpretación de dicho principio a la luz de las exigencias de la prevención. Ahora bien, muchos de los partidarios de esta última dirección,

---

(16) Véase especialmente MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 64 ss. y, del mismo autor, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en BERGALLI/BUSTOS (comp.), *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, pp. 361-384 (recogidos ahora en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 ss. y 171 ss., respectivamente); MUÑOZ CONDE, F., “Culpabilidad y prevención en Derecho penal”, en CPC n.º 12 (1980), pp. 41-58, donde recoge y resume el punto de vista mantenido en otros trabajos y, del mismo autor, “Culpabilidad y prevención general”, en MIR PUIG, S. (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona, 1982, pp. 161-169 (en la p. 166 propone un concepto “social” de culpabilidad). Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 119 y ss.

Encontramos, de nuevo, una completa consideración crítica de las posiciones de estos autores en CEREZO MIR, J., “Der materielle...”, cit. (nota 1), pp. 14 ss. y *Curso...III*, cit. (nota 1), pp. 32 y ss., así como PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad...*, cit. (nota 7), pp. 121 y ss.

(17) Véase PADOVANI, T., “Teoría...”, cit. (nota 8), p. 822 (subrayados allí).

pero también algunos de los que siguen defendiendo la autonomía del principio de culpabilidad frente a los criterios preventivos, buscan un camino para obviar la crítica que, desde ENGISCH, viene sufriendo la concepción de la culpabilidad como reprochabilidad personal, individual, proponiendo un concepto “social” o “general” de aquella. Puesto que la “existencia de libertad de acción” en relación “a determinado hecho singular y concreto” no puede demostrarse —observa JESCHECK—, habrá que formular la cuestión en los siguientes términos: “si ‘otro’ en la situación del autor, conforme a los criterios de experiencia de las disciplinas auxiliares, hubiera podido resistirse al emprendimiento del hecho”. Según esto, el baremo para el juicio de culpabilidad sólo puede venir dado por el “poder medio”, tal como el ordenamiento jurídico lo presupone. El juez tendrá que preguntar “si se hubiera podido actuar de otro modo conforme a las circunstancias dadas”<sup>(18)</sup>.

Este concepto “social” o “general” de la culpabilidad ha sido objeto, en nuestra doctrina, de una penetrante consideración crítica a cargo de nuestro maestro, el profesor TORÍO LÓPEZ. Existirían, por una parte, reparos de carácter lógico: “Hablar de culpabilidad general o social es (...) contradictorio”, dado que “en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el autor que la realiza”. Por otra parte, se trata de una concepción que “reproduce en el ámbito denominado culpabilidad momentos correspondientes a la antijuricidad misma”; en efecto, “la prohibición de una acción presupone el poder general de omitirla”, poder impersonal que “constituye un momento implícito de la antijuricidad del hecho”. “Más grave aún” le parece, finalmente, a TORÍO que esta orientación puede comportar la supresión de la función que corresponde a la culpabilidad “en orden a garantizar que la persona sólo será penada de encontrarse presente y en la medida correspondiente a su culpabilidad”<sup>(19)</sup>. O, como lo expresa CEREZO: “Cuando se pueda demostrar que no pudo obrar de otro modo (por su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo”<sup>(20)</sup>.

---

(18) Véase JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho penal. Parte general* (trad. de la 4.ª ed. alemana por J.L. MANZANARES SAMANIEGO), Granada, 1993, pp. 385-387. En relación a este concepto “general” o “social” de culpabilidad véase, por todos, KRÜMPPELMANN, J., “Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs”, en GA, 1983, pp. 337-360, así como MAIWALD, M., “Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff”, en *Lackner-Fs.*, Berlín, 1987, pp. 149-166.

(19) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual...”, cit. (nota 5), pp. 292-294.

(20) Véase CEREZO MIR, J., *Curso...III*, cit. (nota 1), p. 40.

c) Existe, finalmente, una alternativa mucho más radical ante la encrucijada en la que se encontraría el concepto tradicional de culpabilidad: el abandono de toda idea de culpabilidad y de pena y la correlativa opción por un modelo monista de medidas. En esta dirección se encuentra, como es notorio, la propuesta formulada por BAURMANN, quien pretende limitar la reacción punitiva a medidas que, sin embargo, no partan de la peligrosidad del sujeto —como sucede con las convencionales medidas de seguridad y corrección—, sino de la dañosidad social del hecho, lo que posibilita una correcta articulación con el principio limitador de proporcionalidad <sup>(21)</sup>. No cabe duda de que esta renuncia a la culpabilidad y a la pena es plenamente consecuente con un punto de partida radicalmente determinista. De ahí que califique SCHÜNEMANN de “deterministas débiles” a quienes, rechazando el poder individual de obrar de otro modo como fundamento de la culpabilidad y de la pena, pretenden, sin embargo, mantener ésta y conformar aquella desde un punto de vista preventivo, en lugar de optar por un puro derecho de medidas <sup>(22)</sup>. Pese a ello, estas propuestas monistas —como la de BAURMANN— han suscitado, con razón, rechazo generalizado por su falta de concreción y los riesgos que para la seguridad jurídica pudieran derivarse.

Baste esta somera caracterización de las principales alternativas planteadas frente a un concepto material de culpabilidad fundado en el “poder obrar de otro modo”, como el que está en la base de la teoría normativa de la culpabilidad, para mostrar que tales propuestas no consiguen convencer de su superioridad en relación a la concepción tradicional por ellas cuestionada.

3. No basta, sin embargo, con poner de manifiesto las dificultades de las soluciones alternativas sino que, avanzando un paso más, habrá que demostrar las ventajas de la propia concepción. Y lo primero que debemos hacer es salir al paso del argumento determinista ofrecido por ENGISCH y del que arrancan en una u otra medida los planteamientos que acabamos de considerar.

Deben rechazarse, antes que nada, dos afirmaciones recurrentes en la crítica determinista a la culpabilidad como fundamento de la pena. Por un lado, la equiparación —o, al menos, correlación— entre culpabilidad y retribución. Con este último término se alude convencionalmente a aquella teoría que asigna a la pena el cometido de realizar la justicia; se trata, por tanto, de una teoría relativa a la finalidad o función que compete a la pena criminal. Por el contrario, cuando decimos que la pena presupone la culpabilidad nos move-

---

(21) Véase BAURMANN, M., *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmenrecht*, Opladen, 1987, *passim*.

(22) Véase SCHÜNEMANN, B., “L’evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca”, en *Riv.it.D.P.P.*, 1990, pp. 3-35 (p. 7, nota 17).



mos en el nivel de su fundamentación o legitimación. Sobre esta distinción de planos volveremos después (punto 5). Por otra parte, no es ajeno a la crítica determinista la pervivencia —dato éste en el que insiste TORÍO— de un término como el de “culpabilidad” cargado de emotivismo: se trata de un “vocablo-valor, en que la base material o descriptiva, es decir, su campo real de referencia queda en alta medida en la sombra”, por lo que debería plantearse la posibilidad de sustituir “aquellas expresiones éticamente significativas, como *reprochabilidad*, *reproche*, *censura* o incluso *culpabilidad* por designaciones más neutrales como podrían ser *imputación subjetiva*, *atribución personal*, etc.”<sup>(23)</sup>. En cualquier caso, debe quedar claro que al definir la culpabilidad como reproche sólo se pretende “destacar que la relación entre autor y acción se halla desaprobada jurídicamente, es decir, normativamente”, sin que en absoluto suponga “una referencia ética, una censura moral al autor por el hecho realizado”<sup>(24)</sup>.

Hechas estas precisiones, veamos ahora en qué medida es de recibo la crítica determinista al “poder obrar de otro modo” (*Andershandelnkönnen*) en cuanto presupuesto para el mencionado juicio normativo de “desaprobación” de la conexión personal entre sujeto y acción. En la literatura italiana ha resumido así FIANDACA las réplicas que cabe efectuar frente al planteamiento determinista<sup>(25)</sup>: Por un lado, la expresión “poder actuar de otro modo” tiene carácter polisémico, variando su significación en función de los contextos de referencia y de los fines para los que se viene utilizando; especialmente, se insiste, desde la *Ética* de G.E. MOORE, en la autonomía del concepto de libertad de actuar frente al de libertad metafísica del querer<sup>(26)</sup>. Por otra parte, hoy se obvia la polémica entre determinismo e indeterminismo considerando la libertad del hombre no como un dato ontológico, “sino como contenido de una expectativa normativo-social, en línea, por otra parte, con la imagen del

(23) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, en *Libro-homenaje a Alfonso Candau*, Valladolid, 1988, pp. 311-322 (pp. 315-316, subrayados allí).

(24) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual...”, cit. (nota 5), p. 290.

(25) Véase, para lo que sigue, FIANDACA, G. “Considerazione su colpevolezza e prevenzione”, en *Riv.it.D.P.P.* 1987, pp. 836-880 (pp. 869 ss.)

(26) Véase MOORE, G.E., *Ética* (trad. M. CARDENAL IRACHETA), Barcelona, 1989, pp. 99 ss. (texto originario publicado en 1912). Cfr. también BURKHARDT, B., “Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips”, en BAUMGARTEN/ESER (eds.), *Schuld und Verantwortung*, Tübinga, 1983, pp. 51-87: “se puede sostener con buenas razones el punto de vista de que el poder de una persona no depende de si es libre o puede querer otra cosa en sentido indeterminista” (p. 62).

hombre que inspira los sistemas constitucionales”<sup>(27)</sup>. Y es que, como destacara ya hace algunos años Alf ROSS, el determinismo penal se basa sobre dos premisas erróneas: el postulado del determinismo (éste aparecería científicamente probado) y el principio de incompatibilidad (el determinismo y las ideas de culpabilidad y responsabilidad son irreconciliables)<sup>(28)</sup>. Veamos por separado ambas cuestiones.

En primer lugar, dista de ser aceptado de manera unánime que el determinismo haya quedado científicamente demostrado. Como nos recuerda GRIFFEL, lo decisivo es la índole del “conocimiento” y de la “verificabilidad” que se tomen como puntos de referencia<sup>(29)</sup>. Cabría apelar aquí al completo análisis que de las diversas formas de determinismo (filosófico-científiconatural, teológico, psicológico, genético) nos ofrece en tiempos recientes DREHER, quien concluye, escépticamente, con un *non liquet*: “si se quiere entender la voluntad del hombre como un fenómeno de la naturaleza empírica y examinar entonces su libertad de conformidad con métodos científiconaturales o cuasi-científiconaturales, no cabrá probar ni el indeterminismo ni el determinismo. Ambos siguen siendo posibles”<sup>(30)</sup>. Si esto es así, se trata entonces de determinar cuál de los dos planteamientos —ambos indemostrables— goza de mayor plausibilidad. Y desde esta perspectiva existen argumentos que hablan a favor de entender al hombre como un ser desligado del puro acontecer causal. Como nos recuerda TORÍO, “la conducta humana posee una plasticidad que está ausente en la conducta animal, vinculada férrea e inexorablemente al mecanismo estímulo-respuesta. El hombre es un ser histórico, en el que los sistemas causales presentan un alto grado de disolución, debiendo imputarse a esta peculiaridad —para la que aproximativamente puede recurrirse al término espontaneidad— la creación científica, artística y el dominio de la naturaleza

---

(27) Véase FIANDACA, G., “Considerazione...”, cit. (nota 25), p. 869.

(28) Cfr. para lo que sigue la compilación de trabajos de A. ROSS traducidos al italiano bajo el título común *Colpa, responsabilita e pena*, Milán, 1972, p. 115 y *passim*.

(29) Véase GRIFFEL, A. “Prävention und Schuldstrafe”, en *ZStW* 98 (1986), pp. 28-43 (pp. 34 y ss.).

(30) Véase DREHER, E., *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, Munich, 1987, p. 379. En sentido análogo, LARENZ, K., *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Munich, 1979, p. 92, y ZIPPELIUS, R., *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Munich, 1989, pp. 172 y ss. Cfr. sin embargo, en clave determinista, la profunda exposición de HONDERICH, T., *Wie Frei sind wir? Das Determinismus Problem* (trad. del inglés al alemán J. SCHULTE), Stuttgart, 1995.

por él”<sup>(31)</sup>. Y Arthur KAUFMANN llega a decir que “ya el mismo hecho de poder —poner— en cuestión la libertad, presupone libertad”<sup>(32)</sup>, mostrando así el absurdo a que conduce una argumentación determinista llevada hasta sus últimas consecuencias. A ello habría que añadir el dato, aducido por muchos autores, de la experiencia o vivencia humana de la propia libertad: “Los hombres —señala DREHER— tienen a diario la vivencia (*Erlebnis*) de su libertad”, de modo que cabría decir que “practicamos, en gran medida de forma no reflexiva, el indeterminismo”; voluntad y libertad serían así “una parte de la realidad experimentada por todos nosotros” y, en cuanto tal, no necesitada de prueba, de manera semejante a lo que sucede, por ejemplo, “con las categorías de bueno y malo, hermoso y feo, que están vivas en nosotros y aparecen más allá del ámbito de lo susceptible de prueba”<sup>(33)</sup>.

En cuanto a la supuesta incompatibilidad entre determinismo y responsabilidad, se trata de una cuestión que también ha sido analizada de manera profunda por Alf ROSS, quien concluye que todo lo que se quiera decir a favor o en contra de la “libertad del querer” o de la “universalidad de las leyes de la causalidad” carece, en último término, de relevancia para la atribución de responsabilidad jurídica<sup>(34)</sup>. Es conveniente recordar, a este respecto, la distinción que ya trazara KELSEN entre los principios de causalidad y de

---

(31) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “Indicaciones metódicas...”, cit. (nota 23), p. 318; de manera semejante se expresa este autor en: “El concepto individual...”, cit. (nota 5), pp. 296-297, y en *Estudio crítico del principio “ninguna pena sin culpabilidad”*, Valladolid, 1993, pp. 17 y ss.

(32) Véase KAUFMANN, A., “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes im Strafrecht”, en *JZ*, 1967, pp. 553-560 (p. 560).

(33) Véase DREHER, *Die Willensfreiheit...*, cit. (nota 30), pp. 1-2, 383, 386, 395 ss. Apelan también a esta “vivencia” de la propia libertad, entre otros autores, BURKHARDT, B., “Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld”, en *Lenckner-Fs.*, Munich, 1998, pp. 3-24; CEREZO MIR, J. “Der materielle...”, cit. (nota 1), pp. 20-21 y *Curso...* III, cit. (nota 1), p. 41; KAUFMANN, A., “Aspekte...”, cit. (nota 32), p. 556, y ZIPPELIUS, R., *Rechtsphilosophie*, cit. (nota 30), pp. 178-179. En contra de esta apelación a las vivencias, entre otros, TIEMEYER, J., “Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs”, en *ZStW*, 100 (1988), pp. 527-566 (especialmente, pp. 532-533). Cfr. la réplica de DREHER, E., “Unser indeterministisches Strafrecht”, en *Spendel-Fs.*, Berlín, 1992, pp. 13-22.

(34) Véase ROSS, A., *Colpa...*, cit. (nota 28), pp. 115 ss. Por su parte, HONDERICH, T., *Wie Frei...*, cit. (nota 30), pp. 138 y ss., rechaza tanto la tesis de la incompatibilidad entre determinismo y libertad (responsabilidad) como la de su compatibilidad.

imputación<sup>(35)</sup>: éste y no aquél es el que se aplica “en las proposiciones de la ciencia jurídica para describir su objeto”. Aunque ambos principios revisten gramaticalmente “la forma de un juicio hipotético (proposición) que relaciona algo que es condición con algo que es consecuencia”, el significado de la conexión difiere en los dos casos. Además, mientras que la cadena de causas y efectos es infinita, la imputación consta de sólo dos eslabones. Por fin, la diferencia fundamental reside en que “existe punto final para la imputación, pero no para la causalidad” y ello “es la causa del antagonismo entre la necesidad, que prevalece en la naturaleza, y la libertad, esencial para la sociedad, es decir, esencial para el hombre en sus relaciones normativas con los demás hombres”. Este es —sigue Kelsen— “el significado verdadero de la afirmación según la cual el hombre, sometido a un orden moral, religioso o legal, es libre: (...) el ser humano es libre porque imputamos recompensa, penitencia o castigo a la conducta humana como consecuencia de una condición”. En definitiva, el principio de imputación realizaría en las ciencias sociales el mismo cometido que el principio de causalidad en las ciencias naturales<sup>(36)</sup>.

Las consideraciones precedentes nos llevan, por tanto, a ratificar la tesis de que el problema del determinismo y el de la atribución de responsabilidad se mueven en planos diversos; expresado en otros términos, la crítica determinista, aunque estuviera plenamente fundada —cosa que, como hemos visto, no cabe asegurar— no afecta a la formulación de un juicio como el que está en la base del concepto jurídico-penal de culpabilidad. No sólo el derecho penal, sino todo el ordenamiento jurídico está construido sobre la idea de la libertad humana. Y esta misma imagen del hombre como ser libre es la que subyace también a la Constitución española cuando hace de la dignidad de la persona el fundamento del orden político y de la paz social<sup>(37)</sup>. Certeramente resume NAUCKE esta línea de pensamiento cuando afirma que “la imputación subjetiva de acciones, el hacer responder por hechos, el poder ser culpable es un principio organizador tan evidente para el comportamiento interhumano, que

---

(35) Véase Kelsen, H., “Causalidad e imputación”, en *¿Qué es justicia?* (ed. y trad. A. Calsamiglia), Barcelona, 1982, pp. 221-253 (el año de publicación del trabajo es 1950).

(36) Véase Kelsen, H., “Causalidad...”, cit. (nota 35), pp. 225, 230 y ss., 247-248 y 250.

(37) Sobre la relación entre dignidad de la persona y principio de culpabilidad véase, entre otros autores, BACIGALUPO, E., “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, en *La Ley* 1982/2, pp. 936-942; CERESO MIR, J., “Der materielle...”, cit. (nota 1), pp. 18 y ss.; del mismo autor, *Curso...III*, cit. (nota 1), pp. 38 y ss. y FIGUEIREDO DÍAS, J., “Culpa y personalidad”, en *CPC*, n.º 31 (1987), pp. 5-38 (pp. 8 y ss.).

ninguna fantasía puede pintar lo que sucedería si se prescindiera con carácter general de este principio”<sup>(38)</sup>.

4. Una vez rebatida la crítica determinista a la culpabilidad como juicio normativo de desaprobación por la conducta antijurídica realizada, debemos insistir en el carácter individual, personal (y no “general” o “social”) de este elemento del delito. Sólo así se posibilita —como ha destacado TORÍO— una correcta delimitación entre los juicios de antijuricidad y de culpabilidad: mientras “la antijuricidad se halla animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual, (...) la culpabilidad se halla animada por un principio diferente. Consiste en la determinación —y desaprobación— del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción”, constituyendo así “el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual”<sup>(39)</sup>.

Este mismo autor —a cuyos planteamientos nos adherimos— ha ofrecido una precisa caracterización de cómo opera dicho juicio individualizador en relación a cada uno de los elementos que integran la culpabilidad, lo que nos excusa aquí de analizar este aspecto<sup>(40)</sup>. Recordemos sólo el carácter dialéctico

---

(38) Véase NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2000, p. 231. Semejante, SCHÜNEMANN, B., “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, en el mismo (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. J.M. SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 147-178, quien califica de “ingenuos” (*naiv*) y “desvalidos” (*hilflos*) a quienes quieren llevar el determinismo a sus últimas consecuencias, lo que conduciría a una liquidación del carácter normativo del derecho penal en su conjunto (pp. 156-157). Más recientemente, del mismo autor, “La culpabilidad: estado de la cuestión” (trad. D. FELIP y R. RAGUES), en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, pp. 91-128.

Por su parte, LANGE, R., “Zur neuen Situation der Kriminologie”, en *Oehler-Fs.*, Colonia, 1985, pp. 671-691, afirma que esta misma imagen indeterminista del hombre es la que subyace también a la criminología (pp. 675, 685, 690-691).

(39) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual...”, cit. (nota 5), pp. 287-288 e “Indicaciones metódicas...”, cit. (nota 23), pp. 312-313. También para FIGUEROA DÍAS, J., “Culpa...”, cit. (nota 37), el concepto general o social provoca “una cierta confusión entre los criterios de culpabilidad y antijuricidad” (p. 18).

(40) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual...”, cit. (nota 5), pp. 297 ss. y, más explícitamente, en *Estudio crítico...*, cit. (nota 31), pp. 23 y ss. Un planteamiento muy próximo ofrecen, en la literatura penal española más reciente, MORALES PRATS, F., “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamento. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 171-184, y PRATS CANUT, J.M., “La culpabilidad: principio y categoría dogmática”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 615-639.

asignado por nuestro maestro al concepto que aquí nos ocupa: “Lo que se denomina culpabilidad es constitutivamente una unidad de elementos contrapuestos o antagónicos (...) una magnitud dinámica (...) en que los datos sociales y caractereológicos poseen tanta significación como el dato de que la decisión humana no responde al modelo causal utilizable para la hermenéutica de la naturaleza”<sup>(41)</sup>. Propone, en definitiva, TORÍO, “una noción integrada, multilateral, abierta, compleja de la imputación subjetiva”, que tome en consideración “que el hombre, a diferencia del animal, (...) dispone de un margen de autonomía para la dirección de la acción conforme a representaciones finalistas, teleológicas y normativas, axiológicas. Esta espontaneidad está en relación con el carácter, con el conjunto de disposiciones congénitas y adquiridas que confieren peculiaridad a la personalidad. Mas ante todo se halla en intercambio dialéctico permanente con el tipo de sociedad”<sup>(42)</sup>.

5. Ahora bien, como ya hemos anticipado (*supra*, punto 3), el hecho de situar en la culpabilidad el fundamento de la pena no significa profesar una concepción retributiva de ésta, en el sentido de que la finalidad a la que mira sea la realización de la justicia. De nuevo es ROSS quien nos ilustra sobre la absoluta compatibilidad entre el hecho de fundamentar la pena en la culpabilidad —entendida como juicio individualizado de reproche por el hecho antijurídico realizado— y la atribución a aquella de finalidades utilitarias<sup>(43)</sup>. Para comprender correctamente esta afirmación es preciso distinguir entre *concepto*, *fundamento* y *fin* de la pena<sup>(44)</sup>. Debemos partir —nos recuerda PADOVANI—

---

(41) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “El concepto individual...”, cit. (nota 5), pp. 300-301.

(42) Véase TORÍO LÓPEZ, A., “Indicaciones metódicas...”, cit. (nota 23), p. 319.

(43) Véase ROSS, A., *Colpa...*, cit. (nota 28), pp. 53 y ss., 61 y ss., 78 y ss., 101 y ss. y *passim*.

(44) ROSS, A., *Colpa...*, cit. (nota 28), distingue en realidad entre *concepto* de pena (pp. 67 y ss.), *finalidad* que persigue: prevenir delitos (pp. 77 y ss.) y su *justificación*: realización culpable del hecho previsto en la ley penal. Aquí preferimos hablar, en relación a este último aspecto, de *legitimación* o *fundamento* de la pena, pues el término *justificación* se utiliza con frecuencia para referirse al *ius puniendi*: el recurso al derecho penal (y, por consiguiente, a la pena como su instrumento fundamental) aparecerá *justificado* allí donde sea *necesario* para la protección (subsidiaria) de bienes jurídicos fundamentales. En este sentido, es cierta la afirmación tan común de que la pena se justifica sólo por su necesidad. Cfr. sobre el particular, ampliamente, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, pp. 5 y ss. Ulteriores distinciones, entre otros, en SCMIDHÄUSER, E., *Vom Sinn der Strafe*, Gotinga, 1963 y, más recientemente, GÖSSEL, K.H., “Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen”, en *Pfeifer-Fs.*, Colonia, 1988, pp. 3-25 (especialmente, pp. 7 y ss.)

del hecho de que la pena no es simplemente un medio para un fin, sino que se trata de un medio que presenta un contenido particular —privación o restricción de bienes o de derechos—, el cual es de carácter afflictivo. Desde el punto de vista material, la pena consiste en un “mal” (un sufrimiento) legalmente infligido y “es esta temática de la legitimación sustancial a la que referir la pena entendida en su contenido intrínseco de sufrimiento legalmente infligido lo que relanza al primer plano el juicio de culpabilidad”. Deben distinguirse, por tanto, los niveles del fin de la pena (los efectos pretendidos con ella) y de su fundamento (por qué puede el Estado, mediante la pena, infligir un sufrimiento al individuo): “Fundamentar el contenido afflictivo de la pena sobre la reprochabilidad personal —concluye PADOVANI— no significa contradecir las exigencias funcionales que legitiman la pena sobre el plano teleológico, esto es, la prevención general y la especial”<sup>(45)</sup>.

6. Veamos muy someramente en qué términos se produce esta articulación entre fundamentación culpabilística de la pena y atención a las exigencias preventivas. A tal efecto, resulta útil partir de la conocida distinción, propuesta por ROXIN, entre los momentos de conminación de la pena, su imposición y la ulterior ejecución de la misma<sup>(46)</sup>. Pues si bien es cierto —y así lo han destacado sus detractores— que este planteamiento tiene un carácter básicamente descriptivo<sup>(47)</sup>, no lo es menos que ha provocado amplio acuerdo en torno a estas dos afirmaciones: que las conminaciones penales establecidas por el legislador persiguen, en sentido preventivo-general, la evitación de comportamientos no deseados y que la ejecución de la pena debe orientarse prioritariamente en línea resocializadora<sup>(48)</sup>.

En efecto, el legislador recurre al derecho penal allí donde resulta ineludible para el mantenimiento de la paz jurídica, cuando estamos en presencia de un comportamiento que incide de manera grave sobre un bien jurídico fundamental. En este sentido, es cierto que la pena se *justifica* por su estricta necesidad para la protección de bienes jurídicos y, por consiguiente, por razones utilitarias.

(45) Véase PADOVANI, T., “Teoria...”, cit. (nota 8), pp. 827 y ss.

(46) Véase ROXIN, C., “Sentido y límites...”, cit. (nota 10), pp. 20 y ss.

(47) En este sentido, por ejemplo, NAUCKE, W., *Strafrecht...*, cit. (nota 38), señalando además que la construcción de ROXIN “no supone avance alguno en orden a los problemas de explicación y justificación de la pena” (p. 48).

(48) Véase, por todos, SCHREIBER, H.-L., “Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen”, en *ZStW* 94 (1982), pp. 279-298 (pp. 284-285).

Pero la *imposición* de una pena, esto es, la inflicción de un mal al autor de un hecho delictivo, encuentra su fundamento —como ya quedó expuesto— en la culpabilidad del autor y toma además esta misma culpabilidad como criterio mensurador. Ello naturalmente no impide que, por ejemplo, razones de prevención especial puedan conducir a poner en práctica, en la situación concreta, algunos de los mecanismos legalmente establecidos como alternativa a la pena privativa de libertad: no toda pena “merecida” es, por tanto, de “necesaria” imposición, pero estas exigencias de prevención especial operan siempre dentro del marco de la pena adecuada a la culpabilidad.

Es necesario destacar, por otra parte, la correspondencia existente entre culpabilidad y prevención general “positiva”. En efecto, sólo la imposición de una pena “justa” —es decir, aquella que corresponde a la gravedad del injusto y culpabilidad del hecho— está en condiciones de fortalecer la conciencia jurídica de la colectividad y afianzar su confianza en el derecho, mientras que si la pena impuesta se aleja, por razones de prevención general o especial, de la adecuada a la culpabilidad, se corre el riesgo de que surjan efectos desintegradores sobre la conciencia jurídica general<sup>(49)</sup>. Esto nos lleva al problema —como observa atinadamente E.A.WOLFF— de si en realidad cabe asignar a la prevención general positiva algún cometido que no cumpla ya el concepto de culpabilidad correctamente entendido: “sólo si el autor ha actuado culpablemente puede robustecerse con una condena la confianza en el derecho”; pero “entonces ésta no puede ser objeto de consideración adicional alguna en orden a la determinación de la pena” en el momento de su imposición<sup>(50)</sup>. Lo cierto es que la categoría de la “prevención general positiva” surge, en buena medida, de la necesidad de mantener, en orden a la fundamentación de la pena, el contenido propio del concepto de culpabilidad cuando éste comienza a hacer crisis<sup>(51)</sup>.

---

(49) Cfr. al respecto las sugerentes consideraciones de MÜLLER-DIETZ, H., “Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention”, en *Jes-check-Fs.*, Berlín, 1985, pp. 813-827 (pp. 823-4) y BERTEL, Ch., “Die Integrationsprävention”, en *Pallin-Fs.*, Viena, 1989, pp. 31-38 (*passim*), entre otros muchos autores.

(50) Véase WOLFF, E.A., “Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität”, en *ZStW* 97 (1985), pp. 786-830 (pp. 799 y ss. y, especialmente, p. 803).

(51) Como se percibe de manera clara en algunas aportaciones de Peter NOLL, donde por vez primera se formula la idea de reinterpretar el principio de culpabilidad a la luz de las exigencias de prevención, negando la existencia de una verdadera contraposición entre ambas. Véase NOLL, P., *Die ethische Begründung der Strafe*, Tubinga, 1962 y, del mismo autor, “Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts”, en *H. Mayer-Fs.*, Berlín, 1966, pp. 219-233.



Debemos recordar, finalmente, que el hecho de fundamentar la pena en la culpabilidad del autor no impide, antes bien favorece, la orientación de la *ejecución* de la pena impuesta hacia las exigencias preventivo-especiales de resocialización<sup>(52)</sup>, cometido este irrenunciable como reconoce hoy —frente a la intensa crítica desplegada hace unas décadas— la doctrina mayoritaria<sup>(53)</sup>.

---

(52) Sobre esta conexión entre culpabilidad y ejecución preventivo-especial de la pena véase, por todos, KAUFMANN, A., “Dogmatische...”, cit. (nota 32), pp. 557-558 y SCHILD, W., “Strafbegriff und Grundgesetz”, en *Lenckner-Fs.*, Munich, 1998, pp. 287-311 (especialmente, pp. 297 y ss.).

(53) Véase, por todos, el trabajo de W. SCHILD citado en la nota precedente y, desde la perspectiva criminológica, BOCK, M., “Schädlich, überflüssig, schmutzig. Die Argumentationen der kriminologischen Verächter der Resozialisierung”, en *Böhm-Fs.*, Berlín, 1999, pp. 285-303. En nuestra doctrina cfr., por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 3-32, con ulteriores referencias.

# **RESPUESTA PENAL FRENTE A LA PIRATERÍA EN INTERNET: SUBSUNCIÓN TÍPICA Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE LOS ISPs**

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

*Profesor de Derecho Penal y Criminología.  
Universidad de Oviedo*

---

## **SUMARIO**

- I. INTERNET COMO NUEVO CANAL DE EXPANSIÓN DE LA PIRATERÍA Y LAS DIFICULTADES DE PERSECUCIÓN.
  - II. RESPUESTA LEGAL FRENTE A LOS ATENTADOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE INTERNET.
  - III. DISTINTAS FÓRMULAS LESIVAS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y SU SUBSUNCIÓN EN EL ART. 270.
  - IV. EL RESULTADO TÍPICO.
  - V. LA EXIGENCIA PENAL TÍPICA DEL ÁNIMO DE LUCRO FRENTE A LA DIFUSIÓN ALTRUISTA EN LA RED.
  - VI. TIPO AGRAVADO Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS
  - VII. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN RESPECTO A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS (ISPs) POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL LLEVADOS A CABO A TRAVÉS DE INTERNET.
- 

- I. INTERNET COMO NUEVO CANAL DE EXPANSIÓN  
DE LA PIRATERÍA Y LAS DIFICULTADES DE PERSECUCIÓN

Se entiende comúnmente por “piratería” la comercialización ilícita de obras y prestaciones protegidas, sin el consentimiento del titular de los derechos

de propiedad intelectual. Este término se utiliza por tanto para designar la violación deliberada de los derechos de autor o derechos afines con fines comerciales <sup>(1)</sup>. Cuando hoy hablamos de piratería nos referimos a un fenómeno que ciertamente no es nuevo pero que ha explotado en los últimos años. Basta ver las continuas referencias de los medios de comunicación a este tipo de actividades; unas veces recogiendo datos estadísticos que demuestran el espectacular desarrollo en el número de ventas ilícitas de materiales protegidos por derechos de autor y la involución en el comercio de copias legales, otras veces transmitiendo las campañas —en las que suelen intervenir los propios artistas— en contra de la adquisición de obras pirateadas, o informando acerca de las operaciones policiales llevadas a cabo por esta causa.

No cabe duda de que los daños derivados de este tipo de conductas son enormes, hasta el punto de haber puesto en peligro todo un sector, que no sólo está conformado por las compañías y los propios artistas o creadores, sino con incidencia directa sobre el desarrollo de esta industria, la promoción de nuevos creadores, y centenares de puestos de trabajo.

La preocupación por el espectacular desarrollo de esta actividad ha llegado también a los poderes públicos, como demuestra la extrema profusión normativa existente en torno a esta materia <sup>(2)</sup>. Destaca la creación en el año 2000 de la

---

(1) Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, la cual adecúa el sistema de derechos de autor y conexos al entorno digital, asumiendo al mismo tiempo las obligaciones contraídas por la Unión Europea y sus Estados Miembros en el marco de los Tratados Digitales OMPI (WCT y WPPT).

(2) Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; Real Decreto 81/1997, de 24 de enero, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 17/1994, de 8 de junio, de Protección y Fomento de la Cinematografía, y se actualizan y refunden normas relativas a la realización de películas en coproducción, salas de exhibición y calificación de películas cinematográficas; Real Decreto 1039/1997, de 27 de junio, por el que se refunde y armoniza la normativa de promoción y estímulos a la cinematografía y se dictan normas para la aplicación de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 17/1994, de 8 de junio; Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; Ley de protección jurídica de las bases de datos; Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual; Convenio de Berna; Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor; Convención Universal sobre el Derecho de Autor adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 y Protocolos Anexos; Convención Universal sobre el Derecho de Autor revisada en París el 24 de julio de 1971; Directiva de armonización de los derechos de autor y derechos afines aprobada el 14 de febrero de 2000 por el Parlamento Europeo; Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; Propuesta de

“Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial” (conocida comúnmente como “Comisión Antipiratería”), aprobada por Real Decreto 114/2000, de 28 de enero<sup>(3)</sup>. La misma tiene por objeto el estudio y la propuesta de las directrices para actuar contra los delitos y otras actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial. También se encarga del seguimiento y el control de la aplicación por los órganos competentes de tales directrices, así como la de coordinación operativa de éstos y la realización de actividades de difusión y formación.

Lo cierto es que, pese a todos los esfuerzos de carácter técnico y legislativo realizados, la realidad se impone y, hoy por hoy, resulta relativamente sencillo acceder a todo tipo de materiales pirateados (musicales, videográficos, literarios...) en todo tipo de soportes (DVD, CD-R, ...) y en cualquier formato (MP3, cda, DivX, ...) por precios entre tres y 30 veces menores que los oficiales, cuando no absolutamente gratis. Son múltiples los factores que han abocado a esta situación, si bien creo que hay dos que destacan por encima del resto.

En primer lugar, en el desarrollo de este tipo de actividades han jugado un papel primordial las mafias instaladas en nuestro país dedicadas a la intervención en la inmigración clandestina, explotando a ciudadanos extranjeros que no han podido integrarse desde un punto de vista laboral en nuestro país. Muchos de ellos desarrollan una actividad que les permite conseguir los ingresos necesarios para subsistir —desde luego ínfimos en comparación con los que obtienen aquellos para quienes trabajan— y que, siendo delictiva, está muy alejada, en cuanto a su reproche social, de la alternativa delincuencia patrimonial de apoderamiento (hurtos, robos con fuerza, violencia o intimidación) y, desde luego, de los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas). No debemos

---

Reglamento del Consejo de la UE sobre la patente comunitaria; Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Usurpación de marca”, DOCE C 221, 7-8-2001 (2001/C 221/02); Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Modificaciones en la clasificación internacional de Niza relativa a productos y servicios para el registro de marcas (26/11/2001); Orden de 21 de marzo de 2000, reguladora de la asignación de nombres de dominio (modificada por Orden 12 de julio de 2001), etc.

<sup>(3)</sup> Real Decreto 114/2000, de 28 de enero, por el que se crea y regula la Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Se justifica por la necesidad de contar con un marco estable de coordinación de las diversas políticas públicas destinadas a actuar contra las actividades ilícitas de piratería.

olvidar que precisamente esa menor sensibilidad social, en virtud de la atribución a este tipo de conductas de un escaso carácter lesivo o su admisibilidad como un “mal menor”, está jugando un papel importante en el desarrollo de este tipo de actividades atentatorias contra los derechos de autor.

Sin embargo, el factor clave en el desarrollo de este tipo de conductas de acceso y distribución ilícitos de obras protegidas aparece constituido por la espectacular evolución tecnológica de los últimos años. Casi la misma tecnología desarrollada para conseguir soportes de mejor calidad y sistemas de duplicación ha impulsado un desarrollo paralelo de los sistemas de copiado ilícito masivo, cuyo ejemplo más significativo son las grabadoras de discos (conocidas popularmente como “tostadoras”), que trabajando día y noche hacen miles de copias de todo tipo de obras protegidas<sup>(4)</sup>. La existencia de estas grandes posibilidades de duplicación masiva ya sólo precisaba de un buen canal de distribución que estaba a punto de llegar. La aparición de internet ha supuesto el nacimiento de un “maravilloso” canal de comunicación que, en este ámbito, permite hacer un gigantesco “fondo común” al que contribuyen millones de usuarios y en el que aparecen una por una hasta la casi totalidad de obras protegidas existentes en el planeta. Precisamente el objetivo de este trabajo se limitará al análisis de las posibilidades jurídico-penales que existen para hacer frente a las conductas de este tipo llevadas a cabo a través de internet.

Como ya hemos apuntado, las actividades de piratería son algo antiguo, sin embargo internet parece haberse convertido en el nuevo “maná” para quienes desean llevar a cabo conductas atentatorias contra la propiedad intelectual. En el ciberespacio la comercialización de programas o archivos de música, vídeo, fotografías, programas o textos pirateados se facilita notablemente, pues resulta sencillo llegar a un amplio grupo de consumidores. La aparición de sistemas de conexión rápida o los nuevos codecs de compresión facilita aún más la descarga de este tipo de archivos protegidos<sup>(5)</sup>. Por si esto fuera poco, con internet tiene lugar una reducción de costes respecto a la piratería convencional y por tanto se amplían también los márgenes económicos de la actividad delictiva, desde el momento en que, por ejemplo, ni siquiera es imprescindible la adquisición por parte del “pirata” del soporte en el que plasmar la copia ilícita —warez— (CD, DVD, videocasete, etc.). Con todo ello, a través del mismo, aquellos menos avezados o que tienen menos tiempo obtienen lo que quieren a cambio de una pequeña cantidad de dinero y los demás —la mayoría— descargan lo que les interesa y de modo gratuito se lo llevan, sin saber siquiera quién ha sido el autor

---

(4) Desde el 22-10-2002 se encuentra a la venta software que permite duplicar DVDs. El programa DVD X Copy capaz de realizar copias de seguridad de los DVD “bit a bit” mediante una unidad DVD grabable estándar ha salido a la venta.

(5) Así por ejemplo, el DivX;-) sistema de codificación de vídeo que permite almacenar en un cd-rom de 650 Mb una película de 2 horas sin una excesiva pérdida de calidad.

de tan generosa donación<sup>(6)</sup>. Todo este abanico de facilidades que ofrece internet contrasta con las dificultades de localización y persecución de los autores, cuestión a la que dedicaremos un epígrafe autónomo.

Los daños causados al sector a través de internet son enormes<sup>(7)</sup>. Por ello, los colectivos encargados de la protección de los derechos de autor han entablado una dura batalla contra aquellos que desarrollan este tipo de actividad en internet<sup>(8)</sup>. La BSA (Business Software Alliance) en Estados Unidos y la SGA en España actúan legalmente contra la piratería informática<sup>(9)</sup>, emprendiendo acciones legales contra las organizaciones que producen o comercializan copias ilegales de programas. La SGAE ha patrocinado programas (como el denominado *Araña*) con el objeto de investigar la piratería que se comete en la Red<sup>(10)</sup>. También ha sido la primera entidad europea en adoptar las marcas de agua, esto es, códigos insertados en las grabaciones musicales para identificar

---

(6) La propia BSA reconoce la existencia de miles de sitios web piratas en internet, donde se encuentran, en teoría, todos los productos de software disponibles actualmente en el mercado. Últimamente ha destacado el peligro que suponen las páginas de subastas on-line, las cuales, lejos de la clandestinidad propia de las páginas de software pirata, posibilitan sin embargo de un modo indirecto que los distribuidores piratas hagan llegar a los usuarios copias de esa naturaleza haciéndolas pasar por auténticas (<http://www.bsa.org/europe-esp/netpiracy>). Además internet se ha convertido en un gran canal publicitario de los sitios piratas, pues muchos potenciales usuarios de los mismos conocen su existencia a través de redes de chat, vínculos de sitios, recopiladores de información en línea que los recogen y distribuyen, listas de distribución, correo electrónico, etc.

(7) Por ejemplo, diariamente son descargadas ilegalmente entre 400.000 y 600.000 copias de películas. La Unidad de Lucha contra el Delito de la SGAE calcula que la red podría haber provocado a la industria discográfica unas pérdidas de unos 108.000.000 de euros a lo largo de 2001, según los cálculos de la SGAE, cantidad prácticamente duplicada en el 2002.

(8) En los últimos años también hemos asistido a diversas operaciones contra la piratería que se lleva a cabo en la Red; a título de ejemplo, la Guardia Civil detuvo el pasado año a un estudiante de Informática de la Universidad Politécnica de Madrid, S.L.F., de 31 años, por ofrecer en una página de internet 115.000 temas musicales piratas, según informó la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE). El detenido era el responsable de una página web que proveía de archivos MP3 y VQF a otros piratas de la red y ofrecía “el más amplio repertorio de grabaciones ilegales visto hasta ahora en España”. Se trataba de una selección de 7.000 álbumes con interpretaciones de medio millar de artistas y, entre otras opciones, se podía recibir en MP3 la discografía íntegra de un artista consagrado por sólo 24 euros. Recientemente en la operación denominada “Razcaal” ha sido desarticulada una red de copiado ilegal de discos compactos musicales a través de internet, valorados en más de 3.005.060 euros.

(9) <http://onnet.es/bsa/BSA25.HTM>.

(10) <http://www.sgae.es>.

obra, autor y editor que posibilitan un seguimiento del disco una vez digitalizado y colgado en internet. Simultáneamente ha desarrollado conjuntamente con AFYVE y AIE (sociedad de intérpretes y ejecutantes) campañas de concienciación, en las que ha intervenido la Federación Antipiratería (FAP)<sup>(11)</sup>.

La incertidumbre jurídica que ha guiado muchas de las prácticas en internet en estos últimos años se ha visto limitada a partir de la entrada en vigor el 12 de octubre de 2002 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)<sup>(12)</sup>. La nueva Ley pretende proporcionar una mayor seguridad jurídica y confianza a usuarios y prestadores de servicios, con el fin de promover la utilización de internet y de otros servicios interactivos. Se refuerza la protección de los usuarios frente al envío de publicidad no solicitada, se ha concedido plena validez a los contratos electrónicos y se adoptan algunas medidas de gran interés y con importantes consecuencias desde el punto de vista jurídico-penal, como por ejemplo la exención de responsabilidad a los prestadores de servicios por los contenidos que albergan, imponiéndoles sin embargo la colaboración con las autoridades para perseguir delitos.

Alguna de sus disposiciones permitirá también resolver alguno de los obstáculos que dificultaban la labor de determinación del autor de la conducta delictiva. Uno de los grandes inconvenientes de internet es que el mismo facilita el anonimato y cuando se plantea la tarea de delimitar quién es el autor de la acción presuntamente delictiva no es fácil obtener resultados. Para ello es preciso acudir a los protocolos IP, que debieran permitir identificar al autor de la llamada realizada desde el ordenador y que no garantizan sin embargo la determinación de la dirección del emisor, ya que la misma puede ser manipulada con relativa facilidad. Por otro lado, hasta la entrada en vigor de la Ley los ficheros *Log*, que permiten determinar el origen de la llamada y del consiguiente ataque delictivo, transcurrido un breve espacio de tiempo eran borrados. Sin embargo, la nueva LSSICE, en su art. 12, establece una obligación de supervisión o conservación de todos los datos relativos a la actividad de un determinado destinatario durante un período máximo de doce meses<sup>(13)</sup> y un

---

(11) En el año 2000 los cuatro grandes sellos discográficos (Universal Sony, Warner, BMG y EMI) se unieron en el SDMI (Secure Digital Music Initiative) con el objeto de investigar todas las formas de piratería en internet.

(12) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12-7-2002).

(13) Lo cual suscita importantes riesgos para la intimidad, como derecho al anonimato de los ciudadanos en general (MORALES PRATS F., "Internet: riesgos para la intimidad", *CDJ*, X, 2001, p. 73) y al secreto de las comunicaciones en particular (SIEBER U., "Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich", *ZUM*, 1999, p. 207).

deber de ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente cuando se les solicite <sup>(14)</sup>.

La aparición de internet y el acceso de determinadas actividades delictivas de este medio también ha puesto en entredicho algunos de los esquemas y métodos tradicionalmente utilizados para hacer frente al delito. No cabe duda de que para los distintos sectores encargados de la legislación, persecución y enjuiciamiento de las conductas delictivas llevadas a cabo a través de internet se ha abierto una inexorable y urgente necesidad de adaptación de las fórmulas y medios utilizados tradicionalmente en la persecución del delito. Como en algunos casos ya se ha demostrado, no parece que las normas y principios clásicos del Derecho procesal e internacional estén preparados para hacer frente a determinadas fórmulas y actividades que utilizan la Red como medio para llevar a cabo conductas delictivas.

---

(14) Artículo 12. Deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas.—1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo. 2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos. 3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales. 4. Reglamentariamente, se determinarán las categorías de datos que deberán conservarse según el tipo de servicio prestado, el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto dentro del máximo previsto en este artículo, las condiciones en que deberán almacenarse, tratarse y custodiarse y la forma en que, en su caso, deberán entregarse a los órganos autorizados para su solicitud y destruirse, transcurrido el plazo de retención que proceda, salvo que fueran necesarios para estos u otros fines previstos en la Ley.



Un porcentaje significativo de las conductas delictivas llevadas a cabo en internet, y entre ellas algunas lesivas de la propiedad intelectual, se realizan desde países distintos a aquellos donde se encuentra la víctima. Con la experiencia existente hasta la fecha, podemos afirmar que la vigencia de principios procesales referidos a la aplicación de la ley penal en el espacio, y el clásico celo que la mayoría de los países tienen antes de autorizar que un tercer país juzgue a un ciudadano propio, está complicando sobremedida la persecución del delito cometido utilizando como medio internet. Así, las dificultades se concretan por ejemplo cuando la actividad delictiva tiene su origen en el extranjero y el resultado se produce sin embargo en España; esto es, los que comúnmente se conocen como “delitos a distancia”. La pretensión de las autoridades judiciales españolas de entender cometidos en nuestro país este tipo de delitos y reclamar su correspondiente enjuiciamiento<sup>(15)</sup> colisiona con la frecuente aplicación de la *teoría de la ubicuidad* por parte de terceros países<sup>(16)</sup>, al ser ésta la más favorable para colmar el afán expansivo de su jurisdicción<sup>(17)</sup>. Además, en muchas ocasiones, las más importantes conductas delictivas se realizan desde países con legislaciones porosas o flexibles respecto a determinadas infracciones penales, que poseen medios muy limitados, o que no han ratificado ningún tratado de extradición.

## II. RESPUESTA LEGAL FRENTE A LOS ATENTADOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE INTERNET

La regulación básica de los delitos contra la propiedad intelectual se encuentra recogida en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el

---

(15) A tenor de lo dispuesto en el art. 23 de la LOPJ, corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.

(16) Como es sabido, existen tres criterios o teorías: a) Teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva. b) Teoría del resultado, según la misma el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo. c) Teoría de la ubicuidad, de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado (vid. COBO DEL ROSAL M.-VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 209 y ss.).

(17) Conjugado con la vigencia de principios clásicos como el “principio de no entrega del nacional”, según el cual no se concede la entrega de los nacionales por delitos que corresponda conocer a los tribunales del país, o el “principio de territorialidad”; de acuerdo con él, la eficacia de nuestras normas penales se limita, por regla general, al territorio nacional.

que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia<sup>(18)</sup>. En la misma, junto a la vertiente patrimonial, también se protege el aspecto moral, lesionado por la realización de conductas atentatorias contra la propiedad intelectual. Los derechos de carácter personal son los denominados derechos morales, que son propios del autor, mientras que los derechos de carácter patrimonial comprenden los derechos de explotación y los derechos de remuneración. Se determina que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. También son objeto de propiedad intelectual ciertas creaciones derivadas de otras originarias.

En concreto, el artículo 138 establece la posibilidad que tiene el titular de los derechos reconocidos en esta Ley para instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139<sup>(19)</sup> y 140<sup>(20)</sup>, pudiendo asi-

---

(18) [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r0-rdleg1-1996.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-rdleg1-1996.html) .

(19) Artículo 139. Cese de la actividad ilícita.—1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender: a) La suspensión de la explotación infractora. b) La prohibición al infractor de reanudarla. c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción. d) La inutilización y, en caso necesario, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada. 2. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. 3. El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios. 4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.

(20) Artículo 140. Indemnización.—El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

mismo solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141<sup>(21)</sup>.

Desde un punto de vista penal, la sanción de las conductas atentatorias contra la propiedad intelectual ha de llevarse a cabo a través de la aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual recogidos en la Sección primera del Capítulo XI del Título XIII del CP (“De los delitos relativos a la propiedad intelectual”). El tipo básico frente a estas conductas es el recogido en el art. 270 del CP, que incluyó como principales novedades respecto al texto anterior la exigencia de ánimo de lucro en el autor, que la conducta se lleve a cabo “en perjuicio” de tercero, incrementándose a la vez la cuantía de la pena.

El art. 270 del CP castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. En este ámbito penal, y respecto al bien jurídico protegido, como apunta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pueden distinguirse tres tendencias en la doctrina: una patrimonial, otra personal y una última mixta<sup>(22)</sup>; mayoritariamente se entiende sin embargo que la protección se circunscribe al ámbito patrimonial [ST 24-12-1998 (ARP\5914)], aunque en la forma de “plagio” parece que también

---

(21) Artículo 141. Medidas cautelares.—En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial: 1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consagración o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. 2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda. 3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los instrumentos referidos en el artículo 102 párrafo c). 4. El embargo de los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 20 del artículo 25 de esta Ley.

(22) Vid., ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO M., “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *ADPCP*, 1990, pp. 803 y ss. Vid. también GONZÁLEZ RUS, J.J., “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El Nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 755 y ss.

el derecho moral del autor puede sufrir cierto menoscabo, en la medida en que el autor resulta suplantado por otra persona en cuanto a la autoría de la obra.

### III. DISTINTAS FÓRMULAS LESIVAS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y SU SUBSUNCIÓN EN EL ART. 270

Ya hemos visto cómo el art. 270 del CP describe de un modo muy amplio la conducta típica, utilizando los verbos *reproducir*, *plagiar*, *distribuir*, *comunicar*, *importar*, *exportar*, *almacenar* y sancionando igualmente su transformación, interpretación o ejecución artística. Se trata de conductas básicamente definidas en la Ley de Propiedad Intelectual, lo que facilita en buen grado la tarea del intérprete penal.

Esta amplísima enumeración va a facilitar aparentemente, desde un punto de vista objetivo, la subsunción en el ámbito típico de todas las formas posibles de comisión de atentados contra la propiedad intelectual, y en concreto los supuestos en que dichos ataques se desarrollan utilizando el medio internet.

Veamos brevemente la descripción del significado de cada una de esas conductas típicas para a continuación analizar las posibilidades de subsunción en cada una de ellas de las actividades desarrolladas en internet lesivas de los derechos de autor. El *plagio* supone no sólo un atentado contra los intereses patrimoniales del autor, sino que con el mismo a la vez se dañan seriamente los derechos morales, que sin embargo se ven afectados en mucha menor medida por el resto de conductas típicas. En el mismo, el sujeto toma una obra de otro “dándola como propia”, aunque a veces también se ha incluido en su seno la imitación fraudulenta de la obra<sup>(23)</sup>. La *reproducción* por su parte supone, a tenor de lo dispuesto en el art. 18 de la LPI, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella. Se diferencia del plagio en que, si bien ambas implican la realización de copias, en éste el sujeto pretende aparecer como el autor de la obra. Al igual que en el plagio es necesario la realización de copias materiales, si bien aquí no se niega la labor intelectual del creador. Esta modalidad se ve colmada sin que sea necesaria la puesta en circulación de las obras<sup>(24)</sup>.

---

(23) Vid. GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad intelectual. Aspectos civiles y penales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 227.

(24) GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez los delitos contra la propiedad intelectual (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los arts. 13 y 15 del Código penal)”, en *EPC*, XV, 1992, pp. 117 y ss. FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Delitos contra los Derechos de autor”, en *ADPCP*, 1991, p. 79.

Por su parte, la *distribución*, según el art. 19 de la LPI, es la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. La referencia al “público” requiere que la actividad tenga cierta entidad cuantitativa. Son por lo tanto necesarios dos requisitos: puesta a disposición y la publicidad, no bastando la mera oferta<sup>(25)</sup>. Finalmente, la *comunicación pública* es, a tenor de lo dispuesto en el art. 20 de la LPI, todo acto por el cual una pluralidad de personas *puede tener acceso* a la obra, sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. En concreto se entiende que la comunicación es “pública” en la medida que se ponen los objetos protegidos a disposición de un número amplio y más o menos indeterminado de personas. Dispone por ello ese mismo precepto que no se considera pública la comunicación cuando se celebre en un ámbito estrictamente doméstico, que no esté integrado a una red de difusión de cualquier tipo. Finalmente, las conductas *importar, exportar, almacenar* carecen de relevancia en el ámbito que nos ocupa.

Una vez determinado a grandes rasgos el significado de cada una de esas expresiones, pasamos al que constituye uno de los objetivos más complejos de la materia objeto de análisis; se trata en concreto de examinar cada una de las peculiares fórmulas que se utilizan en internet para llevar a cabo los atentados contra la propiedad intelectual y ver si pueden —y cómo— ser subsumidas en cada una de las modalidades típicas descritas. Es preciso para ello distinguir varias hipótesis:

1. **Envío de las obras protegidas:** Los sujetos ofertan los materiales protegidos a través de internet, ya sea en páginas web, FTPs (protocolos de transferencia de archivos), newsgroups, por correo electrónico, etc., y posteriormente, una vez alcanzado el acuerdo, los archivos pirateados se envían o bien a través del correo tradicional (incluyendo empresas de transporte) o bien por correo electrónico. La naturaleza de estas dos hipótesis es a su vez distinta:

1.1. Envío por **correo tradicional:** Internet cumple únicamente en este supuesto el papel de medio o canal publicitario, a modo de catálogo, pues toda la dinámica comisiva se lleva a cabo fuera de la Red. Las mayores redes de copiado ilegal de discos hasta ahora desarticuladas han utilizado este sistema de distribución.

La subsunción de esta modalidad en el tipo del art. 270 no debe plantear dificultades, pues nos encontramos ante una forma de “reproducción”, al duplicarse los ejemplares y una posterior “distribución”, que tiene lugar con el envío postal de las obras protegidas sustentadas en un determinado *corpus mechanicum*.

---

(25) BUSCH, C., *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 133 y ss.

1.2. Envío **por correo electrónico**: es una fórmula mucho menos frecuente en la práctica, entre otras razones por la dificultad que normalmente representa, pese a su compresión, el tamaño de este tipo de archivos. En este caso, parece tener lugar una “distribución” a efectos típicos, si bien puede plantear alguna objeción. En concreto, parece deducirse de la LPI que la “distribución” precisa que se ponga un ejemplar a disposición del adquirente. Sin embargo, considero que la alusión a “ejemplares” puede entenderse referida, no sólo al soporte material (*corpus mechanicum*) —CD, DVD, etc.—, sino también al contenido del derecho protegido (*corpus mysticum*). Además, en última instancia, en la medida en que dicho material se alojará normalmente en la máquina del servidor y posteriormente —una vez abierto— en el propio disco duro del receptor, podría entenderse que a tales efectos existe cierto soporte físico.

2. **Puesta a disposición del usuario de las obras protegidas**: Nos referimos a aquel supuesto en que de diversas formas se puede facilitar al interesado la posibilidad de que sea él mismo quien acceda y descargue (download) la obra protegida (directamente o a través de un password o clave de acceso) en su ordenador. También aquí hay que distinguir diversas posibilidades.

2.1. Un primer supuesto sería aquel en que se **ofrecen archivos pirateados normalmente a través de páginas web o FTP**, a cuya descarga se accede normalmente a través de una contraseña o password. Esta conducta no puede ser subsumida ni en la forma de “reproducción” ni en la de “distribución”. En el primer caso porque no existe copia o duplicado de ejemplares de la obra protegida, en el segundo porque no se produce el envío (la distribución) de los mismos.

La solución más razonable, atendiendo al espíritu de la ley, parece ser acudir a la expresión típica “comunicación pública”, pues —como vimos— se trata de una modalidad que abarca los supuestos en que existe una red de difusión que permite el acceso a la obra protegida por parte de un número indeterminado de personas<sup>(26)</sup>, característica definitoria de internet.

También existe, sin embargo, alguna dificultad para llevar a cabo este proceso de subsunción; así, en primer lugar, la categoría *comunicación pública* siempre se ha caracterizado negativamente por la falta de recepción de una copia o ejemplar del elemento pirateado (el ejemplo clásico han sido los vídeos comunitarios), esto es, se “disfruta” la obra, pero sin obtener copia de la misma. Ahora bien, en el supuesto que comentamos, el sujeto recibe un archivo y puede

---

<sup>(26)</sup> Vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 185 y ss.

en consecuencia volver a utilizar la obra cuando lo estime oportuno. Sin embargo, esta interpretación de la “comunicación pública” obedece más a la casuística existente hasta la aparición de internet, que al propio sentido gramatical de la expresión, de la que no parecen deducirse limitaciones de esta naturaleza.

En segundo lugar, está ausente en nuestro caso la conducta activa de “emitir” o “comunicar” algo; sin embargo, tampoco parece una objeción insalvable, desde el momento en que no veo obstáculo para que pueda entenderse como una forma de comunicación la conducta de aquél que “abre la puerta” para que otros accedan a la obra protegida; es en definitiva una “puesta a disposición” y por tanto “comunicación”.

**2.2. Recurso a software para compartir archivos** (tipo KaZaA o Morpheus). Se trata de programas en los que el usuario facilita el acceso a una parte o a la totalidad de su disco duro a otros usuarios, formándose así un inmenso fondo común de archivos de todo tipo, y por tanto de obras protegidas, al que cualquiera de ellos puede acceder. Desde este punto objetivo no veo especiales dificultades para encajar este tipo de conductas en la modalidad de “comunicación pública”, en la medida que se dejan las obras protegidas a disposición del resto de usuarios, a través de una Red.

**3. Reproducción de la obra sin descarga (*streaming*).** Consiste en la transmisión de cualquier elemento sonoro y/o visual, de manera que el PC del receptor lo reproduce sin tener que utilizar ningún espacio del disco duro. Con el mismo sólo tiene lugar la reproducción, impidiéndose guardar las imágenes y sonidos para posteriores usos. En este supuesto el autor no obtiene por tanto una copia de la obra protegida sino que, al acceder a la página en cuestión, se ejecuta (lanza) el programa reproductor de imágenes, audio o vídeo.

Entiendo también que todos los supuestos de *streaming* pueden ser subsumidos perfectamente en la expresión típica “comunique públicamente”, incluso en su concepción más clásica o tradicional, pues se emiten obras, de un modo similar al que ha sido considerado supuesto de comunicación pública por excelencia, esto es, los vídeos comunitarios, con la peculiaridad de que es aquí el receptor quien decide el momento de disfrute de la obra.

#### IV. EL RESULTADO TÍPICO

El art. 270 contiene en su redacción la expresión “en perjuicio”, que de un modo mayoritario se ha entendido que no reclama que concurra un perjuicio efectivo a consecuencia del ataque a los derechos de autor. Así, afirma por ejemplo la STS de 13 de octubre de 1988 (RJ 1988\7912) que “la infracción penal ha de entenderse cometida, en cuanto que se ataque o lesione el derecho de autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones, sin que por lo tanto sea menester, para apreciar la consumación del delito, la existencia de perjuicio

económico”<sup>(27)</sup>. Se trata por lo tanto de un delito de peligro abstracto, en el que suele sin embargo requerirse aptitud para ocasionar el perjuicio<sup>(28)</sup>.

Esta interpretación es además a mi juicio la única posible también en internet, pues en este ámbito resultaría enormemente complejo determinar un resultado lesivo tangible. El perjuicio consistiría en una especie de *lucro cesante presunto*, ya que como máximo lo que tiene lugar es una reducción de los beneficios económicos derivados de la obra duplicada<sup>(29)</sup>. No cabe sin embargo presumir en el rígido y garantista ámbito del Derecho penal que quien adquiere —por ejemplo— en internet a bajo precio (por 30 euros) un programa informático con un valor de mercado de 1.000 euros es alguien que necesariamente estaría dispuesto a adquirirlo a su precio de mercado. Se trata por lo demás de una presunción no susceptible de verificación empírica y como decimos intolerable en el ámbito penal.

## V. LA EXIGENCIA PENAL TÍPICA DEL ÁNIMO DE LUCRO FRENTE A LA DIFUSIÓN ALTRUISTA EN LA RED

Nos encontramos ahora ante una cuestión clave en torno a la cual giran la mayoría de las discusiones a la hora de determinar el alcance de la intervención penal en el mundo internet. Hemos visto cómo el actual tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica y lo haga con **ánimo de lucro**. Este ánimo de enriquecimiento es un elemento central del tipo constituido por un momento psicológico, que se manifiesta en el propósito de obtener un beneficio o ventaja evaluable económicamente, un deseo de enriquecimiento ilegítimo en el autor, sin que del mismo se derive la necesidad de su producción efectiva<sup>(30)</sup>; es además y precisamente lo que en buena medida establece los límites entre el delito y el ilícito extrapenal, pues su ausencia imposibilita la sanción penal.

---

(27) En sentido contrario, alguna sentencia ha entendido que es necesario que en tales delitos concorra un determinado resultado, el daño para el patrimonio ajeno [SAP de Murcia de 25-1-1999 (ARP 1999\311)]: “se tratará en consecuencia de un elemento objetivo del tipo que, como tal, debe ser abarcado por el dolo del autor”.

(28) Vid. GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995”, *loc. cit.*, p. 220.

(29) SEMINARA, S., “La piratería su internet e il diritto penale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 1-2, 1997, p. 74.

(30) SAINZ DE ROBLES, C., “El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, UNED, tomo II, 1989, p. 300.



La aparición de internet, como ya apuntamos, puede alterar también algunos de los criterios existentes hasta este momento en lo que respecta al aspecto subjetivo de este tipo de conductas; hasta tal punto es así que las respuestas legales, judiciales e interpretativas existentes pueden ser cuestionadas por su marcada incapacidad para adaptarse a situaciones bien distintas, propias del medio internet. A mi juicio, el planteamiento no debe limitarse a determinar si existe ánimo de lucro en situaciones inimaginables hace poco tiempo, sino que habrá de tener un mayor calado, hasta el punto de cuestionarnos si sigue siendo lo más adecuado exigir ánimo de lucro en el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual.

Veamos qué ha venido entendiendo la jurisprudencia por ánimo de lucro en relación a los delitos contra la propiedad intelectual. En concreto, los tribunales exigen que el autor pretenda un beneficio económico, propio o ajeno [por ejemplo, STS de 19-4-1985 (RJ 1985\2107) y STS 17-6-1988 (RJ 1988\5036)]. En definitiva, cualquier beneficio económico que el autor pudiera obtener con la conducta anterior [SAP Barcelona (ARP 2000\291)]. Así, el aprovechamiento, total o parcial, de la creación de otro en beneficio propio representa el ánimo de lucro que exige el tipo penal actual. Se entiende predicable siempre el ánimo de lucro en quien lleva a cabo el plagio para explotar después económicamente la obra plagiada [por ejemplo, SAP de Sevilla (ARP 2001\434)].

Hemos visto cómo la aparición y desarrollo de internet ha fomentado una serie de conductas auténticamente novedosas; quizá una de las más curiosas y desde luego problemáticas es la aparición del llamado por SEMINARA *pirata altruista* <sup>(31)</sup>, aquel sujeto que sin solicitar ningún tipo de remuneración económica permite el acceso o pone a disposición de otras personas —por alguno de los medios que hemos visto— las obras protegidas. Una reacción inicial podría llevarnos a considerar que se trata de un supuesto penalmente irrelevante por estar ausente el ánimo de lucro; sin embargo esto debe ser matizado, pues con esa premisa (ausencia de contraprestación económica del receptor de la obra protegida) aún pueden distinguirse varias hipótesis.

Así, un supuesto peculiar sería aquél en el que el sujeto que pone a disposición de los demás los materiales protegidos, sin solicitar cantidad de dinero a cambio, tiene situados en su página web, desde o a través de la cual los oferta, “banners” publicitarios de acceso a otras páginas, lo cual le proporciona ingresos económicos, determinados en función del número de visitas que recibe su página. La posibilidad de acceder a los archivos protegidos (directamente o redireccionando al visitante) determinará que aumente el

---

(31) En expresión de SEMINARA, S., “La piratería su internet”, *loc. cit.*, p. 90.

número de visitas y con ello también los ingresos obtenidos por el titular de la página web en cuestión. Se trata de una situación en la que concurre un lucro indirecto, que debe quedar incluido en el ámbito típico del art. 270, pues se busca (y se obtiene) un beneficio económico mediano a través de dicha actividad<sup>(32)</sup>.

Recordemos que en este tipo de delitos se ha realizado un entendimiento amplio del ánimo de lucro pero a la vez limitado. Es amplio porque se considera suficiente la búsqueda de cualquier beneficio económico. No es necesario cobrar una cantidad económica, bastando obtener algún tipo de beneficio de esa naturaleza<sup>(33)</sup>. A la vez resulta limitado cuando el presunto beneficio se encuentra demasiado alejado de la conducta ilícita y así por ejemplo se ha excluido cuando se ha realizado el atentado a la propiedad intelectual con la intención de obtener un empleo o trabajo remunerado [SAP de Barcelona (ARP 2000\2835)]. También se excluye el mero disfrute y no habrá ánimo de lucro si no existe por ejemplo fin de comerciar con los objetos protegidos<sup>(34)</sup>.

Creo que también se plantea alguna duda en los supuestos en que se utiliza alguno de los programas para compartir archivos, los cuales bajo determinadas etiquetas (Participation Level), miden la participación del usuario y recompensan a aquellos que no sólo descargan archivos sino que también los ponen a disposición de los demás. Cuanto más se comparte o a cuantos más usuarios se da acceso para descargar archivos mayor es la prioridad en las colas de descarga. En este caso se obtiene por tanto un indudable beneficio, concretado en las mayores posibilidades de obtención de otros archivos de un modo ilícito (sin el pago correspondiente de los derechos de propiedad intelectual). Sin embargo, el mero disfrute de la obra no puede ser calificado como un beneficio económico, lo que excluye la presencia de ánimo de lucro tal y como hemos visto que hoy es entendido.

---

(32) Cfr. SEMINARA, S., “La piratería su internet”, *loc. cit.*, p. 83.

(33) Así por ejemplo cuando se constata que “no se cobraba adicionalmente por esos programas, pero que eran utilizados como tal reclamo para vender más ordenadores al incluir en el precio del ordenador el de estos programas que costaban ciertas cantidades sus originales en el mercado legal, y ello es ya de por sí un ánimo de lucro como lo ha entendido la jurisprudencia de cualquier tipo de ventaja o utilidad y expresamente se recoge en la sentencia apelada” [SAP de Cáceres (ARP 2000\2263)].

(34) SAP de Valladolid (ARP 2000\2302): “la copia se la encargó un tercero y el fin de éste no tiene por qué ser conocido por el acusado, si no era su exclusivo disfrute, no constando que fuese a tener un uso colectivo, y el lucro obtenido no está referido al lucro que pudiera obtener con la utilización de las copias, sino al inherente a la utilización del aparato reproductor y el soporte”.

Vimos antes que en el medio internet es el mismo usuario quien en muchos casos realiza la copia del archivo protegido (decide la descarga), lo que era suficiente para cumplir el aspecto objetivo del tipo penal. Sin embargo, como decimos, no puede entenderse que exista un ánimo de beneficio económico, pues desde hace tiempo la jurisprudencia ha excluido del mismo el disfrute de la obra obtenida por este procedimiento, ni en el ahorro (que sólo es presunto) por la no adquisición de la obra original<sup>(35)</sup>.

La inmensa potencialidad lesiva que está demostrando internet debe ser tomada en consideración a la hora de realizar futuras valoraciones penales por parte del legislador con respecto a este tipo de delitos. En concreto, creo que deberá plantearse si resulta proporcional y respetuoso con los principios garantistas de nuestra disciplina, compaginado todo ello con valoraciones de política criminal, la inclusión de un tipo básico (o una forma atenuada) de los delitos contra la propiedad intelectual que no requiera la presencia de ánimo de lucro en el autor. Este sería por ejemplo el modelo seguido en el derecho positivo italiano, el cual, junto a los tipos penales, que castigan los ataques contra los derechos de autor mediando ánimo de lucro en el sujeto (art. 171 bis y 171 ter), contiene otro [el tipo básico de estos delitos (art. 171)], que no requiere dicho elemento subjetivo en el autor.

Resulta indiscutible que las premisas y criterios que fueron utilizados para tomar la decisión de política legislativa actualmente en vigor han cambiado. No debe olvidarse que la inclusión del ánimo de lucro en el tipo del art. 270 se produce en un momento en que los ataques a la propiedad intelectual sin concurrencia de ese ánimo eran un fenómeno extraño y residual<sup>(36)</sup>. Como hemos visto la aparición de internet y de los fenómenos anejos, como el “pirata altruista”, han cambiado las premisas y son circunstancias que desde luego no pudie-

---

(35) Concepto (lucro cesante) ni siquiera tenido en cuenta para determinar la responsabilidad civil; SAP de Madrid de 13 de septiembre de 1999 (ARP 1999\4630): “La obtención ilegal de las copias de por sí no genera un daño, salvo si se quiere, el daño moral y un hipotético lucro cesante —fundado en el coste de obtención legal de la copia—. Lucro cesante hipotético de suerte que no puede dar lugar a responsabilidad civil pues ese daño sólo existe si se tiene por seguro que, en forma legal, era igualmente obligada la reproducción, cuando precisamente lo normal es lo contrario. Se hacen reproducciones ilegales para no pagar. Por tanto el mero hecho de reproducir sin que conste que hubo venta concreta de lo reproducido —aunque hubiera destino a la venta— no da lugar a responsabilidad civil”.

(36) Vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, op. cit., pp. 329. Las sentencias de los últimos años demuestran también que las conductas lesivas se realizan casi siempre con finalidad lucrativa, constituyendo lo contrario una excepción; vid. GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995”, loc. cit., p. 247.

ron ser previstas por el legislador cuando tomó la decisión de política legislativa de incluir el ánimo de lucro como elemento del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual <sup>(37)</sup>.

## VI. TIPO AGRAVADO Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Cabe recordar que, junto al tipo básico, prevé el Código diversos tipos agravados por la “especial trascendencia del beneficio económico” y por la “especial gravedad del daño causado” (art. 271) <sup>(38)</sup>. La relevante gravedad será en principio algo de fácil apreciación en el mundo de internet en el que se manejan cifras como las ya indicadas.

Asimismo resulta interesante otra previsión contenida en el art. 271, último inciso, según la cual, cuando exista condena por este delito, en la sentencia puede decretarse además el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento desde el que se han llevado a cabo las conductas atentatorias contra la propiedad intelectual. Se trata de la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias recogidas de un modo genérico en el art. 129 del CP <sup>(39)</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los supuestos que ahora analizamos dicha “industria o establecimiento” suele limitarse en la práctica al

<sup>(37)</sup> Recordemos que en la regulación anterior, en concreto la derivada de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, el ánimo de lucro sólo aparecía en la modalidad agravada, lo que hacía que en la práctica se aplicase ese tipo agravado como regla general; vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 126; SOTO NIETO, F., “Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual”, *La Ley*, 1989-3, p. 980: ...lo normal será que las conductas en el art. 534 bis.a) se hallen presididas por un propósito lucrativo...”.

<sup>(38)</sup> Artículo 271.—Se impondrá la pena de prisión de un año a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica. b) Que el daño causado revista especial gravedad. En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años.

<sup>(39)</sup> Artículo 129.—1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

domicilio del infractor, donde normalmente se encuentra el equipo informático y los medios técnicos necesarios para duplicar el material que ilícitamente se comercializa. Obsérvese además cómo esta cláusula tampoco está pensada para hacer frente a delitos a distancia y en concreto, cuando el lugar en que se manifiesta el resultado pertenece a un Estado distinto a aquél en el que la acción se desarrolla.

## VII. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN RESPECTO A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS (ISPs) POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL LLEVADOS A CABO A TRAVÉS DE INTERNET

Una de las cuestiones más complejas de todas las referidas a la actuación del Derecho penal frente a las conductas delictivas llevadas a cabo a través de internet es la determinación de los criterios de imputación jurídica a través de los cuales pueden responder penalmente los proveedores de acceso a *Internet Service Providers* (ISPs)<sup>(40)</sup>. Estos proveedores de acceso o de servicios son personas físicas, o —mucho más frecuentemente— organizaciones empresariales que —normalmente con ánimo de lucro— además de dar a sus miembros registrados acceso a internet, les ofrecen servicios de tres tipos: Servicios básicos (hospedaje de páginas web, servicio de e-mail), Servicios Intermedios (servidor proxy, chats, newsgroups...) y Servicios Diferenciados (mirror server, webmail, backup...).

No habrán de plantearse dificultades para la atribución de responsabilidad penal en aquel supuesto en que el ISP sea autor directo de contenidos delictivos; esto es, cuando la oferta de materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual se realice a través de páginas web, FTPs, etc. pertenecientes al propio Servidor, en cuyo caso sus responsables, al haber realizado la inserción de

---

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

<sup>(40)</sup> Vid., como obras generales, MORALES GARCÍA, O., “Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, en *RDPP*, núm. 5, 2001, pp. 139 y ss., y PICCOTTI, L., “Fundamento y límites de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet”, en *RDPP*, núm. 3, 2000, pp. 211 y ss.

las obras protegidas, responderán a título de autores, pues su conducta resulta subsumible en las modalidades de la acción típica contenidas en el art. 270 y —por supuesto— siempre que estén presentes el resto de elementos típicos y entre ellos el ánimo de lucro en el autor.

Tampoco deben plantearse dificultades en los casos en que los responsables del ISP conocen, antes de permitir el acceso, que quien solicita dicha autorización va a realizar actividades delictivas (ofrecimiento de obras protegidas con ánimo de lucro) y pese a ello lo autoriza, en cuyo caso la calificación más correcta del grado de participación parece ser la de cooperador necesario, en la medida en que posibilitan el acceso a la Red.

Los dos supuestos descritos pueden plantear serios problemas de prueba, pues no siempre resultará sencillo determinar quiénes son los auténticos responsables —personas físicas— de la decisión delictiva, los cuales responderán como autores o partícipes del delito. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la actividad llevada a cabo por los ISPs puede plantear alguna de las dificultades de determinación de la responsabilidad penal propias de las empresas. En concreto, la distribución de tareas puede interferir en la labor de determinación de las personas físicas que han insertado el material en la Red, han dado instrucciones de que así se haga o han colaborado en dicha actividad.

Más dificultades se plantean a la hora de determinar la responsabilidad de los proveedores por contenidos completamente ajenos y delictivos cuya existencia conocen cuando ya están siendo ofrecidos en internet y no impiden voluntariamente que ésta continúe (bloqueando el acceso a la Red).

La solución y tratamiento de estos supuestos variará según nos encontremos frente a un supuesto de consumación instantánea o permanente (aquel en que el resultado provoca la aparición de una situación antijurídica de cierta duración). Las variadas y complejas posibilidades que ofrece internet hacen que la calificación de permanente o instantáneo venga referida, ya no al delito en cuestión, sino a la concreta forma de ejecución elegida. Así hablaremos de supuestos de consumación instantánea y supuestos de consumación permanente.

En concreto, si se trata de un modelo de ejecución de consumación instantánea, los responsables del Proveedor sólo responderán de las conductas delictivas que en su caso tengan lugar desde que hayan conocido la realización de actividades delictivas y decidido sin embargo no bloquear el acceso, pues las anteriores se refieren a delitos ya consumados. Si se trata de un delito permanente, los responsables del Proveedor responderán de dicho delito desde el momento en que conocen la presencia de la actividad delictiva y deciden no bloquear el acceso, permitiendo con su omisión la continuidad de la actividad delictiva.

A diferencia de lo que sucede con el delito de distribución de pornografía infantil a través de internet <sup>(41)</sup>, los delitos contra la propiedad intelectual llevados a cabo a través de este medio son siempre delitos de consumación instantánea independientemente de la fórmula que se utilice (oferta de las obras protegidas y posterior envío por correo electrónico u ordinario, puesta a disposición del usuario para que éste proceda a la descarga, o *streaming*), consumación que se produce una vez que se ha llevado a cabo la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra protegida, mediando ánimo de lucro en el autor.

Al tratarse de un delito de consumación instantánea, cuando el responsable del ISP conoce la actividad delictiva, el delito se encuentra ya consumado, por lo que el mismo no puede ser considerado coautor ni partícipe en el mismo.

Puede suceder sin embargo que, cuando los responsables del Servidor conozcan la existencia de un delito consumado, comprueben a la vez que la oferta de un modo ilícito de materiales protegidos continúa, por lo que su intervención, a través del bloqueo de acceso, puede resultar decisiva para evitar que nuevos delitos lleguen a consumarse y, de modo inverso, la omisión puede resultar esencial y por tanto relevante desde un punto de vista causal. En este supuesto podría plantearse la posibilidad de apreciar una participación omisiva, en la medida en que el ISP aporta una contribución causal esencial respecto a la verificación del resultado en la distribución de las obras protegidas <sup>(42)</sup>.

Esta última posibilidad, que es la seguida por el modelo italiano para resolver estos supuestos <sup>(43)</sup>, se enfrenta sin embargo a la conocida dificultad de admitir la cooperación por omisión, debido a la presencia de la palabra “acto” en la descripción de los conceptos de cooperador necesario y cómplice, contenidos en los arts. 28 y 29 del CP. La conducta del responsable del ISP, que no lleva a cabo la desconexión de la Red del usuario que aloja en servidor obras protegidas por derechos de autor y permite su descarga ilícita, en ningún caso puede

---

(41) Respecto al cual cabe apreciar tanto supuestos de consumación permanente como instantánea, según sea la concreta fórmula de ejecución utilizada; vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves”, en *BFD*, núm. 20, UNED, 2002, pp. 268 y ss.

(42) Cfr. ACCINI, G.P., “Profili di responsabilità penale dell’«Internet Provider»”, *RTDPE*, núm. 40, 4/2000, p. 980.

(43) La doctrina italiana entiende que la omisión del servidor es causalmente relevante, y no encuentra dificultades dogmáticas para castigarlos como formas de participación omisiva; vid. SEMINARA, S., “La responsabilità penale degli operatori su internet”, en *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, Año XIV, Fasc. 4-5, Giuffrè, Milán, 1998, p. 765.

encajar siquiera en la fórmula del *comportamiento social positivo distinto del esperado* <sup>(44)</sup>.

Los inconvenientes descritos podrían impedir el castigo de estos supuestos como formas de participación, si bien aún cabría plantearse la posibilidad de sancionar a los responsables del Servidor como autores del delito contra la propiedad intelectual en comisión por omisión, por no haber evitado el resultado lesivo <sup>(45)</sup>.

Como delito de resultado material y al margen de la equivalencia requerida por el art. 11 del CP, sobre cuyo sentido no existe acuerdo doctrinal <sup>(46)</sup>, veamos a continuación si los responsables de los ISPs pueden quedar vinculados por alguna de las fuentes de la posición de garante reconocidas por dicho precepto.

---

(44) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, PPU, Barcelona, 1998, p. 409.

(45) Fórmula utilizada por el modelo alemán, en el que la responsabilidad por omisión impropia, y en concreto la posición de garante, tiene como fundamento el contenido del art. 5 de la Ley 22 de julio de 1997, sobre servicios de información y de comunicación (Teledienstgesetz, contenida en la JuKDG), donde se determina la responsabilidad del Proveedor de servicios por materiales delictivos propios. Respecto a los materiales delictivos ajenos, dispone que los responsables del Proveedores responderán sólo si tienen conocimiento de sus contenidos y siempre que sea técnicamente posible y exigible impedir la disponibilidad. Una de las primeras ocasiones en que se aplicó el contenido de dicha disposición fue el conocido “caso CompuServe”. Mediante sentencia de 28-5-1998 el Tribunal Superior de Munich condenó a dos años de reclusión al representante legal de CompuServe Deutschland GmbH como responsable de la difusión de material pornográfico insertado en la Red a través del Servidor de la central americana del grupo CompuServe America Inc. (Para obtener más información vid. KÜHNE H.-H., “Strafbarkeit der Zugangsvermittlung von pornographischen Informationen im Internet”, *NJW*, 1999, 188-190; HOEREN, T., “Ist Felix Somm ein Krimineller?”, *NJW*, 1998, pp. 2792 y ss.). Vid. también VEHSLAGE, TH., *AVerantwortlichkeit eines Providers* (Anmerkung zu G München vom 28-05-1998), *DuD*, 1999, p. 97). La apreciación de posiciones de garantía a efectos de la comisión por omisión resultaría sin embargo prácticamente inviable en Italia por diversas razones (reconocimiento de posiciones de control sólo respecto a la tutela de bienes primarios como la vida o la integridad física, o la necesidad de que el tercero —por minoría de edad, enfermedad mental u otra razón— no esté en condiciones de gobernar responsablemente sus actos o bien exista un poder jurídico de impedir la comisión de delitos por parte de terceros); vid. SEMINARA, S., “La responsabilità penale degli operatori su internet”, *loc. cit.*, p. 765.

(46) Vid., recientemente, REBOLLO VARGAS, R., “Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español”, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 654 y ss.



El escenario a estos efectos hace sólo unos meses ha sufrido una variación muy significativa debido a la entrada en vigor de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, a la que ya nos hemos referido. En concreto, creo que en la misma existen disposiciones que pueden ser relevantes por determinar la existencia de una obligación legal de evitar un resultado delictivo. La Ley establece obligaciones vinculantes respecto a los responsables de los Servidores de evitar mediante la supresión del acceso a la Red la realización de una actividad delictiva.

Más en concreto, la Ley determina la responsabilidad general para los distintos tipos de proveedores de servicios: así, en el art. 14<sup>(47)</sup> se determina la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación, que consista en transmitir por dicha red datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta; en el art. 15<sup>(48)</sup> la de los prestadores de servicios que

---

(47) Artículo 14. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.—1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos. No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión. 2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.

(48) Artículo 15. Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.—Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a) No modifican la información. b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita. c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información. d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1.1. Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente. 2.1. Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.1. Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios; en el art. 16 <sup>(49)</sup> la de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y en el art. 17 <sup>(50)</sup> la de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

En tales preceptos se establece la responsabilidad de los prestadores de servicios cuando *tengan conocimiento* efectivo de que la actividad “es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización”. A su vez determinan que el prestador de servicios tiene conocimiento efectivo de tales circunstancias “cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se

---

(49) Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.—1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

(50) Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.—1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”. A su vez, el art 11 establece de un modo genérico la obligación de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, pudiendo ordenarles el órgano competente la suspensión de la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación<sup>(51)</sup>.

La LSSICE establece por tanto respecto a los prestadores de servicios una obligación de evitar el resultado lesivo derivada de una orden del órgano competente. Se trata de una obligación limitada, pues los prestadores del servicio no están obligados a cancelar el acceso, cuando comprueben ellos mismos o por denuncia de terceros que un usuario al que le están sirviendo el acceso a la Red lleva a cabo actos de distribución de obras protegidas sin autorización.

En definitiva, si los responsables del servidor incumplieran las obligaciones descritas, podría producirse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 del CP, la equiparación entre esa conducta omisiva a la equivalente activa, por existir una específica obligación de actuar (interrupción del servicio o la retira-

---

(51) Artículo 11. Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.—1. Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran.

2. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refiere el apartado anterior, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión y a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades y las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

3. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos y los previstos en la legislación procesal que corresponda.

da de determinados contenidos), lo que determinaría la existencia de una posición de garante penalmente relevante.

Teóricamente quizá podrían encontrarse también en las situaciones descritas situaciones de injerencia<sup>(52)</sup>. Así, la conducta del Proveedor que, tras haber facilitado el acceso a la Red, no interviene —cancelándolo— una vez que tiene conocimiento de la presencia de actividades ilícitas, podría ser considerada equivalente a título de injerencia al actuar positivo delictivo. La primera actuación (autorización del acceso) no es antijurídica, debido a la imposibilidad de establecer una obligación general de control absoluto que materialmente resultaría absolutamente inviable<sup>(53)</sup>, pero genera sin embargo un indudable riesgo para el bien jurídico. Tal riesgo puede hacer surgir respecto a los responsables del ISP una obligación de evitar el resultado lesivo, bloqueando el acceso en cuanto tengan conocimiento de la existencia de actividades contrarias a la propiedad intelectual de acuerdo con el contenido del art. 270 del CP.

Finalmente, no creo que en ningún caso pueda resultar aplicable la denominada “responsabilidad en cascada” descrita en el art. 30 de nuestro Código Penal<sup>(54)</sup>, ya que los Servidores no pueden ser equiparados a “los directores de la publicación o programa en que se difunda” ni a “los directores de la empresa editora, emisora o difusora”. A la vez, tampoco internet puede ser calificado como un “medio o soporte de difusión mecánico”. Además, como ya hemos dicho, las posibilidades de control absoluto de todas las páginas alojadas son utópicas y desde luego nunca asimilables a la de los responsables de los medios de comunicación.

(52) Examina C. PELZ (“Die Strafbarkeit von Online-Anbietern”, *Wistra*, 1999, p. 54) la injerencia como posible fuente de la posición de garante en los delitos cometidos a través de internet.

(53) Cfr. SEMINARA, S., “La responsabilità penale”, *op. cit.*, pp. 756 y ss.

(54) Art. 30 del CP: 1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2. Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

# EL TRATAMIENTO PENAL DEL MENOR DE EDAD

M.<sup>a</sup> ISABEL DEL CAMPO BELTRÁN

*Fiscal*

---

## SUMARIO

### I. EL TRATAMIENTO POLICIAL.

- A) Orígenes del derecho de menores.**
- B) La nueva ley de responsabilidad penal de los menores.**
- C) La detención gubernativa de los menores delincuentes.**
- D) Especialidades de actuación policial relativas a menores de edad.**

### II. INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE DE MENORES. LA DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD COMO IMPUTADO.

---

#### I. TRATAMIENTO POLICIAL

##### **A) Orígenes del derecho de menores**

El derecho de menores delincuentes hace a finales del siglo XIX y principios del siglo XX con los profundos cambios sociales que provocan en la familia tradicional los imperativos de la revolución industrial. El abandono del mun-

do rural, el hacinamiento de grandes masas de población en los suburbios de las ciudades, la salida de la madre del hogar familiar —para trabajar hasta catorce horas diarias— son los caldos de cultivo de la delincuencia juvenil, que según las nuevas tendencias científicas aparecidas en esos años, tiene su origen inmediato en las precarias circunstancias de vida que les tocó vivir a estos menores delincuentes.

El menor de edad es un imitador de comportamientos ajenos, que aprende y repite lo que ve en su entorno cercano. Siendo un dato constatable estadísticamente que la mayor parte de los menores delincuentes comparten la pertenencia a familias desestructuradas, en las que no existen patrones vitales de referencia; el absentismo escolar; la ausencia de expectativas de futuro; la baja calidad de vida, etc. Este cóctel de concausas, con las que diariamente convive el adolescente, son las que lo empujan inexorablemente hacia la marginalidad y la delincuencia <sup>(1)</sup>.

Para el pensamiento positivista, este es el enemigo que debe ser combatido. Los poderes públicos han de luchar contra la enfermedad, la marginalidad y la pobreza y no esforzarse inútilmente en el tratamiento aislado de sus síntomas —el delito—. La justicia de menores, más aún que cualquier otra, ha de atender a la prevención, a través de la reeducación o resocialización del delincuente, antes que exclusivamente a su castigo penal.

Según esto, la extensión de las medidas educativas aplicadas al menor infractor de la Ley penal no tienen por qué ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido y la culpabilidad del sujeto, porque, persiguiendo la curación de un enfermo, durarán el tiempo —poco o mucho— en que éste tarde en sanar <sup>(2)</sup>. Además como las medidas no persiguen castigar, sino socializar y reeducar, el procedimiento en que se acuerdan no necesita de las mismas garantías que el proceso penal común, ni tenemos por qué esperar a la comisión de un hecho típico, actuando a prevención sobre los estados peligrosos, en los que se hallan los menores vagos, vagabundos, licenciosos o prostituidos.

Estos principios penales del positivismo jurídico —y sus variantes, como el llamado correccionalismo alemán— inspiraron las primeras leyes de menores del continente europeo (Suecia, 1902; Portugal, 1911; Francia y Bélgica, 1912; Alemania, 1923), en las que, a su vez, se inspiró la ley española, denominada “Ley de Bases sobre organización y atribuciones de los tribunales para niños” del año 1918, elaborada a iniciativa de Avelino Montero Ríos y Gabriel María

---

(1) RÍOS MARTÍN, J. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso*. Ponencia del curso “Nueva Ley Penal Juvenil” Fiscalía General del Estado, p. 8.

(2) Exposición de motivos de la LO 5/2000.

Ibarra<sup>(3)</sup>. Esta, con las ligeras variantes introducidas en ella por las reformas de 1925 y 1948, ha venido rigiendo los destinos de la Justicia de Menores española hasta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional parte de su articulado, precipitando la promulgación de la LO 4/1992, de 5 de junio, ahora derogada por la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en la que se aprecia un ligero alejamiento de los postulados positivistas sobre los que tradicionalmente se ha venido apoyando la Justicia Juvenil en España<sup>(4)</sup>.

Actualmente la LO 5/2000 ya no parte de la inimputabilidad penal de los menores, sino que los declara criminalmente responsables de sus actos; extiende al procedimiento de menores las garantías básicas de todo proceso penal y transforma las medidas educativas en verdaderas penas o sanciones. Es decir, el nuevo proceso penal de menores ya no es solo preventivo sino también represivo, pues lo primordial en él no es únicamente lograr la reeducación o resocialización del menor delincuente, sino también proteger a la sociedad de las conductas desviadas<sup>(5)</sup>.

## **B) La nueva ley de responsabilidad penal de los menores**

Las diferencias entre el Derecho Penal de Menores y el Derecho Penal Común las hallamos en el procedimiento y en las consecuencias penológicas que se imponen a los delincuentes menores de edad penal.

Las teorías tradicionales consideraban que el criterio diferenciador entre la imputabilidad y la inimputabilidad penal no debería ser la edad del sujeto, sino su capacidad de discernimiento, considerada como la capacidad de conocer y querer. Quien pudiera conocer el sentido de sus actos y aceptar los resultados posibles de los mismos era considerado jurídicamente capaz y, por tanto, castigado conforme a lo dispuesto en el Código Penal común. Pero sucede que la mayor parte de los menores que cometen un hecho delictivo tienen esta capaci-

---

(3) Hay también otras instituciones de nuestro derecho histórico llamadas “Padre de los huérfanos” de Valencia en el año 1337 o “Escuela de Reforma Toribio Duran” de Barcelona del año 1890.

(4) Las Reglas de Beijing de la Asamblea General de las Naciones Unidas, concretamente la número 7, presionaba al derecho español para promover un cambio.

(5) FUNES ARTIAGA, J., “La reinserción social de los menores infractores”, en *Encuentros sobre servicios sociales y reinserción social de delincuentes y jóvenes inadaptados*, Sevilla, 1990.

dad de conocer y querer, por lo que aplicando el criterio del discernimiento, en la práctica, la edad penal se rebajaba hasta límites inaceptables<sup>(6)</sup>.

Por ello las concepciones más modernas exigen, además del discernimiento o capacidad para comprender y querer, el injusto típico, la capacidad de autode-terminación, esto es, la capacidad del delincuente para ajustar sus actos a las necesidades que le imponen las reglas de conducta generalmente aceptadas.

Según estas últimas tendencias, lo verdaderamente trascendente no sería la edad del sujeto, ni su grado de discernimiento, sino su capacidad de comprender lo ilícito de su acción y de haberla podido evitar, algo tan difícil de probar como todos los elementos subjetivos del injusto. Así que las legislaciones han optado por una opción menos técnica, pero más práctica, como es fijar una edad exacta que determine el momento temporal en que una persona es considerada mayor de edad penal.

La LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, tiene tres tipos de regímenes jurídicos:

- el de los menores de 14 años, que son penalmente inimputables;
- el de los mayores de 14 años y menores de 18, a los que se aplicará la LO 5/2000;
- los mayores de 18 años, que se regirán por las normas penales comunes.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 5.3 de la LO 5/2000 estas edades “se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos...”.

Lo verdaderamente determinable de la competencia (Juez de Instrucción o Juez de Menores) y el procedimiento aplicable (LECr. o LO 5/2000) será la edad del sujeto en el momento de realización del hecho típico.

El procedimiento y las medidas de la LO 5/2000 solo tienen sentido si se aplican a un menor de edad y téngase en cuenta que, por aplicación de las reglas y plazos de prescripción, no será extraño el enjuiciamiento y condena de mayores de 18 años por los Juzgados de Menores, lo que planteará evidentes problemas procesales y de ejecución muy difíciles de solventar<sup>(7)</sup>.

---

(6) El art. 23 del Código Penal de 1822 señalaba que no podía ser considerado como delincuente ni culpable “el menor de siete años cumplidos”.

El art. 8.2 del Código Penal de 1848 reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de nueve años, respecto del que se presumía la inimputabilidad.

(7) RÍOS MARTÍN, J. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La Ley de Responsabilidad Penal de los menores. Cambio de paradigma...*, Fiscalía General del Estado.



No obstante, la inalterabilidad temporal de las normas aplicables al menor delincuente tiene una excepción: al detenido mayor de 18 años, por hechos cometidos cuando aún no había cumplido esta edad, no se le aplicará el art. 17 de la LO 5/2000, sino los arts. 520 y siguientes de la LECr. <sup>(8)</sup> Por las siguientes razones:

- el art. 17 excluye su aplicación a los mayores de 18 años;
- en ocasiones el momento de comisión del hecho típico puede plantear serias dificultades de concreción, como ocurre en los delitos continuados definidos en el art. 74 del Código Penal;
- el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar <sup>(9)</sup>.

En estos casos las autoridades o funcionarios actuantes aplicarán al detenido mayor de 18 años las normas procedimentales adecuadas a su edad, esto es, las generales de la LECr.

En cuanto a las diferencias procedimentales que establece la LO 5/2000 entre los menores de 14 a 16 años y los de 16 a 18 años puede decirse lo siguiente:

- La LO 5/2000 otorga un trato más favorable a los menores de 16 años que a los que superaron esa edad en la fecha de comisión del delito.
- En cuanto a los mayores de 16 años, la Ley prevé la posibilidad de extender la aplicación de sus normas a los delincuentes mayores de 18 años y menores de 21. Pero a los efectos de la actuación policial, esta exclusión del sistema general de persecución penal carece de interés:

1.º) porque su entrada en vigor ha quedado suspendida durante dos años por la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2000 y

2.º) porque la aplicación de la legislación especial contra los menores delincuentes a un mayor de 18 años deberá ser valorada y acordada por el Juez de Instrucción competente *a posteriori*, tal decisión no afectará para nada a lo previamente actuado de conformidad con la LECr.

Solo el límite de 18 años afecta al modo de la actuación policial, pues acreditándose en el momento de su intervención que el presunto autor de los hechos es mayor de 18 años, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad siempre

---

<sup>(8)</sup> *Boletín de información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 117, Madrid.

<sup>(9)</sup> *Artículo 321 del Código Civil*: “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil”.

continuarán sus actuaciones de conformidad con las normas comunes, mientras que, si es menor de esta edad, deberán atenerse a lo dispuesto en la LO 5/2000.

En cuanto a la duración de las medidas ésta se fija con carácter general en el art. 9.º de la LO 5/2000 y, para determinada clase de delitos, en la DA 4.ª que le fue añadida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre.

a) Para menores de 16 años.

El plazo máximo de las medidas a imponer a los menores de 16 años es de 2 años, salvo que se les haya declarado responsables de un delito de homicidio, asesinato, agresión sexual, terrorismo o cualquier otro sancionado en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a 15 años, en cuyo caso 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 [DA 4.ª 2.c)].

b) Para mayores de 16 años.

Con carácter general la duración de las medidas a imponer tampoco podrá exceder de dos años, pero para los mayores de 16 años existen muchas más excepciones. Si nos encontramos ante un delito cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, y el Equipo Técnico de Menores aconseja la prolongación de la medida, ésta podrá alcanzar un máximo de cinco años (art. 9.4.º).

En los supuestos de extrema gravedad, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años (art. 9.5.º).

### **C) La detención gubernativa de los menores delincuentes**

La detención gubernativa de los menores de 18 años, cuando se les suponga autores de un delito, se rige por las normas generales de la LECr. (arts. 520 y siguientes) con las siguientes particularidades:

*Primero.* La policía deberá notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (art. 17 de la LO 5/2000).

Además si el menor detenido fuera extranjero y tuviera su residencia habitual fuera de España o lo solicitara así el propio menor o sus representantes legales, también se notificará el hecho de la detención a las correspondientes Autoridades consulares (art. 17.1).

La notificación inmediata al Ministerio Fiscal del hecho de la detención de un menor de edad penal y sus motivos es la mayor diferencia que podemos encontrar entre las normas de la LO 5/2000 y la LECr.<sup>(10)</sup>

La Policía no tiene obligación de notificar inmediatamente al Juez de instrucción de las detenciones de los mayores de edad penal que practica. Tiene la obligación de detener a quien se suponga autor de un delito y tras redactar el oportuno atestado, atendiendo a la gravedad de los hechos, libremente deciden, dentro del plazo de las 72 horas, la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial.

La LO 5/2000 por el contrario quiere que todas las detenciones policiales de un menor de edad implicado en la comisión de un hecho delictivo sean validadas jurídicamente de inmediato por el Ministerio Fiscal, al que se atribuye “la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes”, y el primero de estos derechos es no soportar una privación de libertad jurídicamente improcedente.

La Policía conoce la gravedad y naturaleza del delito imputado, pero no las consecuencias jurídicas del mismo, que dependerán en gran medida de que el Fiscal, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los hechos y a las circunstancias personales y sociales del menor, decida unilateralmente la continuación del proceso o el desistimiento.

Las enormes facultades de disposición concedidas al Ministerio Fiscal en la LO 5/2000 tienen una contrapartida: solo el Fiscal puede valorar la procedencia de la detención de un menor de edad en cada caso, de manera que la notificación “inmediata” al Fiscal, del art. 17.1, normalmente verbal y telefónica, no puede quedarse en un acto meramente formal y ritual, sino que nos hallamos ante una barrera que la LO 5/2000 opone a la práctica de una detención injustificada o simplemente improcedente, para lo cual es imprescindible que el comunicante ofrezca al Fiscal los datos que permitan conocer y valorar la pertinencia de la medida acordada, porque el Fiscal, en ese mismo momento, debe acordar la inmediata libertad del detenido, con remisión del atestado policial a la Fiscalía o su conducción a las dependencias de la Fiscalía, una vez concluyan las actuaciones policiales, y en todo caso dentro de las 14 horas desde la detención<sup>(11)</sup>.

*Segundo.* Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado (de conformidad con lo dispuesto en el art. 520.6 de la LECr.) y de aquellos que ejerzan la patria potestad (con la presencia de uno de los progeni-

---

(10) Reglas de Beijing art. 10.1, de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.

(11) *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000.*

tores es suficiente), tutela o guarda del menor —de hecho o de derecho— salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario<sup>(12)</sup>.

En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente (art. 17.2).

*Tercero.* La detención, que se llevará a efecto en dependencias separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (art. 17.3)<sup>(13)</sup>, no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, dentro del plazo de 14 horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal.

Si nos halláramos ante un delito de terrorismo, en cuyo caso la competencia es del Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional, los plazos de detención serán los previstos en el art. 520 bis de la LECr., es decir 72 horas, prorrogables por otras 48 horas (art. 17.4).

Durante la detención los menores “recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales<sup>(14)</sup>.”

#### **D) Especialidades de actuación policial relativas a menores de edad**

##### **1.º) Habeas corpus.**

Las solicitudes de *habeas corpus* de menores privados de libertad no son competencia del Juez de Menores, sino “del Juez de instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad. Si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido”<sup>(15)</sup>.

##### **2.º) Procedimiento de determinación de la edad.**

La edad del presunto delincuente determina la competencia judicial, y en ocasiones la inimputabilidad del sujeto, por lo que su exacta determinación

---

(12) Reglas de Beijing, n.º 7. Derechos de los Menores.

(13) Reglas de Beijing, n.º 13.4.

(14) Reglas de Beijing, n.º 13.5.

(15) Art. 2 de la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

adquiere una importancia radical en determinadas ocasiones. Cometido el delito, las actuaciones destinadas a la determinación de la edad del imputado formarán parte indispensable de las Diligencias Preliminares de la Fiscalía, pero existen supuestos en que, sin infracción delictiva, también debe acreditarse la edad de un menor. Son los supuestos de extranjeros indocumentados que se suponen menores de edad.

La LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros, atribuye la competencia para determinar la edad de los menores indocumentados cuya edad no pueda ser establecida con seguridad al Ministerio Fiscal, quien, tras recabar el auxilio de las instituciones sanitarias oportunas, los pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores <sup>(16)</sup>.

## II. INSTRUCCIÓN DEL EXPEDIENTE DE MENORES. LA DECLARACIÓN DEL MENOR DE EDAD COMO IMPUTADO

Actualmente hay una controversia abierta sobre la necesidad o no de imputación formal dentro de la instrucción del expediente de menores, y, en caso de una respuesta afirmativa, será el Fiscal o el Juez de Menores la autoridad que ha de practicarla.

Los juristas más conservadores extienden a la Ley de Menores la conocida doctrina jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de las acusaciones sorpresivas en el procedimiento abreviado <sup>(17)</sup> y entienden que el Fiscal debe inexcusablemente comenzar la instrucción del expediente con la declaración inculpatoria del menor (art. 118 y 789.4 de la LECr.).

Los juristas más audaces sostienen, sin embargo, que la imputación es un acto procesal que pertenece a la esfera de la potestad jurisdiccional y por tanto corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales determinados por las Leyes.

Parece más acertada esta última doctrina, ya que una cosa es la declaración del imputado como medio de prueba de carácter personal y otra el acto formal de imputación por el que se individualiza subjetiva y objetivamente el proceso <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Art. 35, “Residencia de menores”, LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero.

<sup>(17)</sup> SSTC 135/1989, 186/1990 y 129/1993, de 19 de abril.

<sup>(18)</sup> MORENO CATENA, V., *Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal y el Derecho de Defensa*, Ministerio de Justicia. Ministerio Fiscal, Madrid, 1997.

Acreditada la comisión de un hecho punible, el acto procesal inmediato debe ser la identificación de sus presuntos responsables “asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos” (art. 299 de la LECr.).

El Fiscal deberá acordar la práctica de aquellas diligencias instructoras que no siendo reproducción de diligencias policiales resulten a su juicio imprescindibles para verificar o esclarecer la participación del menor en el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta y la medida de intervención educativa más adecuada a su caso<sup>(19)</sup>.

Los Fiscales de Menores por propia iniciativa solo deben recibir al menor para declarar en aquellos casos en que resulte absolutamente imprescindible para la comprobación del hecho que se le imputa y su responsabilidad en la comisión.

Existen diferencias entre la información de derechos que obligatoriamente debe realizar la Policía o el Fiscal cuando lleva a cabo la detención cautelar de un sospechoso de criminalidad (art. 17.3 de la CE, 520.2 de la LECr. y 17.1 de la LO 5/2000) y el acto formal de imputación delictiva por el que el Juez de Instrucción identifica subjetiva y objetivamente el proceso penal<sup>(20)</sup>.

La detención administrativa de los sospechosos de criminalidad tiene lugar antes de que se inicie el proceso penal. El derecho a defender su libertad no puede esperar a la llegada del proceso, pero el derecho a la asistencia letrada del detenido por la Policía o el Ministerio Fiscal no cabe identificarlo con el derecho a la defensa procesal del imputado, que tiene una configuración legal y constitucional completamente distinta.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada del art. 24.2 de la CE es un derecho público subjetivo que nace y se hace efectivo en el seno de todo proceso judicial, es decir es un derecho procesal que puede exigirse en el marco de la tutela judicial efectiva, con el significado de garantía del proceso debido.

Por el contrario el derecho de todo detenido a ser asistido de Abogado impuesto por el art. 17.3 de la CE y regulado en el art. 520.5 y 6 de la LECr. no es un derecho procesal, ya que persigue dar satisfacción al interés público por evitar cualquier atisbo de coacción gubernativa sobre los ciudadanos privados de libertad<sup>(21)</sup>.

Por ello, si el derecho a la defensa es un derecho procesal y nace de la imputación, este acto formal que sirve para identificar al sujeto pasivo y al objeto del proceso no puede adelantarse al proceso mismo. No cabe entender

---

(19) Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia.

(20) VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994.

(21) STC 196/1987, de 11 de noviembre.

por tanto que la Policía o el Fiscal cuando informan al detenido “de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad” están confiriéndole la condición de imputado en el proceso futuro, ni relevan al Juez de Instrucción de cumplir con lo dispuesto en los arts. 118 y 789.4 una vez que reciba el atestado de la o las diligencias preliminares del Fiscal <sup>(22)</sup> <sup>(23)</sup>.

Una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento, y que en el proceso penal abreviado, suprimido el auto de procesamiento, debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial <sup>(24)</sup>.

El Tribunal Constitucional no considera válida jurídicamente la imputación delictiva que realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o el Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en los arts. 520.2 y 785 bis de la LECr., por lo que siempre deberá repetirse este acto dentro del proceso penal por el Juez de Instrucción.

Esta fue la causa de que el Legislador, a la hora de modificar el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, declarado inconstitucional por la STC 36/1991, de 14 de febrero, promulgara la LO 4/1992 y, ajustando el proceso penal de menores a la Constitución, atribuyera la competencia para instruir de las causas de menores al Ministerio Fiscal, pero el acto formal de imputación delictiva se reservó expresamente al Juez de Menores.

### **La imputación en el proceso de menores**

Trasladando lo expuesto al nuevo proceso contra menores delincuentes, diferenciare tres apartados:

1. El derecho de audiencia no existe en las diligencias preliminares de la Fiscalía.

No cabe identificar al Fiscal de Menores con el Juez de Instrucción y las diligencias preliminares de la Fiscalía no son diligencias judiciales.

Mientras el Juez de Instrucción está obligado a poner inmediatamente en conocimiento de los presuntos inculcados la admisión de denuncia o querella en su contra o la práctica de cualquier actuación procesal de la que resulte una imputación delictiva, en la fase preliminar del procedimiento de menores el principio de contradicción se retrasa hasta, prácticamente, el traslado del expe-

---

<sup>(22)</sup> STC 135/1898, de 19 de julio.

<sup>(23)</sup> LORCA NAVARRETE, A., *Tratado de Derecho del Tribunal del Jurado*, Dykinson, p. 176.

<sup>(24)</sup> STC 185/1990, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico núm. 8.VI.

diente, con el escrito de alegaciones del Fiscal, al Juzgado de Menores (art. 30 LO 5/2000) <sup>(25)</sup>.

Una vez recibida la denuncia por el Fiscal, éste practicará en su caso las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad del menor en su comisión; no se le obliga a comunicar al presunto inculpado la admisión de la denuncia o la práctica de las referidas diligencias <sup>(26)</sup>.

El menor sospechoso de criminalidad —salvo si ha sido detenido— desconoce la denuncia presentada en su contra, así como las diligencias preliminares que se están llevando a efecto en la Fiscalía. La ausencia de publicidad, el secreto, es la característica fundamental de los expedientes administrativos de investigación criminal de la Policía o del Ministerio Fiscal, y también su esencial diferencia con los sumarios judiciales. Como el procedimiento judicial no ha comenzado, la publicidad de las investigaciones internas de la Policía o de la Fiscalía no se rigen por el art. 24.2 de la Constitución, sino por el art. 105.b) de la Constitución, que precisamente restringe el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, cuando la publicidad pueda perjudicar la averiguación de los delitos.

Por otra parte el secreto de las diligencias preliminares tampoco contradice el derecho del menor a ser oído en los expedientes administrativos o judiciales que le interesen, tal y como reconocen expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>(27)</sup> o la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor <sup>(28)</sup>, porque este derecho de audiencia no tiene por qué cumplirse nada mas iniciarse el procedimiento, ni tiene que llevarse a efecto por el Fiscal.

El que está obligado a oír al menor antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente es el Juez de Menores, como ordena de forma expresa el art. 22.1.d) de la LO 5/2000.

El Fiscal, por otra parte, debe procurar que el contacto del menor con el aparato represivo del Estado —especialmente si se trata de un delincuente ocasional— sea lo más breve posible <sup>(29)</sup>.

Existe un momento procesal en el que sin grandes dificultades procedimentales se puede cumplir con el requisito de la imputación judicial, es la compare-

---

(25) Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000. Ministerio de Justicia.

(26) Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000. Ministerio de Justicia.

(27) Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Art. 40.1.

(28) LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 9.º

(29) Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000. Ministerio de Justicia.



cencia que de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2 de la LO 5/2000 deben realizar el menor y sus representantes legales ante el Juzgado de Menores, a los efectos de que se le notifique personalmente la incoación del expediente y proporcionarle la imprescindible asistencia letrada. El Secretario del Juzgado de Menores “requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquel les será nombrado de oficio”.

El Juzgado de Menores hace notificación del Decreto de incoación del expediente que le ha sido trasladado por el Ministerio Fiscal y en el mismo se contienen todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para realizar la imputación delictiva. La comunicación no puede ser entendida como un mero formalismo, pues desencadena importantes efectos jurídicos, en la medida en que precipita la constitución de la relación jurídico procesal, fuerza la incorporación de los pasivamente legitimados como parte necesaria en la pieza principal y marca el punto de inicio en la tramitación de las diligencias judiciales y de la pieza separada de responsabilidad civil.

Es preciso que el Decreto contenga una sucinta exposición de los hechos que se inculpan, o en su caso se acompañe de la copia del atestado policial o de la denuncia que haya motivado su adopción. La documentación que reciba el Juez deberá consignar con claridad la identidad de los menores expedientados, de sus representantes legales o guardadores, y de los posibles perjudicados en su calidad de partes de la pieza de responsabilidad civil.

No es imprescindible la imputación antes del escrito de alegaciones, ya que no existe una acusación sorpresiva:

- el menor está asistido de Letrado desde el momento de la incoación del expediente;
- conoce el contenido del expediente y del informe del equipo técnico;
- puede proponer las diligencias de prueba que tenga por conveniente;
- y formula el escrito de alegaciones;

Por último, a diferencia del procedimiento abreviado, si su petición de sobreseimiento no fuera acogida por el Juez de Menores, puede recurrir el auto de apertura del juicio oral, debiéndose llevarse a efecto la imputación en la apertura de la instrucción, que deberá hacer inexcusablemente el Juez de Menores.

## **FE DE ERRATAS**

---

En el artículo doctrinal de la profesora Cristina Guisasola Lerma “Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto. A propósito de la STC 42/1999”, publicado en el número 7 de la Revista de Derecho Penal, se ha advertido un error en una cita jurisprudencial de relevancia, el cual se procede a corregir a continuación:

En la primera línea de la página 43, donde dice “ha afirmado en resolución de 15 de junio de 1998 (STC 120/1998) que vulneran ...”, debe decir “ha afirmado en resolución de 8 de junio de 1988 (STC 105/1988) que vulneran ...”.

---

# JURISPRUDENCIA

---

## ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

### A

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

- STC 202/2002, de 28 de octubre ..... 111

#### **Agresión sexual:**

- STS 1479/2002, de 16 de septiembre ..... 219

#### **Amenazas:**

- SAP BARCELONA, de 22 de mayo de 2002 ..... 279

#### **Asistencia letrada:**

- STS 1440/2002, de 9 de septiembre ..... 212

#### **Atentado:**

- STS 1310/2002, de 9 de julio ..... 178

### C

#### **Circunstancia atenuante (reparación del daño):**

- SAP BARCELONA, de 8 de abril de 2002 ..... 244

#### **Coautoría:**

- STS 1419/2002, de 29 de julio ..... 210

**Coimputado (Declaración del):**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 633/2002, de 21 de mayo ..... | 125 |
|-------------------------------------|-----|

**Comiso:**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STC 151/2002, de 15 de julio ..... | 87  |
| — STS 867/2002, de 29 de julio ..... | 199 |

**Competencia territorial:**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — AAP BARCELONA, de 25 de abril de 2002 ..... | 255 |
|-----------------------------------------------|-----|

**Complicidad:**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 1531/2002, de 27 de septiembre ..... | 225 |
|--------------------------------------------|-----|

**Concurso ideal de delitos:**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 832/2002, de 13 de mayo ..... | 118 |
|-------------------------------------|-----|

**Cosa juzgada:**

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| — STC 156/2002, de 23 de julio ..... | 88 |
|--------------------------------------|----|

**Cuestiones prejudiciales:**

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — STS 917/2002, de 24 de mayo .....          | 129 |
| — STS 1336/2002, de 15 de julio .....        | 190 |
| — STS 1570/2002, de 27 de septiembre .....   | 229 |
| — AAP BARCELONA, de 13 de mayo de 2002 ..... | 269 |

D

**Delito continuado:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1236/2002, de 27 de junio ..... | 165 |
| — STS 1284/2002, de 8 de julio .....  | 174 |

**Delito contra la integridad moral:**

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| — STS 819/2002, de 8 de mayo ..... | 116 |
|------------------------------------|-----|

**Delito fiscal:**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — STS 1336/2002, de 15 de julio .....         | 186 |
| — SAP BARCELONA, de 20 de abril de 2002 ..... | 252 |

**Delito provocado:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1114/2002, de 12 de junio ..... | 146 |
|---------------------------------------|-----|

**Delitos contra el medio ambiente:**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 19 de marzo de 2002 ..... | 238 |
| — SAP BARCELONA, de 25 de abril de 2002 ..... | 260 |

**Delitos Especiales (Participación):**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1078/2002, de 11 de junio ..... | 143 |
|---------------------------------------|-----|

**Delitos societarios:**

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — STS 867/2002, de 29 de julio .....         | 199 |
| — AAP VIZCAYA 370/2002, de 6 de mayo .....   | 265 |
| — SAP BARCELONA, de 21 de mayo de 2002 ..... | 275 |

**Denuncia falsa:**

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — SAP VALENCIA 61/2002, de 11 de abril ..... | 249 |
|----------------------------------------------|-----|

**Derecho a la última palabra:**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 866/2002, de 16 de mayo ..... | 124 |
|-------------------------------------|-----|

**Derecho al juez legal:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1093/2002, de 11 de junio ..... | 144 |
|---------------------------------------|-----|

**Derecho de defensa:**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1034/2002, de 3 de junio ..... | 136 |
|--------------------------------------|-----|

**Derechos del interno en centro penitenciario:**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| — AAP MADRID 999/2002, de 25 de abril ..... | 262 |
| — AAP MADRID 1104/2002, de 9 de mayo .....  | 267 |

**Descubrimiento y revelación de secretos:**

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — SAP VALENCIA 285/2002, de 4 de junio ..... | 286 |
|----------------------------------------------|-----|

**Detención ilegal de funcionario público:**

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| — SAP SEVILLA 19/2002, de 22 de marzo ..... | 239 |
|---------------------------------------------|-----|

E

Entrada y Registro:

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 880/2002, de 14 de mayo .....        | 121 |
| — STS 775/2002, de 17 de junio .....       | 148 |
| — STS 1022/2002, de 21 de junio .....      | 158 |
| — STS 576/2002, de 3 de septiembre .....   | 211 |
| — STS 1556/2002, de 30 de septiembre ..... | 233 |

Estafa:

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1236/2002, de 27 de junio ..... | 165 |
| — STS 1243/2002, de 2 de julio .....  | 170 |
| — STS 1284/2002, de 8 de julio .....  | 174 |
| — STS 1302/2002, de 11 de julio ..... | 179 |

Estafa (cheque):

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 832/2002, de 13 de mayo ..... | 118 |
| — STS 955/2002, de 24 de mayo ..... | 131 |

Estafa procesal:

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 27 de marzo de 2002 ..... | 241 |
|-----------------------------------------------|-----|

Excusa absolutoria:

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| — AAP MADRID 1305/2002, de 27 de mayo ..... | 281 |
|---------------------------------------------|-----|

Extorsión:

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 22 de mayo de 2002 ..... | 279 |
|----------------------------------------------|-----|

Extradición:

|                                      |    |
|--------------------------------------|----|
| — STC 156/2002, de 23 de julio ..... | 88 |
|--------------------------------------|----|

F

Falsedad en documento mercantil:

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 832/2002, de 13 de mayo .....   | 118 |
| — STS 955/2002, de 24 de mayo .....   | 131 |
| — STS 1302/2002, de 11 de julio ..... | 179 |

**Falsificación de moneda:**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 948/2002, de 8 de julio .....        | 172 |
| — STS 1563/2002, de 26 de septiembre ..... | 224 |

**Funcionario público (concepto):**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 1478/2002, de 19 de septiembre ..... | 222 |
|--------------------------------------------|-----|

H

**Hechos probados:**

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 8 de abril de 2002 ..... | 245 |
|----------------------------------------------|-----|

**Hurto de uso de vehículos:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1157/2002, de 20 de junio ..... | 156 |
|---------------------------------------|-----|

I

**Indulto:**

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| — STC 163/2002, de 16 de septiembre ..... | 92 |
|-------------------------------------------|----|

**Intervención comunicaciones de recluso:**

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| — STC 192/2002, de 28 de octubre ..... | 107 |
|----------------------------------------|-----|

**Intervenciones telefónicas:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1151/2002, de 19 de junio ..... | 153 |
|---------------------------------------|-----|

**Intimidad:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1235/2002, de 27 de junio ..... | 163 |
|---------------------------------------|-----|

**Invariabilidad de los resoluciones judiciales:**

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| — STC 187/2002, de 14 de octubre ..... | 104 |
|----------------------------------------|-----|



J

Jueces de vigilancia penitenciaria:

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — STS 671/2002, de 9 de julio .....          | 176 |
| — AAP MADRID 1011/2002, de 26 de abril ..... | 263 |

Juicio de faltas:

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — SAP VALENCIA 139/2002, de 9 de abril .....  | 247 |
| — AAP BARCELONA, de 17 de abril de 2002 ..... | 250 |
| — SAP MADRID 144/2002, de 29 de mayo .....    | 283 |

L

Legítima defensa:

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 10 de abril de 2002 ..... | 248 |
|-----------------------------------------------|-----|

Legitimación procesal:

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| — AAP BARCELONA, de 22 de mayo de 2002 ..... | 278 |
|----------------------------------------------|-----|

Lesiones:

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — STS 1406/2002, de 27 de julio .....         | 198 |
| — SAP BARCELONA, de 10 de abril de 2002 ..... | 248 |

Lesiones (consentimiento):

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1049/2002, de 5 de junio ..... | 137 |
|--------------------------------------|-----|

Lesiones (deformidad):

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| — STS 1724/2001, de 4 de mayo de 2002 ..... | 115 |
| — STS 1140/2002, de 19 de junio .....       | 150 |

Lesiones (delimitación delito-falta):

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — AAP Barcelona 129/2002, de 3 de abril ..... | 243 |
|-----------------------------------------------|-----|

M

**Malversación de caudales públicos:**

- STS 1478/2002, de 19 de septiembre ..... 222

O

**Obstrucción a la Justicia:**

- SAP BARCELONA, de 21 de mayo de 2002 ..... 273

P

**Prescripción:**

- STS 222/2002, de 15 de mayo ..... 122  
— STS 1580/2002, de 28 de septiembre ..... 231

**Prevaricación administrativa:**

- STS 1382/2002, de 17 de julio ..... 192

**Principio “non bis in idem”:**

- SAP MADRID 220/2002, de 14 de mayo ..... 271

**Principio acusatorio:**

- STS 1332/2002, de 15 de julio ..... 184

**Principio de contradicción:**

- STS 1389/2002, de 16 de julio ..... 191

**Prueba (denegación):**

- SAP MADRID 361/2002, de 20 de mayo ..... 272

**Prueba (grabación videográfica):**

- STS 1547/2002, de 27 de septiembre ..... 227

**Prueba ilícita:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 885/2002,de 21 de mayo .....    | 128 |
| — STS 1203/2002, de 18 de julio ..... | 194 |

**Prueba testifical:**

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| — STS 1441/2002, de 9 de septiembre ..... | 214 |
|-------------------------------------------|-----|

**Prueba testifical (de menores):**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1229/2002, de 1 de julio ..... | 167 |
|--------------------------------------|-----|

R

**Recurso de apelación:**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — STC 167/2002, de 18 de septiembre .....     | 95  |
| — STC 170/2002, de 30 de septiembre .....     | 101 |
| — STS 671/2002, de 9 de julio .....           | 176 |
| — SAP VALENCIA 120/2002, de 27 de marzo ..... | 242 |
| — SAP SEVILLA 293/2002, de 18 de junio .....  | 288 |
| — SAP SEVILLA 332/2002, de 3 de julio .....   | 289 |
| — SAP MADRID 316/2002, de 6 de mayo .....     | 290 |

**Recurso de revisión:**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1045/2002, de 7 de junio ..... | 142 |
|--------------------------------------|-----|

**Reincidencia:**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| — STS 693/2002, de 21 de mayo ..... | 127 |
|-------------------------------------|-----|

**Responsabilidad Civil:**

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| — STS 1308/2002, de 13 de julio .....          | 182 |
| — SAP VIZCAYA 110/2002, de 11 de febrero ..... | 237 |
| — AAP VIZCAYA 372/2002, de 6 de mayo .....     | 266 |

**Robo con violencia (uso de armas):**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 1455/2002, de 13 de septiembre ..... | 217 |
|--------------------------------------------|-----|

S

**Sentencia (motivación):**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — SAP MADRID 518/2002, de 10 de mayo ..... | 268 |
|--------------------------------------------|-----|

**Sentencia absolutoria:**

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| — STS 1389/2002, de 16 de julio ..... | 191 |
|---------------------------------------|-----|

**Simulación de delito:**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| — SAP BARCELONA, de 23 de abril de 2002 ..... | 254 |
|-----------------------------------------------|-----|

T

**Tentativa:**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 1479/2002, de 16 de septiembre ..... | 219 |
|--------------------------------------------|-----|

**Tentativa inidónea:**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1243/2002, de 2 de julio ..... | 170 |
|--------------------------------------|-----|

**Testigos (protección):**

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| — STS 1027/2002, de 3 de junio ..... | 135 |
|--------------------------------------|-----|

**Tráfico de drogas:**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 1153/2002, de 22 de junio .....      | 160 |
| — STS 1572/2002, de 30 de septiembre ..... | 235 |

**Tribunal del jurado:**

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| — STS 895/2002, de 3 de junio .....        | 133 |
| — STS 1073/2002, de 5 de junio .....       | 140 |
| — SAP MADRID 212/2002, de 3 de junio ..... | 284 |

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 151/2002 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 15 de julio de 2002  
(BOE 7 de agosto de 2002) (Recurso de amparo 4923/1999)**

COMISO.

**Art. 127 Código Penal**

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

## SÍNTESIS

*No lesiona el principio de personalidad de la pena el comiso del vehículo instrumento del delito, copropiedad (bienes gananciales) de un cónyuge ajeno a la condena.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** A idéntica conclusión ha de llegarse en cuanto a las alegaciones que denuncian que, de hecho, a través de la pena accesoria de comiso del automóvil impuesta a su cónyuge se le ha impuesto la pena a ella misma, sin que haya sido acusada ni condenada por su participación en los hechos delictivos. La realidad es que, ni le ha sido impuesta una pena a la recurrente, ni tan siquiera, en el

momento de interponerse la demanda de amparo, la pena impuesta a su marido había supuesto, de hecho, una afectación definitiva a su derecho de copropiedad.

Al igual que en un caso similar tuvimos ocasión de señalar en la STC 36/2000, de 14 de febrero de 2000, FJ 5 (en aquel supuesto se trabó embargo sobre bienes gananciales para hacer frente a sanciones tributarias impuestas exclusivamente a uno de los cónyuges), hemos de poner de relieve que, si la

sanción de comiso impuesta a su marido se extendió al vehículo matrícula SS-...-AM, fue por su condición de bien ganancial, que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 Código civil), está afecto a la satisfacción de las “deudas” propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico, de acuerdo con el art. 1366 del CC. Por ello, una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 de la CE (al que tácitamente hace referencia la demanda), no se pueda imponer una sanción a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy distinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda decretar la intervención judicial de un bien ganancial por el hecho de que sobre el mismo ostente el cónyuge no responsable del delito una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien.

Y precisamente esta última reflexión refuerza la conclusión desestimatoria que aquí se acuerda. Como se ha señalado antes, en el momento de interponer la demanda de amparo la Sentencia condenatoria no había sido ejecutada, es decir, no se había procedido a la adjudicación al Estado del bien decomisado, de conformidad con las prescripciones de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Por ello la recurrente aún podía, como de hecho hizo después (folios 914 y siguientes de las actuaciones), poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio. Razones todas ellas que tienen como conclusión inevitable la desestimación del amparo.

**Sentencia 156/2002 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 23 de julio de 2002  
(BOE 7 de agosto de 2002) (Recurso de amparo 278/2001)**

EXTRADICIÓN. COSA JUZGADA.

**Ley de Extradición Pasiva**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

*No lesiona el principio de cosa juzgada la extradición concedida después de haber denegado una primera solicitud si ésta lo fue para ser juzgado y la segunda para cumplir la condena impuesta en Italia mientras se tramitaba la primera solicitud de extradición. Por otra parte, se exponen las razones que diferencian la situación que ahora se analiza y la que fue objeto de consideración en las sentencias del Tribunal Constitucional 162 y 163/2000, recogidas en el n.º 2 de la Revista de Derecho Penal. [Véase, en el mismo sentido, la STC 160/2002, de 16 de septiembre (BOE 9 de octubre)].*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** El examen de la referida queja del recurrente en amparo requiere traer a colación la doctrina constitucional sobre la garantía procesal de la cosa juzgada material en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, así como, en concreto sobre la proyección de este instituto jurídico a los procesos de extradición, dada su naturaleza y finalidad.

a) Es doctrina reiterada de este Tribunal que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento, lo que significa, tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, como el respeto a la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, sin perjuicio, naturalmente, de su revisión o modificación a través de los cauces extraordinarios legalmente reconocidos. En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una resolución firme dictada en un proceso anterior ante las mismas partes (SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ2; 135/1994, de 9 de mayo, FJ2; 198/1994, de 4 de julio, FJ3; 59/1996, de 15 de abril, FJ2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ3; 53/2000, de 28 de febrero, FJ6; 55/2000, de 28 de febrero, FJ4; 207/2000, de 24 de julio, FJ2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ3; 152/2001, de 2 de julio, FJ2; 135/2001, de 29 de mayo, FJ5; 15/2002, de 28 de enero, FJ3).

Por ello el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo, o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con identi-

co objeto procesal al resuelto por resolución judicial firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre las mismas partes, puedan desconocer o contradecir las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial que haya adquirido firmeza (SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ3).

Igualmente este Tribunal tiene declarado que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ2; 34/1997, FJ4; 43/1 998, de 24 de febrero, FJ4; 197/2000, de 24 de julio, FJ4; 15/2002, de 28 de enero, FJ3; AATC 613/1984, de 31 de octubre; 335/1997, de 13 de octubre; 186/1999, de 14 de julio). En otras palabras, no corresponde a este Tribunal Constitucional sustituir a los órganos judiciales en la valoración efectuada en cada caso sobre el alcance que haya de atribuirse a la cosa juzgada, salvo que se trate de una decisión no prevista por las Leyes, incongruente, arbitraria o irrazonable, ya que en otro caso el recurso de amparo se convertiría en una nueva instancia (SSTC 135/1994, de 9 de mayo, FJ2; 34/1997, de 25 de febrero; 43/1998, de 24 de febrero; 135/200 1, de 29 de mayo, FJ5).

b) De otra parte, en relación con el propio carácter, alcance y finalidad del proceso de extradición, este Tribunal ha declarado que en el vigente Derecho español la extradición pasiva o entrega de un ciudadano extranjero a otro Estado constituye un procedimiento mixto, administrativo-judicial en el que se decide acerca de la procedencia o no de la entrega solicitada por dicho Estado en su demanda de extradición. En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide

acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado (SSTC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 8; 5/1998, de 12 de enero, FJ 4; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; AATC 307/1986, de 9 de abril; 263/1989, de 22 de mayo; 277/1997, de 16 de julio). Se trata, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente incoado o incluso concluido, sólo que a falta de la ejecución de otro Estado. Si los órganos españoles competentes estiman procedente la demanda de extradición, ello acarrea como consecuencia directa e inmediata la salida del sujeto del territorio español y su correlativa entrega a las autoridades del Estado requirente, y, como consecuencia indirecta, el posible enjuiciamiento y, en su caso, cumplimiento de una sanción jurídica de naturaleza penal en el ámbito del Estado requirente (STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3).

Más concretamente, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, el Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con una demanda de amparo promovida contra las nuevas resoluciones judiciales dictadas en un proceso de extradición una vez anuladas por Sentencia de este Tribunal las resoluciones judiciales que anteriormente se habían dictado en el mismo proceso por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, que, en atención precisamente a la propia naturaleza del proceso extradicional, “en primer lugar, las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no producen el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden en determinados supuestos ser sustituidas por otras; y, en segundo lugar, parece claro que la petición de extradición que realiza otro Estado requiere una respuesta judicial que no puede contenerse en nuestras Sentencias de amparo” (STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5).

c) Finalmente ha de recordarse, asimismo, que este Tribunal no es el Juez de la extradición, sino el órgano de control del Juez de la extradición en materia de garantías constitucionales; es decir, al ejercer la función de salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no nos corresponde decidir si una extradición es o no procedente en un caso concreto, sino únicamente si en el procedimiento previo a la decisión judicial que la autoriza o declara improcedente, o con la decisión misma, se ha lesionado o no algún derecho fundamental de los constitucionalmente protegidos (STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 4).

Desde la perspectiva del control que a este Tribunal corresponde en relación con las decisiones recaídas en los procesos de extradición por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), hemos declarado también que ese control constitucional se ha de llevar a cabo, no sólo en los casos más claros de ausencia de motivación, sino también en aquellos en que la motivación sea arbitraria, irrazonable o irracional, incluso de manera más intensa cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentre conectado con otro derecho fundamental, como es el caso del derecho a la libertad, o incluso el derecho del extranjero a permanecer en nuestro país, los cuales pueden verse afectados por la decisión judicial que declare procedente la extradición (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; 102/2000, de 10 de abril, FJ 9).

4. El demandante de amparo considera, en primer lugar, que las resoluciones judiciales impugnadas han conculcado los efectos de la cosa juzgada material, al acceder a la ampliación de la extradición en relación con la orden de ejecución para el encarcelamiento núm. 35/1996, de 10 de abril, ya que respecto a dicha orden la solicitud de las autoridades italianas se basó en los mismos hechos en los que se fundó una anterior petición de extradición, que fue denegada por el Auto de



la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 37/1996, de 2 de diciembre, en el expediente de extradición núm. 35/1995.

Desde la perspectiva de control que a este Tribunal corresponde, de conformidad con la doctrina sentada en el anterior fundamento jurídico, basta la lectura de los fundamentos de derecho de las resoluciones judiciales impugnadas, para constatar que los órganos judiciales han dado una respuesta motivada y fundada en Derecho al recurrente en amparo, la cual en modo alguno cabe tildar de incongruente, arbitraria o irrazonable. En efecto, en las resoluciones judiciales impugnadas, tras poner de manifiesto las dudas que les suscita atribuir efecto de cosa juzgada material a las resoluciones de fondo dictadas en el procedimiento extradicional por razón de la naturaleza y finalidad de éste, los órganos jurisdiccionales deniegan en el caso concreto enjuiciado la existencia de dicho efecto porque no se había examinado en cuanto al fondo la anterior petición de extradición y el Estado reclamante había modificado la causa de pedir, esto es, el título extradicional, en el que fundó su nueva petición de extradición.

(...)

**6.** Además en relación con la antedicha orden de detención cautelar en la cárcel núm. 12029/95 el demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de los derechos de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, al haber resultado modificada la causa de pedir esgrimida por la República de Italia, pues la solicitud de entrega se formuló inicialmente para su enjuiciamiento, pero, cuando se accedió finalmente a la misma, había cambio de la situación procesal del demandante de amparo, que ya había sido condenado en Italia en primera y en segunda instancia, por lo que en realidad, cuando se resolvió el expediente de extradición, se trataba ya de una solicitud para el cumplimiento de pena.

Según resulta del examen de las actuaciones judiciales, y así consta en las resolu-

ciones jurisdiccionales impugnadas, si bien la solicitud inicial de extradición en relación con la orden de detención cautelar en cárcel lo era para enjuiciar o perseguir al demandante de amparo, lo cierto es que, al resolverse el expediente de extradición por los órganos judiciales españoles, ya había sido condenado en Italia en primera y en segunda instancia, si bien no había sido aportado por conducto oficial a las actuaciones testimonio de la Sentencia dictada en apelación por la Corte de Apelación de Roma, de fecha 29 de septiembre de 1999, de la que aportó copia a los autos el propio recurrente en amparo, a la que los órganos judiciales españoles no pusieron ningún reparo, dando por buena su alegación, si bien precisando que de tal circunstancia tenían conocimiento oficioso, pero no oficial, lo que finalmente determinó la fórmula utilizada para fijar las condiciones en las que se accedió a la solicitud de extradición (Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 71/2000, de 11 de diciembre, razonamientos jurídicos segundo y cuarto).

Pues bien, de conformidad con la doctrina constitucional recogida en la STC 162/2000, de 12 de junio (FJ 2), que reproducen las resoluciones judiciales impugnadas, y que se reitera en la STC 110/2002, de 6 de mayo (FJ 3), ha de ser también desestimada la vulneración aducida por el demandante de amparo, pues la alteración de la *causa petendi* de la demanda de extradición durante la sustanciación del procedimiento extradicional no ha ocasionado indefensión alguna al recurrente. Como se ha declarado en la última de las Sentencias dictadas, la situación fáctica que denuncia no ha limitado sus posibilidades de defensa en el proceso extradicional, pues siempre fue alegada y conocida por el recurrente en amparo y tenida en cuenta por los órganos judiciales españoles, al resolver sobre la reclamación extradicional, habiendo sido precisamente el propio recurrente quien puso de manifiesto ante la Sala que el proceso penal había prosseguido en Italia, llegando a condenársele en ausencia en la primera y en la segunda

instancia, y quien planteó ante la Sala, como pretensión específica, la imposibilidad de acceder a la extradición, dado el cambio de *status* procesal en Italia. Pese a ello sus reclamaciones fueron fundada y razonadamente rechazadas, tanto en primera instancia, como al resolver el Pleno de la Sala el recurso de súplica.

Desde la perspectiva planteada en la demanda de amparo, y desde la función de control que corresponde a este Tribunal, no

cabe apreciar, en definitiva, que haya existido la vulneración denunciada, pues el recurrente, sin limitación material alguna, pudo preparar con suficiente antelación su defensa, al conocer puntualmente todas las circunstancias fácticas descritas, poniéndolas de manifiesto a la Sala, que las conoció, y pudo formarse criterio sobre las mismas, e impugnar dicho criterio al recurrir en súplica la decisión por la que inicialmente se declaró procedente la extradición.

**Sentencia 163/2002 de la Sala 1.ª del TC de 16 de septiembre de 2002 (BOE 9 de octubre de 2002) (Recurso de amparo 1268/2001)**

INDULTO PARTICULAR.

**Arts. 202 y ss. Reglamento Penitenciario**

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

*Aunque la concesión del amparo se refiere a la falta de motivación de la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se determina además el alcance del “indulto particular” regulado en los artículos 202 y siguientes del Reglamento Penitenciario.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Delimitado de esta forma el objeto de la pretensión de amparo resulta necesario efectuar todavía una segunda precisión, relativa a la configuración jurídica del “indulto particular” regulado en los arts. 202 y ss. del Reglamento penitenciario, y cuyo contenido es el siguiente:

Art. 202. “1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.

2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.”

Art. 203. “Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”.

Art. 204. “La propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción”.

Art. 206. “1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran de un modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta; b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad; c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.”

Del tenor literal de las disposiciones reglamentarias reproducidas se obtiene que el indulto particular se configura, por propia decisión de la norma que lo regula, como un beneficio penitenciario (art. 202.2 del RP) y que, como consecuencia de ello, se vincula a la reeducación y reinserción social de los

internos en cuanto fin principal de la pena privativa de libertad (art. 203 del RP); de modo que se trata de una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio recogido en el art. 25.2 de la CE. De otra parte, la regulación reproducida atribuye la competencia para la tramitación del indulto al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a solicitud de la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico del Centro Penitenciario (art. 206.1 del RP). En caso de ser adoptada dicha decisión por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, esto es, la decisión de tramitar el indulto, esta tramitación se regula por lo dispuesto en la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia (art. 206.2 del RP). La tramitación del indulto particular conoce así dos fases claramente diferenciadas: la que finaliza con la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es la ordenada por los arts. 202 y ss. del Reglamento penitenciario, y la que se inicia con dicha resolución y es regulada, según dispone el art. 206.2 del Reglamento penitenciario, conforme a la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia.

Pues bien, el presente recurso de amparo se dirige contra las resoluciones dictadas en aquella primera fase y bajo la cobertura de la legislación penitenciaria. Por ello, no es necesario, para su resolución, analizar la alegación del Abogado del Estado relativa a la cuestión de si el indulto —su concesión o denegación— es o no revisable por la jurisdicción. Como ya ha quedado expuesto, la legislación penitenciaria configura como beneficio penitenciario la mera tramitación del indulto por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a solicitud de la Junta de Tratamiento y previa propuesta del Equipo Técnico. Y es este beneficio penitenciario, con dicho limitado contenido, el que solicitó el recurrente al centro penitenciario y respecto de cuya denegación acudió al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para conocer las razones en virtud de las que el Equipo Técnico rechazó proponer la tramitación de su

indulto a la Junta de Tratamiento y al que, en relación con la actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Provincial, ciñe su pretensión de amparo.

4. Efectuadas las anteriores consideraciones estamos ya en condiciones de analizar la queja del recurrente, comenzando por recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial “exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente” (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Y, si bien el deber de motivación se satisface, en principio, cuando las resoluciones judiciales exteriorizan las razones que fundamentan la decisión, siempre que el razonamiento que en ellas se contiene constituya la aplicación no arbitraria de las normas al caso (por todas SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; y 82/2002, de 22 de abril, FFJJ 7 y 8), no obstante, existen diversos supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación (por todas SSTC 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Así sucede, en lo que ahora interesa, en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En particular, resulta afectada la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico cuando las resoluciones judiciales adoptan decisiones sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4), o sobre los permisos de salida (por todas,

SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3), o la suspensión de la ejecución de la pena (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2).

En estos supuestos, en los que el órgano judicial cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para la concesión o denegación del beneficio solicitado, hemos declarado, en primer término, que “la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por los demás, vendría prohibida por el art. 9.3 de la Constitución” (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; y 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2). Y, en segundo lugar, que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 6; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; y 8/2001, de 15 de enero, FJ 3).

**Sentencia 167/2002 del Pleno del TC de 18 de septiembre de 2002  
(BOE 9 de octubre de 2002) (Recurso de amparo avogado 2060/1998)**

APELACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA (CONDENA PRONUNCIADA EN APELACIÓN SIN CELEBRACIÓN DE VISTA PÚBLICA).

**Arts. 24.2 CE, 13 LOTC y 795 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

*Recurso de amparo avogado al Pleno ante la necesidad de revisar la doctrina precedente del Tribunal, sentándose la de que en casos de apelación de sentencia absolutoria fundada en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas no puede el Tribunal “ad quem” revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia cuando por su índole es exigible la inmediación y la contradicción. [Vid. SSTC 188/2002, de 14 de octubre (BOE de 12 de noviembre) y 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre (todas ellas, BOE de 20 de noviembre) donde se aplica el nuevo criterio].*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**9.** Este bloque gira en torno a la valoración por el órgano de apelación de las referidas declaraciones de los recurrentes en amparo, de sentido claramente incriminatorio las prestadas ante la policía y ratificadas ante el Juez instructor, y de sentido totalmente exculpativo, rectificando aquéllas, las realizadas en el juicio oral, habiendo sido reproducidas y sometidas a contradicción las primeras en dicho acto mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditaban su contenido. En relación con las mencionadas declaraciones, los demandantes de amparo imputan a la Sentencia impugnada la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), al

haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración motivada y razonada que dichas declaraciones había efectuado en primera instancia el Juzgado de lo Penal, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, confiriendo más verosimilitud a las prestadas en la fase de instrucción en detrimento de las realizadas en el acto del juicio. En esta línea argumental, los recurrentes en amparo, con base en un entendimiento restrictivo de la *cognitio* del recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, concluyen afirmando que la Audiencia Provincial se ha excedido del ejercicio de sus funciones, ya que en modo alguno al Tribunal de apelación le está permitido sustituir la actividad soberana del órgano judicial de instancia en cuanto a

la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio.

El problema aquí y ahora planteado consiste, pues, en determinar si en este caso el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. O formulando en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación, y si tal posible límite se ha respetado en este caso.

Para la solución de tal problema constitucional no basta sólo con que en la apelación el órgano “ad quem” haya respetado la literalidad del art. 795 de la LECrim., en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte en caso contrario la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad) para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Circunscribiendo el problema constitucional al caso, se debe destacar, como elemento clave de caracterización del mismo, que nos hallamos ante una Sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, y que es recurrida en amparo por los condenados en la apelación.

La dificultad que puede suscitar en el problema genéricamente enunciado relativo a la interpretación constitucionalmente conforme del art. 795 de la LECrim. en relación con el art. 24.2 de la CE, no es evidentemente la misma en la aplicación de dicho art.

795 de la LECrim. al caso actual, que la que pudiera suscitarse en el caso de sentencias condenatorias en primera instancia y en los recursos de apelación contra ellas, interpuestos, bien por la parte condenada postulando la absolución, bien por la acusadora pretendiendo una condena de mayor gravedad. Mas las dificultades de interpretación conforme en esos últimos casos no deben enturbiar el análisis de la solución a pronunciar en éste, al que debemos ceñirnos estrictamente.

En el enjuiciamiento del problema actual no puede obviamente eludirse que este Tribunal en supuestos si no idénticos, sí, al menos, similares al ahora considerado, ha desestimado denunciadas vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al considerar que no se lesionaba “tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción” en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer “a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia”, pues el Juez “ad quem”, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el Juez “a quo” y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo” (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 3, reiterando doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 2; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4). En esta línea jurisprudencial, este Tribunal declaró, asimismo, que quien no ha solicitado la práctica de prueba ni la celebración de juicio oral ante el órgano “ad quem” no puede luego invocar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta

de intermediación, oralidad y contradicción en la fase de apelación (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6).

Una cierta inflexión en la doctrina constitucional reseñada la constituye el ATC 220/1999, de 20 de septiembre, en el que, ante una queja por falta de celebración de vista en el recurso de apelación penal, el Tribunal, tras aludir a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), y resaltar la eficacia y conveniencia de la celebración de vista en el recurso de apelación, declaró que la garantía procesal, al respecto contenida en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, “afecta al sistema legal de recurso establecido cuando hay, como sucede entre nosotros, más de una instancia y en la apelación se pueden ver de nuevo todas las cuestiones”, si bien inadmitió en ese caso la demanda de amparo porque la condena de los actores en la segunda instancia, tras haber sido absueltos en la primera, la dedujo el Tribunal “ad quem” “de la valoración de la prueba documental y no de otras pruebas, testificales o periciales, que exijan intermediación y oralidad”.

Pero avanzando en la línea apuntada en ese Auto, es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, lo que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa, a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 de la CE.

Esta ha sido en definitiva nuestra propia pauta jurisprudencial reflejada en múltiples

Sentencias (en concreto, y en cuanto a la interpretación del art. 6.1 citado, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3, y en el mismo sentido, y por todas, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6; 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 2).

**10.** La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la cuestión que ahora se plantea aparece inicialmente en su Sentencia de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia—, y se consolida posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH 8 de febrero de 2000 —caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino—; 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania—; y 25 de julio de 2000 —caso Tierce y otros contra San Marino).

En relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 de la CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las

cuestiones que éste tiene que juzgar. Así pues, respecto a la exigencia de aquella garantía en la apelación, debe determinarse si, en atención a las circunstancias del caso, las particularidades del procedimiento nacional, examinado éste en su conjunto, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32—; 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumanía, § 53).

No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar. La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente (SSTEDH de 26 de mayo de 1988

—caso Ekbatani contra Suecia, § 32—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, § 36—; 29 de octubre de 1991 —caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 27—; 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, § 31—; 22 de febrero de 1991 —caso Bulut contra Austria, §§ 40 y 41—; 8 de febrero de 2000 —caso Cooke contra Austria, § 35—; 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumanía, §§ 54 y 55—; 8 de febrero de 2000 —caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94 y 95).

Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, § 32—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39—; 29 de octubre de 1991 —caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28—; 29 de octubre de 1991 —caso Fejde contra Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumanía, §§ 54 y 55, 58 y 59— que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, preci-



sando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 —caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96—, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

**11.** La utilización por nuestra parte de esos criterios jurisprudenciales para la solución del problema constitucional que afrontamos aquí, y que antes quedó enunciado (esto es, el de la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede sin duda suscitar algunas dificultades a la hora de interpretar el art. 795 en el marco de la Constitución.

En realidad de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el art. 795.2 de la LECrim. (y habida cuenta que las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho), es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por esas limitaciones, y no, en principio, los otros dos (“quebrantamiento de las normas y garantías procesales” o “infracción de precepto constitucional o legal”).

Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Huma-

nos que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal “ad quem” para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de “*novum iudicium*”, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador “ad quem” asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez “a quo”, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez “a quo” (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 de la LECrim. otorga al Tribunal “ad quem” deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 de la CE.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso, dada la pro-

hibición constitucional de valorar como pruebas de cargo, como ya se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 9, las diligencias de entrada y registro practicadas en el local de la entidad mercantil de uno de los demandantes de amparo y en el domicilio del otro y la pericial llevada a cabo respecto al material intervenido con ocasión de dichos registros, la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpatorias que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación.

En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6, de que los demandantes de amparo no hubieren solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal

al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que el art. 795.6 de la LECrim. establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 —caso Cooke contra Austria, § 43).

**12.** El quinto de los bloques impugnatorios, según la sistematización del fundamento jurídico 1, se refiere a la vulneración de la presunción de inocencia, por no haberse practicado prueba válida y de cargo alguna que permita fundar la condena de los demandantes de amparo.

Si, según todo lo precedentemente razonado, en este caso, la única prueba constitucionalmente válida con la que poder enervar la presunción de inocencia era la declaración autoinculpatoria de los demandantes de amparo, prestada, según quedó dicho, ante la policía, ratificada ante el Juzgado de Instrucción y rectificada después en el juicio oral; y si, según lo razonado en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial, por impedírsele los principios de inmediación y contradicción, no podía por sí misma valorar dicha prueba, al no haberse producido ante ella, es visto que su Sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia de los apelados absueltos; por lo que la Sentencia recurrida en amparo vulnera el derecho fundamental de los demandantes.

**Sentencia 170/2002 de la Sala 2.ª del TC de 30 de septiembre de 2002  
(BOE 24 de octubre de 2002) (Recurso de amparo 4677/1998)**

APELACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA.

**Arts. 24.2 CE y 795 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Se aclara y precisa la nueva doctrina fijada en la STC 167/2002 (reproducida en este número de la Revista de Derecho Penal), circunscribiendo la imposibilidad de revocación en apelación de sentencia absolutoria (si no vuelve a practicarse esa prueba en segunda instancia) cuando esta revocación se haya basado en criterios estrictos de índole valorativa respecto a declaraciones prestadas en el plenario, o en fase de instrucción que por apreciarse contradicción con aquéllas se reproducen en el juicio oral. Sin embargo, esta restricción no operaría cuando la revocación se haya basado en una valoración jurídica distinta de la expuesta en su sentencia por el Juzgador de instancia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**15.** Bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, denuncia el recurrente que la Sentencia de la Audiencia Provincial fundamenta su condena en una nueva valoración de la prueba testifical, a través de las actas y sin la necesaria intermediación, de la que sí gozó el Juez de lo penal que inicialmente le absolvió, y sin que dicha valoración se hubiera solicitado en la apelación. Insiste el recurrente en que una nueva valoración no era posible sin que el Tribunal de apelación hubiera visto y oído de nuevo a los testigos, bajo los principios de intermediación, contradicción y oralidad, puesto que se trataba de determinar la existencia de un pacto o contrato verbal, elemento clave para la condena, a partir de las citadas declaraciones.

Antes de entrar en el análisis de esta alegación, conviene señalar que, caso de producirse, la vulneración de las garantías de intermediación, contradicción y oralidad afectaría, en primer término, al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE y 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales) y sólo de forma derivada al derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas en que se sustenta la condena no se hayan practicado de conformidad con la citada garantía.

Ciertamente, si se hubiera procedido a condenar en segunda instancia, modificando los hechos probados de la sentencia absolutoria de instancia, sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación con un pacto verbal de cuya existencia o no se hace depender la condena,

sería de aplicación al presente supuesto la doctrina recientemente establecida por el Pleno de este Tribunal (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FFJJ 9, 10 y 11), que modificando la doctrina anterior en relación con las exigencias constitucionales del proceso justo en fase de apelación, en concreto respecto de las garantías de publicidad, inmediación y contradicción, para adecuarla a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías “al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción” (FJ 11).

Sin embargo, en relación con el ámbito de aplicación de la citada Sentencia, conviene hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, que lo anteriormente expuesto se predica del problema planteado y examinado en el caso concreto: “si el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. O formulado en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir del recurso de apelación”, en un supuesto en que “nos hallamos ante una Sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria” (FJ 9).

En segundo lugar, que al analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la citada Sentencia sostiene expresamente que “no se puede concluir ... que como consecuencia de que un Tribunal

de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de las cuestiones a juzgar” (FJ 10). Y, por último, que al resolver el caso concreto, destaca que, “la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso ... debía valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpatorias que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que .... el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigían que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación” (FJ 11).

Pues bien, las circunstancias del presente caso son muy diferentes a las de aquél. Es indiscutible que el Tribunal de apelación tenía que resolver sobre la cuestión de la culpabilidad o inocencia del demandante de amparo y es el primero en condenarle, lo que nos situaría, en principio, en el grupo de casos en los que sería necesario oír personalmente al acusado conforme a la jurisprudencia del Tribunal europeo; ahora bien, lo cierto es que la condena no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad del propio acusado o de la prueba testifical, sino en la distinta valoración jurídica de un hecho documentado en los autos

y de cuya existencia parte la Sentencia de instancia al realizar la fundamentación jurídica.

En efecto, de la lectura en su conjunto de la Sentencia de 30 de octubre de 1997 se desprende con claridad que el Juez de lo Penal considera probado que el ahora demandante de amparo y el Sr. P.R. habían llegado al acuerdo verbal consistente en “ir a medias” en caso de que tocara el premio especial, y que cuando esto ocurrió el acusado ocultó esta circunstancia “no dando cumplimiento al acuerdo referido anteriormente y no entregando la mitad del mismo a P.” (...)

Por tanto, al margen de la posible incoherencia o contradicción interna de la Sentencia de instancia y del problema de motivación de ello derivado, que no se cuestiona en el presente procedimiento, lo cierto es que la existencia del acuerdo verbal y su incumplimiento son el sustrato fáctico del que parte la Sentencia absolutoria, que quedó acreditado sobre la base —sostienen el Fiscal y la Sentencia de apelación— de la prueba practicada y sometida a contradicción en el juicio oral. Las referencias y el análisis de la prueba testifical que realiza la Sentencia de apelación en su fundamento jurídico cuarto no suponen una nueva valoración de la misma a partir de la cual se fundamenta una modificación de los hechos probados, sino la confirmación de que, sobre la base de esa prueba, el hecho quedó plenamente probado y que así se estima en la Sentencia de instancia.

A partir de estos hechos probados, la Sentencia condenatoria procede, en el fundamento quinto, a realizar una distinta valoración jurídica, considerando que de los mismos puede deducirse la existencia de título idóneo para el delito de apropiación indebida y rechazando la argumentación de la Sentencia apelada, en el sentido de que la obligación derivada del pacto no era unilateral, sino recíproca. Por tanto, puede afirmarse que el núcleo de la discrepancia entre las dos resoluciones es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era

necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y que, por tanto, no se ha producido la denunciada vulneración de la garantía de inmediación, ni del derecho a un proceso justo, ni de la presunción de inocencia.

Esta conclusión es conforme tanto con la nueva doctrina de este Tribunal, como con la jurisprudencia del Tribunal europeo. En efecto, tras la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, el Tribunal ha precisado su doctrina, entre otras en STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia, donde sostiene que, a diferencia de lo que sucedía en el caso Ekbatani, en que “para la Corte de apelación la cuestión crucial concernía a la credibilidad de las dos personas implicadas” y “después de un examen de las circunstancias del caso, la Corte decidió que la cuestión de la culpabilidad o inocencia del Sr. Ekbatani no podía ser decidida sin una declaración directa dada en persona por el demandante y el reclamante” (§ 28), en el caso de la apelación del Sr. Andersson (§ 29) “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos”, por lo que declara que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, STEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia). E incluso en los supuestos de condena en segunda instancia, tras absolución en primera, pese a lo que aparentemente sostienen las SSTEDH 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania, y 25 de julio de 2000, caso Tierce y otros c. San Marino, las peculiaridades de estos supuestos hacen que la doctrina en ellos establecida no pueda generalizarse a todos los supuestos de primera condena en segunda instancia, sino que, como expresamente se afirma en ambas Sentencias (§§ 53 y 97, respectivamente), la justificación de una excepción al principio de la necesidad de debate público en apelación con presencia del acusado depende “sobre todo de la naturaleza de las cuestiones sometidas al juez de apelación” (...)

**Sentencia 187/2002 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 14 de octubre de 2002  
(BOE 12 de noviembre de 2002) (Recurso de amparo 1544/2001)**

INVARIABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

**Arts. 24.1 CE y 267 LOPJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

SÍNTESIS

*Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente relativa al derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, a consecuencia de la rectificación sobre la clasificación de unas lesiones sin ser un error material manifiesto.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Tras el examen de las concretas circunstancias concurrentes en el presente caso, es preciso traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo (FJ 2); 159/2000, de 12 de junio (FJ 3); 111/2000, de 5 de mayo (FJ 12); 262/2000, de 30 de octubre (FFJJ 2 y 3); 286/2000, de 27 de noviembre (FJ 2); 59/2001, de 26 de febrero (FJ 2); 140/2001, de 18 de junio (FFJJ 3 a 7); 216/2001, de 29 de octubre (FJ 2).

a) Aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución

protege en su art. 9.3, que no se ha erigido por el texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se ha otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1 de la CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulne-

rado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

b) El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado con carácter general en el art. 267 de la LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido.

Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones, es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, siendo éste una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, e instrumento para garantizarlo; mas no se integra en él la facultad de beneficiarse de oscuridades, omisio-

nes o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC 380/1993, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2). Ahora bien, tal remedio procesal no permite alterar sus elementos esenciales, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de julio, FJ 3; 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 112/1999, de 14 de junio, FJ 2). En este sentido conviene recordar que en la regulación del art. 267 de la LOPJ coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2; SSTC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 112/1999, de 14 de junio, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FF JJ 3 y 4; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

c) En relación con las concretas actividades de “aclarar algún concepto oscuro” o de “suplir cualquier omisión”, que son los supuestos contemplados en el art. 267.1 de la LOPJ, este Tribunal tiene declarado que son las que menos dificultades prácticas plantean, pues por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13

de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2). Asimismo ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el

órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, FJ 2). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex art. 267 de la LOPJ, aun variando el fallo.

Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 5, 6 y 7).

**7.** A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de examinarse la queja del recurrente en amparo (...)

Los Autos impugnados en amparo, previa solicitud de un nuevo informe médico forense a partir de la documentación médica de la causante del ahora demandante, rectificaron la clasificación a ésta otorgada por la Sentencia a ejecutar, al considerar que el órgano judicial sentenciador había incurrido en un error material manifiesto al clasificarla. Pues bien, aunque la Sentencia hubiera incurrido o pudiera haber incurrido en un error al clasificar a doña Francisca F.S. por las lesiones padecidas como consecuencia del denominado síndrome tóxico, tal error no puede ser calificado, como se hace en las resoluciones judiciales recurridas, de error



material manifiesto susceptible de ser corregido por la vía del art. 267.2 de la LOPJ, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 6 de esta Sentencia. Que ello es así lo evidencia, de un lado, el que el órgano judicial encargado de la ejecución haya precisado de la práctica de una nueva prueba pericial para confirmar su inicial apreciación de que el órgano sentenciador habría sufrido un error al clasificar a la causante del ahora demandante de amparo; y, de otro, que, a partir de dicho informe, haya tenido que realizar una nueva valoración del grado de invalidez de la afectada por las lesiones padecidas por el denominado síndrome tóxico, para poder llegar a extraer el pretendido error material que se rectifica en las resoluciones impugnadas.

Ambas circunstancias impiden calificar el error como material, es decir, no precisado de nuevas valoraciones, ni como manifiesto, esto es, grosero deducible a simple vista (STC 262/2000, de 30 de octubre, FJ 5, por todas), por lo que el error en cuestión no sería en ningún caso susceptible de rectificación por la vía del recurso de aclaración ex art. 267 de la LOPJ. En definitiva, la rectificación o modificación llevada a cabo por

la resoluciones judiciales impugnadas, con base en la existencia de un supuesto error material manifiesto, ha implicado una nueva y distinta apreciación y valoración probatoria de las lesiones padecidas por la causante del demandante de amparo como consecuencia del denominado síndrome tóxico, debiendo descartarse, como se pretende justificar en los Autos recurridos, que el error rectificado tuviera su origen en la errónea o indebida transcripción del informe de los médicos forenses del Juzgado de Instrucción de Dos Hermanas (Sevilla), pues en la Sentencia se asignan a la causante del demandante de amparo las siglas que figuraban en el mencionado informe, precisándose el significado y alcance de las mismas. Ha de concluirse, pues, que la decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de rectificar en los Autos impugnados la clasificación otorgada en la Sentencia a doña Francisca F.S., por no suponer, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, un error material manifiesto e implicar, por el contrario, una nueva y distinta apreciación probatoria, se ha extralimitado de los límites del recurso de aclaración y, en consecuencia, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo.

**Sentencia 192/2002 de la Sala 2.ª del TC de 28 de octubre de 2002 (BOE 20 de noviembre de 2002) (Recurso de amparo 3201/1998)**

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DEL PENADO.

**Art. 51 Ley Penitenciaria**

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

**SÍNTESIS**

*Se reproduce la doctrina constitucional en torno al alcance y requisitos de la intervención de las comunicaciones de quien está cumpliendo pena de prisión (sigue a la STC 106/2001, de 23 de abril, publicada en el n.º 4 de la*

*Revista de Derecho Penal*). En el mismo sentido, las SSTC 193 y 194/2002, de 28 de octubre, publicadas también en el BOE de 20 de noviembre de 2002.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. Así, delimitada la pretensión de este recurso, es necesario precisar —siguiendo literalmente la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6— cuáles son las líneas básicas de nuestra doctrina acerca del derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las mismas (SSTC 183/1994, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 58/1998, de 16 de marzo; 141/1999, de 22 de julio; 188/1999, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

a) El marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el art. 18.3 de la CE —que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial—, sino también y primordialmente por el art. 25.2 de la CE, precepto que en su inciso segundo establece que “el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Así pues, la persona reclusa en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el art. 25.2 de la CE.

En los supuestos como el presente, en los que ni el contenido del fallo condenatorio,

ni el sentido de la pena, han servido de base para la limitación del derecho del recurrente en amparo al secreto de las comunicaciones, es preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los arts. 18.3 y 25.2 de la CE. (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FFJJ 2 y 3).

b) El art. 51 de la LOGP reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, diferenciando el propio precepto, en cuanto al ejercicio de tal derecho, entre varias modalidades de comunicación, que son de muy diferente naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Por lo que se refiere a las limitaciones que pueden experimentar las denominadas comunicaciones genéricas que regulan los arts. 51.1 de la LOGP y concordantes RP de 1996, esto es, las que los internos pueden celebrar con sus familiares, amigos y representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria, que son las afectadas en este caso por la intervención que cuestiona el recurrente en amparo según él mismo reconoce en sus escritos; el citado art. 51.1 de la LOGP, además de mencionar los casos de incomunicación judicial, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad, pero autoriza que sean restringidas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento. Por su parte, el art. 51.5 de la LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denomi-

nadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno.

Y en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el art. 51.5 de la LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los arts. 43.1 y 46.5 RP de 1996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (SSTC 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3).

c) Respecto al requisito de la doble notificación o comunicación de la medida, este Tribunal Constitucional tiene declarado que la notificación de su adopción al interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez de que supone una garantía para el interno afectado (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).

De otra parte, la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes. Rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica, “no sólo la mera comunicación del órga-

no administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuada a posteriori mediante una resolución motivada” (STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3). Conclusión que impone, no sólo una necesaria consideración sistemática del art. 51.5 de la LOGP con los arts. 76.1 y 2.g) y 94.1 de la misma, conforme a los cuales corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, sino, igualmente, el art. 106.1 de la CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación. A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acto administrativo de intervención. Por todo ello resulta claro que, si la autoridad judicial competente se limitara a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida (SSTC 183/1984, de 20 de junio, FJ 5; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5).

d) En relación con el límite temporal de la medida de intervención debe recordarse que el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada, más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican podría lesionar efectivamente el derecho afectado (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4; 41/1996, de 12 de marzo, FJ 2). En este sentido, los arts. 51 y 10.3 de la LOGP y 41 y ss. RP de 1996 llevan implícita la exigencia del levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser nece-

saría por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se justifica exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento. Por todo ello, este Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones, se determine el período de su vigencia temporal, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El Acuerdo puede, pues, en determinados casos sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

e) Por último, la exigencia de motivación de la medida no sólo se convierte ex art. 51.5 de la LOGP en presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que, aunque faltase esa precisión legal, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el recluso que ve limitado el ejercicio de un derecho desconoce la razón de esa restricción y los órganos judiciales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de datos indispensables para llevar a cabo esa tarea, que es el objeto principal del control jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención, no sólo porque ello permite acreditar las razones que justifican la medida de restricción del derecho, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurí-

dica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.

El contenido de la motivación ha de extenderse, primero, a la especificación de cuál de las finalidades legalmente previstas —seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento— es la perseguida con la adopción de la medida y, segundo, a la explicitación de las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Respecto a dicho requisito este Tribunal Constitucional tiene declarado que la individualización de las circunstancias del caso, e incluso de la persona de interno, no significa que dichas circunstancias deban ser predicables única y exclusivamente del interno afectado por la medida, o que si se trata de características comunes que concurren en un grupo de personas no puedan aducirse como causa justificativa de la intervención. Individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado. Puede tratarse de unos rasgos comunes a los pertenecientes a ese colectivo o a una organización; en estos casos lo que debe individualizarse es esa característica común que a juicio de la Administración penitenciaria justifica en el supuesto concreto la adopción de la medida. En lo referente a los aspectos formales de la motivación, cuya finalidad sigue siendo hacer posible el control jurisdiccional de la medida, el Acuerdo ha de contener los datos necesarios para que el afectado y posteriormente los órganos judiciales puedan llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, aunque no resulta exigible que en el mismo se explicitase ese triple juicio por parte de la Administración, pues los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 5 y 6; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5)".

**Sentencia 202/2002 de la Sala 2.<sup>a</sup> del TC de 28 de octubre de 2002  
(BOE 20 de noviembre de 2002) (Recurso de amparo 5777/2000)**

ACCESO A LA JUSTICIA.

**Arts. 453 y 468 LO Procesal Militar; 55.2 LOTC; 24.1 , 106 y 117.5 CE**

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

SÍNTESIS

*Tras otorgar el amparo al recurrente, la Sala eleva al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 468.b) y 453.2 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar en el inciso “por falta leve”, al apreciar que entra en contradicción con los arts. 24.1, 106 y 117.5 de la CE.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**1.** Lo que está en cuestión en el presente recurso de amparo es si la decisión del Tribunal Militar Territorial Cuarto (La Coruña) de inadmitir el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto por el demandante contra una sanción por falta leve lesionó o no su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) en su vertiente de acceso al proceso. La resolución aludida se adoptó por el referido Tribunal mediante Auto de 8 de abril de 1999, el cual fue confirmado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 9 de octubre de 2000, desestimatoria del recuso de casación deducido contra el referido Auto. Los órganos judiciales justifican la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar deducido por el cauce ordinario en que contra las sanciones por falta leve está excluido el recurso contencioso-disciplinario ordinario; y, de otro lado, en que cuando se presentó el escrito de interposición ya había transcurrido

el plazo de cinco días establecido al efecto por el apartado c) del art. 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (en adelante LOPM) para el procedimiento preferente y sumario, único cauce de impugnación de las sanciones impuestas por falta leve. Tal sería el régimen que se derivaría de los arts. 468, apartado b) y 453 de la LOPM.

**2.** El planteamiento del demandante de amparo es ciertamente sencillo. Al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 de la LOPM), no es posible impugnar tales actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE). (...)

4. (...) aun cuando formalmente la pretensión de amparo se dirija contra la resolución judicial de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario, confirmada luego por el Tribunal Supremo, en la medida en que tales resoluciones aplican rectamente los arts. 468.b y 453 de la LOPM lo que en realidad plantea la recurrente es la inconstitucionalidad del primero de los preceptos legales citados, pretensión que, como ya señalamos en la STC 41/1981, de 18 de diciembre (FJ 1) y recordamos en la STC 117/1998, de 2 de junio (FJ 2), es posible articular en el proceso de amparo siempre que la lesión del derecho fundamental alegada en el recurso tenga su origen en la aplicación de la norma legal que se considere lesiva del derecho fundamental invocado y sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley. Ahora bien, una pretensión de esta naturaleza encuentra dos límites precisos: Por el primero se limita el contraste entre la ley aplicada y la Constitución a la contraposición de aquélla con los preceptos de ésta que reconocen derechos susceptibles de amparo constitucional, no con cualesquiera otros de la propia norma fundamental. El segundo hace referencia al alcance de la Sentencia estimatoria del recurso de amparo, la cual no podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley, sino que habrá de elevar al Pleno del Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC).

5. Centrándonos, por tanto, en la decisión de inadmisión judicialmente adoptada, bueno será recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE “prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa” (así, STC 149/2000, de 1 de junio, que cita las SSTC 197/1988, de 24 de octubre,

18/1994, de 20 de enero, y 31/2000, de 3 de febrero).

Pues bien, la LOPM configura el marco de impugnación de las sanciones impuestas por faltas leves en los arts. 468, apartado b), y 453. El primero de ellos dispone que: “no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario”. Por su parte el segundo establece que “el procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el art. 61 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la CE, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V de este libro”.

La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario. Ahora bien, si en éste no cabe aducir motivos de impugnación de legalidad ordinaria, por más que a veces sea difícil su deslinde, no cabe sino concluir que el administrado no puede impetrar el control judicial sobre la adecuación del acto sancionador al Ordenamiento jurídico excepto por lo que se refiera a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No se trata, por tanto, de una

restricción mínima, concretada en un sector reducido del Ordenamiento, la que se impone al juicio de adecuación a Derecho, sino que éste se restringe en términos extraordinariamente latos, conclusión que se ve reforzada con el análisis de la práctica jurisprudencial sobre la fijación del ámbito de lo debatible en el proceso especial y sumario (“ad exemplum” STS de 16 de diciembre de 1999). Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 de la CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 de la CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 de la CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa (...)

7. Resta por añadir que, según ha quedado expuesto, las decisiones adoptadas en el caso venían determinadas por el tenor literal de los preceptos legales de aplicación, por lo cual la vulneración del derecho fundamental en las resoluciones judiciales impugnadas encuentra su origen en la no adecuación de aquéllos al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), a la exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 de la CE) y a la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (art. 117.5 de la CE). Por ello resulta procedente, en aplicación de lo prevenido en el art. 55.2 de la LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 468, apartado b) y del art. 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso “por falta grave”.

# TRIBUNAL SUPREMO

**Sentencia 1724/2001, Sala de lo Penal del TS, de 4 de mayo de 2002**

LESIONES (DEFORMIDAD).

## **Art. 150 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

### SÍNTESIS

*Se aplica la nueva interpretación del art. 150 del CP acordada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 19 de abril de 2002, en el sentido de que no toda pérdida de pieza dentaria debe conducir automáticamente a la agravación de las lesiones por razón de deformidad.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) Discute el recurrente la aplicación del artículo 150 del Código Penal rechazando que la pérdida dentaria padecida pueda atraer la aplicación del precepto.

Como afirma el Ministerio Fiscal, en su excelente informe, la doctrina de esta Sala, es la que se expone en aquel. Sin embargo, el

artículo 150 del Código Penal, aplicable cuando la lesión causada a la víctima constituya deformidad no grave, que se considera cuando exista pérdida dentaria, que era siempre calificada como constitutiva de deformidad. Ahora bien, se ha suscitado la postura de matizar tal apreciación, cuando sean de menor entidad la relevancia de la afectación, o concurren especiales circunstancias.



El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de abril de 2002, llegó a un Acuerdo, en el que se dice: “La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 del 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”.

En aplicación de dicho Acuerdo, en el supuesto que se examina, ha de estimarse que los hechos declarados probados, no tienen la gravedad suficiente para incardinarlos en el artículo 150, no solo por la menor relevancia de la afectación, pérdida de solo una pieza dentaria, así como la posibilidad de reparación accesible con carácter general sin riesgo para el lesionado, y las circunstancias en que se produjeron los hechos.

Procede, pues, casar y anular la sentencia impugnada, en el particular a que se refiere este motivo, dictándose a continuación la procedente.

## Sentencia 819/2002, Sala de lo Penal del TS, de 8 de mayo de 2002

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

### Art. 173 Código Penal

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

## SÍNTESIS

*Se ofrece la doctrina general en relación al tipo básico de los delitos contra la integridad moral, entendiendo que realiza dicho tipo la conducta de desnudar a alguien, rociarle con un spray rosa y cortarle el pelo. Por otra parte, se estima compatible con este delito la apreciación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) El relato factual declara que la víctima fue trasladada a un monte y “en ese lugar, Imanol G., rodeado del acusado y sus acompañantes, fue obligado a desnudarse, le rociaron el cuerpo con spray de pintura rosa y le cortaron el pelo con unas tijeras. Tras lo cual el acusado y sus acom-

pañantes abandonaron el lugar, dejando en el mismo a Imanol G.” y añade: “el acusado que conocía a Imanol G. desde hacía varios años, estaba enfadado con este último por(que) había mantenido relación con la amiga del acusado”.

Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o su-

ponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene porqué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura.

Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un “plus” de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero, como exponemos, dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura.

El delito del artículo 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial (“infligir a una persona un trato degradante”), y un resultado (“menoscabando gravemente su integridad moral”). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envile-

cerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral”.

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión “trato degradante”, que —en cierta opinión doctrinal— parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista

gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2.º del CP (...)

**Cuarto.**—Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS. 5-6-1995, 27-4-1996, 7-2-1997 y 21-3-2000, entre otras muchas):

1.º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante co-

mo una “alevosía menor” o de “segundo grado”.

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso, concurren todos esos elementos. Ya hemos dejado apuntado que tal abuso de superioridad no es inherente al delito, porque el mismo puede ser perfectamente cometido por una sola persona, no requiriendo participación colectiva alguna; los agresores, entre los que se contaba el acusado hoy recurrente, conocían perfectamente que tal situación numérica era aprovechada para la comisión delictiva, minimizando que no anulando la defensa de la víctima. Concorre finalmente la superioridad personal, por lo que cumpliéndose todos los citados requisitos, los motivos que hemos estudiado conjuntamente tienen que ser desestimados.

## Sentencia 832/2002, Sala de lo Penal del TS, de 13 de mayo de 2002

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. ESTAFA (MEDIANTE CHEQUE). DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO IDEAL.

**Arts. 250.1.3.º y 392 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Se aplica el criterio adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002, en el sentido de entender que 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 art. 250.1.3.º del CP y falsedad en documento mercantil del art. 392 del CP. Los cheques de viaje también tienen consideración de cheque a estos efectos. Finalmente, se explica el procedimiento seguido para la determinación de la pena cuando se da un concurso ideal de dos delitos continuados.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...) El argumento impugnativo del recurso se desdobra en dos: En el primero se sostiene que los cheques de viaje cumplen todos los requisitos exigidos por la Ley cambiaria y del cheque para los cheques ordinarios. En el segundo se arguye que un delito de estafa cometido mediante cheque integra el subtipo agravado del art. 250.1.3.º del CP.

El recurso ha de prosperar. Analizamos el doble alegato en orden inverso al que ha sido formulado.

2. Es doctrina de esta Sala que la figura agravada del artículo 250.1.3.º del Código Penal engloba a todos los medios de pago o crédito más usuales en el tráfico mercantil. Con ello el legislador ha querido poner el acento agravatorio, en el hecho de la mayor facilidad que supone la utilización de estos medios para hacer prosperar la maniobra defraudatoria o engañosa, en cuanto que supone valerse de un instrumento formal que es de uso corriente en las relaciones financieras o de cambio. El que se vale de estos medios aparenta una situación de crédito que no responde a la realidad y por ello no sólo defrauda, sino que pone en peligro la fiabilidad y credibilidad del tráfico mercantil (S. 2324/2001, de 10 de diciembre).

En reciente sesión plenaria, no jurisdiccional, celebrada el pasado 8 de marzo de 2002, esta Sala adoptó el Acuerdo siguiente: “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 agra-

vada del art. 250.1.3.º del Código Penal y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal”.

El argumento del Ministerio Fiscal, es por completo, acorde al criterio adoptado por esta Sala.

3. Hay que determinar, ahora, si los cheques de viaje reúnen los requisitos del art. 106 de la Ley Cambiaria y del cheque, como sostiene el Ministerio Fiscal, frente a la negativa de la sentencia impugnada que lo niega por el principio de taxatividad del derecho penal.

En la sentencia citada de 10 de diciembre de 2001 se afirma que la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985 proporciona un concepto amplio de cheque al regular sus requisitos en el artículo 106. Para que un documento pueda ser considerado como cheque, es necesario que contenga la denominación de cheque inserta en el texto mismo del documento expresado en el idioma empleado para la redacción de dicho título. Asimismo deberá tener una referencia al mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial. Incluye también una necesaria mención al nombre del que debe pagar, denominado librado, que necesariamente ha de ser un Banco, el lugar de pago, la fecha y el lugar de la emisión del cheque y la firma del que expide el cheque, denominado librador. El cheque ha de librarse contra un Banco o entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador y de conformidad con acuerdo expreso o tácito, según la cual el

librador tenga derecho a disponer por medio de cheques, de aquellos fondos.

Concluye la sentencia que en los cheques de viaje figuran, los requisitos anteriormente mencionados en sus apartados esenciales y ponen de relieve que nos encontramos, de forma indubitada, ante un instrumento que reúne las características del cheque y que por tanto se integra, sin necesidad de una interpretación extensiva perjudicial al reo, en el elemento normativo del tipo previsto en el artículo 250.1.3.º del Código Penal. El libramiento de un cheque admite varias modalidades. Se puede emitir para que se pague a persona determinada, con o sin cláusula “a la orden”, a una persona determinada con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente y al portador (Artículo 111 de la Ley Cambiaria y del Cheque). Asimismo admite la fórmula de libramiento a favor o a la orden del mismo librador, por cuenta de un tercero, contra el propio librador, siempre que el título se emita entre distintos establecimientos del mismo (Artículo 112 Ley Cambiaria y del Cheque). De igual manera el cheque puede ser emitido para que se pague en el domicilio de un tercero, ya en la localidad donde el librado tiene su domicilio, ya en otra, siempre que el tercero sea un Banco o Entidad de Crédito.

Todo ello nos lleva a la conclusión inquestionable de que el llamado cheque de viaje, cumple todos los requisitos exigidos por la Ley para acogerse a la denominación de cheque a efectos mercantiles y penales.

Por lo expuesto el recurso del Ministerio Fiscal motivo debe ser estimado.

4. La estimación del motivo obliga a individualizar la pena que hay que imponer al acusado. El Fiscal ha interesado la pedida por él en la instancia que fue de cinco años de prisión y multa de 11 meses con cuota/día de 1000 pts.

El acusado estima que en el caso de no prosperar su recurso y atendiendo al escaso valor de defraudación —131.144 pts.— la pena impuesta por la sentencia impugnada dos años y cuatro meses de prisión, sería correcta.

En el nuevo Código Penal son de aplicación las reglas penológicas establecidas en los arts. 74.1 (delito continuado) y 77.2 (concurso ideal) lo que obliga a imponer la mitad superior de la mitad superior (en este sentido sentencias 69/1999, de 26 de enero, 2328/2001, de 4 de diciembre y 2546/2002, de 2 de enero).

La pena prevista en el art. 392 del CP para el delito de falsedad en documento mercantil, cometido por particular, es la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; la mitad superior estará comprendida entre un año y nueve meses a 3 años de prisión y entre nueve y doce meses de multa. Por lo que se refiere al delito de estafa, teniendo en cuenta que la pena en toda su extensión oscila (art. 250.1.3.º del Código Penal) entre uno y seis años de prisión y seis a doce meses de multa, la mitad superior sería la de prisión de tres años y seis meses a seis años de prisión y multa de 9 a 12 meses.

Como ambos delitos han sido apreciados en concurso ideal el art. 77.2 obliga a imponer la pena prevista para la infracción más grave, que es la de estafa, en su mitad superior. La mitad superior de una pena de prisión de 3 años y seis meses, a seis años y multa de 9 a 12 meses estaría comprendida entre el límite mínimo de 4 años y 9 meses a 6 años como límite máximo y entre 10 meses y 5 días y 12 meses de multa.

Procede imponer cuatro años y nueve meses de prisión y multa de 10 meses y cinco días con cuota/diaria de 1000 pts. que es el mínimo de la pena resultante.

**Sentencia 880/2002, Sala de lo Penal del TS, de 14 de mayo de 2002**

REGISTRO DE ALMACENES.

**Arts. 118, 265, 547.3.º y 569 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*La naturaleza “cautelar” del registro de almacenes cuestionado justifica para la Sala el hecho de que se llevara a cabo antes de dar a conocer a los ahora recurrentes la denuncia presentada contra ellas y, por ende, su inasistencia.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) En concreto las censuras efectuadas son:

a) Se presentó denuncia por la Procuradora, sin acompañar el poder especial que exige el art. 265 de la LECriminal.

Se trata de una mera irregularidad incapaz de dar vida a las violaciones que se dice, y respecto de las que nada se argumenta, agotándose el discurso de los recurrentes en la mera alegación de la denuncia. En todo caso, debe recordarse que la propia denuncia efectuada tiene el valor de “notitia criminis” que le permite al juzgador investigar por sí mismo —principio de oficialidad—, y en todo caso le obliga a ofrecer el procedimiento a los perjudicados de conformidad con el art. 783 de la LECriminal. No justifica el recurrente la conexión entre esa mera irregularidad denunciada y las consecuencias que trata de extraer.

b) En relación a los mandamientos de entrada y registro acordados en los almacenes donde se encontraban los muebles adquiridos por los recurrentes y que estaban

siendo vendidos en liquidación, se afirma que debió hacérseles conocer a los recurrentes el proceso abierto, de acuerdo con el art. 118 de la LECriminal, siendo nulos dichos registros por haberse efectuado sin su presencia, y existir errores en los precintos de los muebles que allí estaban.

También la sentencia sometida al control casacional da oportuna respuesta a esta denuncia.

Dada la naturaleza de los hechos denunciados y el soporte documental acompañado, el Juez de Instrucción actuó correctamente tratando de evitar la desaparición de los muebles que quedaban, en tal sentido, el registro fue llevado a cabo antes de conocer la denuncia presentada a los recurrentes, y como medida cautelar. La presencia de sus letrados no era necesaria. Al respecto debemos recordar que se trataba de registro de almacenes, y que se respetó la legalidad exigible por el art. 569. La identificación de los muebles fue efectuada a presencia del Juez y Secretario, a la vista de la documental presentada y la coincidencia con los muebles o datos identificadores de los embalajes, en-

contrándose presentes los empleados de los recurrentes.

Precisamente la naturaleza meramente cautelar de la medida la ofrece el propio motivo cuando alega que el propio Juzgado

acordó algunos desprecintos de muebles que no se correspondían con los suministrados por los denunciante, lo que constituye la prueba más palpable de ausencia de indefensión.

## Sentencia 222/2002, Sala de lo Penal del TS, de 15 de mayo de 2002

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO (CUESTIÓN PREVIA).

**Arts. 666.3.º y 793.2.º LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Improcedente apreciación como cuestión previa y en el trámite de la audiencia preliminar de la prescripción del delito en un supuesto de gran complejidad para el cálculo de la pena al mediar peticiones relativas a subtipos agravados y continuidad delictiva.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Como punto inicial de nuestra reflexión debemos partir de la naturaleza que tienen en nuestro sistema procesal penal los artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666 de la LECriminal. Recordemos al respecto, que el auto impugnado, resolvió el tema de la prescripción alegada como de previo pronunciamiento en la fase de la Audiencia Preliminar prevista para el Procedimiento Abreviado en el art. 793.2.º de la LECriminal.

Con el nombre de artículos de previo pronunciamiento se engloban una serie de instituciones heterogéneas entre sí, una de naturaleza procesal —la primera y quinta del art. 666—, el resto de naturaleza material o sustantiva, que tienen como nexo común su na-

turaleza de presupuestos procesales que pueden impedir el normal avance de la causa, pudiendo tener, en consonancia con su diversa naturaleza, unos efectos de muy distinto alcance que van desde la absolución en la instancia y remisión al Tribunal competente —declinatoria de jurisdicción—, al dictado de una decisión sobre el fondo equivalente a una sentencia absolutoria —supuestos de cosa juzgada, prescripción, amnistía o indulto—, o bien la suspensión temporal del procedimiento —supuesto de falta de previa autorización—. En todo caso, constituyen formas excepcionales de finalizar el proceso, en contraposición con el dictado de la sentencia subsiguiente al Plenario que sería su finalización normal.

Centrándonos en la argumentación que ha justificado la decisión plasmada en el au-

to sometido al presente control casacional: la estimación de estar prescrito el delito, debemos recordar que este instituto opera en relación a la pena en abstracto que corresponde al delito, no a la pena en concreto que pueda corresponderle a la persona enjuiciada. Esta es la doctrina tradicional de la Sala y, curiosamente, la citada en el auto recurrido para justificar la prescripción por no aplicación del subtipo agravado ni la continuidad delictiva.

En relación al principio de la pena en abstracto, procede efectuar una doble matización de opuesto sentido, que, sin separarse sustancialmente de lo que ha sido la tradicional doctrina de esta Sala, puede aportar una mayor concreción al concepto de pena en abstracto, pero que en todo caso, acarrearía el rechazo de la interpretación que se efectúa en el auto recurrido que determinó el archivo.

La primera matización se refiere a que el concepto de pena en abstracto debe de relacionarse necesariamente con los grados de ejecución o título de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado, y por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título de autor y en delito consumado. Ello supone que si el delito está en grado de frustración, o la participación lo es a título de cómplice, el concepto de pena en abstracto debe enmarcarse en esas concretas coordenadas porque existe una delimitación “ex lege” que no puede ser obviada.

La segunda matización se refiere a que la pena en abstracto, así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término “pena máxima” señalada al delito, que se contiene en el artículo 131 del actual Código Penal, es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, o por la continuidad delictiva, pero, se insiste, ex-

cluyendo aquellas puniciones que por Ley no pueden ser impuestas dado el grado de desarrollo del delito o de participación del inculpaado porque —y esta es la aportación interpretativa que se efectúa— no sería pena en abstracto máxima posible legalmente la pena correspondiente al autor cuando el inculpaado es cómplice, o la del delito consumado cuando el caso contemplado es el de la frustración (...)

Esta línea que se postula parece más acorde con el principio de legalidad en la medida que impide la equiparación del autor con el cómplice, y del delito consumado con el frustrado a los efectos de la prescripción, e impide, además, el posible efecto perverso de un tratamiento igual o más severo a la prescripción del delito que a la prescripción de las penas a pesar del mayor plazo prescriptivo que esta tiene.

En concreto, y con incidencia en la resolución del recurso presente, lo que resulta claro es que a efectos de la determinación de la pena para calcular el plazo de prescripción ha de tenerse en cuenta la exasperación penal derivada de la posible aplicación de subtipos agravados o de la continuidad delictiva (...)

Lo expuesto pone de manifiesto lo desahogado de la fundamentación justificadora de la decisión adoptada, pues ha anticipado cuestiones que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del Plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas.

Y es que, como se recuerda en el Auto de esta Sala de 9 de marzo de 1998, “...para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley...”.

No es este el caso de autos, en el que la petición de alguna de las partes acusadoras de subtipos agravados y la continuidad delictiva, permitían ampliar el marco de la acusación hasta la pena de prisión mayor. En



esta situación, lo procedente era y es deferir la cuestión al Tribunal sentenciador después de la celebración de la Vista Oral, siendo consecuencia de ello resolver la cuestión en sentencia, coherente con la posibilidad contemplada en el art. 678 de la LECriminal de

reproducir por vía de informe las cuestiones previas que se hubiesen desestimado; siendo improcedente adelantar una cuestión tan compleja como la expuesta en base a hipótesis de decisiones que en buena lógica sólo deben tomarse tras la práctica del Plenario.

## Sentencia 866/2002, Sala de lo Penal del TS, de 16 de mayo de 2002

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA.

**Art. 739 LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

### SÍNTESIS

*Tras exponer la doctrina general sobre la naturaleza del derecho a la última palabra, se ratifica el criterio de la Sala ya plasmado en la Sentencia 5666/2000 (reproducida en el n.º 1 de la Revista de Derecho Penal) sobre los efectos que produce su vulneración.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

En el primer motivo del recurso, que se ampara en el art. 849.1.º de la LECr. y en el 5.4 de la LOPJ, se denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la CE, que ha supuesto para el acusado, según la parte recurrente, el hecho de que no se le concediera la posibilidad de manifestar algo en su defensa al término del juicio oral. El motivo debe ser estimado puesto que, efectivamente, en el acta del juicio oral no consta que se cumpliera por el Tribunal de instancia lo dispuesto en el art. 739 de la LECr. En esta norma procesal se establece el deber del Presidente del Tribunal de preguntar a los

procesados, terminados los informes de las acusaciones y defensas, si tienen algo más que manifestar y, a continuación, el deber de conceder la palabra al procesado que contestare afirmativamente. De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en las sentencias de 9-12-1997 y 5-4-2000, este último trámite del plenario no puede ser suprimido sin lesionar gravemente el derecho fundamental a la defensa que garantiza a todos el art. 24.2 de la CE. Debe tenerse en cuenta que el derecho a la defensa es uno y el derecho a la asistencia de letrado otro, de suerte que la efectividad del segundo no deja sin contenido al primero. Así deben ser interpretados en nuestro ordenamiento jurídico los arts. 14.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.º 3.c) del

Convenio Europeo de Derechos Humanos que proclaman el derecho de todo acusado de defenderse personalmente —por sí mismo— o ser asistido por un defensor. Y constituye un rasgo significativo de nuestra vieja y venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal —un rasgo revelador, por cierto, de la sensibilidad de sus autores para los valores liberales que inspiran el moderno proceso penal— que se anticipase en muchas décadas a la normativa que hoy refuerza el derecho a la defensa no considerándolo agotado con la intervención del Abogado defensor. El art. 739 de la LECr. abre para el acusado la posibilidad de expresar, directamente y sin mediación alguna, las alegaciones que estime pueden contribuir al más eficaz ejercicio del derecho de defensa, matizando, completando o rectificando, en su caso, los hechos y los argumentos expuestos por su Letrado; y al mismo tiempo, permite eventualmente que el Tribunal incorpore, a los elementos que debe apreciar en conciencia según el art. 741 de la misma Ordenanza Procesal, algunos que, siendo dignos de advertencia y reflexión, hubiesen sido omitidos en la actuación del Letrado. Es por ello por lo que el derecho reconocido al acusado en el art. 739 de la LECr. se inscribe plenamente en el derecho de defensa y por lo que

privar al mismo de la posibilidad de decir la última palabra en el proceso penal debe ser considerado lesivo de dicho derecho fundamental y motivo suficiente para casar y anular la Sentencia que se haya dictado tras producirse tal infracción constitucional.

En principio, la casación de una sentencia por el quebrantamiento que hemos apreciado sólo debería llevar consigo, por aplicación analógica del art. 901.bis.a) de la LECr., la reposición de los autos al momento en que se omitió el cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado art. 739. No obstante, la importancia que revisten en el proceso penal los principios de concentración y unidad de acto nos obligan a anular el juicio oral desde su comienzo y a ordenar la reposición de las actuaciones al momento mismo de su inicio para que, en el más breve plazo posible habida cuenta del tiempo que llevan los justiciables esperando una respuesta penal definitiva, se celebre de nuevo ante un Tribunal integrado por Magistrados distintos de los que dictaron la Sentencia recurrida para eliminar, frente a las partes, toda sombra o sospecha de prejuicio. La estimación de este primer motivo del recurso no permite que continuemos conociendo del resto del mismo.

## Sentencia 633/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2002

INTERROGATORIO DE COIMPUTADO.

**Arts. 6.d) CEDH y 24 CE**

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

### SÍNTESIS

*Ante la negativa de un coimputado a responder a las preguntas del Letrado defensor del otro imputado, el que el Letrado de aquél le formule las preguntas de este otro Letrado haciéndolas suyas no satisface el derecho a interrogar a los testigos de cargo y el derecho de defensa.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.**—Pasamos al estudio del motivo octavo, también por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales en denuncia de quiebra al derecho a un proceso con todas las garantías en relación al testimonio del coimputado S.G.

Se dice que la valoración de tal testimonio vulneró el derecho a interrogar al coimputado en su condición de testigo de cargo respecto de Eugenio E.

Juan Manuel S.G. en el Plenario se negó a responder a las preguntas del Letrado del recurrente y es este hecho el que fundamenta el motivo porque no obstante ello, sus declaraciones fueron tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciador para justificar la condena del recurrente.

El Tribunal aborda la cuestión en el segundo de los Fundamentos de la sentencia con cita de dos sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 2000 y 5 de diciembre de 2000 que vienen a distinguir que dicha prueba de cargo sea la única en cuyo caso no procedería su valoración, o que existan otros medios probatorios que la corroboren en cuyo caso podría ser tenida en cuenta.

Como argumento adicional en favor de la valoración de dicho testimonio se afirma que, ante la negativa de S.G. a contestar al Letrado defensor de Eugenio E., el Letrado del propio defensor de S.G. hizo suyas las preguntas de aquél.

Tal argumento no cubre las exigencias del derecho a interrogar los testigos de cargo reconocido en el art. 6.d) del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas y que constituye parte del núcleo del derecho a la defensa cuya privación causa una efectiva indefensión.

Es obvio que la propia autonomía del derecho de defensa, y por tanto de interrogar al

testigo de cargo no se satisface con el hecho de que otro Abogado le haga al testigo-coimputado las preguntas a las que no quiso responder, porque corresponde al Letrado del recurrente, y sólo a él, articular el interrogatorio según vaya conociendo las respuestas lo que es imposible que sea conocido y asumido por otro Letrado en base a un listado de presuntas sin respuestas, que de haber existido estas, se hubiera hecho o no.

En el presente caso debemos declarar que la argumentación del Tribunal de instancia expuesto no puede ser compartida, con la consecuencia de extraer del caudal probatorio la declaración de S.G. exclusivamente en aquella parte que resulta incriminatoria para el recurrente.

En tal sentido podemos citar, además de la STS n.º 279/2000, de 3 de marzo citada en la sentencia recurrida, la n.º 1395/2000, de 8 de septiembre, y la de 6 de junio de 2001, podemos recordar con la STC 57/2002, de 11 de marzo, que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, sólo se satisface dando al acusado —en este caso al recurrente— ocasión adecuada y suficiente para discutir el testimonio.

Tal ocasión no la tuvo el recurrente, máxime si se tiene en cuenta la condición de coimputado con la que asistió S.G. al Plenario.

No obstante, y al igual que en el supuesto contemplado en la sentencia n.º 1395/2000, tal exclusión de la prueba no nos conduce al vacío probatorio como se razonará en el Fundamento Jurídico sexto de esta resolución.

El motivo aunque debiera ser estimado carece de toda practicidad cara a modificar la decisión final de la sentencia, por lo que se impone su rechazo.

**Sentencia 693/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2002**

REINCIDENCIA.

**Art. 22.8.ª Código Penal**

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

SÍNTESIS

*Se ratifica el criterio de esta Sala al entender que el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas tienen “la misma naturaleza”, a los efectos de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia. (Acuerdo de 6 de octubre de 2000, publicado en el n.º 2 de la Revista de Derecho Penal).*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...) 4. La más reciente doctrina jurisprudencial, manifestada en las sentencias de esta Sala 305/2000, de 16-2; 1050/2000, de 15-6; 1872/2000, de 5-12; 1566/2001, de 15-9; 1665/2001, de 28-9 y 2033/2001, de 5-11, considera que el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas son figuras delictivas de la misma naturaleza, a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia 8.ª del art. 22 del CP, de conformidad con el Acuerdo del Pleno de esta Sala de 6 de octubre de 2000, reflejado en acta del 23 siguiente. Se han señalado por la jurisprudencia citada como razones de la identidad de naturaleza del robo violento y el robo con fuerza las siguientes: a) Los dos

delitos reciben en la Ley y en la doctrina el mismo “nomen iuris”, están legalmente definidos de forma conjunta en el mismo precepto —el art. 237 del CP— y a su regulación se dedica exclusivamente un capítulo del CP; b) Ambos delitos lesionan el mismo bien jurídico, es decir, el patrimonio ajeno; c) Su morfología básica no es diferente, puesto que consiste en un desplazamiento de la posesión de una cosa mueble mediante el apoderamiento de la misma por el sujeto activo; y d) Tanto en el delito de robo con fuerza en las cosas como en el delito de robo con violencia e intimidación en las personas, el autor despliega una mayor energía criminal que la utilizada en el puro y simple despojo, ya que ha de vencer, bien un dispositivo de defensa establecido por el propietario de la cosa, bien la resistencia personal del mismo manifestada o presunta.

**Sentencia 885/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2002**

PRUEBA ILÍCITA Y DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.

**Arts. 24 CE y 11 LOPJ**

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

SÍNTESIS

*Cuestionada la ilicitud de la prueba la Sala aplica a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” la corrección de la Teoría del “descubrimiento inevitable”.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—...el primer motivo por infracción de Ley del recurso se basa en la infracción de los arts. 24 de la CE y 11 de la LOPJ que —a juicio de la Defensa— serían consecuencia de la obtención de un molde de yeso que reprodujera su dentadura, que permitió más tarde su identificación como autor del delito que se le imputa, sin haberle informado de sus derechos ni haberse proporcionado una defensa letrada. Señala que la Policía tampoco solicitó autorización judicial para la práctica de la medida, que, por lo tanto, la prueba ha sido ilícitamente obtenida y que todo el proceso debe ser anulado, pues todas las pruebas restantes se derivan de la obtención del molde de la dentadura del recurrente. La cuestión es reiterada en el segundo motivo también basado en la infracción del art. 24 de la CE.

Ambos motivos deben ser desestimados.

La Audiencia estimó que la prueba había sido legalmente obtenida, pues en el momento en el que se solicitó por la policía el consentimiento del recurrente para la obtención del molde dental “no existían elementos que le atribuyeran una conducta delicti-

va”. Consecuentemente, el Tribunal “a quo” sostuvo que no existía una relación directa entre la obtención del primer molde y los posteriores, dado que no había existido ninguna violación de los derechos del recurrente en la obtención del primero.

Este argumento es discutible, dado que la policía no solicitaba el consentimiento de cualquier persona para la obtención de una prueba que, conectada con la autopsia que ya conocía, poder llegar a una comprobación de la autoría. Es evidente que se comenzó por la primera persona que aparecía en una serie de posibles sospechosos.

No obstante, la infracción jurídica cometida no permite invalidar las pruebas posteriores. En efecto, cuando la medida adoptada posteriormente con la debida instrucción de derechos al recurrente, en su calidad de imputado, fue judicialmente decidida, no podía ser considerada como consecuencia de la primera, toda vez que con los conocimientos que en ese momento obraban en la causa, la comprobación de la posible autoría de aquél era prácticamente inevitable. No ofrece dudas que era conocida por el Juez de Instrucción la relación personal del recurrente con la víctima, que las características

de esa relación podían ser el motivo del hecho ocurrido y que la autopsia había revelado la existencia de una mordedura que permitía identificar al autor conociendo la estructura de su dentadura. En tales condiciones, la medida adoptada no puede estar condicionada por la obtención previa del molde, pues incluso sin éste, cualquier juez de instrucción hubiera tenido que decretar la diligencia si hubiera tenido conocimiento de la herida. En estos casos, la llamada doctrina del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del “inevitable discovery” (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las cir-

cunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.

## Sentencia 917/2002, Sala de lo Penal del TS, de 24 de mayo de 2002

INEXISTENCIA DE PREJUDICIALIDAD PENAL.

**Arts. 666.2 y 849.2 LECrim y 14.7 PIDCP**

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

### SÍNTESIS

*La inexistencia en el orden penal del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada impide que un órgano judicial pueda estar vinculado, en el enjuiciamiento de determinados hechos, por lo resuelto por otro que haya podido conocer de ellos por la razón que sea (en el caso de autos por haberse fraccionado éstos juzgándose unos por el Tribunal del Jurado y otros por la Audiencia).*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **Segundo.—(...)**

3. En lo que llama primer epígrafe del recurso recuerda el recurrente que a causa

del enfrentamiento ocurrido el día de autos, entre el propio recurrente Francisco José y sus hermanos Germán y Néstor con los hermanos R. de L., se incoaron las Diligencias Previas 713/1997, por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Langreo que se dividieron

en varios procedimientos: a) homicidio consumado en el que fueron acusados el ahora recurrente Francisco José y su hermano Germán D.R. por la muerte de Marcos R. de L. en el procedimiento de la Ley del Jurado 1/1997; b) homicidio intentado, riña tumultuaria y dos faltas de lesiones siendo acusados Francisco José y Germán D.R., que dio lugar al sumario 3/1997 en el que se declaró extinguida la responsabilidad penal de Germán, tras su fallecimiento en accidente de automóvil que es del que trae causa el presente recurso de casación; y c) riña tumultuaria, y dos faltas de lesiones (P.A. 38/1999 contra los hermanos R. de la L. donde recayó sentencia condenatoria.)

Recuerda también que en la sentencia de 2 de febrero de 1999, dictada por el Tribunal del Jurado, se le apreció al acusado Francisco José D.R., ahora recurrente, la atenuante analógica de miedo insuperable como muy cualificada y la de confesión de la infracción a las autoridades.

Estima el recurrente que lo decidido por la Sentencia del Jurado, ha de jugar en la de la Audiencia Provincial, que es la que ahora se impugna, por un efecto similar al conocido como prejudicial o positivo de cosa juzgada, y ello aunque estrictamente no concurren las identidades previstas en el art. 1252 del Código Civil, para salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que ha conformato una realidad jurídica de una forma cualificada y no puede ser desconocida por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada, la propia eficacia de aquella. Se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva si dos resoluciones llegan a soluciones distintas sobre la responsabilidad de lo sucedido o la entidad de las circunstancias modificativas concurrentes en el actuar del agente.

La consecuencia, según el recurrente, es que debe modificarse la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, en el sentido de transcribir el contenido de la primera sentencia recaída, y por ello, apreciar la atenuante de miedo insuperable como muy cualificada.

La impugnación no puede prosperar. La LECr. en los arts. 3.º a 7.º no contempla ni regula la prejudicialidad penal (STC 176/1991, de 19 de septiembre, y STS 784/2002, de 3 de mayo).

Como expresa la Sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1996 (RJ 7826), y recuerda el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, “en materia penal, en ningún caso un órgano judicial puede estar vinculado, en el enjuiciamiento de determinados hechos, por lo resuelto por otro órgano judicial que haya podido conocer de ellos, por la razón que sea; independientemente, de los supuestos en que concurra la cosa juzgada” (art. 666.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La sentencia de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5150), rechaza de plano que la certificación de otra sentencia constituya documento a los efectos de los arts. 849.2.º y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

El propio recurrente reconoce que no existe en este caso excepción de cosa juzgada, y que, a efectos prácticos no tendría repercusión la apreciación que postula, pues la estimación de las dos atenuantes como simples ha originado que se aplique el art. 66.4.º del Código Penal y se baje la pena un grado. Como se ha impuesto la pena de dos años y seis meses de prisión, ello supone que se ha rebajado la pena dos grados, uno por la tentativa y otro por la concurrencia de las dos atenuantes simples, e incluso se ha impuesto la pena en su límite mínimo posible, con lo que el efecto práctico sería el mismo que si se hubiera apreciado la atenuante analógica de miedo insuperable como muy cualificada. En ningún caso se constata la vulneración del principio “non bis in idem” que es lo que proscribía el art. 14.7.º del Pacto de Nueva York y el art. 25.1 de la CE. El motivo no puede prosperar desde esta primera perspectiva en la que se pretende que debe modificarse la declaración de hechos probados para transcribir los de la sentencia del Jurado y apreciar la atenuante de miedo insuperable como muy cualificada.

**Sentencia 955/2002, Sala de lo Penal del TS, de 24 de mayo de 2002**

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. ESTAFA MEDIANTE CHEQUE.

**Arts. 250.1.3.º y 392 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

SÍNTESIS

*Ratifica el criterio fijado en el Acuerdo de la Sala, de 8 de marzo de 2002, en el sentido de apreciar un concurso de delitos entre falsedad en documento mercantil y estafa mediante cheque (al igual que la Sentencia 832/2002, de 13 de mayo, recogida en este mismo número de la Revista de Derecho Penal). Entiende, por otra parte, esta resolución que cuando se hurta un cheque totalmente suscrito, hay que sancionar por el valor señalado en el mismo.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el primer motivo de impugnación, se denuncia aplicación indebida de los artículos 392 y 390 del Código Penal, aduciéndose que la falsedad debe quedar absorbida en el delito de estafa.

El motivo es improsperable.

En efecto la deficiente regulación positiva ha creado graves problemas hermenéuticos, no sólo en la doctrina científica, sino en la propia jurisprudencia emanada de esta Sala, que todavía no ha hallado argumentos contundentes, que diluciden, de una vez por todas, la problemática que suscita.

Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque, abarca también

los supuestos falsarios, y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción (art. 8.3 del CP), en favor del tipo de estafa agravada, previsto en el art. 250.1.3. Tribunal Supremo, sentencia de 20 de junio de 2001.

b) Restringir o limitar las estafas realizadas mediante cheque, a las hipótesis de emisión de título valor sin cobertura. En este caso el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo sería aprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso medial de delitos entre la falsedad y estafa agravada (art. 77 del CP). En esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente en las sentencias de 3 y 14 de diciembre de 1998; 27 de marzo y 26 de julio de 2000.

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independien-



temente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible “bis in idem” prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del art. 248 del Código Penal —Sentencias de 15 de marzo y 4 de mayo de 2001—.

La cuestión que se suscita es ciertamente debatida, tanto que, incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra expresión de las tres posiciones a que se acaba de hacer referencia. No existía, pues, un criterio suficientemente consolidado en la materia (lo que se evidencia en el resultado del debate producido en la Sala general de 19 de julio 2000), pero podría mantenerse, desde el punto de vista jurisprudencial, todas las posturas expuestas.

De nuevo, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en reunión celebrada el 8 de marzo de 2002, examinó el tema planteado que esta vez, se resolvió, en el sentido de estimar que 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 gravada del artículo 250.1.º 3.º del Código Penal, y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal.

Por tanto, al sancionar el Tribunal de instancia, los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1 y 2, y el de estafa continuada de los artículos 248 y 250.3 del Código Penal, en posición coincidente con la adoptada por esta Sala en el último Pleno no jurisdiccional de la misma, el motivo, pues, debe rechazarse.

#### **Segundo.—(...)**

El problema que se suscita, de especial interés, es el relativo a los títulos valores, en los que lo significativo no es el valor del documento intrínsecamente considerado, en que se recogen, sino el del derecho que incorporan o acreditan.

El motivo que fue apoyado parcialmente por el Ministerio Fiscal, que estimó debió reputarse los hechos constitutivos de una falta y no de un delito de hurto, debe ser desestimado.

En efecto, el concepto de cosa en el hurto, se trate de un delito o de una falta, no se agota en la materia que puede ser objeto de apropiación. La teoría y la jurisprudencia han establecido que el objeto de la apropiación puede ser también el valor que la cosa representa o corporiza. Esto es, el hurto se comete tanto cuando el autor se apropia de la materia de la cosa, como cuando lo hace del valor que esta materializa. Como concurre con el título-valor que permite obtener una determinada suma de dinero, por corporizar un concreto valor, realizable a la presentación del mismo en el establecimiento bancario, sí reúne todos los requisitos necesarios para su validez —sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1993—.

La sentencia de esta Sala de 24 de diciembre de 1990 expresa que el delito de hurto es un delito contra la propiedad. En consecuencia, no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor. Por lo tanto, aunque el valor representado por el cheque se hubiera hecho efectivo, la desapropiación del titular del mismo lo priva de un instrumento necesario para el ejercicio de su derecho de crédito y con ello se lesiona su propiedad de una manera típica en relación al artículo 514 del Código Penal.

En el supuesto que se examina, el recurrente hizo suyo un pagaré debidamente suscrito en su totalidad, y por tanto, apto para ser presentado al cobro lo que efectuó aquél en Caja Canarias, entidad que debía abonarlo, haciendo suyo el importe en el mismo concretado, 220.000 pesetas, incidiendo por tanto su comportamiento en el tipo del artículo 234 del Código Penal, por el que fue sancionado, por lo que el motivo debe rechazarse.

**Sentencia 895/2002, Sala de lo Penal del TS, de 3 de junio de 2002**

APELACIÓN DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.

**Art. 846 bis.c), apartado b) LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

SÍNTESIS

*Impugnada la Sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Jurado por la vía del apartado b) del art. 846 bis.c) de la LECrim., no puede el Tribunal de apelación modificar el relato fáctico ni expresa ni tácitamente, como lo hizo en el caso de autos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—1. El Motivo Primero del recurso se formaliza en nombre del acusado Antonio O.D., al amparo de los artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución, “por cuanto la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con la tutela judicial efectiva y proscripción de toda indefensión material y real, infracción que ha permitido entender y declarar inaplicable la circunstancia 4.ª del artículo 20 del Código Penal, tanto como eximente completa como incompleta”.

Alega el recurrente que la Sala de Apelación “para alcanzar la conclusión de que no existe legítima defensa (tesis de todas las acusaciones), ni como eximente completa (tesis de la defensa), ni como incompleta (veredicto del Tribunal del Jurado), en forma patente y clamorosa ha alterado sustancialmente los hechos probados, introduciendo

terminantes expresiones fácticas e interpretando a su criterio la prueba, en su caso con una nueva valoración de la misma, (...) sin reparar, ni menos aún respetar, la declaración fáctica de la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, respeto que era debido y es ineludiblemente obligado, habida cuenta que todos los Motivos interpuestos en el recurso de apelación sobre tan preciso particular (legítima defensa), tanto por las partes acusadoras como por el acusado, lo han sido por infracción de Ley del apartado b) del artículo 846 bis.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de donde deviene la intangibilidad del fac-tum cuyo respeto y acatamiento viene impuesto no sólo a las partes sino al Tribunal Superior que conozca de ulteriores recursos”. (...)

— Las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no son menos, pero tampoco más, intangibles frente a los recursos que las dictadas por las Audiencias. Los límites esenciales de su revisión se encuentran en el respeto al principio de inmediación y, como consecuencia de ello, a la potestad exclusiva

del Órgano sentenciador para la valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral (sentencia 956/2000, de 24 de julio, citando la 851/99, de 31 de mayo).

— El Motivo de apelación definido como infracción de precepto legal en la calificación de los hechos [artículo 846 bis.c) apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] equivale al motivo casacional de infracción de ley previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y permite controlar en apelación la congruencia jurídica entre los hechos declarados probados por el Colegio de Jurados —que deben respetarse salvo que contengan juicios de inferencia irracionales o arbitrarios— y el fallo de la sentencia dictada por el Magistrado Presidente.

— El Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración —legalmente inadmisibile— de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado (artículo 3.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) así como del procedimiento ordinario (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia (sentencia 1077/2000, de 24 de octubre).

— Cuando el Tribunal de apelación sin modificar expresamente el relato fáctico, sí lo hace tácitamente al no considerar acreditados elementos fácticos relevantes para configurar el sentido del fallo, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

y origina indefensión, en cuanto no permite a la parte afectada recurrir en casación por infracción de Ley, ya que no resulta posible efectuar un juicio de congruencia o incongruencia entre un relato fáctico que no existe y el fallo (sentencia 1077/2000 ya citada).

3. En este caso, en la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado el 5 de abril de 2000, se declara probado que “los disparos se efectuaron por Antonio O.D. para repeler la agresión de que iba a ser objeto por parte de Rafael S.V. El acusado no había provocado a Rafael S.V. y la utilización por parte de Antonio O.D. de la escopeta fue innecesaria y desproporcionada para repeler la agresión de que iba a ser objeto él, ya que tenía otros medios contundentes y no mortales para hacer cesar la agresión”. (...)

En el Fundamento de Derecho Sexto de la indicada sentencia se afirma que “el Jurado en su veredicto declaró probado por mayoría (8 votos) que los disparos se efectuaron por Antonio O.D. para repeler la agresión de que iba a ser objeto por parte de Rafael S.V. Por unanimidad, que Antonio O.D. no había provocado a Rafael S.V. y que la utilización por parte de Antonio O. de la escopeta fue innecesaria y desproporcionada para repeler la agresión de que iba a ser objeto, ya que tenía otros medios contundentes y no mortales para hacer cesar la agresión”. “El acusado al hacer uso del arma, según criterio del Jurado, pretendía evitar el ataque de que iba a ser objeto por parte de Rafael S. El ataque inminente, real y objetivo resulta corroborado por el testigo Manuel L., que señaló “Rafael dio un paso adelante con los brazos abiertos y con el bastón en la mano derecha en alto, aunque con intención de golpear”. (...)

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirma que “ni de los hechos probados ni de las pruebas practicadas se desprende que Rafael S.V. agrediera ilegítimamente el día 28 de marzo de 1998 a Antonio O.D. (...) Reiteradamente se ha expuesto —los testigos y el mismo acusado así

lo advierten— que Rafael se limitó a dar un paso hacia atrás, luego hacia adelante, con los brazos extendidos y el bastón alzado. En ningún momento se le vio dar golpes hacia Antonio. Esa actitud, reveladora a lo sumo de una posible intención, no puede reputarse acto de acometimiento serio, actual y que pusiera en peligro la vida o integridad del acusado.

Ya se ha señalado que impugnada la sentencia del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por la vía del artículo 846 bis.c), apartado b), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se puede modificar ni expresa ni tácitamente el relato fáctico de la primera sentencia. Por ello frases como la de “Rafael se limitó a dar un paso hacia atrás, luego hacia adelante, con los brazos ex-

tendidos y el bastón alzado”, que desvirtúan los hechos declarados probados por el Jurado, no pueden ser tenidos en cuenta.

Es cierto que Rafael S. no llegó a agredir a Antonio O. Pero también lo es que la inferencia del Jurado de que tal agresión con un bastón contundente era inminente y precisaba de una adecuada defensa —“necessitas defensionis”— no es en modo alguno arbitraria, sino razonable y lógica, ya que nadie está obligado a permanecer impasible ante un ataque de las características del descrito en la sentencia primera. (...)

Por ello el Motivo Primero del recurso debe ser parcialmente estimado en cuanto postula la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, ya apreciada en la sentencia del Magistrado Presidente del Jurado.

## Sentencia 1027/2002, Sala de lo Penal del TS, de 3 de junio de 2002

TESTIGOS PROTEGIDOS.

**Art. 4 L.O. 19/1994, de 23 de diciembre**

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

### SÍNTESIS

*La ausencia de motivación en la solicitud de revelación de la identidad de testigos protegidos justifica, para la Sala, la negativa del Tribunal de instancia.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Otra cuestión planteada es que nunca se facilitó a la defensa la posibilidad de ver el rostro del testigo protegido

ni se facilitó su identidad, no obstante haberse solicitado, en el escrito de la defensa como en el trámite de alegaciones previas al comienzo de las sesiones, que se levantara la identidad de dicho testigo protegido o que

al menos se facilitarán sus datos de identidad y que ello fue denegado por la Sala de instancia. (...)

Tampoco se ha producido vulneración de la tutela judicial efectiva ni del derecho de defensa de este recurrente cuando el Tribunal de instancia rechazó revelar la identidad de los testigos protegidos, tanto en su Auto de fecha 20 de diciembre de 1999, como en el propio acto del juicio oral, lo que aparece perfectamente razonable, dada la profesión y circunstancias de varios de los imputados, las intimidaciones existentes y sobre todo, como se razona en la instancia, la ausencia de justificación en la solicitud de que se desvelaran las identidades de dichos testigos, ya que no puede olvidarse que el apartado

tercero del artículo 4.º de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, exige que la solicitud de las partes en orden a conocer la identidad de los testigos protegidos debe realizarse motivadamente, y esa ausencia de motivación, en el presente caso, ha sido relevante para que el Tribunal de instancia no accediera a tal petición por el riesgo que suponía para dichos testigos, decisión que ha de considerarse razonable y sin que ello supusiera indefensión para las partes, ya que se ha podido someter el testimonio de los testigos protegidos a contradicción en el acto del juicio oral y otro criterio supondría dejar sin contenido la finalidad que se persigue con la mencionada Ley.

## Sentencia 1034/2002, Sala de lo Penal del TS, de 3 de junio de 2002

OMISIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR MÉDICO FORENSE AL DETENIDO.

**Arts. 520.2.f) LECrim y 24 CE**

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

### SÍNTESIS

Constatada la infracción del derecho de defensa al no realizarse el reconocimiento por médico forense interesado por el detenido, la Sala aplica la atenuante de drogadicción propugnada y cuya acreditación se dificultó.

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—(...) El Quinto motivo, por el cauce del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 y 2 de la Constitución Española, alega indefensión sufrida por el recurrente, al no haberse cumplido con su solicitud de ser reco-

nocido, al tiempo de la detención, por el Médico forense, lo que, posteriormente, le ha supuesto la imposibilidad de acreditación, a efectos atenuatorios, de su drogodependencia en aquel momento.

Ante semejante planteamiento hay que significar que, si bien es cierto que el recurrente y su Defensa habrían podido inte-

resar, tanto durante la Instrucción como ante el propio Juzgador, la práctica de una serie de pruebas, distintas de la de análisis de cabellos que lógicamente sólo puede acreditar un consumo de sustancias temporalmente próximo a la obtención de la muestra objeto de examen, que acreditasen la alegada drogadicción, no lo es menos que, en efecto, Gil hizo uso de su derecho a ser examinado por el Médico forense, tras su detención, lo que ya de por sí indica su voluntad de ser reconocido como dependiente, en la inicial creencia de que, por ese medio iba a obtener acreditación de tal circunstancia, y, por razones que se desconocen, esa solicitud no fue atendida.

Con ello es indudable, en primer lugar, que al recurrente se le privó de una posibili-

dad de obtener pruebas en sustento de su pretensión por consiguiente atenuatoria, que ofreciesen la oportuna inmediatez a los hechos, y que vio así infringidos sus derechos procesales constitucionalmente consagrados.

Infracción del derecho pleno de defensa que no admite, en este momento, otra compensación suficientemente equiparable que la del reconocimiento de la atenuante propugnada, cuya acreditación se dificultó. Máxime cuando, al menos, disponemos de un dato de la constancia del consumo de drogas por el recurrente, siquiera fuere por el resultado que ha ofrecido la tardía pericial llevada a cabo por el Instituto Nacional de Toxicología sobre muestras de sus cabellos.

### Sentencia 1049/2002, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2002

LESIONES. CONSENTIMIENTO.

#### Art. 155 Código Penal

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

#### SÍNTESIS

*Aunque se estima que en las lesiones causadas a través de prácticas sexuales sadomasoquistas concurre dolo directo y se da además el tipo agravado de empleo de medios peligrosos (art. 148.1 del CP), entiende que, no obstante, debe atenuarse la pena en virtud de lo dispuesto en el art. 155 del CP, relativo a la eficacia del consentimiento de la víctima en el delito de lesiones.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) La Sentencia recurrida parte de la calificación del dolo en el autor,

como de eventual, manejando la teoría de la imputación objetiva, como condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, pues aquél ha ejecutado una ac-

ción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

El recurrente reprocha la calificación del dolo como eventual, pero sin ofrecer más alternativa que su inexistencia, e incide sobre que las lesiones son leves. Sobre esto último, a la vista de lo declarado por el “*factum*” de la resolución judicial recurrida, no puede sostenerse mínimamente. Con relación al dolo, el recurrente da por sentado que dichas lesiones se causaron intencionalmente por el acusado, pero validadas por el consentimiento de la víctima, que aprobaba las relaciones sexuales sadomasoquistas, de manera que, en dicha tesis, no tendría intención de lesionar, sino de satisfacer los deseos de su pareja, causándole males de los que podía obtenerse en cierto modo una especie de culminación libidinosa.

Ciertamente, el nuevo Código Penal, en el art. 155, concede efectos penológicos atenuados al consentimiento en las lesiones, cuando ha sido prestado válidamente, libre, espontáneo y expresamente emitido por el ofendido, con rebaja de la pena inferior en uno o dos grados, salvo que sea prestado por un menor de edad o un incapaz. Este precepto, aun no habiendo sido expresamente alegado por el recurrente, siendo un motivo por infracción de ley debe ser valorado y, en su caso aplicado, por esta Sala Casacional.

Retomando, pues, el contenido del recurso casacional, la consideración del dolo como eventual no puede mantenerse en esta instancia, sin que este razonamiento suponga merma alguna de las posibilidades defensivas de las partes, ni reforma peyorativa de clase alguna. En efecto, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva “querer” el resultado el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las

dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la Sentencia de 23 de abril de 1992 (conocida como “caso de la colza”), en la que se afirma que “si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que con diversas intensidades ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. Añade dicha sentencia que “la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor”.

En el caso, sin embargo, no puede mantenerse tal posibilidad representativa, ya que las lesiones se causaron por el agente de forma “querida” e “intencionalmente perseguida”, sin que pudiera representarse de modo alguno que no se iban a producir, dados los métodos empleados, y la intensidad con que se utilizaban, vertiéndose la hipotética idea representativa exclusivamente en el consentimiento de la víctima, no en los actos ejecutivos, que, desde luego, fueron intencionalmente queridos por el autor. De manera que el dolo no es eventual, sino directo; dicho lo cual, naturalmente en esta infracción punitiva, ninguna trascendencia penológica puede operar, siendo una cuestión dogmática.

En cambio, tiene importancia el consentimiento prestado por la víctima. En efecto, el relato factual explica que “puestos de *común acuerdo* Javier y Angélica, el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero *suficientes* para, fruto de las mismos, causar lesiones a Angélica, como así *resultó*”.

La agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma

voluntaria y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. No existe, pues, elemento alguno para dejar de aplicar el contenido del art. 155 del Código Penal, que introduce en nuestra legislación punitiva el consentimiento en las lesiones, fuera de la exención de responsabilidad criminal en los casos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, a que se refiere el art. 156 del Código Penal, y con anterioridad el art. 428.2.º del Cuerpo penal derogado y la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985.

El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la Constitución española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquélla fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro Código Penal ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el art. 428 bajo la tesis de que “las penas señaladas en el Capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere el consentimiento del lesionado”. Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado art. 428, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que en 1989 (21 de junio) se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida al Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1994, de 14 de julio). Por último, el nuevo Código Penal introduce el consentimiento en el art. 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el art. 156, con técnica mejorada.

En el art. 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio Código Penal; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta magna; c) expresamente emitido por el ofendido, no basando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el consentimiento prestado por persona mayor de edad y que se proyecta en el curso de unas relaciones sexuales con prácticas sadomasoquistas, cumple todos esos requisitos, aunque lo reprochable de tales lesiones con afectación física en la ofendida pueda tener incidencia en la dosificación penológica, que permite ajustar el propio art. 155 del Código Penal.

Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aun contando con tal consentimiento (sin embargo, no viciado, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional).

La aplicación del contenido de dicho precepto (art. 155) supone la estimación de este



apartado del motivo, dictándose a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

**Tercero.**—Con relación al segundo apartado del motivo, y que pretende la indebida aplicación del art. 148.1.º del Código Penal, por no tratarse —los empleados— de medios o métodos concretamente peligrosos para la vida o salud, física o mental, del lesionado, el reproche casacional debe desestimarse.

En efecto, si bien con deficiente exposición pormenorizada, existe en el relato factual elementos de donde deducir la existencia de tales métodos peligrosos; en el “factum” se explica que se emplearon objetos *suficientes* para la causación de las múltiples lesiones producidas en la ofendida, pero fundamentalmente se expresa que fueron fruto de “prácticas sadomasoquistas”. La jurisprudencia de esta Sala únicamente se ha ocupado de tales prácticas en las Sentencias de 8 de mayo de 1989 y 18 de marzo de 1991 (en ambas, por delito de asesinato) y 12 de enero de 1995 (en el marco de la pros-

titución). Pero tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del consentimiento (en los términos anteriormente expuestos).

Tales métodos (quemaduras, latigazos, esposamientos, sujeciones manuales intensas, agresiones, etc.) integran sin esfuerzo alguno el subtipo agravado que se describe en el número primero del art. 148 del Código Penal, que se correlaciona con formas o métodos concretamente peligrosos para la salud, física o psíquica, del lesionado. En el caso, las lesiones tardaron en curar 311 días, con 30 días de incapacidad laboral, y produjeron como secuela “estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico”, conformando tal riesgo tanto para su salud física como psíquica, por lo que el motivo, en este apartado, se desestima.

## Sentencia 1073/2002, Sala de lo Penal del TS, de 5 de junio de 2002

AUTO DE HECHOS JUSTICIABLES. NULIDAD DEL OBJETO DEL VEREDICTO.

**Arts. 37 LOTJ y 846 bis.f) LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*La Sala desestima la nulidad del juicio y su repetición interesada por el recurrente con base en un vicio en la proposición del veredicto por exceso de contenido respecto al auto de hechos justiciables. Aunque la estimación del motivo en apelación por el TSJ impide al TS abordar la cuestión (ya resuelta al suprimir aquél la declaración de concurrencia de alevosía), sí critica lo inacertado de la solución, pues el auto de hechos justiciables no enmarca el contenido del objeto del enjuiciamiento, tratándose tan sólo de una resolución que facilita tal enjuiciamiento por el jurado.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En el segundo motivo, formalizado por quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia “la falta de motivación por el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia del primer motivo de apelación formulado por esta parte”. En el desarrollo del motivo explica el quebrantamiento de forma que denuncia consistente en el defecto en la proposición del objeto del veredicto al incluir en el mismo hechos que no fueron incluidos en el Auto de hechos justiciables del art. 37 de la LOTJ. Entiende que ese defecto, estimado en la sentencia de la apelación, tiene como consecuencia “la nulidad del juicio y la repetición del juicio”, conforme al art. 846 bis.f) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no la absolución del asesinato, por no concurrencia de la circunstancia de alevosía, y la condena por el delito de homicidio. En otras palabras, declarado concurrente un vicio en la proposición del veredicto, por exceso de contenido respecto al Auto de hechos justiciables, la consecuencia es la nulidad del juicio, conforme al art. 846 bis.f) de la Ley procesal, por lo que la absolución de la alevosía, a la que se refiere el exceso que se denuncia, no satisface la pretensión deducida en la apelación y estimada en la sentencia recurrida.

El motivo se desestima. En reiterados precedentes esta Sala ha declarado que no todo quebrantamiento de las normas y garantías procesales supone la nulidad del enjuiciamiento y su repetición, pues existen supuestos en los que los vicios procesales pueden ser corregidos por el órgano encargado de la revisión mediante una resolución que reponga el derecho vulnerado sin que pueda producirse indefensión. En el supuesto objeto de la impugnación comprobamos

que el motivo deducido en la apelación se concretaba en la denuncia de un defecto en la proposición del veredicto en cuanto éste recogía hechos que no aparecen en el Auto de hechos justiciables, por lo que, entiende, se produjo una vulneración del principio acusatorio.

La estimación del motivo por el Tribunal Superior de Justicia, no discutido a través de un motivo de oposición, nos impide abordar la cuestión ya resuelta, aunque ha de señalarse que dicho Auto de hechos justiciables no enmarca el contenido del objeto del enjuiciamiento, como sí lo hacen los escritos de calificación de las acusaciones, pues se trata de una resolución que facilita el enjuiciamiento por el Jurado. El Tribunal Superior de Justicia no lo entendió así y dispuso la nulidad del objeto del veredicto por extralimitación de su contenido. Las consecuencias de la estimación de la queja deducida es la de apartarla del enjuiciamiento, con todas las consecuencias que se deriven. En este supuesto, la extralimitación que se dice producida agota sus consecuencias privándola de los efectos que de la nulidad se derivan, esto es, la retirada de la condena del particular afectado por la nulidad declarada, es decir, suprimiendo la declaración de concurrencia de alevosía que califica el asesinato. Con ese efecto declarado se satisfacen todas las consecuencias que se derivan de la nulidad planteada, por lo que no se hace precisa la nulidad del enjuiciamiento, medida que sería desproporcionada a la pretensión en su día deducida y estimada.

En todo caso, no se produjo la incongruencia omisiva que se denuncia en el motivo toda vez que el tribunal dio respuesta a la pretensión deducida en el recurso de apelación dándole los efectos procedentes proporcionados a la queja que fundamentó su recurso.

**Sentencia 1045/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de junio de 2002**

REVISIÓN PENAL.

**Art. 954 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*La duplicidad de condenas penales por unos mismos hechos a una misma persona, aun no hallándose prevista expresamente en el art. 954 de la LECrim., determina la posibilidad de su revisión con el efecto de anular la dictada en segundo lugar.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Según lo argumentado en su dictamen por el Fiscal, no procede acoger la pretensión principal del recurso de revisión de que se declare la nulidad de las dos sentencias dictadas contra Ramiro F. por los mismos hechos, ya que la nulidad de las sentencias duplicadas está establecida en el párrafo primero del art. 958 de la LECrim. para el supuesto en que las resoluciones se hayan dictado por los mismos hechos contra distintas personas (supuesto del art. 954.1.º de la Ley Procesal Penal), pero no para los casos en que haya una repetición de sentencias contra la misma persona, por los mismos hechos.

Tampoco es acogible la pretensión subsidiaria del recurrente de que se declare nula la sentencia dictada en primer lugar, puesto, que según lo dictaminado por el Fiscal, no es aplicable al caso contemplado en el recurso de revisión el principio “in dubio pro reo” que supone un criterio interpretativo referente al campo de valoración de la prueba. Además, según lo argumentado por el

Fiscal la prevalencia de la primera sentencia y la consiguiente nulidad de la segunda, tiene su apoyo en la doctrina sobre los efectos de cosa juzgada material de las sentencias firmes, que veda que puedan volver a ser juzgados los hechos ya sentenciados de forma irrevocable. El derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, consagrado en el principio “non bis in idem”, constituye una de las garantías del acusado reconocida en el ap. 1 del art. 24 de la CE, y que es proclamada también en el ap. 7 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que forma parte de nuestro ordenamiento, según lo dispuesto en el ap. 1 del art. 96 de nuestra CE. (...)

**Tercero.**—Una jurisprudencia de esta Sala consolidada y manifestada en las sentencias de 4 de febrero de 1977, 7 de mayo de 1981, 23 y 25 de febrero de 1985, 19 y 30 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1994, 134/1998, de 3 de febrero, 322/1998, de 29 de febrero, 820/1998, de 10 de junio, 922/1998, de 10 de noviembre, 974/2000, de 8 de mayo, 520/2000, de 29 de marzo,

1417/2000, de 22 de septiembre, ha considerado que, aunque la duplicidad de condenas penales por unos mismos hechos a una misma persona por el mismo o distintos órganos judiciales, no se halla prevista expresamente en el art. 954 de la LECrim... y concretamente en el apartado 1.º de dicho precepto, debe estimarse la posibilidad de revisar tales sentencias, mediante una interpretación amplia y extensiva del art. 954 de

la LECrim., cuando se trata además de evitar situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia, o bien aplicando el principio “non bis in idem”, que puede apreciarse de oficio, y la doctrina sobre cosa juzgada material. En tales casos, es unánime el criterio de que deberá anularse la sentencia dictada en segundo lugar, y deberá prevalecer la primera que se pronuncie.

## Sentencia 1078/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de junio de 2002

DELITOS ESPECIALES. PARTICIPACIÓN.

**Arts. 28 y 29 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*A propósito de un delito de malversación impropio (art. 435 del CP), se ratifica la tesis de la Sala en el sentido de que cabe participación punible del “extraneus” en un delito especial propio, pero atemperada por la aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de condición especial de funcionario.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—El décimo motivo de recurso, también por infracción de ley, denuncia que la pena impuesta al recurrente, cinco años de prisión, sea superior a la del depositario, cuatro años, cuando en el recurrente no concurre la condición especial que cualifica al sujeto activo del delito de malversación impropia.

El motivo debe ser estimado. La doctrina de esta Sala ha establecido con reiteración (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia

de 2 de mayo de 1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Roldán, Sentencia de 28 de marzo de 2001, núm. 20/2001, caso Urralburu, Sentencia de 8 de mayo de 2001, núm. 776/2001, Sentencia 7 de noviembre de 2001, núm. 2052/2001, entre otras) que cuando un particular, “extraneus”, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, “intraneus”, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente eje-

cutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario.

Ni el texto del art. 14 del Código Penal de 1973, ni el de los arts. 28 y 29 del Código Penal de 1995, exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28, apartado primero del Código Penal de 1995), pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría [inducción y colaboración necesaria, art. 28 del Código Penal de 1995, párrafo segundo, apartados a) y b)], o para la complicidad.

La sentencia del Tribunal de instancia, aunque siga la doctrina de esta Sala condenando al “extraneus” como inductor y no como autor, se aleja de la misma al atribuir a éste no sólo la misma responsabilidad que al titular del deber específico de custodia vulnerado, sino incluso una responsabilidad superior. Admitir esta tesis implica confundir en los delitos especiales la participación con la autoría en sentido propio, y extender la doctrina de esta Sala que admite la partici-

pación de “extraneus” en los delitos propios del “intraneus”, hasta llegar a incluir también la autoría del no funcionario en sentido propio, con lo cual se eliminaría por vía jurisprudencial una condición subjetiva restrictiva del tipo, en contra del principio de legalidad y se haría desaparecer en la práctica la categoría de los delitos especiales propios (STS 8-5-2001, núm. 776/2001).

Procede imponer, en consecuencia, al recurrente una pena inferior a la del depositario, que ha infringido su deber especial de custodia de los caudales puestos a su cargo. Ha de señalarse, además, que la responsabilidad del depositario es doble pues no sólo consintió que el recurrente se apropiase de caudales sujetos a su custodia, con ánimo de beneficiarse a través de las compensaciones por éste prometidas (participación en la sociedad Redaco), conducta que por sí misma ya constituye el delito de malversación impropia objeto de sanción, sino que también dispuso directamente para sí de sumas muy relevantes, y sin la excusa de resarcirse de deuda alguna.

Ha de apreciarse, por ello, la atenuante analógica como muy cualificada, ya que la pena impuesta al depositario ya se había establecido en el umbral mínimo del subtipo agravado aplicado (art. 432.2.º, cuatro años de prisión), y la impuesta al “extraneus” debe ser inferior.

## Sentencia 1093/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de junio de 2002

COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.

**Arts. 309 bis, 789.3.º y 793.7 LECrim y 48.3 LOTJ**

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

### SÍNTESIS

*La Sala rechaza la pretendida vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley en un juicio seguido ante la Audiencia Provincial*

*en el que el Ministerio Fiscal en conclusiones definitivas mantuvo su calificación provisional pero incorporó, como alternativa, la de amenazas condicionales que finalmente es acogida por la Audiencia.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Se aduce que al modificar el Ministerio Fiscal la calificación provisional, que era de extorsión en grado de tentativa, a la de amenazas condicionales, en las conclusiones definitivas, la competencia correspondía al Tribunal del Jurado, en virtud de la modificación de la LO 5/1995, de 22 de marzo, por la Disposición Final Segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el CP de 1995 (...)

**Segundo.**—(...) al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia doble vulneración del art. 24.2 de la Constitución, por no haber sido informado de la acusación y habersele privado de su derecho al Juez ordinario pre-determinado por la Ley.

(...) En el caso concreto el motivo no puede prosperar. El argumento que se esgrime es repetitivo, en gran medida, de lo alegado en el motivo anterior, y es inevitable repetir ahora que la defensa se limitó a negar los hechos de la acusación pública y nada alegó en los dos momentos que podía haberlo hecho, que eran el de las cuestiones previas o el de la modificación de conclusiones de la acusación en las definitivas (art. 793 apartados 2 y 7 de la LECr.).

El Ministerio Fiscal, en ese trámite, mantuvo la provisional añadiendo otra como conclusión alternativa, sin alterar en absoluto el relato de hechos que es el recogido como hecho probado por la sentencia impugnada lo que descarta, por infundada, la queja de no haber sido informado de la acusación, que en este motivo se añade como alegato impugnativo, pues la efectividad del principio acusatorio lo que exige, de acuerdo con conocida doctrina de esta Sala y del Tribu-

nal Constitucional, es que el hecho objeto de la acusación y el que es la base de la condena permanezcan inalterables o, lo que lo mismo, que exista identidad del hecho punible de forma que el hecho debatido en el juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia (en este sentido STC 134/1986). También exige el sistema acusatorio, en líneas generales, que el delito por el que, en definitiva, se condena no esté castigado con pena más grave que la solicitada por la acusación, lo que no es aplicable al caso enjuiciado puesto que la petición alternativa de pena del Ministerio Fiscal era muy superior a la impuesta en la sentencia.

4. En caso próximo al aquí contemplado y podría decirse que idéntico en lo que ahora importa, esta Sala se ha pronunciado sobre la competencia objetiva para conocer, excepcionalmente, a la Audiencia Provincial de un delito atribuido, en principio, al conocimiento del Tribunal popular.

El art. 789.3, párrafos tercero y cuarto de la LECr., que reproduce para el procedimiento abreviado el precepto contenido en el art. 309 bis de la misma Ley, incorporado precisamente por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, establece los trámites a seguir cuando de cualquier actuación procesal resultare contra persona o personas determinadas la imputación de un delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, pero dichos trámites, que se resuelven en la incoación de un nuevo procedimiento con arreglo a la LOTJ, no pudieron servir para afrontar la situación allí planteada, ni fueron seguidos por el Tribunal de instancia porque no se había producido la imputación de un hecho nuevo.

El Tribunal no puede impulsar la invocación de un nuevo procedimiento, que sería el del jurado, lo que supondría un nuevo enjuiciamiento de quien ya ha sido juzgado. La cuestión no puede ser resuelta, evidentemente, por la previsión del art. 789.3.º de la LECr.

La sentencia de esta Sala 512/2000, de 22 de marzo, estimó aplicable por analogía en estos casos, el art. 48.3 de la LOTJ, que dispone que “aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo”. Admite de esta forma la Ley, en favor del Tribunal del Jurado, una excepción a las reglas que delimitan objetivamente su competencia, excepción inspirada seguramente por el

derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y por razones de economía procesal. Y no parece en modo alguno descaminado fundar en aquella norma, aplicable analógicamente puesto que las razones que la justifican son las mismas, una excepción de sentido contrario en cuya virtud pueda un órgano de la jurisdicción técnica continuar conociendo de un hecho inicialmente calificado como delito del que dicha jurisdicción deba conocer —tégase en cuenta que la competencia del Tribunal viene determinada por los términos en que se formula la acusación— y, en conclusiones definitivas, calificado como delito reservado al conocimiento de la jurisdicción popular”.

Tampoco desde esta perspectiva del Juez Ordinario, el motivo puede prosperar y ha de ser desestimado.

## Sentencia 1114/2002, Sala de lo Penal del TS, de 12 de junio de 2002

DELITO PROVOCADO.

**Art. 282 bis LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Se establecen los límites del concepto de “delito provocado” y, con ello, de la intervención policial legítima en el esclarecimiento del hecho punible.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas

de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efec-

tiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS n.º 1344/1994, de 21 de junio). Hemos dicho en la STS n.º 1992/1993, de 15 de septiembre, que “para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación —en realidad, una forma de instigación o inducción— parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el ‘iter criminis’, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista ‘ab initio’ intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal —por el carácter imposible de su producción— como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 de la LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”. En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad

encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, sin embargo, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del “iter criminis”, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim.), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

En la STS n.º 1992/1993, de 15 de septiembre, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que “otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su



co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 de la LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección

del mismo, en función del momento del ‘iter criminis’ en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado”.

Según esta doctrina, la intervención policial en una actuación delictiva en curso, dirigida a la obtención de pruebas y a la detención de los autores, no impedirá la condena si el delito ya se había consumado con anterioridad a aquélla. Ello no impide, sin embargo, que cuando la intervención policial se produce antes de la consumación pueda sostenerse la existencia de tentativa o de actos preparatorios punibles o, incluso, la atipicidad de la conducta por imposibilidad absoluta de peligro real para el bien jurídico protegido, en función del grado de control que sobre los hechos pueda tener la autoridad que interviene en los mismos.

## Sentencia 775/2002, Sala de lo Penal del TS, de 17 de junio de 2002

ENTRADA Y REGISTRO.

**Arts. 18 CE; 545 y ss. LECrim y 11.1 LOPJ**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

### SÍNTESIS

*La entrada de la Policía Judicial en un domicilio antes de hacerlo la Secretaría Judicial constituye una irregularidad que priva del carácter de prueba preconstituida a la diligencia, pero no afecta a su licitud constitucional.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.**—En el sexto motivo del recurso, que se interpone al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto, según se alega por la parte recurrente, el acusado ha sido condenado sin que se hayan practicado en el juicio pruebas de cargo acreditativas de los hechos que se le imputaban y obtenidas con todas las garantías. Tampoco este motivo puede encontrar en la Sala una favorable acogida aun reconociendo la parte de razón que asiste a la recurrente. La realidad de los hechos enjuiciados y la culpabilidad del acusado han podido ser declaradas probadas por el Tribunal de instancia sobre la base de pruebas incriminatorias, celebradas en el juicio oral y razonablemente valoradas. Tales pruebas son, por lo que se refiere a los actos de venta de heroína realizados por el acusado, la declaración de un funcionario de Policía que dijo haberlos presenciado y, por lo que se refiere a la tenencia de otras drogas estupefacientes y psicotrópicos, las declaraciones prestadas en el juicio oral por los policías que practicaron el registro del domicilio donde aquellas sustancias se encontraron. Esta diligencia adoleció de una irregularidad de la que no se puede hablar en términos hipotéticos —porque fue real y claramente consta en el acta levantada por la Secretaría Judicial— y a la que, por otra parte, no se puede restar importancia diciendo que se trata de una “práctica habitual”. Nos referimos a la entrada de la Policía, en el domicilio que había de ser registrado, antes de que la Secretaría del Juzgado de Instrucción se constituyese en el lugar. Si la diligencia debe comenzar notificando el auto que la autoriza al titular del domicilio o a alguna de las personas mencionadas en el art. 566 de la LECr. y la notificación debe hacerse lógicamente por el Secretario del Juzgado, es indudable que éste tiene que estar presente no sólo en el re-

gistro sino también en el momento de la entrada. Es posible que, una vez acordada la entrada y registro, sea necesario adoptar medidas para evitar la fuga del inculcado o la desaparición de los efectos del delito según prevé el art. 567 de la LECr. —una de cuyas medidas podría ser, en supuestos excepcionales, la entrada previa de la Policía— pero en tales casos tendrá que ser el Juez el que decida su adopción, no constando en los autos de que trae origen este recurso que el Juez de Instrucción autorizase la entrada de la Policía antes de la llegada de la Comisión judicial. (...) La señalada irregularidad de la diligencia de entrada y registro impide reconocerle el carácter de prueba preconstituida que en otro caso tendría por lo que, si sólo de su resultado dependiese la prueba de que el acusado tenía en su domicilio las sustancias que en la diligencia se describen, habría que descartar que tal posesión hubiese quedado acreditada.

La doctrina del Tribunal Constitucional —SSTC 290/1994, 133/1995, 228/1997, 94/1999 y 239/1999— viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. A este plano corresponde la asistencia del Secretario judicial cuya ausencia por tanto —en toda la diligencia o en una parte de la misma— no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia. Aplicando esta doctrina al caso

debatido y resolviendo a su luz la pretensión deducida en el sexto motivo del recurso, llegamos necesariamente a estas tres conclusiones: a) la ausencia de la Secretaria del Juzgado de Instrucción en el momento de la entrada policial en el domicilio del acusado no quebrantó su derecho a la inviolabilidad domiciliar porque la entrada estaba autorizada por resolución judicial; b) como consecuencia de la inexistencia de vulneración de un derecho fundamental, la valoración del resultado de la entrada y registro no le estaba vedada al Tribunal de instancia por la prohibición contenida en el art. 11.1 de la LOPJ, pero sí, sin duda alguna, por la ausencia de la Secretaria del Juzgado que privó de

autenticidad al acta en que constaba dicho resultado; c) no obstante, el Tribunal pudo valorar las declaraciones que prestaron en el juicio oral, sometiéndose a las preguntas de la Defensa del acusado, los funcionarios de Policía que habían intervenido en la diligencia y que dieron noticia, de ciencia propia, de la existencia de drogas en el domicilio del acusado, declaraciones que no cabe expulsar del procedimiento y excluirlas de la apreciación del Tribunal por el mero hecho de que quienes las prestaron habían incurrido previamente en una irregularidad procesal de incuestionable gravedad pero no constitutiva de infracción de un derecho fundamental.

## Sentencia 1140/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de junio de 2002

LESIONES. DEFORMIDAD.

### Art. 150 Código Penal

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

### SÍNTESIS

*Vuelve sobre el problema de la apreciación del tipo agravado de deformidad, por pérdida de pieza dentaria, en el delito de lesiones, exponiendo el criterio acordado por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2002 y rechazando la solución del concurso ideal de delitos por tratarse de un resultado que desborda al pretendido. (Véase, en este mismo número, la STS de 4 de mayo de 2002, entre otras muchas).*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La sentencia impugnada condena al acusado como autor de una falta de lesiones del art. 617.1.º del Código Penal de 1995, absolviéndole del delito de lesiones con deformidad, del art. 150 del mismo tex-

to legal, que le imputaba el Ministerio Público. Frente a la misma se alza el recurso del Ministerio Fiscal fundado en un solo motivo, por infracción de ley, que interesa ahora la condena del acusado como autor de un delito ordinario de lesiones del art. 147. Señala el Ministerio Público que aunque la

rotura parcial de un incisivo, reconstruida odontológicamente, no se considere deformidad, al menos debe dar lugar a la condena por delito y no por falta, dado que dicha reconstrucción odontológica implica tratamiento médico.

**Segundo.**—El recurso debe ser estimado, en aplicación del criterio uniforme aprobado por esta Sala en su reunión del pasado 19 de abril. En efecto en la Sala General celebrada para unificación de criterios en relación con la valoración como deformidad de la pérdida o rotura de alguna pieza dentaria, se acordó, tras un prolongado y meditado debate, que “la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 del CP de 1995 (deformidad). Este criterio, sin embargo, 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 las posibilidades 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”.

La valoración de la pérdida o rotura de incisivos como deformidad es conforme con una doctrina jurisprudencial, muy consolidada, que considera como deformidad la pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético o, dicho con la expresión de la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1996, “toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos”. Sin embargo ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el Legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad, en los que la pena legalmente predeterminada resulta desproporcionada.

**Tercero.**—En la doctrina de los Tribunales Provinciales se solventan, en ocasiones, estos supuestos de menor entidad, atribuyendo el resultado lesivo a mera imprudencia, y construyendo un concurso ideal entre delito doloso de lesiones del art. 147 y delito imprudente de lesiones del art. 152.3.º, en relación con el 150.

Esta solución no parece convincente. Resulta dogmáticamente muy difícil sostener que cuando se golpea a alguien en el rostro con intención de lesionarle, pueda diferenciarse entre un dolo de lesionar y otro también de lesionar, pero un poco menos. Por otra parte la doctrina de esta Sala (sentencias de 27 de diciembre de 1982, 24 de octubre de 1989, 23 de abril de 1992, 6 de junio, 30 de junio y 26 de julio de 2000, 19 de octubre de 2001, núm. 1715/2001, entre otras) viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

Cuando se golpea en la boca a una persona, con el puño, con un instrumento contundente o incluso con la cabeza, como sucedió en el caso actual, quien lo hace con intención de lesionar es plenamente consciente del riesgo concreto que ocasiona de provocar la pérdida de piezas dentarias, por lo que si actúa con dicha consciencia ello implica, al menos, la aceptación del resultado y por tanto la concurrencia del dolo eventual.

**Cuarto.**—La solución adecuada para los supuestos de menor entidad no puede obtenerse, por tanto, obviando el criterio jurisprudencial del dolo eventual sino asumiendo que estos supuestos deben quedar típicamente excluidos de la agravación, a través de una interpretación adecuada del subtipo

agravado, sujeta al fundamento material de su incriminación.

Desde la perspectiva antes enunciada del principio de proporcionalidad, como deformidad debe calificarse únicamente aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad, ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refería la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo en sentencias de 29 de enero de 1996 y 22 de enero de 2001.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido por el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros. En primer lugar la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

En segundo lugar las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo la reciente sentencia de esta Sala de seis de junio de 2002 (núm. 1079/2002), ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir que se trataba de una pieza “ya deteriorada y recompuesta”.

Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado. No resulta proporcionado imponer una ele-

vada pena de prisión a quien ha ocasionado una ligera deformidad, fácilmente reparable a través de procedimientos usuales, accesibles a todos, y que en consecuencia no va a tener carácter permanente.

**Quinto.**—Aplicando esta doctrina al caso actual fácilmente se aprecia que el criterio del Tribunal sentenciador al descartar la aplicación del art. 150 interesada por el Ministerio Fiscal, es acertado. En efecto nos encontramos ante un supuesto de *rotura parcial de un incisivo*, rotura que ha sido reparada mediante una “reconstrucción” odontológica, que por el importe acreditado de la misma (siete mil ptas.) ha tenido que ser necesariamente sencilla, usual y, desde luego, accesible. El resultado ocasionado no alcanza la entidad de deformidad relevante y permanente exigible para la aplicación de la grave penalidad prevenida en el art. 150 del CP de 1995.

Ahora bien, como también se destaca en el acuerdo de esta Sala de 19 de abril, citado, “en todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta”. En efecto, la exclusión de la aplicación del tipo agravado no puede conducir, en un salto injustificado, a prescindir también del tipo básico de lesiones, es decir del art. 147 del CP. Es claro que la reparación de una rotura parcial de un incisivo, realizada inevitablemente por odontólogo, constituye un tratamiento médico, que va más allá de la primera asistencia requerida por cualquier golpe o traumatismo. Constituye dicha reparación una actividad terapéutica, dirigida al restablecimiento del estado anterior de una pieza anatómica, que ha sido perjudicada o dañada por una acción lesiva que debe ser curada, y también encaminada a prevenir cualquier perjuicio o enfermedad que pudiera provenir del mantenimiento de una situación de rotura, que facilita la acción de cualquier agente agresivo. En consecuencia nos encontramos ante un delito de lesiones, y no ante una simple falta.

En definitiva, procede estimar el recurso, sancionando el hecho como delito básico de lesiones, y no como falta.

**Sentencia 1151/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de junio de 2002**

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.

**Arts. 18.3 CE; 11.1 LOPJ y 579 LECrim.**

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

SÍNTESIS

*Se resume de forma precisa la doctrina general sobre los requisitos constitucionales y procesales a cumplir en las intervenciones telefónicas y las consecuencias de su inobservancia, con especial referencia a la trascendencia mediata de los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) El secreto de las comunicaciones, incluidas obviamente las telefónicas, es un derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 de la Constitución y desarrollado en el art. 579 de la LECr. en su redacción introducida por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo. Este precepto ha sido interpretado reiteradamente por el Tribunal Constitucional y por esta Sala a partir, especialmente del Auto de 18 de junio de 1992 (caso Nasseiro), analizando y precisando los requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria para poder ingerirse legítimamente en el ámbito protegido del secreto de las comunicaciones.

A) Los requisitos constitucionales son el control judicial y la proporcionalidad y justificación de la medida.

Sólo una finalidad de suficiente relevancia puede justificar la restricción del derecho fundamental. Así se sigue de la propia dicción del art. 579.2 de la LECr. cuando se

refiere “al descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

La atribución exclusiva y excluyente al órgano judicial para autorizar y controlar la ingerencia exige inexcusablemente: 1.º) la determinación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a la evaluación de la concurrencia de la exigible proporcionalidad de la decisión; 2.º) la identificación de las personas autorizadas para su práctica y la del titular, o usuario, del teléfono o teléfonos objeto de escucha, aunque no se encuentren dados de alta a nombre del sospechoso (STS de 8 de julio de 2000), así como la indicación del número asignado a éstos, más la determinación del plazo de tiempo que durará la interceptación, nunca excesivo (hasta tres meses según el art. 579 de la LECr.) y con posibilidad de ulteriores prórrogas, a la vista de los resultados ya obtenidos y cumpliendo siempre los mismos requisitos que para la autorización inicial, por venir obligados todos estos extremos del carácter restrictivo que imponen la naturale-

za de excepcionalidad de la diligencia y para posibilitar adecuadamente el ulterior control sobre la corrección de su ejecución; y 3.º) la adecuada motivación de la necesidad de la autorización, sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas.

Como recordaba una vez más y muy recientemente la sentencia 588/2002, de 4 de abril, la motivación de la autorización o algunos de sus contenidos puede realizarse por remisión a los propios argumentos que ofrezca el escrito de solicitud dirigido al Juez (SSTS de 4 y 8 de julio de 2000, entre otras), que el acuerdo se adopte no en el transcurso de un procedimiento judicial ya abierto con anterioridad sino dando comienzo al mismo (STS de 20 de febrero de 1999) y que no sea necesaria la existencia previa de verdaderos indicios de criminalidad, en los términos en que podrían dar lugar al procesamiento del sujeto pasivo de la intervención, contra lo que incorrectamente se desprende de la redacción literal del artículo 579.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que basta con la concurrencia de sospechas verdaderamente fundadas, no simples especulaciones o conjeturas, sobre la responsabilidad criminal del mismo (en este sentido, por ejemplo, STS de 13 de enero de 1999).

B) Otros requisitos, también exigibles para la realización plenamente correcta de las intervenciones, ostentan una relevancia meramente procesal, en orden a la eficacia como elementos probatorios de los resultados obtenidos con ellas, no afectando al ámbito constitucional del derecho restringido (SSTS de 4 de noviembre de 1994 y de 4 de julio de 2000).

En este capítulo se incluyen aspectos tales como el de la forma en que se lleve a cabo la transcripción de las grabaciones y quiénes la realicen personalmente, la custodia de las cintas, su cotejo o, incluso, la audición en juicio de las conversaciones, es decir, en general los referentes a la introducción del resultado de las intervenciones en

el proceso y no a su obtención, relacionados todos ellos no con el derecho al secreto de las comunicaciones, debidamente restringido mediando la concurrencia de las exigencias antes mencionadas, sino con el atinente a un proceso con todas las garantías.

El control ulterior de la práctica de la diligencia, deberá aplicarse sobre tres extremos esenciales: 1.º) el seguimiento de que se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que, al margen de otras más directas actuaciones que el Instructor pueda disponer, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su resolución, remitiendo al órgano judicial tales informes así como la integridad de las cintas en las que queden registradas las conversaciones intervenidas; 2.º) que no se produzcan extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación; y 3.º) evitar cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que al no haber podido tener éste, como es lógico, conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de sus comunicaciones, es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.

C) Otra cuestión, de la mayor trascendencia en la práctica, es precisamente la de la diferente eficacia y valor de uso, en el procedimiento judicial, del resultado de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo.

Intervenciones que, de haberse realizado con escrupuloso respeto a la totalidad de los requisitos expuestos, evidentemente ofrecerán plena eficacia incluso en el propio juicio, como medio de prueba de los hechos y de las concretas participaciones de los que

en ellos hayan intervenido, según pueda desprenderse, en valoración que al Tribunal juzgador corresponde, del contenido de las conversaciones interceptadas. De modo que pueden erigirse, incluso por sí solas si así sus resultados lo merecen, en prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia de quien resultare acusado mediante ellas y asiento bastante para la motivación de una eventual conclusión condenatoria.

El problema surge cuando, como en el caso que nos ocupa, se cuestiona el debido cumplimiento, por la Autoridad judicial o los funcionarios policiales, de esas ineludibles exigencias que hacen lícita y procesalmente correcta la injerencia en la comunicación telefónica, pues el carácter y entidad del incumplimiento supondría unas muy diferentes consecuencias en la eficacia de la información obtenida de las conversaciones objeto de intervención.

Cuando de verdaderas infracciones constitucionales se trate, con relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba, e incluso la eventual contaminación invalidante de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por su parte, si las infracciones cometidas tuvieron un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas.

En este sentido, hay que tener por infracciones de alcance constitucional, la ausencia de fundamento bastante de la autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, por supuesto la absoluta ausencia del acuerdo judicial o los defectos trascendentales en el mismo, como la total omisión de motivación y la absoluta indeterminación de la clase de delito perseguido, de la identificación

del sujeto pasivo o de los encargados de ejecutar la diligencia, de los números telefónicos a intervenir o de los límites temporales para la ejecución de la restricción del derecho fundamental y periodicidad de los informes al Juzgado por parte de los ejecutores de la práctica.

También tendrán el mismo carácter las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado, que supongan una extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o de terceros, prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente y, en definitiva, cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos.

Por el contrario, no trascienden de la condición de meras infracciones procesales, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan sólo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción.

D) El último extremo a examinar, es el de la trascendencia mediata de los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental.

Como recordaba la sentencia 588/2002, de 4 de abril, fruto del intento de superación de diversas interpretaciones y de la integración, en sus más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, se impone recientemente una alternativa, de la que ya se hacen eco Sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000, de 17 de enero, y la de esta misma Sala, 550/2001, de 3 de abril, entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración de derecho



fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración: a) que, en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación de derecho fundamental constitucionalmente reconocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las intervenciones telefónicas tendrá que consistir en alguna de las infracciones más arriba expuestas, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones; b) que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos, ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación; y c) por último, y esto

es lo más determinante, que no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando “conexión de antijuricidad”.

Recordaba la sentencia de esta Sala 2210/2001, de 20 de noviembre, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y a las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe darse.

## Sentencia 1157/2002, Sala de lo Penal del TS, de 20 de junio de 2002

HURTO DE USO DE VEHÍCULO DE MOTOR.

### Art. 244 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

## SÍNTESIS

*Ratifica el criterio de la Sala en el sentido de la atipicidad, en el nuevo Código Penal, del mero uso de vehículo de motor ajeno, cuando no consta la intervención del sujeto en la sustracción de aquél. (Véase la STS de 20 de octubre de 2000, recogida en el n.º 3 de la Revista de Derecho Penal, pp. 126 y ss.)*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Tercero.—(...)

B) Sin embargo, la segunda parte del motivo debe ser estimada.

El propio Tribunal sentenciador señala expresamente que no resulta probada la intervención del acusado en la primera sustracción del vehículo (es decir cuando, varios días antes, se extrajo el vehículo de la disponibilidad de su propietario, sustrayéndolo del lugar donde se encontraba cerrado y aparcado), pero considera que no resulta dudoso que el acusado utilizó el vehículo conociendo su ilícita procedencia, pues la cerradura estaba rota y el puente hecho y a la vista, de manera que indefectiblemente tuvo que apercebirse de esta indisimulada circunstancia, pues el acusado fue sorprendido teniendo el vehículo en su poder y sin contar con el consentimiento del propietario.

Esta fundamentación no puede compararse. En primer lugar porque no consta acreditada la forma en que el vehículo llegase al acusado, bien tomándolo del lugar donde lo habían dejado los autores de la sustracción o bien meramente cedido por éstos para su utilización temporal, por lo que no estando acreditado más que el hecho de que el acusado utilizó el vehículo conociendo su ilícita procedencia pero sin haber participado en la sustracción del mismo a su propietario, nos encontramos ante uno de los supuestos de utilización ilegítima sin sustracción despenalizados por el Legislador en el Código Penal de 1995 (Sentencias de esta Sala de 3 de febrero de 1998, n.º 119/1998, 17 de febrero de 1998, n.º 198/1998, 18 de junio de 1998, n.º 862/1998, 16 de septiembre de 1998, n.º 1022/98, 11 de diciembre de 1998, n.º 1575/1998, 27 de diciembre de 1999, n.º 1871/1999, 28 de enero del 2000 (n.º 66/2000), 12 de abril del 2000 (n.º 683/2999) o 14 de marzo del 2000 (n.º 484/2000).

Así, por ejemplo la sentencia 862/98, de 18 de junio, señala que “El art. 244 del Nuevo Código sustituye el verbo ‘utiliza’ por ‘sustraer’, lo que deja fuera del tipo a quienes sólo disfrutan del vehículo, aun a sabiendas de su sustracción previa —Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de febrero de 1998— pues el Nuevo Código no considera delito el mero uso del vehículo ajeno por suponer que no hay ánimo de lucro en tal hecho”.

El análisis del significado y consecuencias de la nueva redacción del precepto que sustituye “utilizar” por “sustraer” se encuentra extensamente realizado en las sentencias de esta Sala de 3 y 17 de febrero de 1998 y 20 octubre de 2000, a las que nos remitimos.

En segundo lugar, aun admitiendo que el acusado se hubiese encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo hubiese utilizado pese advertir, por la existencia del “puente” en el cableado de ignición, que había sido previamente sustraído, no cabe extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontramos, a lo sumo, ante una “apropiación indebida de uso” atípica en nuestro ordenamiento.

La conversión en sucesivas “sustracciones” de los supuestos posteriores de utilización del vehículo por quien no hubiese participado en la sustracción a su propietario, implica una interpretación del precepto que excede la significación usual y gramatical de la expresión sustracción (extraer algo de la disponibilidad de su titular), e interpreta extensivamente el tipo, por lo que no es compatible con el principio de taxatividad (art. 4.1.º del Código Penal, “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”). Por otra parte, de este modo se equipara utilizar con sustraer, revitalizando el antiguo tipo penal en contra de lo prevenido en la nueva redacción legal.

Este es el criterio expresado por la doctrina mayoritaria de esta Sala Sentencias de 3 de febrero de 1998, n.º 119/1998, 17 de febrero de 1998, n.º 198/1998, 18 de junio de 1998, n.º 862/1998, 16 de septiembre de 1998, n.º 1022/1998, 11 de diciembre de 1998, n.º 1575/1998, 27 de diciembre de 1999, n.º 1871/1999, 28 de enero del 2000 (n.º 66/2000), 12 de abril del 2000 (n.º 683/2000) o 14 de marzo del 2000 (n.º 484/2000), con alguna excepción menos significativa (Sentencias 10 de junio de 1998 ó 9 de julio de 1999), ya matizada (sentencias de 28 de enero, 24 de marzo, 12 de abril y 20 octubre de 2000).

Como señala la sentencia de 24 de marzo del 2000, “la que constituye doctrina general de esta Sala (sentencia 3 de febrero de 1998, 17 de febrero de 1998, 14 de marzo de 1998, 18 de junio de 1998 y 9 de marzo de 1999, entre otras muchas), se encuentra fundada en el uso del término “sustrajeron” que aparece en el art. 244 del Código Penal actual frente al de “utilizare” del art. 516 del Código Penal anterior. Con tal verbo definidor del tipo legal sólo cabe ahora condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento de vehículo de motor ajeno, no a quienes lo condujeron u ocuparon en un momento posterior, conductas que ahora

son atípicas porque el Legislador ha querido excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que actualmente constituye uno de los rectores del Derecho Penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores”.

Es probable que el Legislador no valorase suficientemente la problemática probatoria derivada de la nueva redacción del tipo delictivo. La práctica procesal indica que en la mayoría de los supuestos los autores de estos hechos son detenidos cuando conducen o circulan en el vehículo sustraído estando acreditada la utilización, aprovechamiento o disponibilidad del mismo, pero no su intervención en la sustracción a su propietario. Ordinariamente sólo resulta factible acreditar esta intervención, en supuestos excepcionales de confesión o en aquellos otros en que la acentuada proximidad entre la detención y la sustracción del vehículo u otros indicios suficientes, permiten inferir racionalmente con suficiente garantía la participación de los usuarios del vehículo en el apoderamiento del mismo. Ello conduce, en la generalidad de los casos, a la impunidad no sólo de los meros usuarios, como pretendía el legislador, sino también de los partícipes en la sustracción inicial, participación que no resulta acreditada.

## Sentencia 1022/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de junio de 2002

ENTRADA Y REGISTRO.

**Arts. 18.2 CE; 545 y ss. LECrim.**

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

### SÍNTESIS

Doctrina general sobre los requisitos de la diligencia de entrada y registro y su valor probatorio como prueba preconstituída.

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Segundo.—(...)**

La entrada y registro en el domicilio de un particular, autorizada judicialmente, es una medida de investigación sumarial. Como tal, se corresponde como un medio más de los regulados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para servir a los fines del sumario (actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas sus circunstancias y la culpabilidad de los delinquentes, ex art. 299). Pero tal medida, por afectar derechos fundamentales, no puede ser adoptada, aun siendo útil en el caso sometido a la consideración del juez instructor, si no es necesaria. Dicho de otra manera: no se adoptará si existen otras alternativas menos gravosas para la garantía de los derechos constitucionales del inculgado. La propia ley procesal dice que deben evitarse las inspecciones inútiles (art. 552), bien que parece que lo condiciona a su práctica, no a la adopción de la medida, pero este criterio legal debe impregnar también la decisión de la medida. Ahora bien, la decisión judicial debe ser motivada.

Este requisito tiene una doble vertiente, interna y externa. Desde la primera perspectiva, quiere decirse que el juez deberá realizar un juicio racional sobre el hecho investigado, los indicios concurrentes, la proporcionalidad y necesidad de la medida, para tomar la decisión de dictar el auto, autorizándola o rechazándola. Este es un juicio interno, que tiene las características de jurídico (en tanto se subsume el hecho en la norma), racional (en tanto se valoran las circunstancias fácticas concurrentes), inferencial (en cuanto se actúa a base indicios probatorios), probabilístico (en cuanto se trata de suponer, en caso afirmativo, las posibilidades de éxito de la medida que se va autorizar) y alternativo (en tanto pueden contem-

plarse otras posibilidades menos gravosas e igualmente útiles a la investigación).

Desde la perspectiva externa, ese juicio interno tiene que trascender a la fundamentación jurídica de la resolución judicial, que llevará la forma de auto. Este auto será siempre fundado (art. 248.2 de la LOPJ), remarcando esta necesidad de motivación la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 550 (“en virtud de auto motivado”) y 558 (“el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado”). Tal motivación servirá no solamente para exponer el juicio jurídico interno al que nos hemos referido, sino que servirá de contraste para apreciar su racionalidad, explicará las razones conducentes de la adopción de tal resolución judicial evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones como ejercicio de poder público, y servirá de control hacia instancias superiores revisoras de tal actuación. Pero la jurisprudencia ha dado carta de naturaleza subsanatoria a la fundamentación por remisión a las razones que se pusieron de manifiesto en el escrito por el que se solicitaba la medida (véanse SSTs 4-11-1994 y 26-9-1997). (...)

#### **Tercero.—(...)**

Son, pues, cuatro las pruebas que dispuso el Tribunal de instancia para llegar a tal afirmación que entraña un juicio jurídico sobre la preordenación al tráfico de la heroína que fue hallada en su poder, en su propio domicilio. Por un lado, el contenido del acta de entrada y registro, que acreditó la posesión de la droga, así como las características de la misma. Tal prueba tiene el valor de prueba preconstituida y debe ser valorada por la Sala sentenciadora en la sentencia que ha de dictar, previa introducción en el debate contradictorio que todo plenario constituye.

El valor probatorio de la diligencia de entrada y registro regular y lícita (esto es, la practicada con todas las garantías y con los controles legales pertinentes) es la de prueba preconstituida, esto es, la practicada en el

curso de la investigación sumarial y que por su carácter de irreplicable ha de conferírsele valor probatorio en el plenario, momento en que deben ser practicadas todas las pruebas con objeto de obtener la convicción judicial. Concepto que no es exactamente igual al de prueba anticipada, ya que tal prueba es la que se practica con anterioridad al juicio oral, a instancia de las partes, no porque sea de naturaleza irreplicable, sino porque puede haber riesgo de no poderse practicar en el acto del juicio oral (véase art. 657, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como ha dicho la Sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1991, entre otras muchas posteriores que la han seguido, la diligencia de entrada y registro reviste un carácter típicamente sumarial y se agota en los actos y formalidades que le son propias, que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral. Por ello, todos los requisitos necesarios para su validez deben concurrir en el momento de practicarse, ya que no cabe la subsanación posterior mediante su reproducción en las sesiones del plenario, limitándose en éste a constatar las características de su práctica y las condiciones de su licitud, en debate contradictorio.

## Sentencia 1153/2002, Sala de lo Penal del TS, de 22 de junio de 2002

TRÁFICO DE DROGAS.

### Art. 368 Código Penal

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

## SÍNTESIS

*Amplio repaso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la concentración del principio activo en los derivados del cannabis: se trata de un dato no significativo en orden a aplicar el tipo básico, pero necesario para determinar la eventual concurrencia del subtipo agravado de notoria importancia.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Segundo.**—(...)

Es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala considera, como regla general, que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o canna-

bis sátiva por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta.

Pero también lo es que una doctrina jurisprudencial consolidada precisa que para la aplicación del subtipo de notoria importancia, cuando se trata de cantidades moderadas de hachís (entre uno y cinco kgrs., de acuerdo con los módulos anteriores al acuerdo plenario de esta Sala de 19 de octubre de 2001, y entre dos y medio y doce kilogramos y medio, conforme a dicho acuerdo), se hace necesario conocer la concentración de principio activo pues si ésta fuese muy reducida (por debajo del 4%) nos encontraríamos ante una sustancia desnaturalizada que más que al hachís debe considerarse asimilada, en cuanto a su nocividad para la salud, a la griffa o marihuana (S. 14-06-2001, núm. 1140/2001, entre otras).

En tal caso el subtipo agravado no resulta aplicable en cantidades inferiores a los cinco kgrs. (12,5 kgrs. tras el acuerdo plenario de 19 de octubre de 2001), conforme a una doctrina reiterada en Sentencias de 15 de octubre de 1991, 25 de abril de 1994, 28 de abril y 8 de noviembre de 1995, 17 de abril de 1996, 18 de mayo, 23 de julio y 12 de septiembre de 1997, 4 de junio de 1998 y 14 de junio de 2001, núm. 1140/2001, entre otras.

Esta doctrina se encuentra sólidamente fundada en el bien jurídico protegido por la norma penal, dado que si éste consiste en la salud pública, el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de unas u otras drogas, daño o peligro que indudablemente se encuentra en función del principio activo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar los módulos determinantes de la agravación por consideraciones meramente formales (el formato o apariencia del producto) en lugar de tomar en consideración su naturaleza básica (el daño que determina para la salud). Es por ello por lo que cuando la concentración de principio activo es muy baja el derivado del cannabis de que se trate tiene judicialmente la consideración de marihuana, lo que no afecta a su sanción penal por el tipo básico, pero eleva el umbral a partir del cual se aplica el subtipo agravado.

**Tercero.**—Pese a que se han pretendido contraponer estas dos declaraciones jurisprudenciales (la irrelevancia general de la pureza en los derivados del cannabis y su relevancia en supuestos muy concretos o excepcionales), como si obedeciesen a criterios o doctrinas diferenciadas, no cabe aceptar esta supuesta contraposición, salvo en resoluciones aisladas, pues ambas declaraciones jurisprudenciales son complementarias y no contradictorias.

Es claro, como señala la S. 14-06-2001, núm. 1140/2001, que la concentración de principio activo cumple un papel muy diferente en las drogas derivadas del cannabis sátiua (marihuana, griffa o Kif, hachís, resina, aceite, etc.) que en las drogas que son resultado de un proceso químico de elaboración como la heroína o la cocaína. En éstas el porcentaje o grado de pureza debe aplicarse sobre el total de droga en bruto ocupada para determinar la cantidad de droga pura de que se trata y saber si es o no de “notoria importancia” pues en función de la pureza de la sustancia pueden elaborarse mayor número de dosis: doscientos gramos de cocaína pura no se considera jurisprudencialmente un alijo de notoria importancia, y en consecuencia la ocupación del mismo alijo una vez mezclado (800 gramos, con una pureza del 25%) tampoco puede ser sancionado con la aplicación del subtipo agravado, aun cuando aparentemente supere el umbral de 750 gramos que este Tribunal utiliza actualmente para determinar la notoria importancia.

En cambio en el caso de los derivados del “cannabis sátiua” la proporción de principio activo (THC, tetrahidro-cannabinol) no tiene la misma relevancia, pues no determina en absoluto la “pureza” de la droga, ya que no existen productos con un contenido de principio activo del 100%. Es por ello por lo que, como regla general, dicha proporción es innecesaria para la aplicación de la agravación de notoria importancia, ya que ésta se determina en función, en todo caso, del peso de la droga ocupada en estado bruto y de la naturaleza del producto (12,5 kilogra-

mos para la griffa, 2,5 kgs. para el hachís y 500 gramos para el aceite).

Cuando la cantidad de hachís intervenido es muy elevada se aplica la agravante de notoria importancia aunque no se haya determinada la concentración de THC, pues en estos casos aun cuando la ausencia del dato del porcentaje de principio activo se interpretase en beneficio del reo, “ello sólo supondría que la sustancia pasaría de hachís a griffa o marihuana por su menor contenido de THC, en cuyo caso la notoria importancia se aplica, según reiterada jurisprudencia, a partir de los cinco kgs. (hoy 12,5), por lo que la apreciación de la agravante específica habría sido también legalmente correcta” (sentencia 1729/2000, de 6 de noviembre).

**Cuarto.**—Sin embargo, en los supuestos excepcionales en que la cantidad de droga derivada del “cannabis sátiya” ocupada se encuentra entre 2,5 y 12,5 kgs. el dato de la concentración de principio activo es relevante, pues puede determinar que la droga —por su menor proporción de THC— sea asimilada en cuanto a su peligrosidad a la griffa o marihuana y, en consecuencia, no se aplique la agravante de notoria importancia.

En este sentido la doctrina de la Sala es reiterada.

(...)

**Quinto.**—Esta doctrina complementaria se encuentra suficientemente consolidada hasta el punto de que el propio Ministerio Fiscal ha interesado en ocasiones su aplicación en sentido contrario, es decir en perjuicio del reo, como puede apreciarse por ejemplo en el recurso 2324/1999, que dio lugar a la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2000, núm. 1972/2000. Sentencia, desestimatoria del recurso del Ministerio Fiscal, que es precisamente la que cita como apoyo el Ministerio Público en la impugnación del actual recurso de casación.

En aquel recurso el Ministerio Público interesó la aplicación de la agravante de notoria importancia, atendiendo a los criterios cuantitativos y cualitativos ponderados por

la jurisprudencia para la determinación de la indicada agravante, pues combinando ambos criterios, estimaba el Fiscal que si bien el alijo de hachís aprehendido no alcanzaba los 1000 gramos fijados por la jurisprudencia para que operase la agravante de notoria importancia en tal tipo de droga, en el caso objeto del recurso, en atención a la altísima concentración de tetrahidrocannabinol (THC), ascendente al 21,50% que tenía el hachís intervenido, propia del aceite de hachís, debían de considerarse aplicables los baremos señalados por la jurisprudencia para apreciar la agravante de notoria importancia en el aceite de hachís, fijados en los 200 ó 250 gramos.

La sentencia indicada no dio lugar al recurso por estimar que “no hay precedentes jurisprudenciales que rebajen para el hachís el baremo de la notoria importancia a los 200 gramos, por tener la droga una concentración de THC superior al 20%, propio del aceite de hachís”.

Ha de concluirse, en consecuencia, que la doctrina expresada no es aplicable en sentido inverso, lo que resulta lógico, pues en este caso no solamente sería necesario el dato objetivo de la mayor concentración del principio activo sino el subjetivo del conocimiento de dicha circunstancia por el agente.

**Sexto.**—En definitiva, y como señala la sentencia 1729/2000, de 6 de noviembre, en los supuestos excepcionales de cantidades de hachís situadas entre 2,5 y 12,5 Kgs. el dato de la concentración del principio activo es penalmente relevante pues si resultase inferior a la concentración propia del hachís y similar a la de la griffa o marihuana, la cantidad necesaria para la aplicación de la agravante de notoria importancia sería la establecida jurisprudencialmente para esta última sustancia.

Y ello es así, como ya se ha expresado, porque tratándose de un delito contra la salud pública la agravación solamente procede, desde un punto de vista material, cuando efectivamente el producto objeto de tráfico puede ocasionar un mayor peligro para la salud y no puede agravarse la penalidad por

meras consideraciones formales referentes a la presentación comercial del producto como hachís o como marihuana o griffa. Si cuatro Kgs. de griffa con una concentración del 3% de THC no constituyen una cantidad de notoria importancia, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, no puede aplicarse

dicha agravación a cuatro Kgs. de una sustancia calificada como hachís pero con una concentración de solamente 2,11% de THC, que es lo que sucede en el caso actual, pues se prescindiría con ello del bien jurídico protegido, la salud pública, para atender a parámetros puramente formales.

## Sentencia 1235/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2002

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y A LA INTIMIDAD.

**Arts. 18.1 y 2 CE**

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

### SÍNTESIS

*Analiza la Sala el caso de la lectura por la Policía de un mensaje contenido en un teléfono móvil hallado en una diligencia de entrada y registro. Aplicando la misma solución que la acogida en la STC 70/2002 (reproducida en el n.º 7 de la Revista de Derecho Penal) descarta que pueda resultar afectado el derecho al secreto de las comunicaciones sino, en su caso, el derecho a la intimidad, que en el de autos no resultó vulnerado.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) El segundo de los referidos acusados se alza en casación contra la sentencia de instancia articulando una primera censura al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. por violación del art. 18.3 de la C.E., combinada con el motivo tercero en el que se alega error de hecho del art. 849.2.º de la L.E.Cr. que se utiliza como vehículo o soporte del primer reproche y que demostraría que la Policía procedió a leer sin autorización judicial uno de los mensajes grabados en el teléfono móvil del coacusado Angel G. (...)

Sostiene el recurrente que la actuación policial viola el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la C.E. y vicia la diligencia de nulidad radical a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 de la L.O.P.J., contagiando de esa nulidad a las diligencias y pruebas derivadas de aquélla, que fue determinante para que el dueño del teléfono identificara e incriminara al recurrente, de manera que sin la referida actuación policial inconstitucional no existiría ninguna prueba de cargo contra Jorge R.

**Segundo.**—El examen de las diligencias practicadas por la Policía revela también un



dato de singular importancia, cual es que el detenido y titular del teléfono móvil intervenido —Ángel G.— ya tenía conocimiento del mensaje recibido de “Jordi” antes de que los funcionarios leyeran el texto de dicho mensaje, y así se deduce con toda evidencia de las respuestas de G. a las preguntas que se le formularon durante el interrogatorio en sede policial poco después de concluido el registro domiciliario en relación al mensaje de “Jordi” grabado en su móvil intervenido.

También debe subrayarse que en el caso presente estamos, sin duda, ante auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión en este supuesto, es el teléfono, por lo que, de hecho, se trata de una especie de comunicación de una misiva personal efectuada vía telefónica, que no se “oye” por su destinatario, sino que se “lee” al aparecer en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se conoce el contenido del mensaje o de la misiva, por lo que resulta cuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 de la C.E. ya que no cabe obviar que los avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con los enormes progresos en el ámbito de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de éstas que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del art. 18.3 de la C.E.

**Tercero.**—El Tribunal Constitucional, al abordar un supuesto similar al presente (se trataba de la lectura por la Policía de una supuesta carta ya abierta y leída intervenida a un detenido) declara: que “tal intervención no interviene un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto

de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”. Por ello y, tras remachar que la interferencia policial no se produjo durante el proceso de comunicación, sino una vez concluido éste, afirma que, en tal caso, “... no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales, sino, en su caso, del derecho a la intimidad del art. 18.1 de la C.E. Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” (STC 70/2002, de 3 de abril).

Proyectada esta doctrina sobre el caso objeto de la revisión casacional de esta Sala, el reproche del recurrente debe ser desestimado. En primer lugar porque, según lo que ha quedado dicho, la interferencia de la Policía en la comunicación recibida por el coacusado Ángel G. en su teléfono móvil, se produjo una vez consumado el proceso comunicativo del mensaje y de que el destinatario de éste hubiera tomado conocimiento de su contenido, por lo que la injerencia policial posterior podrá afectar en el derecho a la intimidad del n.º 1 del art. 18 de la C.E., pero no al del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 invocado por el recurrente.

En segundo término, y esto es singularmente relevante, porque la intervención de los funcionarios de Policía leyendo el mensaje escrito grabado en el móvil de Ángel, se llevó a cabo en el seno de una diligencia de entrada y registro en el domicilio de aquél autorizada por Auto del Juez de Instrucción (Folio 4), cuya legalidad constitucional y procesal no se cuestiona, en el curso de la cual se intervinieron 107 comprimidos de MDMA con un peso de 34,24 gramos y un grado de pureza del 33,5% y el teléfono mó-

vil. En estas circunstancias, la lectura del mensaje grabado a que se refiere el motivo se encuentra bajo la cobertura de la autorización judicial como si de otro papel o documento se tratara que pudiera relacionarse con el tráfico de las drogas incautadas cuya intervención y “objetos de cualquier tipo relacionados con ellas” constituía el objeto de la diligencia de entrada y registro ordenada por el Juez, teniendo en cuenta que la única exigencia de orden constitucional exigida por el art. 18 de la Norma Básica es, precisamente, la autorización judicial.

Finalmente, cabe significar que, excluida en atención a lo expuesto, la vulneración del secreto de las comunicaciones, tampoco ha sufrido lesión el derecho a la intimidad porque la Policía hubiera invadido el ámbito de la privacidad al leer la misiva grabada en el móvil de Angel G., y ello no sólo por la autorización judicial que ampara esa actuación, ya analizada, sino también porque el examen del tan repetido mensaje se revela como una acción prudente, razonable y proporcionada, atendidas las circunstancias, como una excepción a la regla general de la necesidad de mandato judicial para invadir la esfera de la intimidad de la persona, siem-

pre que concurren una serie de requisitos: en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (véanse SS.T.C. 207/1996, de 16 de diciembre y la ya citada de 3 de abril de 2002). Requisitos que concurren en el caso presente en el que la actuación policial controvertida se manifiesta plena de proporcionalidad y razonabilidad para identificar con urgencia y detener a otras personas que pudieran participar en el delito objeto de la investigación, antes de que pudieran ponerse fuera del alcance de la justicia.

## Sentencia 1236/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de junio de 2002

DELITO CONTINUADO. ESTAFA.

**Arts. 74 y 250 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Se declara compatible la apreciación de una estafa agravada por la cuantía de la defraudación con la existencia de un delito continuado en el que se fija la pena atendiendo a la “notoria gravedad” del hecho, por ser diversa la “ratio” de la agravación en cada caso.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Un único motivo de casación formulan estos coacusados contra la sentencia de que se ha hecho mérito, articulado al amparo del art. 849.1.º de la L.E.Cr., por aplicación indebida del art. 250.1.6.º del C.P. vigente. El desarrollo del reproche argumenta, en realidad, la incompatibilidad de aplicar simultáneamente la agravante específica de la especial gravedad por la cuantía de lo defraudado con la continuidad delictiva del art. 74 del C.P., alegando que ello origina una doble penalidad agravatoria derivadas de un mismo hecho, por lo que resultaría vulnerado el principio “non bis in idem”, “.... toda vez que el delito continuado (art. 74.2 del C.P.) conlleva en el asunto que nos ocupa “notoria gravedad” al igual que el tan repetido art. 250.1.6.º del C.P.”.

El motivo no puede ser acogido.

La reciente sentencia de esta Sala, de 6 de noviembre de 2001, examina la cuestión suscitada por los recurrentes y declara que el delito continuado no excluye las agravantes de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. En este sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante (confr. SSTs de 2 de octubre de 1990 y 24 de noviembre de 1990). El problema aquí planteado, en realidad, niega esta premisa. Se trata de una cuestión que ha sido también objeto de decisiones de esta Sala en las que hemos excluido toda infracción del principio “ne bis in idem” (SSTs 1030/1996, de 17 de diciembre; 168/1997, de 13 de febrero). La razón es clara: el delito continuado es más grave que un delito único, pues se

compone de una continuidad de varios hechos. Consecuentemente, si cada uno de los hechos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no puede quedar sin contenido. La agravante del art. 250 del CP (antiguo art. 529) referida a cada uno de los hechos de la continuidad delictiva reprime más intensamente el especial ánimo de lucro del autor del delito. La agravación que tiene en cuenta el delito continuado tiene otro fundamento: se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica.

(...)

En lo que se refiere a la individualización de la pena que resulte a partir de la aplicación del art. 74 del C.P., el Tribunal de instancia ha fijado la sanción en la mitad superior de la señalada al delito tipificado en el art. 250 del C.P., decisión esta que no se aparta de la doctrina de esta Sala según la cual la regla segunda del art. 74 es autónoma e independiente de la regla primera, que exige necesariamente la imposición de la pena en la mitad superior. Porque el art. 74.2.º, al establecer que en las infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, no obliga —como hace la regla 1.ª— a fijar la pena en la mitad superior, pero tampoco lo proscribire, razón por la cual esta Sala considera que no se vulnera la proporcionalidad de la pena en este caso cuando ésta se sitúa en el mínimo de la mitad superior (independientemente de que se supere ese mínimo respecto de los acusados en quienes concurre la agravante de reincidencia), teniendo en cuenta que el perjuicio total causado ascendió a 43.284.904 ptas., según el Hecho Probado.

**Sentencia 1229/2002, Sala de lo Penal del TS, de 1 de julio de 2002**

VALIDEZ DEL TESTIMONIO DE REFERENCIA EN UN CASO DE ABUSOS SEXUALES A MENORES.

**Arts. 448, 710 y 730 LECrim.; 13.3 y 17 LO 1/1996, de Protección jurídica del Menor**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

*Constituye, el de autos, uno de los excepcionales supuestos en que los testimonios de referencia pueden sustituir al directo y ser valorados como prueba de cargo al estar absolutamente desaconsejada la exploración de las menores ofendidas a causa de su segura inutilidad y de los efectos perjudiciales que les produciría.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...) Las pruebas, celebradas en el juicio oral, de las que ha podido deducir razonablemente el Tribunal de instancia la realidad de los hechos enjuiciados y la participación que en ellos tuvieron los acusados —por acción Francisco G.M. y por omisión Isabel M.O.— son las siguientes: a) las declaraciones prestadas por los testigos D.<sup>a</sup> Trinidad N.J. y D.<sup>a</sup> Josefa S.B., profesora y directora, respectivamente, del colegio público donde estudiaban las niñas ofendidas, a las que la mayor de las dos —Macarena— refirió los actos que el acusado realizaba con ella sin oposición alguna de su madre; b) la audición de las cintas en que se grabó la exploración judicial de la menor de las niñas —Vanessa— en el curso de la cual, con expresiones inequívocas, narró las mismas agresiones sufridas tanto por ella como por su hermana; c) la prueba pericial psicológica que puso de manifiesto las profundas

y gravísimas secuelas que dejó en ambas niñas el repugnante comportamiento de ambos acusados. (...) Así planteada la cuestión, lo que hemos de preguntarnos es si, en el caso resuelto por la Sentencia recurrida, los testigos presenciales podían ser lícita y válidamente reemplazados por los de referencia y si concurrían los presupuestos requeridos por el art. 730 LECr para que la reproducción en el juicio oral de una diligencia practicada en el sumario sea sustituida por lo que la citada norma, a la altura de la fecha de su redacción, únicamente podía prever como lectura.

Sin duda alguna, el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que sólo puede entenderse desvirtuada mediante una

prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediación, el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga. Ello no obstante, tanto la doctrina constitucional —SSTC 303/1993, 35/1995, 97/1997 y 97/1999— como la jurisprudencia de esta Sala —SSTS 232/1997, 139/2000, 335/2000, 429/2002, entre otras— han admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial. En el caso que da origen al recurso que estamos examinando no puede decirse que fuese materialmente imposible la comparecencia de las menores ofendidas ante el Tribunal, pero sí concurría una causa de imposibilidad legal, que aquél ponderó prudencialmente, a la que se ha referido esta Sala, resolviendo un caso parecido al que ahora se plantea, en su Sentencia 429/2002, de 18 de marzo.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el artículo 11.2, como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, “la supremacía del interés del menor” y “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección “se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor”. Podría argüirse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la Defensa del acusado, no es una

interferencia necesaria puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, pero tal razonamiento debe ceder ante los principios antes mencionados —sin perjuicio de las consecuencias procesales que puedan derivarse de la ausencia del interrogatorio— y ante el mandato contenido en el art. 17 de la misma LO 1/1996 a cuyo tenor “en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor, (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra”. Si a la luz de estos principios y preceptos, se leen los informes emitidos por los psicólogos de los Servicios de Infancia y Familia de la Diputación Provincial de Sevilla sobre la situación de las menores que fueron víctimas de los hechos enjuiciados, se llega fácilmente a la conclusión de que fueron de todo punto acertadas tanto las decisiones del Instructor de prescindir de la exploración de Macarena G. y anticipar de forma contradictoria la de su hermana Vanessa, como el criterio del Tribunal de instancia, favorable a la valoración como prueba de los testimonios referenciales, así como de la exploración anticipada, en la elaboración de su convicción sobre los hechos realmente acontecidos. De Macarena se dice, en el informe psicológico que obran a los folios 65 a 70, que “no debe ser sometida a ninguna exploración ni psicológica ni física para investigar de nuevo los abusos sexuales sufridos, pues la niña se bloquea, angustia y aterroriza cada (vez) que se evoca el tema (...). Someter a la niña de nuevo a interrogaciones y exploraciones sería, por una parte, infructuoso y, por otra parte, sumamente dañino para la evolución de la misma”. Este diagnóstico resultó elocuentemente confirmado, mes y medio más tarde, cuando la Psicóloga adscrita al Decanato de los Juzgados de Sevilla intentó efectuar la exploración psicológica de Macarena

ordenada por el Instructor y hubo de desistir (...) ante la actitud retraída y resistente de la niña. Expresa la psicóloga —folio 95 del sumario— que “en el transcurso de la visita ha percibido en la niña comportamientos que son indicativos de graves perturbaciones emocionales (actitud temerosa, evitación del contacto ocular, mímica pobre, actitud indiferente, adopción de postura fetal, movimientos estereotipados, incontinencia urinaria...) por lo que se considera que la práctica del estudio solicitado puede resultar, con toda probabilidad, negativa para el equilibrio emocional de la menor. Por este motivo se estima oportuno que los informes acerca de la misma sean emitidos por el equipo terapéutico que actualmente atiende a la menor”. A la vista de estos informes era evidente que la normativa internacional e interna de protección del menor exigía evitar a Macarena exploraciones judiciales que, además de ser inútiles para el esclarecimiento de los hechos, suponían un riesgo seguro para el proceso de recuperación que se estaba llevando a cabo con ella, para su equilibrio emocional y afectivo, todavía precario y condicionado por el necesario olvido de las pasadas experiencias y, en definitiva, para su desarrollo personal y social. No existía, como hemos dicho, imposibilidad material para que esta niña prestase declaración ante el Instructor y luego ante el Tribunal, pero sí una prohibición legal que los órganos judiciales supieron ver con irreprochable criterio, por lo que se daba el presupuesto para que se admitiesen las declaraciones de los testigos de referencia. Y en relación con su hermana Vanessa G., un año menor que Macarena, a la que el Instructor finalmente exploró de forma contradictoria y ateniéndose a lo dispuesto en el art. 448 LECr, conviene tener presente lo que se decía, en torno a la posibilidad de interrogarla sobre los hechos, en el informe psicológico (...). “Se debe tener en cuenta que los hechos denunciados ocurrieron hace al menos seis meses. Este período de tiempo es muy largo para una niña de seis años. Además, por un mecanismo de defensa elemental, los niños

tienden a reprimir y olvidar los sucesos traumáticos, por lo que rogamos que si dicha exploración el señor juez la considera imprescindible, se haga a la mayor brevedad, para permitir que la niña siga su proceso evolutivo sin obligarla a recordar (recordar es una forma de revivir) el pasado cada cierto tiempo”. Claramente procedía, en consecuencia, hacer lo que el Instructor acordó a los pocos días: oír a Vanessa en presencia del Secretario del Juzgado, del Fiscal, del Letrado del acusado Francisco G.M. y de la Psicóloga de los Servicios de Infancia y Familia de la Diputación Provincial grabar la exploración para que quedase de ella el más fiel reflejo y transcribirla —folios 173 a 177— bajo fe del Secretario Judicial. Y claramente también se estaba en el caso de actuar como posteriormente hizo el Tribunal de instancia, esto es, considerar que se daba un supuesto equivalente al previsto en el art. 730 LECr y que, por consiguiente, podían ser oídas en el juicio oral, habiéndolo solicitado las partes, las cintas en que fueron grabadas las manifestaciones de la niña.

(...)

Una vez ha quedado puesto de manifiesto que el pronunciamiento de culpabilidad contra ambos acusados estuvo asentado en una diversa prueba con sentido de cargo, lícitamente obtenida y correctamente practicada en el juicio oral, con todas las garantías inherentes a dicho acto, es oportuno subrayar que, como decíamos en nuestra ya mencionada Sentencia 429/2002, “la excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprochables. En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstan-

cias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito”. Esta necesidad de extremar el rigor en la valoración racional de las pruebas no ha sido desconocida en la Sentencia recurrida por el Tribunal de instancia que, en el fundamento jurídico séptimo, ha explicado suficientemente las razo-

nes de su convicción, en términos de los que esta Sala no puede discrepar porque ni presenció la celebración de las pruebas ni en su apreciación ha advertido razonamiento alguno que pueda ser considerado arbitrario o absurdo. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que no ha sido vulnerado el derecho de los acusados a la presunción de inocencia por lo que debe ser desestimado el único motivo del recurso.

## Sentencia 1243/2002, Sala de lo Penal del TS, de 2 de julio de 2002

TENTATIVA INIDONEA. ESTAFA.

**Arts. 16 y 248 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*La presentación a cobro de un talón sustraído y fraudulentamente suscrito correspondiente a una cuenta cancelada fue calificado por la Sala de instrucción como tentativa inidónea impune de estafa, entendiendo, por el contrario, el Tribunal Supremo, que estamos ante una forma de tentativa punible.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—1. En el segundo motivo, también al amparo del núm. 1 del art. 849 LECr., el Ministerio Fiscal se queja de la indebida inaplicación de los arts. 248, 249, 16 y 62 CP y discrepa del criterio de la Sala de instancia que absolvió del delito de estafa intentada por considerar que se trataba de una tentativa inidónea al estar la cuenta contra la que se libró el cheque can-

celada, y por tanto, el intento de cobro del talón era impune.

Arguye el Fiscal que en la dicción del Código Penal vigente, la acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objeti-

vamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

En este motivo, que también ha de prosperar, se invoca como en el anterior la jurisprudencia de esta Sala con la acertada cita de las sentencias 21 de junio de 1999, 13 de marzo de 2000 y 2 de junio de 2000.

2. El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa “los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”, lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el art. 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquella —como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera

la 1866/2000, de 5 de diciembre— “los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta”.

Por el contrario son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, “objetivamente” valorados “ex ante” y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos 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 su acción.

Lleva razón el Ministerio Fiscal en su alegato y este segundo motivo también ha de ser estimado.



**Sentencia 948/2002, Sala de lo Penal del TS, de 8 de julio de 2002**

FALSIFICACIÓN DE MONEDA.

**Art. 386 Código Penal**

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

**SÍNTESIS**

*De las diversas cuestiones planteadas en esta Sentencia, destacamos que se aplica en ella por vez primera el Acuerdo de la Sala de 28 de junio de 2002 (publicado en el n.º 7 de la Revista de Derecho Penal), en cuya virtud se califica de falsificación de moneda la alteración de la banda magnética de las tarjetas de crédito.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Segundo.—(...)**

De los numerosos problemas que plantea el tratamiento de las tarjetas de crédito o débito en nuestro Código Penal, que se agudizan en el caso de la falsificación de esos instrumentos de pago con la técnica de “asimilación” aplicada por el Código en su artículo 387, el que constituye ahora objeto único de nuestro interés no es otro que el de la determinación de si la manipulación de una tarjeta auténtica, en cuya banda magnética se introducen datos obtenidos fraudulentamente de otra, perteneciente a un tercero, ha de considerarse “fabricación” de moneda falsa, a los efectos del artículo 386.1.º del Texto punitivo.

El recurrente expresa algunas de las dudas que se suscitan a propósito de diversos aspectos de esta cuestión, tales como la determinación del bien jurídico que, en la actualidad, pretende proteger este tipo delictivo, en relación con la indudable gravedad de las sanciones legalmente previstas para él; el verdadero alcance del término “fabricar”,

al haberse suprimido en el Código de 1995 la acción consistente en la “alteración de moneda” de esta infracción; la importancia que pudiera tener la diferencia, según quien recurre, entre la confección “ex novo” de la tarjeta o la llevada a cabo mediante la combinación de unos datos obtenidos fraudulentamente y un soporte inicialmente auténtico, o el número, limitado o “en serie”, de su producción, etc.

La alternativa, caso de no considerarse falsificación/fabricación de moneda, a la que el propio Recurso alude, sería la de considerar que nos hallamos ante una falsedad de documento mercantil (arts. 390 y 392 CP), en su caso en concurso instrumental con el delito de Estafa (art. 248 CP), o, incluso, la subsunción de toda la conducta defraudatoria, incluida la falsedad, en el tipo especial del artículo 248.2 del Código Penal.

Sometida la cuestión, por la indudable trascendencia que entraña, al Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en sesión celebrada el día 28 de junio de 2002, se acordó que la correcta calificación de tales hechos, en cri-

terio de dicho Pleno, habría de ser como delito de falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal, de acuerdo por tanto con el criterio de los Juzgadores “a quibus”, toda vez que la generación de un documento nuevo, sin existencia previa, como es el caso, ha de considerarse “fabricación” y no simple “alteración”, pues precisamente el elemento esencial en la tarjeta es la banda magnética y la voluntad del Legislador no parece otra que la de la severa represión de estas acciones, atendiendo a la importancia económica actual de las tarjetas como instrumentos de pago.

El número de las tarjetas objeto de falsificación sería también irrelevante, del mismo modo que el Código no establece mínimo alguno, en este sentido, para el caso de los billetes de Banco o del dinero metálico. No debiendo olvidar tampoco, en el caso concreto que aquí nos ocupa y según la propia literalidad de la narración de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, que en el domicilio del recurrente fueron hallados diferentes elementos tendentes a la producción numerosa de tarjetas falsificadas, tales como sesenta tarjetas de plástico con banda magnética en el reverso, quince soportes de plástico con bandas magnéticas, un lector de banda magnética, un aparato lector y grabador de bandas magnéticas escondido en el interior de la carcasa de un ordenador portátil, etc.

Literalmente el Acuerdo de la Sala, adoptado en el referido Pleno, dice así:

“Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de “dinero de plástico”, que el artículo 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la “banda magnética” de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal.

En tales supuestos, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede la imposición de la

pena de multa, también prevista en el referido precepto.

Asimismo se pronuncia el Pleno favorablemente a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del Recurso de Casación se acuda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Penal, al Gobierno de la Nación exponiendo la conveniencia de la inclusión, en el Código Penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001.”

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en relación con el contenido del segundo párrafo del texto transcrito, desde ahora hemos de pronunciarnos negativamente frente a la sugerencia relativa a la remisión al Gobierno de la Nación de la propuesta de modificación legal, al amparo del artículo 4.3 del Código Penal, para la posible introducción de un precepto específico que regule los actos de falsificación de tarjetas bancarias, con establecimiento concreto de las penas aplicables a cada supuesto digno de consideración, como recomienda la Sala reunida en el referido Pleno no jurisdiccional.

Pues, aun cuando, como el propio Acuerdo refiere, según lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 28 de mayo de 2001, “sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, nuestro país está obligado a introducir en su ordenamiento, antes de Junio de 2003, las reformas legales que considere necesarias para acomodar la persecución penal de conductas como la analizada a los mandatos contenidos en esa Decisión Marco, lo cierto es que el ámbito en que ha de insertarse la previsión legal y la finalidad de la misma se dirige al tratamiento específico del caso concreto, cuando, en él, se aprecie una evi-

dente desproporción penológica, que motive la apelación al Gobierno, en tanto que promotor de la Reforma de la Ley.

Pero es que, en el caso al que nos enfrentamos, tal desproporción sancionadora no se produce, si atendemos a las circunstancias específicas del supuesto ante el que nos hallamos, dado que el delito enjuiciado, aunque su delimitación ha quedado debidamente determinada a efectos de este enjuiciamiento, ofrece ciertos perfiles que lo vinculan con conductas desplegadas más allá de nuestras fronteras, es producto de una actividad con tintes de organización estable, se aplica a un número, si no excesivo sí al menos plural, de tarjetas de crédito, alcanza, en un momento posterior, a numerosos actos defraudatorios que suponen un perjuicio total de indudable entidad y, por último, prueba de la gravedad de los hechos y de su potencial peligrosidad es la ocupa-

ción, expresamente consignada en la narración de hechos de la Sentencia recurrida, de una serie de efectos, en poder de Óscar, tales como varias decenas de tarjetas preparadas para la falsificación ulterior o los instrumentos informáticos para llevar a cabo pluralidad de conductas ulteriores, en ese sentido ilícito, a los que ya nos referimos anteriormente.

Razones por las que, sin perjuicio del acierto que, sin duda, informa la parte del Acuerdo de esta Sala relativa a la conveniencia de la elaboración y remisión al Gobierno de una propuesta de modificación legal en el sentido que se expone, en el presente caso, que a nuestro juicio corresponde a aquellos en los que sí estaría suficientemente justificada la elevada sanción prevista hoy para estas conductas en el Código Penal, no hay fundamento legal bastante para formularla.

## Sentencia 1284/2002, Sala de lo Penal del TS, de 8 de julio de 2002

ESTAFA. DELITO CONTINUADO.

**Arts. 74 y 248 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

### SÍNTESIS

*Además de resumir muy claramente los elementos configuradores del delito de estafa, se explican los pasos en la medición de la pena cuando se trata de una estafa continuada de especial gravedad, atendiendo al valor de lo defraudado.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) La sentencia objeto del recurso condena al acusado como autor de

un delito continuado de estafa con la agravación específica contemplada en el artículo 250.6.º del Código Penal —especial gravedad— concurriendo la circunstancia agra-

vante de reincidencia, imponiendo la pena de tres años de prisión, multa y arresto sustitutorio.

La pena impuesta, como argumenta el Ministerio Fiscal, queda por defecto fuera del marco legal, pues conforme al artículo 250.6.º del Código Penal la pena a imponer es de uno a seis años. Al ser continuado el delito y, dentro del tema de discusión sobre la aplicación del párrafo 1.º o 2.º, tema que ha sido resuelto, en principio, en el sentido de que en los delitos patrimoniales continuados la pena será conforme al párrafo 2.º del artículo 74 del Código Penal “se impondrán teniendo en cuenta el perjuicio total causado”, lo que constituye una norma específica y singular —sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo y 28 de julio de 1999 y 16 de junio de 2000—, que excluye la aplicación del párrafo 1.º del mencionado artículo 74 del Código Penal. Sin embargo en el caso que se examina, nos encontramos que las diferentes acciones que integran el delito continuado, éstas por sí mismas ya configuran la “especial gravedad” —4 millones, 3 millones, 4 millones y 5 millones—, supuesto especial en el que conforme a la jurisprudencia de esta Sala se aplicará también la norma del párrafo 1.º del artículo 74 del Código Penal, lo que significa que la pena mínima a imponer al condenado será la de tres años y seis meses y multa de 9 meses —sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo, 15 de setiembre y 15 de diciembre de 2000, y 2 de marzo de 2001—. En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero y 2 de marzo 2000 y 14 y 22 de febrero de 2001, que concretamente señalan la cantidad de dos millones de pesetas para integrar la agravación; —sentencia de 15 de junio de 2001—, afirmando la indiscutible aplicación de la agravación a una estafa de cuatro millones. la sentencia que cita en apoyo de la impugnación el Ministerio Fiscal —sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, expresamente señala esa cifra para integrar el presupuesto de la agravación derivada de la especial gravedad para su

valoración como muy calificada, supuesto que no concurre en la actual previsión típica en el delito de estafa.

Siendo la pena tipo a imponer la mínima señalada hasta 6 años de prisión y concurrir la agravante de reincidencia conforme al artículo 66 núm. 3 del Código Penal, la pena habrá de imponer en la mitad superior del marco legal establecido.

(...)

**Cuarto.**—(...) Tal y como está redactado el *factum* se describen cada uno de los elementos del delito tipificado en el artículo 248 del Código Penal, ya que concurren los elementos integrantes del mismo, según doctrina de esta Sala —sentencias de 19 de setiembre de 2001 y 1 y 8 de febrero de 2002— que los condensa en los siguientes términos: “en los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 1.º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2.º) Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3.º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que

lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4.º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5.º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del

C.P. entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6.º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el «dolo subsequens», es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa”.

## Sentencia 671/2002, Sala de lo Penal del TS, de 9 de julio de 2002

APELACIÓN CONTRA AUTOS DE LOS JUECES DE VIGILANCIA EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN: COMPETENCIA.

**Art. 82.1.3.º y Disposición adicional quinta, apartado 2 LOPJ**

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

### SÍNTESIS

*Aplicando el Acuerdo de la Sala de 28 de junio de 2002 (publicado en el n.º 7 de la Revista de Derecho Penal) se confirma la solución adoptada en la resolución recurrida: los recursos contra las decisiones de los Jueces de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación del penado son competencia del tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se ha denunciado infracción de ley, de las del art. 849.1.º LECrim y del art. 25 de la misma ley, por vulneración de la norma de competencia del art. 82.1.3.º LOPJ.

El argumento es que la Audiencia Provincial de Vitoria es la competente para conocer del recurso de apelación contra el auto del Juzgado de vigilancia penitenciaria de Bilbao que disponía la progresión de Ángel R. de G. a tercer grado de tratamiento, con criterio favorable al otorgamiento de la libertad condicional; por lo que debió haberlo resuelto en lugar de atribuir la competencia para ese trámite al tribunal sentenciador, en este caso la Audiencia Nacional.

(...)

**Segundo.**—(...) el auto impugnado no es de los contemplados en el art. 848 y concordantes de la Ley de E. Criminal, de ahí que el recurso planteado, de estarse a esa sola consideración, no tendría que haberse admitido a trámite.

Ahora bien, esa perspectiva meramente formal no puede ocultar un dato de relieve. Se trata de que el asunto suscitado encubre realmente una cuestión de competencia, puesto que se ha de decidir acerca de cuál sea el órgano encargado de resolver en se-

gunda instancia sobre determinadas decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria.

Esto sentado, el hecho de que se trate de una materia en la que, por razones elementales de seguridad jurídica, se ha de operar con pautas predeterminadas de carácter general, hizo que la sala estimase conveniente someter el asunto a un pleno no jurisdiccional del tribunal, que —celebrado el día 28 de junio del año en curso— ha resuelto en el sentido de entender que corresponde aplicar la Disposición adicional quinta, 2 LOPJ, que aborda de forma específica el régimen de recursos contra las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria. Y hacerlo con el criterio de que los recursos contra las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 3.1 y 2 Código Penal) son competencia del tribunal sentenciador.

Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas de las previstas en el art. 105 Código Penal.

En consecuencia, y por todo, debe estarse a lo resuelto por la Audiencia Provincial, con desestimación del recurso.

**Sentencia 1310/2002, Sala de lo Penal del TS, de 9 de julio de 2002**

ATENTADO.

**Art. 550 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enrique Abad Fernández**

**SÍNTESIS**

*El Decano del Colegio de Abogados, cuando actúa en condición de tal, ejercitando un poder público que le ha sido conferido, tiene la consideración de Autoridad a efectos de la eventual consideración de un delito de atentado.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—(...) Alega el recurrente que la agredida, Decana del Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, no tiene la condición de autoridad, ni de agente de la misma, ni mucho menos de funcionario público, ya que no ostenta mando ni jurisdicción propia, entendiéndose por tal la capacidad que tiene una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, legislativa, ejecutiva o judicial, por sí misma, en un ámbito competencial objetivo y territorial.

Dice el artículo 24 del vigente Código Penal que “a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembros de alguna Corporación, Tribunal u órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia”.

Afirma el Tribunal de instancia en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia que “a juicio de este Tribunal, los Decanos de los Colegios de Abogados, ostentan el carácter de autoridad a los efectos de ser sujetos pasivos de este delito. El vigente artículo 24 del Código Penal establece lige-

ras variantes con respecto al artículo 119 del Código Penal de 1973, al introducir en el concepto de autoridad a los “miembros de un órgano colegiado” que “tengan mando o ejerzan jurisdicción propia”. En tal sentido el artículo 3.º del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio (que reproduce literalmente el artículo 1.º del Estatuto del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife) establece que los Colegios profesionales de Abogados son “corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”, entre los que se encuentra —apartado 2.º del mismo artículo— “la ordenación del ejercicio de la profesión y la representación exclusiva de la misma”, y, entre las funciones que le atribuye el artículo 4.º “cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes en cuanto afecten a la profesión; y los Estatutos, normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiados en materia de su competencia”; y en cuanto a la Junta de Gobierno —que, según el artículo 62, preside el Decano—, “ejercer las

facultades disciplinarias respecto a los colegiados”. Concretamente al Decano corresponde —artículo 67— “la representación oficial del Colegio en todas las relaciones del mismo con los poderes públicos, Entidades, Corporaciones y personalidades, de cualquier orden” y ejercer “las funciones de vigilancia y corrección que los Estatutos reservan a su autoridad” (en idéntico sentido, el artículo 64 del Estatuto del Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife).

De lo que antecede se desprende que el Decano del Colegio de Abogados ejerce mando y tiene potestad sancionadora: ostenta la representación del Colegio; tiene funciones de vigilancia y corrección, y en definitiva, facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices que ponen de relieve su potestad de mando; y, en conclusión, su carácter de autoridad en los términos que recoge el citado artículo 24 del vigente Código Penal”.

Expone el Ministerio Fiscal en su Informe que “el Colegio de Abogados, como Colegio profesional que es, forma parte de las Corporaciones de Derecho Público. Corporaciones que tienen atribuidas por el ordenamiento, o por delegaciones expresas de la Administración, funciones que normalmente son propias de ésta, que ejercen sobre sus propios miembros. Así, a los colegios profesio-

sionales se les asigna, como norma, el control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus miembros, la organización de Turnos de oficio, el informe preceptivo y aun la resolución inicial de procedimientos administrativos”.

El artículo 36 de la Constitución dice que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales”.

Efectivamente el Estatuto General de la Abogacía establece que el Decano, que será nombrado por elección entre todos los colegiados ejercientes y no ejercientes, ostenta la representación del Colegio en todas las relaciones del mismo con los poderes públicos, Entidades, Corporaciones y personalidades de cualquier orden; ejerce las funciones de vigilancia y corrección que los Estatutos reservan a su autoridad; propone los Abogados que deban formar parte de los Tribunales de oposiciones, y designa los turnos de oficio. Turno que el propio recurrente afirma supone el ejercicio de funciones públicas.

Por ello el Decano del Colegio de Abogados puede ser incluido a efectos penales en el concepto de autoridad, por cuanto forma parte destacada de una Corporación que ejerce potestades públicas.

## Sentencia 1302/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de julio de 2002

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. ESTAFA.

**Arts. 248 y 390 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*El libramiento y posterior descuento de letras de favor puede ser constitutivo, como sucede en el caso enjuiciado, de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa. (Por el contrario, en la STS*



*1299/2002, de 12 de julio, se entiende que no hubo engaño bastante en el descuento por la entidad financiera de letras de cambio sin indagar sobre la solvencia del librador y la realidad del negocio jurídicos subyacente, no apreciándose tampoco falsedad documental, dado el carácter abstracto del negocio cambiario).*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—(...) La jurisprudencia de esta Sala después de una larga elaboración y que en síntesis —y por lo que interesa para resolver el caso enjuiciado— consiste, en este tipo de estafa, en un desplazamiento patrimonial, generalmente en dinero, provocado, con voluntad de la víctima en virtud de una ficción, apariencia, falacia o mendacidad, que vicia su consentimiento, engaño que produce un perjuicio económico, en íntima conexión con él y todo ello presidido por un ánimo de lucro o de enriquecimiento en el sujeto activo. La aproximación de determinadas estafas a supuestos de ilícitos civiles, ha obligado a la doctrina legal a distinguir los ilícitos de una y otra clase. En el ilícito penal de la estafa el sujeto activo sabe desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos. Esta doctrina conocida como la de los contratos civiles o mercantiles criminalizados ha sido recogida en infinidad de sentencias de esta Sala; por ejemplo, sentencias de 2 de abril de 1982, 21 de mayo de 1983, 22 de octubre de 1985, 11 de diciembre de 1985, 5 de diciembre de 1986. Como hemos declarado en nuestra Sentencia 1092/2000, de 19 de junio, uno de los medios con más frecuencia utilizados por los defraudadores es el que proporciona el contrato de descuento bancario. El cliente consigue del Banco una línea de descuento, emite letras vacías o de colusión, con librados imaginarios, o reales pero no deudores, se apropia del precio del descuento y cuan-

do las letras regresan devueltas se ha hecho insolvente o simplemente no paga —Sentencias de 16 de febrero, 2 de abril de 1982, 21 de diciembre de 1983, 18 de septiembre de 1985, 12 de diciembre de 1986—.

La operación de descuento bancario va acompañada, como elemento inherente a su naturaleza y contenido, de la cláusula “salvo buen fin”, reveladora de que el anticipo del importe de la cambial lo es a condición de que ésta sea abonada por el librado en la fecha de su vencimiento, quedando la posibilidad, caso de que no se produjera el pago, de dirigirse contra el librado-aceptante, o, en su caso, contra el librador, en vía de regreso, para hacer efectivo el importe anticipado. Roto el antedicho esquema, en supuestos cual el contemplado en el recurso, la estafa queda consumada. Cual sintetiza la S. de 16 de octubre de 1991 —en hipótesis semejante—, existe, pues, el elemento del engaño, en cuanto que la entidad crediticia confiaba en el buen fin de la letra de cambio; ha concurrido, además, un desplazamiento patrimonial originado por la mendacidad a que se ha hecho mención y, por último, aparece también el ánimo de lucro y el daño o perjuicio económico, al no haber sido recuperado el importe de las letras por los bancos descontantes.

(...)

La consideración del negocio cambiario como abstracto, no quiere decir que esté totalmente desconectado de su causal subyacente, de modo que no pueda ser objeto de falsedad alguna, si no responde más que al designio de confeccionar el “modus operandi” necesario, pero criminalizado, para conseguir el desplazamiento patrimonial, de

forma que su comisión adquiere los caracteres de concurso ideal en su faceta medial o instrumental para la estafa que se organiza y se consuma con tal mecánica comisiva. Es cierto que diversas sentencias de esta Sala han analizado tal concurso cuando se simulaba el acepto (las de fechas 25 de octubre de 1993, 20 de julio de 1998, 5 de abril y 10 de junio de 2000 y 4 de mayo de 2001, entre otras).

La conducta de falsear un documento de manera que induzca a error en su autenticidad, de forma completa, atenta a la seguridad del tráfico mercantil y constituye por sí misma un reproche penal y autónomo e independiente del perjuicio patrimonial ocasionado a las entidades bancarias, por lo que se dan los elementos necesarios para definir la falsedad documental, cuales son: a) el elemento objetivo, propio de toda falsedad, de mutación de la verdad por alguno de los procedimientos o formas enumerados hoy en el artículo 390 Código penal y anteriormente en el art. 302; b) que la “mutatio veritatis” recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración de delito los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documento, pero no cuando lo que se confecciona es la totalidad del documento mendaz; y, c) el elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en la concurrencia en el agente de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad.

Ahora bien, el Código penal de 1995 ha despenalizado la falsedad ideológica que afecta a documentos privados o mercantiles, lo que fue objeto de consideración por el Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios de 26 de febrero de 1999. En la falsedad ideológica se infringe un deber de veracidad sin alterar el objeto material, en tanto que en lo material se infringe la obligación alterando un soporte material.

Como se dice en la Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1999, un sector doctrinal ve en la reforma del Código Penal de 1995,

respecto la despenalización de las falsedades ideológicas cometidas por particulares, un cambio sustancial que exige una nueva orientación de la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto ahora se ciñe el requisito de la autenticidad al hecho de que el otorgante que surge de él y el que realmente lo otorgó sea la misma persona y será inauténtico cuando se haga aparecer como interviniente o autor del mismo a persona que no ha emitido nunca ese documento. La función garantizadora, se afecta básicamente cuando se falsifica la firma o, dicho de una manera más general, cuando las manifestaciones contenidas en un documento auténtico se atribuyen a quien no las hizo. Si sólo se pretende simular una apariencia inveraz, en todo o parte, sin distorsionar la autoría o genuinidad del documento, mediará delito de contrato simulado, estafa propia u otro delito específico pero no habrá falsedad documental.

Otro sector no aprecia la necesidad de cambiar la orientación jurisprudencial respecto a la despenalización de conductas falsarias cometidas por particulares con motivo del nuevo Texto del Código Penal de 1995, ya que al excluir expresamente a los particulares de la modalidad comisiva prevista en el artículo 390.1.4.º, ha venido a consagrar la interpretación jurisprudencial que había entendido como atípicas las meras declaraciones inveraces, especialmente cuando se vierten ante funcionarios públicos.

Dos son igualmente las posiciones que han sido recogidas en Sentencias de esta Sala, hasta la celebración del citado Pleno.

Así, en las Sentencias de 13 de junio de 1997 y 28 de octubre de 1997 (caso “Filesa”), se declara que se produce la simulación del documento que induzca a error sobre su autenticidad cuando se crea “ex novo” un documento mercantil, por algo que nunca ha existido; no es que las declaraciones que se contienen falten a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido, cuando el documento en su totalidad representa una falacia,

constituyendo un soporte material falso, no meramente intelectual.

Por el contrario mantienen una posición diferente las Sentencias de 30 de enero y de 26 de febrero de 1998. En la primera se dice, entre otras cosas, que “si se tiene en cuenta que la ley exige que la simulación del documento pueda inducir a error sobre la autenticidad, es preciso dejar en claro que auténtico es un documento en el que lo declarado pertenece realmente a quien lo suscribe asumiendo la declaración. Por lo tanto la simulación del documento en el sentido de los arts. 302.9.º CP/1973 y 390.1.2.º CP debe afectar la función de garantía del documento (cfr. la citada STS de 18-3-1991), es decir, debe consistir en la atribución a otro de una declaración que no ha realizado o en la alteración de un documento auténtico de tal manera que lo declarado por quien lo suscribe asumiéndolo ya no sea lo que en realidad declaró”. Y en la Sentencia de 26 de febrero de 1998 (caso Argentina Trust) se expresa que “la factura para cuyo pago se efectuó la transferencia de fondos que ya ha quedado jurídicamente calificada no fue simulada sino auténtica —así hemos de considerarla al menos— en tanto fue reconocida como tal por quien la autorizó con su firma. Aunque

no era verdad que la misma respondiese a los trabajos que en ella se referían, esta circunstancia no convertía en «simulada» a la factura sino, sencillamente, en mendaz”.

Tras la celebración del Pleno citado, 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 considerado la 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.

La letra de cambio vacía o de colusión, confeccionada totalmente al margen de cualquier realidad negocial, y con la única finalidad de servir de instrumento documental para la estafa que se urde, no es ajena a esta consideración jurídico-penal, como no lo es tampoco la confección de recibos inauténticos, mendazmente elaborados en su integridad, sin base real alguna, con la finalidad de conseguir objetivos que caen dentro de la órbita del derecho penal.

## Sentencia 1308/2002, Sala de lo Penal del TS, de 13 de julio de 2002

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA.

**Art. 120, núm. 3 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

### SÍNTESIS

*Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de un centro médico de asistencia mental por un homicidio ejecutado en el aparcamiento del centro, del que fue víctima un médico que prestaba sus servicios profesionales en el mencionado centro.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**—(...) La responsabilidad civil subsidiaria que se regula en el artículo 120, número 3.º del actual Código Penal, condiciona el surgimiento de tal responsabilidad para personas naturales o jurídicas a: 1.º) que sean titulares de los establecimientos en los que los delitos o faltas se cometan. Tanto el vocablo titular como la palabra establecimiento se emplean en sentido amplio de fuente de la titularidad por cualquiera que la atribuya a la persona el primero, como de lugar en que se ejerce comercio, industria o profesión de manera habitual la segunda; 2.º) que las personas que las dirijan o administren o sus dependientes o empleados hayan infringido reglamentos de policía o, disposiciones de la autoridad. También los términos que aquí se utilizan son de la mayor amplitud en el sentido de definir las personas que tengan la capacidad de determinar el surgimiento de la responsabilidad civil que son tanto las que realizan funciones dirigidas como las que desempeñan otras tareas subordinadas como dependientes o empleados. La infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y, las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad, según el artículo 24 del Código Penal la define, y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones; y 3.º) esos reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad es preciso que tengan con el hecho punible una relación tal que, sin su infracción, el hecho no se hubiera producido. Si la definición de las personas que pueden ser civilmente responsables y de los establecimientos de que sean titulares son amplias, así como la enumeración de las que pueden con su acción u omisión determinar el surgimiento de la responsabilidad, la referencia a

los reglamentos de policía y a las disposiciones de la autoridad se restringen a aquellas cuya infracción esté relacionada causalmente con la ocurrencia del hecho punible. Claramente se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas.

Veamos si las antedichas exigencias son observables en el presente caso. El establecimiento donde el homicidio se produjo era el Centro de Salud Mental en el que provisionalmente se prestaba asistencia psiquiátrica por el Servicio de Sanidad del Principado de Asturias, SESPA, tomador del Seguro en virtud del cual, y como responsable directo por las obligaciones que sobre dicho servicio recaen, ha sido condenada, y ahora recurre en casación, la compañía aseguradora “Mapfre Industrial, S.A.” En ese centro de prestación de servicios de medicina psiquiátrica prestaba sus servicios la persona fallecida y la acción homicida la llevó a cabo el agente del hecho en el aparcamiento del establecimiento, que era parte del mismo, a más de que la conducta referida se había iniciado mediante la interpelación por el mismo agente en el interior del edificio y llevando ya preparado y escondido un cuchillo de gran tamaño (17,3 cms de largo de hoja) al médico que venía atendiendo médicamente a un hijo del autor del hecho. Carecía el establecimiento, pese a la clase de pacientes que eran atendidos, de cualquier clase de servicios de seguridad y control de las personas que al centro acudían, en su mayoría pacientes con enfermedades mentales y sus acompañantes y familiares. La exigencia de servicios de seguridad laboral está establecida legalmente en la Ley 31/1998 de Prevención de Riesgos Laborales y en el decreto 39/1997, que es el Reglamento de Servicios de Prevención, y que no son meras normas programáticas como por el recurrente se alega, sino que describen activida-

des preventivas con obligación de su adopción, si bien la concreción en cada caso de los servicios preventivos, dependerá de la clase de actividad laboral que las peculiaridades de cada labor exija.

Finalmente, se puede afirmar sin lugar a dudas que la existencia de un control de las personas y de lo que portaran, en el acceso al centro de asistencia mental, hubiera permitido detectar el arma de grandes dimensiones que llevaba ya al entrar el luego autor del homicidio, así como la vista de agentes encargados de controlar el acceso y mantener el orden, de fácil ocurrencia de alteración en cualquier momento dada las afecciones de la sanidad mental sufridas por mu-

chos de los que allí concurren, hubiera tenido un seguro efecto disuasorio para la acción que se proponía, y ejecutó, el agente del hecho. De tal forma resulta en este caso comprobada la exigencia de relación causal con el hecho punible de la infracción de normas de policía y buen orden atribuible a quienes gestionaban y administraban en el establecimiento en nombre de sus titulares: Centro de Salud Adaro y SESPA. Con ello han concurrido en el caso todos las exigencias para el surgimiento de responsabilidad civil subsidiaria contempladas en el número 3.º del artículo 120 del Código Penal, con la consecuencia, que ahora se impone, de desestimar el motivo.

## Sentencia 1332/2002, Sala de lo Penal del TS, de 15 de julio de 2002

PRINCIPIO ACUSATORIO.

**Arts. 24 CE; 793.7 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Rechaza la Sala los argumentos del recurrente relativos a la indefensión derivada del cambio de conclusiones del Fiscal que inicialmente pedía la absolución y finalmente la condena por apropiación indebida, calificación definitivamente acogida en la Sentencia de instancia y diversa de la que desde un principio sostuvo la acusación particular (estafa). El principio acusatorio no resultó vulnerado al no haberse introducido hecho nuevo alguno, razón por la que tampoco procedía la aplicación del art. 797.3 de la LECrim.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—1. En el motivo primero, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.2.º de la LECr se denuncia infracción del dere-

cho a un proceso con todas las garantías sin indefensión, consagrado en el art. 24 de la Constitución.

Se funda en el hecho de que el Ministerio Fiscal, que no había acusado en las conclu-

siones provisionales, en el momento de formular las definitivas presentó escrito de conclusiones, en el que se alegaba que “los 3 millones de pts. retirados el 2 de marzo de 1992 lo fueron en pago por sus honorarios por las operaciones ya realizadas como contador-partidor y las que debía realizar posteriormente”, y también que “de dicha minuta, la mayor parte de las operaciones detalladas fueron realizadas cuando ya había transcurrido el año desde la aceptación del cargo sin prórroga del mandato, cuando ya debía de haber cesado en el cargo, y por un importe de dos millones de pesetas que no podía incluir en el pasivo”.

Entiende el recurrente que la introducción de esos dos hechos nuevos, finalizado el período probatorio, y la acusación por el Fiscal de apropiación indebida, delito por el que fue condenado, le produjo indefensión pues la defensa sólo iba preparada para defenderse de dos delitos de estafa que le imputaba la acusación particular, infringiéndose el art. 793.7 de la LECr, que exige una calificación provisional de carácter acusatorio.

2. La queja no puede prosperar. El respeto al principio acusatorio, a pesar de su omisión textual en el art. 24 CE, constituye una exigencia constitucional en cualquier tipo de proceso penal (SSTC 11/1992, 83/1992 y 358/1993, entre muchas), guarda estrecha relación con el derecho a ser informado de la acusación y reclama la vinculación del juez a los hechos del debate procesal. Esos hechos son esenciales para la eficacia delimitadora del proceso y para la virtualidad vinculante de la correlación acusación-condena y, en definitiva, para la congruencia de la sentencia; son el elemento objetivo configurado como conjunto de elementos fácticos y el subjetivo consistente en la participación del acusado en los hechos, que es lo que le confiere su legitimación pasiva, como establecieron, entre otras, las sentencias de esta Sala de 8 de febrero de 1993 y 12 de julio de 1998.

El debate procesal vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que se formula la acusación, o apreciar hechos que no han sido objeto de consideración por la misma y sobre los cuales el acusado no ha tenido ocasión de defenderse (STS 1666/2000, de 27 de octubre que cita las SSTC 205/89, 161/94 y 95/95).

3. En el caso enjuiciado no puede aceptarse que las conclusiones definitivas del Fiscal introdujeron en el debate ningún hecho nuevo para el recurrente, ni para el Tribunal sentenciador, pues todos los hechos, pretendidamente nuevos, estaban comprendidos en el relato fáctico de la querrela de la Acusación Particular y en su escrito de conclusiones provisionales (folio 189). No sólo eso. El mismo Fiscal los relata también en sus conclusiones provisionales (folio 567), describiendo la venta de un chalé de la herencia, la emisión de un cheque a favor del acusado por importe de nueve millones de pts., y el reintegro en efectivo de tres millones de pts. de los cuales dos los aplicó a sus honorarios como contador-particular a cargo de la masa hereditaria.

Lo novedoso de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal no fueron los hechos sino su valoración jurídica al considerarlos constitutivos de un delito de apropiación indebida cuando en las provisionales estimó que eran atípicos, pero como dice pertinentemente el Fiscal en esta sede de casación, al impugnar el motivo, por sorprendente que pueda parecer el cambio de criterio del Ministerio Fiscal en la instancia, ninguna indefensión produjo al acusado ya que, desde el punto de vista de las pruebas, los hechos cuestionados venían siendo imputados al recurrente desde el inicio del procedimiento y la modificación sólo obedeció a la corrección de un error de técnica jurídica. Se pone de manifiesto así, que no era de aplicación el art. 793.7 que lo que prohíbe es la alteración de conclusiones que consiste en añadir otros hechos diferentes.

El motivo ha de ser desestimado.

**Sentencia 1336/2002, Sala de lo Penal del TS, de 15 de julio de 2002**

DELITO FISCAL.

**Art. 305 Código Penal**

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

**SÍNTESIS**

*Rechaza la sentencia la argumentación del recurrente en el sentido de que la prescripción de la deuda tributaria equivalga al pago voluntario a efectos de regularización. Niega la Sala Segunda del Tribunal Supremo que exista analogía entre ambas situaciones. Se reitera, por otra parte, la tesis de la no vinculación de la prescripción del delito fiscal a los plazos administrativos de prescripción de la deuda.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Recurso de Juan Manuel R.C.*

**Decimoctavo.**—(...) Aclara el que ocurre que, a su juicio, la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías del contribuyente, cuyo art. 24 establece la reducción a cuatro años del plazo de prescripción del derecho de la administración tributaria, aunque no lleve consigo la reducción del tiempo de prescripción del delito que establece el Código Penal, sí tiene consecuencias trascendentes para la responsabilidad penal. Estas se resumen en la desaparición de la necesidad de pena, ya porque resulte excluida la lesividad del delito o bien porque deba considerarse producida una “regularización tributaria” de la situación del contribuyente, a los efectos del vigente art. 305.4 del Código Penal (art. 349.3 del derogado).

En derecho tributario, se afirma, la prescripción de la obligación fiscal equivale al

pago espontáneo fuera de plazo (art. 61.3 de la Ley General Tributaria, reformada por Ley 25/1995). De este modo, si el pago espontáneo fuera de plazo antes del juicio y (notificación) de las actuaciones da lugar a la exención de la responsabilidad penal (art. 305.4 del Código Penal y 349.3 del derogado), el transcurso del plazo de prescripción de la obligación tributaria antes del inicio de las actuaciones inspectoras debe conducir al mismo resultado. Por lo demás, es la conclusión, esta tesis debería prosperar porque tiene encaje en la literalidad de la disposición del Código Penal aplicable, en ambas versiones citadas, y se corresponde con el sentido teleológico de la misma, puesto que prescrita la obligación fiscal el interés recaudatorio de la administración desaparece, ya que su actitud sólo puede interpretarse como renuncia al uso de los recursos de autoprotección de que le dota el ordenamiento.

La propuesta del recurrente es, pues, que la prescripción de la obligación tributaria tiene encaje en la excusa absolutoria de re-

gularización. Sin embargo, entre las correspondientes situaciones no se da la relación de analogía que se postula como presupuesto de semejante modo de argumentar. Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide assimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber, que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y que la administración tributaria, en uno y otro caso, al fin, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la Ley.

La extensión analógica de una norma presupone la previa identificación de su *ratio*, es decir, de la causa o motivo por el que la misma fue establecida. Como se sabe, para hacer uso de este recurso interpretativo, es necesario remontarse al principio que da fundamento a la norma, para, una vez identificado éste, comprobar si su aplicación viene reclamada por la similitud esencial de las situaciones, es decir, por el hecho de que la específicamente tomada en consideración y regulada por el legislador guarde una relación de semejanza —se habla de argumento *a simili*— con la que ahora reclama la atención del que juzga.

Pues bien, es el mismo legislador el que, en la exposición de motivos de la Ley que introdujo la excusa absolutoria en el Código Penal anterior (la Ley Orgánica 6/1995), ilustró acerca del porqué de haber obrado de este modo. Y lo hizo poniendo el énfasis en el dato significativo de que lo realmente buscado fue sustraer a la responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras de haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido *espontáneamente* salir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones

y a la consecuencia del incumplimiento de éstas. Tal es el elemento de principio a tomar en consideración: la concurrencia de una conducta que —aunque tardía— guarda una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto.

Por tanto, nada que ver entre la actitud positiva frente al fisco y la consiguiente posición de retorno al marco legal de los sujetos primeramente aludidos y la de quienes perseveran obstinadamente en la ilegalidad, beneficiándose de ello. Así, pues, al no ser parangonables las situaciones de partida en uno y otro caso, tampoco tendría por qué serlo la respuesta del legislador y de la ley. La consecuencia, es, por tanto que una deuda prescrita no es una deuda regularizada. Y el motivo debe ser desestimado.

(...)

*Recurso de Kepro Costa Brava, S.A.*

**Segundo.**—Al amparo de lo que dispone el art. 849.1.º Lecrim, se denuncia infracción de ley sustantiva, por inaplicación, por una parte, del art. 24 del Código Penal 1973; y, por otra, del art. 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero. La aplicación de dichos preceptos tendría que haber llevado a estimar la inexistencia de los dos delitos contra la Hacienda Pública apreciados en las operaciones llevadas a cabo por Inversiones S'Agaró, S. A. y Kepro Costa Brava, S. A.

El argumento es que la deuda tributaria prescribe a los cuatro años y que transcurrido ese plazo desaparece el bien jurídico protegido. A juicio de la recurrente, tal es la consecuencia necesaria de una correcta inteligencia del contenido del segundo de los preceptos citados, determinante de que a partir de un determinado momento la administración pierda su habilitación para determinar la deuda tributaria y la posibilidad legal de exigir su abono.

La parte, con este razonamiento, reclama la asimilación o reducción del plazo de prescripción del delito fiscal —en este caso de cinco años, tanto en el Código derogado (arts. 349 y 113) como en el vigente (art. 305 y 131)— al de la obligación tributaria



(4 años, según el art. 24 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero), planteando la opción como la única legalmente viable. Pero a la aceptación de esta tesis cabe oponer argumentos de indudable consistencia constitucional y legal, como se hará ver en lo que sigue.

Con carácter preliminar, es preciso atender al alcance de la norma del art. 24 de la Ley 1/1998, en sí misma considerada. Y a este respecto, salta claramente a la vista que la prescripción que allí se contempla afecta con carácter exclusivo a la habilitación legal de la administración tributaria para proceder por su propia autoridad contra el incumplidor de sus obligaciones fiscales, una vez transcurrido el plazo de cuatro años. Lo que decae es, pues, la posibilidad del erario público de actuar de manera autónoma en tal clase de supuestos, ya que, después de ese tiempo, no podrá realizar la liquidación precisa para determinar la deuda tributaria, ni exigir el pago de la que ya estuviera liquidada, ni instar sanciones al respecto.

Siendo así, la conclusión es que lo que se extingue por imperativo del precepto citado, pasados cuatro años, es la iniciativa de uno de los sujetos estatales —ciertamente, el principal por razón de especialidad pero no el único— con capacidad legal para reaccionar frente al impago de los impuestos. Lo que hace que, subsistente la acción penal por ese motivo, ésta pueda perfectamente ser ejercitada, por ejemplo, por el Fiscal que disponga de la correspondiente *notitia criminis*.

De todos modos, y en el caso objeto de examen, es importante señalar que las actuaciones judiciales no se iniciaron a instancia de la administración tributaria, sino por una denuncia ajena a la misma. Y fue en la depuración del objeto de la noticia de delito así recibida por el instructor y por iniciativa de éste, cuando emergieron los indicios de criminalidad sugestivos de la existencia de una posible infracción del art. 349 del Código Penal de 1973. De tal manera que, en esta causa, por el planteamiento inicial dado a la misma, el plazo de prescripción a considerar sólo podría ser el del propio delito fiscal.

Ahora bien, dado el tratamiento del motivo por parte de la recurrente, resulta inevitable desgranar los argumentos que, en el vigente contexto legal, hacen que su tesis no pueda ser acogida.

El primero, de carácter formal, es que la prescripción de los delitos es materia que regula el Código Penal, que no fue modificado al aprobarse la Ley 1/1998; y que la obviedad de la divergencia que introducía en el tratamiento de las dos dimensiones —fiscal y penal— del asunto impide pensar en un posible descuido del legislador. A esto, debe añadirse que la convivencia de ambas regulaciones no plantea ninguna antinomia de orden legal y tampoco una contradicción en el plano de los principios, que, de darse, serían intolerables desde el punto de vista de la necesaria coherencia del ordenamiento. Por lo demás, no es el único caso de divergencia en el tratamiento penal y extra-penal de la prescripción. Así, es un ejemplo entre otros que podrían aducirse, cabe pensar en el caso de un administrador que hubiera hecho suyas las rentas que tendría que abonar a su principal, que imposibilitado para reclamarlas pasados cinco años, en razón de la prescripción (art. 1966 del Ccivl), podría, no obstante, denunciar la apropiación indebida e, incluso, obtener el resarcimiento en vía criminal (con apoyo en las previsiones de los arts. 252, 249, 250 y 131 del Código Penal).

En segundo término, es preciso afirmar que existe una perfecta compatibilidad, desde la perspectiva del bien jurídico, entre la opción representada por la renuncia estatal a investigar y perseguir los incumplimientos de índole tributaria una vez transcurridos cuatro años, y la decisión de mantener operativa la respuesta penal más allá de ese plazo.

En efecto, la primera puede explicarse muy bien en virtud de criterios meramente pragmáticos, de logística recaudatoria, es decir, de rentabilidad exclusivamente económica, como el representado por la necesidad de optimizar los limitados recursos de la administración tributaria, concentrando su

uso en un determinado lapso de tiempo. En tanto que la segunda trae su justificación de la necesidad de conferir un plus de protección a los importantes valores constitucionales en juego en la materia, cuya proyección no se agota sino que trasciende la significación estrictamente dineraria del tributo. En efecto, lo que da fundamento a la imposición de las obligaciones fiscales es el principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE) —estrechamente conectado a los de igualdad y justicia (SSTC 27/1981, 19/1987 y 46/2000)—, de cuya efectividad depende la dimensión “social” del Estado que proclama la Constitución (art. 1.º); es decir todo el conjunto de prestaciones, necesarias para hacer frente a apremiantes necesidades sociales. De ahí que la materialización de esa relevante dimensión estatal resulte gravísimamente obstaculizada por conductas tan lesivas para los intereses comunes y de tan profunda significación antisocial como las que son objeto de persecución en esta causa.

De este modo, producida la prescripción de la deuda tributaria, de ella no se sigue en absoluto como efecto necesario la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. Y, así, la asimilación del uno al otro de los dos plazos en presencia, no está jurídicamente impuesta por ninguna norma, sino que, por el contrario, resulta impedida por el vigente régimen legal diferen-

ciado, que cuenta, además, con el alto fundamento que se ha dicho. Y tampoco puede argumentarse con la atipicidad de la acción, puesto que la realización de la conducta típica con toda su eficacia ofensiva en los dos aludidos planos, ya se habría producido en el último momento hábil para realizar el pago del tributo (SSTS de 26 de julio de 1999 y de 6 de noviembre de 2000).

En fin, lo razonado hace que no pueda compartirse la afirmación de que hay algo de absurdo en la persecución de un delito si la condena no lleva asociada la exigencia de responsabilidad civil. Primero, porque, como se ha dicho, la persecución en sí misma tiene pleno sentido, cuando se trata de dar tutela a valores esenciales para una adecuada realización del modelo constitucional de Estado, y de prevenir las conductas gravemente atentatorias contra ellos, mediante el mantenimiento de la amenaza penal. Y, en segundo término, porque no hay razón para que la prescripción en el ámbito fiscal, aparte de paralizar la actividad administrativa propia de ese ámbito, haya de significar también necesariamente la inhibición de una iniciativa judicial en marcha, institucionalmente autónoma y que cuente con sus propios recursos investigadores.

En definitiva, por lo expuesto y conforme a un criterio que tiene expresión en sentencias de esta sala como la de 6 de noviembre de 2000, y las de 10 y 30 de octubre de 2001, el motivo debe desestimarse.

**Sentencia 1336/2002, Sala de lo Penal del TS, de 15 de julio de 2002**

CUESTIÓN PREJUDICIAL NO DEVOLUTIVA.

**Arts. 3.º y 4.º LECrim. y 10 LOPJ**

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

SÍNTESIS

*Reitera la Sala su doctrina acerca de la naturaleza no devolutiva de diversas cuestiones relativas al delito fiscal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Recurso de Kepro Costa Brava, S.A.*

**Quinto.**—Con apoyo en el art. 5.4 LOPJ y en el art. 849.1.º LECrim, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24 CE, en sus concreciones de derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho al juez predeterminado por la Ley.

Entiende la recurrente que se ha producido la vulneración de esos derechos porque concurre una cuestión prejudicial contencioso-administrativa que no era meramente incidental (arts. 3.º y 7.º LECrim, sino suspensiva y devolutiva (art. 4.º de la misma Ley). Se trata de la relativa a la determinación de si “Inversiones S’A., S.A.” tributaba por el impuesto de sociedades o, por el contrario, le era de aplicación el régimen de transparencia fiscal. (...)

Entrando ya en el fondo del problema, la decisión acerca de si corresponde o no aplicar a Inversiones S’A., S. A. el régimen de transparencia fiscal no es, en sentido estricto, una cuestión “determinante de la culpabilidad o de la inocencia” (art. 4.1 Lecrim), pues no forma parte del núcleo central de la

imputación, sino que es un elemento (uno más) del marco de producción de la conducta objeto de enjuiciamiento. Ciertamente relevante para la decisión final, pero como otros de los que, de algún modo, depende el sentido del fallo. Es, pues, una cuestión “íntimamente ligada al hecho punible” (art. 3 LECrim) y, por tanto de competencia del juez penal. De no entenderse así, son infinitas las objeciones de esta clase que podrían hacerse frente a la pretensión de conocimiento de cualquiera de los delitos contra la Hacienda Pública, cuyos presupuestos de existencia tienen inevitablemente que ver con la infracción de la normativa fiscal específica. A tal punto que la universalización del criterio que subyace al motivo, llevaría al absurdo de que la intervención de la jurisdicción criminal debería ir siempre necesariamente precedida de otra previa de la contencioso-administrativa.

De otra parte, y en fin, este tribunal ha declarado en la citada sentencia de 6 de noviembre de 2000, la fijación de la cuota defraudada como elemento del tipo delictivo del art. 305 del Código Penal (antes art. 349 del Código Penal de 1973), constituye una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que, conforme a la regla

del art. 10.1 LOPJ debe resolver el propio órgano jurisdiccional penal. Criterio mantenido asimismo en sentencias de 24 de febrero de 1993, 25 de febrero de 1998 y de 30 de

octubre de 2001 (STS 2486/2001, de 21 de diciembre).

En consecuencia, y por todo, el motivo no puede acogerse.

## Sentencia 1389/2002, Sala de lo Penal del TS, de 16 de julio de 2002

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SENTENCIA ABSOLUTORIA

**Arts. 1.º y 24 CE; 4.º y 218 LECv.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

### SÍNTESIS

*Cuestionada la vulneración del principio de contradicción por el hecho de que la Sentencia basó su absolución en tesis alternativas no esgrimidas por la defensa, la Sala lo niega alegando razones de justicia material y con cita expresa del art. 218 de la LECv., de aplicación supletoria en el proceso penal.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—Por infracción de precepto constitucional y al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., en el homónimo ordinal, estima vulnerado el art. 24 de la Constitución, por violación del principio procesal de contradicción, que le ha ocasionado indefensión, a pesar del derecho de todo ciudadano a un proceso con todas las garantías.

1. La violación que el motivo aduce se concreta a que la sentencia combatida para acordar la absolución, se basa, entre otros argumentos, en que “los pagos acreditados por don Juan Manuel M. de L., pueden corresponder a los primeros veinte pagarés no reclamados, cuando en realidad ésta es una

alegación que nunca ha sido ni siquiera sugerida por el acusado”.

(...)

Cuando el acusado interesa la absolución, lo es sin límites argumentales, y siempre que conforme a la verdad material y por las razones o motivaciones (expresas o fruto del convencimiento íntimo del Tribunal) del tipo que sean, no llegue a acreditarse la comisión de los hechos o la participación en ellos del acusado, en que consiste la pretensión penal acusatoria, deberá declararse la absolución.

El querellante debió acudir a cuantos argumentos estimara convenientes para acreditar de modo pleno y no obstante cualquier posibilidad procesal impositiva u obstructiva (expresa o no), la realidad de los hechos

objeto de la acusación y la culpabilidad del querrellado.

2. El Tribunal sentenciador puede introducir perfectamente en la resolución de las peticiones acusatorias los argumentos que estime por conveniente, aducidos o no por las partes, valorando la prueba en la forma que considere oportuno de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Incluso, en beneficio del acusado puede apreciar de oficio circunstancias atenuantes o eximentes no alegadas (art. 733 y 851.4, 793.3.º p. 2 L.E.Cr.).

El Tribunal sentenciador —insistimos— no puede dejar de estimar un argumento, no alegado por las partes, si a través de él, llega al convencimiento de que los hechos no se han cometido o de ellos no es responsable el acusado. Ante tal convencimiento sería un absurdo, contrario a los principios de legalidad, de culpabilidad y de verdad material, condenar a una persona en el convencimiento de que, por razones no aducidas, la reputa inocente.

3. Ni siquiera en el proceso civil, no tan rigurosamente ligado al principio de verdad

material, sería posible actuar de este modo, concediendo la Ley la flexibilidad precisa, para alcanzar o aproximarse a la justicia material que proclama el art. 1.º de la Constitución, como uno de los pilares de nuestro estado social y democrático de derecho.

Nos dice en tal sentido el art. 218.1.º ap. 2 de la Ley de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil: “El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Tal precepto, es aplicable, con carácter supletorio al proceso penal, como preceptúa el art. 4.º de la Ley citada.

En síntesis, no puede hablarse de infracción del principio de contradicción por el hecho de que la sentencia base la absolución sobre la posibilidad de otras hipótesis alternativas, aunque no hubieran sido aducidas por la defensa.

## Sentencia 1382/2002, Sala de lo Penal del TS, de 17 de julio de 2002

### PREVARICACIÓN

#### Art. 404 Código Penal

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

### SÍNTESIS

*Además de recordar cuál es la doctrina jurisprudencial en torno a los requisitos del delito de prevaricación administrativa, se insiste en la posibilidad de llevarlo a cabo por omisión.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) El delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber, deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9.1.º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública —y por tanto también a la Local— en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho, por ello, como se recuerda en la STS de 5 de abril de 2000 que cita otra anterior núm. 1526/99 de 2 de noviembre, “...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...”.

En relación a la posibilidad de prevaricación por omisión, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 de Junio de 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal “...la autoridad... que...dictase resolución arbitraria...” de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peti-

ciones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por omisión de este delito —SSTS 1880/94 de 29 de octubre, 784/97 de 2 de julio, 426/2000 de 18 de marzo y 647/2002 de 16 de abril, entre otras—.

Como tal delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto arbitraria, no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota —en tal sentido STS de 22 de mayo de 2001—.

Desde estas reflexiones debemos dar respuesta a las cuestiones que se suscitan en los tres motivos que se abordan conjuntamente.

De entrada, debemos rechazar que la querella formalizada en su día fuera sólo expresión de un “cainismo político” como se dijo en la vista del recurso. Sin desconocer los intentos de resolver contiendas políticas a través de la criminalización del conflicto, lo que constituye una intolerable instrumentalización del sistema de justicia penal, hay también que advertir con igual claridad, que

determinadas actuaciones mantienen su intrínseca naturaleza penal justificadora de la intervención judicial de tal orden, a pesar de las connotaciones políticas que puedan tener los protagonistas del conflicto. Habrá que deslindar en virtud de los datos concretos, caso a caso, sin apriorismos tan equivocados como excluyentes en uno u otro sentido.

Por lo que se refiere al presente caso, la acción sometida al presente control casacional ha sido la negativa reiterada de la recurrente, en su condición de Alcaldesa de Chinchón a convocar la Comisión Especial de Investigación creada en el Pleno Municipal de 20 de marzo de 1998 y que tenía por objeto estudiar la situación financiera del Ayuntamiento. La recurrente debía presidir la misma, y a ella le correspondía su convocatoria. Desoyó todos los requerimientos que se le hicieron de forma fehaciente para su constitución —Plenos de 27 de abril 1998, 18 de junio 1998, 17 de septiembre 1998, 17 de diciembre 1998 y 18 de marzo

1999—, en estos dos últimos, se modifican las reglas de actuación de la no-nata Comisión, y sólo se constituyó cuando se realizaron las elecciones locales.

Esta conducta de negativa a investigar un tema tan sensible y legítimo como es la hacienda municipal, y para lo que, obviamente, estaban legitimados los Concejales —la creación de la Comisión lo fue por ocho votos a favor y tres en contra—, es decir por una gran mayoría de los once Concejales que representaban al pueblo de Chinchón supone de manera clara una actuación arbitraria cualitativamente diferente o una mera ilegalidad por vulnerar el derecho de los municipios a conocer e investigar las cuentas del municipio, y además, supuso un desconocimiento del principio de la mayoría, esencia de la actuación en toda sociedad democrática, lo que permite calificar tal decisión como claramente arbitraria en el sentido empleado en el art. 404 del Código Penal.

## Sentencia 1203/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de julio de 2002

PRUEBA ILÍCITA.

**Art. 11.1.º LOPJ**

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

### SÍNTESIS

*Doctrina general sobre el efecto expansivo de la prueba ilícita y su aplicación en un caso, el de autos, en que la inconstitucionalidad de la diligencia de entrada y registro se extiende a las pruebas que sirvieron de base a la sentencia condenatoria de instancia: confesión de acusado y declaración de coimputado.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, en el ámbito específico del proceso penal, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal, lo que se ha denominado en el derecho anglosajón “deterrence effect”.

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado directamente un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues así se deduce necesariamente de la propia expresión legal, al extender el art. 11.1.º de la LOPJ la prohibición de valoración no sólo a las pruebas directamente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sino también a las que procedan “indirectamente” de dicha vulneración.

La justificación de este denominado “efecto dominó” (SSTS de 15 de diciembre de 1994, 19 de junio de 1999, núm. 457/1999, 31 de enero de 2000, núm. 65/2000, 29 de diciembre de 2000, núm. 1850/2000, entre otras), que derriba y arrastra toda la prueba derivada de la vulneración constitucional, se encuentra en que sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria, y, como consecuencia del denominado “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella (STS 6-10-1999, núm. 1380/1999).

Como ya han señalado, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 448/97 de 4 de marzo, núm. 472/97, de 14 de abril, núm. 974/1997, de 4 de julio y núm. 290/1999, de 17 de febrero de 1999, prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar 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.

La defensa del efecto expansivo prevenido en el art. 11.1.º de la L.O.P.J. determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección en el proceso a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que este efecto resulta aplicable, para evitar una desmesurada extensión del mismo. Como se deduce de la propia expresión legal, el efecto dominó únicamente se produce en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlas de infracciones “indirectas” del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

**Tercero.**—En consecuencia la denominada doctrina de la contaminación o prohibición de valoración de los frutos del árbol prohibido, constituye en nuestro ordenamiento derecho positivo ordinario a través de lo expresamente dispuesto en el art. 11.1.º de la L.O.P.J.

Este efecto expansivo únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada.

Como destacan las resoluciones anteriormente citadas, es necesario poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada), con “prueba independien-



te” (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal.

En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuricidad” utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (SS.T.C. 161 y 171/1999, ambas de 27 de septiembre y 8/2000, de 17 de enero, entre otras), y acogida en ocasiones por esta Sala (por ejemplo, sentencia de 20 de abril de 2001, núm. 676/2001), pues, con independencia de su utilidad en supuestos 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 de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985.

**Cuarto.**—En el caso actual el Tribunal sentenciador declaró expresamente inconstitucionales, y por tanto nulas, las intervenciones telefónicas practicadas al recurrente y también declaró inconstitucionales los registros domiciliarios practicados el 29 de julio de 1993 en el domicilio del recurrente Ginés G.V. y en el domicilio del coimputado Agustín G.B. Tanto el dinero en metálico supuestamente ocupado en el domicilio del recurrente como el hachís supuestamente ocupado en el domicilio de Agustín G.B., constituyen pruebas obtenidas violentando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que conforme al art. 11.1.º de la L.O.P.J. no pueden tener ningún efecto probatorio.

Procede examinar, en consecuencia, si el Tribunal sentenciador dispuso de otras pruebas de cargo, válidamente practicadas, que no hayan sido obtenidas, directa o indirectamente, a través de dicha violación constitucional.

**Quinto.**—El Tribunal de instancia fundamenta la condena del recurrente en la de-

claración del coimputado Agustín G.B., en la prueba indiciaria consistente en que en su domicilio se encontró una importante cantidad de dinero en efectivo que el Tribunal no considera justificado por las explicaciones sobre su procedencia aportadas por el recurrente en el juicio oral (...)

En relación con la supuesta ocupación de una relevante cantidad de dinero en efectivo en el domicilio del recurrente, es claro que si el propio Tribunal de instancia ha calificado de inconstitucional el registro, la utilización de esta prueba constituye una vulneración de lo prevenido en el art. 11.1.º de la LOPJ, pues constituye una prueba directamente obtenida mediante el registro inconstitucional.

El Tribunal sentenciador intenta salvar este obstáculo remitiéndose a las explicaciones proporcionadas por el propio acusado recurrente en el acto del juicio oral, justificando la posesión del dinero a través de su profesión de taxista y por haberse dedicado también a la intermediación inmobiliaria. Considera el Tribunal sentenciador que, al margen de que estas explicaciones no resultan convincentes, el hecho de proporcionarlas permite utilizar como prueba el hallazgo del dinero, admitido tácitamente por el recurrente en sus justificaciones, ya que la prueba ya no procede del hallazgo inconstitucional sino de las manifestaciones del propio recurrente.

Esta fundamentación no puede ser asumida. En efecto, con independencia de que en determinados supuestos la confesión del acusado en el juicio oral pueda calificarse de prueba independiente, como más tarde analizaremos, lo cierto es que en caso actual no existe confesión alguna, pues el recurrente ha negado en todo momento su participación en el tráfico de hachís objeto de acusación. La utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconsti-

tucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1.º de la LOPJ.

(...)

**Sexto.**—Resta exclusivamente como prueba de cargo la declaración del coimputado, que privada de la corroboración aportada por los elementos indiciarios ya descartados, carecería de suficiencia, según doctrina jurisprudencial consolidada.

Pero, además, esta declaración también se encuentra afectada por el efecto expansivo de la prueba ilícita (...)

En efecto el coimputado Agustín G.B. fue interrogado sobre la procedencia de la droga inconstitucionalmente ocupada en su domicilio, y después de proporcionar otras versiones en las diligencias sumariales, en el juicio oral, con asistencia letrada y pleno conocimiento de sus consecuencias, constituye una prueba independiente, no afectada por la conexión de antijuricidad.

El Tribunal sentenciador estima que puede utilizar esta prueba, porque aunque la droga se haya obtenido vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la confesión del reo practicada en el juicio oral, con asistencia letrada y pleno conocimiento de sus consecuencias, constituye una prueba independiente, no afectada por la conexión de antijuricidad.

(...)

**Séptimo.**—Tanto el Tribunal Constitucional (S.S.T.C. 161/1999 y 49/99, entre otras), como esta misma Sala (S. de 20 de abril de 2001, núm. 676/2001), han señalado que “sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de la tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configura el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

Entre estos supuestos excepcionales en que la prueba refleja se considera jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, pese a existir una relación de conexidad na-

tural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental, se ha incluido por la jurisprudencia constitucional, con fuertes críticas doctrinales, la declaración del acusado admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria. Se trata ciertamente de un supuesto muy dudoso, en el que habrá que valorar en cada caso si la confesión se ha efectuado de forma desconectada con el dato inconstitucionalmente obtenido, o bien dicho descubrimiento ha sido determinante para la aceptación por el acusado del “fait accompli”.

Ahora bien, en todo caso debe tenerse en cuenta que esta excepción se fundamenta, en primer lugar en que tanto al imputado como al acusado se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, declaración que en el juicio oral debe llevar a cabo con asistencia letrada, siendo ello un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coacción o compulsión ilegítima, y por ello el contenido de sus declaraciones puede ser valorado como prueba válida contra el mismo capaz de enervar su presunción de inocencia. En segundo lugar, como también señala la citada S.T.C. 161/99 “la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material, que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”. Y, en tercer lugar, la validez de la confesión “no depende de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (S.T.C. 86/1995), finalizando la

161/99 afirmando que “de lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación”.

En consecuencia, la excepción admitida para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, que debidamente asesorado y con plena consciencia de la ilegitimidad de la prueba decide pese a ello aceptar los hechos de forma voluntaria en el juicio oral, no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración para los coimputados que no confiesan los hechos, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede ser conside-

rada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito.

En definitiva, en el caso actual el Tribunal sentenciador ha condenado al recurrente utilizando como única prueba de cargo, indirectamente, la supuesta tenencia de un dinero en efectivo que se ocupó en su domicilio inconstitucionalmente y la supuesta titularidad de unos paquetes de hachís que se ocuparon en el domicilio de un tercero, también inconstitucionalmente. Ambas pruebas se han obtenido violentando derechos fundamentales, por lo que conforme al art. 11.1.º de la LOPJ, no pueden surtir efecto alguno.

## Sentencia 1406/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de julio de 2002

LESIONES.

### Arts. 147 y 617 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell**

## SÍNTESIS

*En orden a la distinción entre delito y falta de lesiones, la prescripción médica de guardar reposo no puede considerarse “tratamiento médico”, por lo que no se desborda aquí el ámbito de la falta.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El otro motivo del recurso, situado en primer lugar en el recurso, busca el apoyo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar in-

fracción de Ley consistente en indebida aplicación al caso del artículo 147.1 del Código Penal, debiendo por el contrario aplicarse el artículo 617 del mismo Código en razón de la inexistencia de tratamiento médico.

Tiene razón el recurrente. Según recogen los hechos probados de la sentencia su tratamiento, tras la primera asistencia médica, consistió meramente en reposo. El artículo 147.1 requiere para que unas lesiones puedan calificarse de delito que, además de una primera asistencia facultativa, la lesión requiera objetivamente de un tratamiento médico o quirúrgico. Jurisprudencialmente se viene entendiendo por tratamiento una actividad prestada por médico, aunque éste puede encargar su aplicación a otro personal sanitario, y que tiene la finalidad de curar la enfermedad o lesión o de reducir sus consecuencias si no fueran curables, en el bienentendido de que, como exige el texto legal, el tratamiento sea objetivamente necesario y, así, aunque éste no se aplique podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste

no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización de tratamiento. El reposo, aun aconsejado por médico, no determina por parte de éste la aplicación activa de su conocimiento en la realización de un sistema de actuaciones de finalidad curativa, sino que, por el contrario, deja la obtención de la curación a la propia evolución de la naturaleza facilitada por una conducta de descanso que sólo al propio lesionado o enfermo está encomendada su aplicación. Carente en este caso la lesión objeto de una primera asistencia, del complemento de un tratamiento médico que fuera necesario objetivamente aplicar para conseguir el restablecimiento a la salud del lesionado, los hechos han de encuadrarse en la falta del artículo 617.1 del Código Penal, figura que califica de falta todas las lesiones no definidas como delito por el mismo Código.

**Sentencia 867/2002, Sala de lo Penal del TS, de 29 de julio de 2002**

FALSEDAD EN BALANCE. ADMINISTRACIÓN DESLEAL. COMISO.

**Arts. 127, 290 y 295 Código Penal**

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

**SÍNTESIS**

*De las múltiples cuestiones abordadas en esta sentencia (relativa al denominado “Caso Banesto”), destacamos la interpretación que se hace de la correlación entre la anterior falsedad ideológica en documento mercantil y la actual modalidad falsaria recogida entre los delitos societarios, así como los nuevos matices introducidos para explicar la diferencia entre apropiación indebida y administración desleal, y una serie de consideraciones generales en torno a la naturaleza del comiso.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) *Recurso del Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios.*

(...)

**Séptimo, Octavo y Noveno.**—Trataremos conjuntamente los motivos séptimo, octavo y noveno. El motivo séptimo, se formaliza al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 303, en relación con el art. 302.4 y el art. 69 bis todos ellos del Código Penal de 1973 vigente al tiempo de cometerse los hechos. El motivo octavo se formaliza al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 392 del CP de 1995, en relación con los artículos 390.1 núm. 1 y 74.1 del citado texto punitivo, caso de estimarse más favorable al reo la penalidad resultante de estos preceptos de la que resultarían de estimarse el motivo precedente que aplica el código derogado vigente al cometerse el delito. El motivo noveno se formaliza al amparo del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 290.1 y 2 del Código Penal de 1995 como subsidiario del anterior.

(...)

4. La sentencia recurrida, considera que la falsedad ideológica del particular, no era punible antes ni después de la reforma penal de 1995 y que el delito societario del artículo 290 del nuevo Código no tiene naturaleza falsaria y, en todo caso, es posterior a los hechos enjuiciados.

Afirma que la mentira documentada, sólo es típica si el documento se ve afectado en alguna de sus funciones esenciales, en concreto la función de servir como medio de prueba. Añade más adelante y declara, que lo relevante es si la conducta inveraz deter-

mina que se altere su función probatoria, porque la falsedad ideológica va indisolublemente unida a esa concreta eficacia que el ordenamiento atribuye a los documentos. La función probatoria del documento, de acuerdo con la mejor doctrina, debe concebirse como capacidad del documento, para ser utilizado como prueba en un eventual procedimiento judicial. En su opinión, el documento contable no prueba la situación económica de la empresa, que deberá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sino sólo prueba que el empresario, ha emitido una declaración sobre la situación de la sociedad bajo el deber de veracidad.

Termina su razonamiento, sentando que, el actual artículo 290 del Código Penal, no protege la fe pública asociada a las funciones de un documento, sino que, como delito societario, tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros (entidades de crédito, inversores), que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa. Desde este punto de vista, es indiferente que los libros de comercio hagan o no fe de su contenido, porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento.

5. No podemos compartir las tesis expuestas por la sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios.

En primer lugar hemos de sentar que, siguiendo la jurisprudencia tradicional de esta Sala, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles, que no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de

la empresa, sino que tienen una incuestionable vocación probatoria si la entidad en cuestión se ve abocada, por ejemplo, a un expediente administrativo o un litigio contencioso, en el que se discutan el pago a tributos a la Hacienda Pública, estatal, autonómica y foral.

El propio Código Penal vigente, en el artículo 305, al regular los delitos contra la Hacienda Pública, las califica de verdaderas falsedades al establecer que: “las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales” que se utilicen para cometer los fraudes, quedarán exentas de responsabilidad penal, por razones indudables de política criminal. Ahora bien, el legislador afirma tajantemente que las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades.

La misma consideración tenían en el Código de 1973 (artículo 349). Las alteraciones contables, no sólo introducen elementos documentales falsos en una actividad que debe desarrollarse con arreglo a la Ley, sino que inducen a error a los destinatarios de información sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo empresarial.

6. El interés evidente, de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas, es algo más que un mero formalismo. Importantes sectores doctrinales, no han dudado nunca en incluir las falsedades, en el grupo de infracciones contra la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba.

Esta valoración cobra una especial singularidad, cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras, cuya repercusión en la economía nacional, es de tal intensidad que, sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema.

Por ello, como apunta certeramente la parte recurrente, gran número de disposiciones legales, cuidan especialmente de que estos documentos mercantiles reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa.

El Código de Comercio (artículo 42) y las Leyes de Sociedades anónimas (art. 171, 189 y Sección Quinta del capítulo IV de la Ley) y de Responsabilidad limitada (art. 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros, se recoge en el Capítulo III, del Título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342.

De manera más concreta y específica, se impone la remisión o comunicación de Balances periódicos, que reflejan la situación patrimonial contable de la sociedad a las autoridades monetarias y del mercado de valores (Capítulo III. Sección Segunda de la Circular 4/91 del Banco de España y en especial la norma cuadragésima novena, Orden Ministerial de 18 de enero de 1991).

Existe una especial preocupación, como ya se ha señalado, porque las cuentas anuales de las empresas, reflejen su imagen fiel, en orden a su situación patrimonial, sus operaciones financieras y los resultados de su actividad empresarial (art. 34.2 del Código de Comercio; art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada).

Refuerza esta exigencia, la Ley sobre la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en cuyo artículo 4.f), se considera infracción muy grave, el hecho de “carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que le impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad”.

La misma Ley, en su art. 4.i), hace referencia a la falta de veracidad en los datos o documentos, que deban remitirse o sean requeridos por la autoridad administrativa y concede una especial importancia, en el artículo 4.j), al incumplimiento del deber de fidelidad informativa debida a los socios, de-

positantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante.

Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al derecho penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquellas. Es necesario además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional.

Nos encontramos ante incuestionables falsedades documentales, que merecen una especial sanción, bien en el campo genérico de los delitos falsarios o en el más específico de los delitos societarios.

7. La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información, constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos dicho, afecta a los intereses de la comunidad.

8. La legislación derogada castigaba, sin ningún género de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y sobre todo cuando el documento, era elaborado o producido por la persona o entidad, que había constar en él o incorporaba a su contenido como ciertos, hechos que no lo son. Las varias sentencias que se citan por la parte recurrente para confirmar esta tesis, ponen de relieve que la alteración de la veracidad o autenticidad del documento, produce la lesión de la confianza pública en su realidad y altera sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil.

9. Trasladando estas conductas al vigente Código Penal, observamos que el legislador ha querido destipificar algunas actividades falsarias, cometidas por particulares, como las que se derivan de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin que dicha conducta pueda extenderse a todos los supuestos en los que el mismo sujeto, es a la vez el confeccionador y redactor íntegro del documento.

Ahora bien, esta postura que se refleja en el artículo 392 del Código Penal, no supone una derogación general de la falsedad ideológica, sino que refleja la aceptación de una línea doctrinal y jurisprudencial que, en los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, propugnaba y propugna reducir el radio de acción de la respuesta penal. Sin embargo se mantiene la punición de aquellos casos en los que la verdad, incide sobre bienes jurídicos transcendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica.

En el artículo 290 del Código vigente se recoge de manera específica, una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, que es lo que ha sucedido en el caso que estamos examinando.

La protección de los intereses superiores del tráfico económico financiero, ha impulsado al legislador a salvaguardar a la entidad societaria, a los socios o a terceros frente a las maniobras falsarias en la documentación que deba reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, llegando a imponer la pena (uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses) en su mitad superior, si se llegase a causar un perjuicio económico.

Como ya se ha dicho, a lo largo del Código vigente, se mantienen una serie de conductas que se sitúan, en algunos casos, fuera del título de las falsedades y que constituyen verdaderas modalidades falsarias, en que su componente esencial es el de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin el propósito de agotar el tema, dada la extensión del motivo, podemos señalar la referencia que se hace en el artículo 261, al regular las insolvencias punibles, a la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente una declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Del mismo modo, en el artículo 382, que se incluye dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se castiga a los que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas, sobre los productos o servicios que ofrecen en sus campañas de publicidad. Por último, haremos referencia al artículo 326 que, al referirse a los delitos contra los recursos naturales o al medio ambiente, establece, como agravante específica, que permite imponer la pena superior en grado, el falseamiento u ocultación de información, sobre los aspectos ambientales de una instalación o industria. Con ello no agotamos todas las modalidades de falsedad ideológica o mudamiento de la verdad, que se recogen a lo largo del texto del nuevo Código Penal.

10. No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código, como el vigente artículo 290 del Código Pe-

nal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.

La propia parte recurrente ha reconocido y sostiene, que el balance contable constituye, en sí mismo, una unidad que absorbe las variadas alteraciones documentales que es preciso realizar para presentar la situación aparente de una empresa.

En resumen, los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el antiguo artículo 303 en relación con el artículo 302.4.º y 6.º del Código Penal, pues se trata de una alteración originada por no reflejar la veracidad de la situación económica de la Empresa. Ahora bien, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una manipulación falsaria de carácter unitario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303, nos llevaría a una pena básica de prisión menor y multa, cuya individualización se hará al dictar la segunda sentencia.

Asimismo los hechos, estarían también penados en el artículo 390.1.º en relación con el 392 del vigente Código Penal como falsedades de particulares, a los que está señalada una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

11. En una Junta General de esta Sala celebrada el día 26 de febrero de 1999, se abordó el alcance de la Reforma del Código Penal de 1995 en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de junio de 1997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un do-



cumento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2.º del Código Penal. Asimismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1.º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos.

De todo ello se desprende que la conducta que se refleja en el apartado de Artificios Contables, era delito de falsedad en el Código de 1973 y lo sigue siendo en el actual.

12. Ahora bien, no podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el código vigente, en el artículo 290, castiga de manera específica y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, contemplando una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que se impondrán en la mitad superior si se causare un perjuicio económico importante.

De la conjugación de todas estas posibilidades penológicas, se llega a la conclusión de que la disposición más favorable para los acusados, sería la contemplada en los artículos 303 en relación con el 302.4.º y 6.º del Código Penal de 1973 que, además era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, por lo que sin perjuicio de las posibilidades que nos proporciona el nuevo Código, debemos atenernos a su contenido.

13. Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país, no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Por ello estimamos y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión) pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

La necesidad de contemplar las múltiples variantes, está reconocida de manera indirecta, en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación, en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución, pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como “vuelta a la vida” y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1.º del Código Penal en relación con el 392.

De manera expresiva, el propio legislador en el artículo 296.2, elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación, con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que se contempla en el actual artículo 290 del Código Penal.

Por último quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el

ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falsados.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(...)

V. *Recurso de los condenados.*

A) *Recurso del acusado Mario C.C.*

(...)

**Vigesimoctavo.**—Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1.º de la LECrim., estimándose infringido el art. 24 del Código Penal de 1973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al art. 295 del Código Penal de 1995 indebidamente preterido al aplicar la sentencia el art. 535 del Código Penal de 1973.

1. El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el art. 535 (Código Penal de 1973) y el art. 295 (Código Penal de 1995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultractividad de las leyes temporales (art. 2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la Ley Penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del art. 535 (Código Penal de 1973) y sí por el contrario en el art. 295 (Código Penal vigente), procede la aplicación re-

troactiva de este último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal de 1973 y 2.2 del vigente.

2. La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal de 1973 en relación con los arts. 529.7.ª y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al art. 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (art. 535 del Código Penal texto refundido de 1973) a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8.º del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3. La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso *Argentia Trust* y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535, no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, —e incluso con una amplitud ligeramente

ensanchada—, que tenía en el Código Penal de 1973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4. Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquel caso concreto a la cuestión planteada, creemos que deben hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino

que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aun proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triple de dicha suma. Ello

pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5. Por último cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6. Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anóni-

mas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado. (...)

VII. *Recursos de las sociedades que alegan ser titulares de bienes sobre los que se ha ordenado el comiso.*

A) Consideraciones previas sobre la naturaleza del comiso.

El Código de 1973 incluía el comiso en el Título de las Penas y dentro de Sección 3.<sup>a</sup>, que se refería a las penas que llevan consigo otras accesorias. El artículo 48 establecía como consecuencia obligada de la pena, el comiso tanto de los efectos que provinieren del delito, como de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito.

Como puede observarse, el afectado directamente por el comiso era el condenado y por tanto, con su presencia en el proceso y con la petición expresa de que se llevase a efecto esta consecuencia accesoria de la pena, se cubrían todos los presupuestos y garantías procesales.

El Código Penal de 1995, que según la mayoría de la doctrina se inspira en el Código Alemán, dedica el título VI de su libro I (art. 127 a 129), a las que denomina consecuencias accesorias, sin hacer mayores precisiones, si bien parece que trata de distinguirlas de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil “ex delito”. Esta postura legal ha originado un debate doctrinal importante, en torno a su verdadero carácter, manteniéndose diversas posturas y no faltando quienes sostienen que tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad, o bien un carácter administrativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, y según la redacción actual del art. 127 es necesario que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia o no del comiso. Sólo se debe descartar la medida si se

acredita la pertenencia de las cosas a terceros de buena fe, lo cual constituye un elemento del debate procesal que necesariamente debe ser objeto, primero de alegación y después de prueba.

El artículo 128 establece una diferencia sustancial, en relación con la regulación del Código derogado, ya que concede al juzgador la posibilidad de que, valorando las circunstancias del caso y en función del principio de proporcionalidad, pondere la naturaleza o gravedad de la infracción penal, pudiendo, en atención a estas circunstancias, no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, alternativa de la que no se disponía en el Código anterior.

Cuando, como sucede en el caso presente, la decisión de comiso se toma ante la necesidad de evitar que los condenados, se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita, la decisión se pudiera enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil “ex delicto”, que de la responsabilidad penal. En todo caso es necesario una condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo en los casos de prescripción, haría inviable el comiso. En los supuestos en que concurra alguna causa de imposibilidad de ejecución de la pena, por ausencia o muerte sobrevenida del reo, no existen en cambio obstáculos para decretar el comiso, ya que la pena formalmente se mantiene.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2000, por tanto posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita. En otra sentencia posterior de 6 de marzo de 2001, se exige que su planteamiento y debate se haga en el juicio oral, por medio de petición expresa hecha al respecto por algu-

na de las partes acusadoras en sus escritos de calificación, para que el acusado pueda defenderse también de esta cuestión. En una sentencia anterior de 20 de enero de 1997, se contempla la posibilidad de que la persona que dice ser titular del bien decomisado y que no haya intervenido como parte en el proceso, se le conceda la opción de ejercitar los recursos pertinentes, como ha sucedido en el caso presente, con objeto de darle oportunidad de ser escuchada.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir, en relación con el presente caso, que nos hallamos ante reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados, lo que permite aplicar también la teoría del levantamiento del velo a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda claramente, que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. En todo caso y estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades, que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter general y como respuesta a todas las cuestiones que se plantean a continuación, conviene recordar que la institución del comiso, tiene un gran arraigo en todos los sistemas jurídicos. De los instrumentos internacionales, el más importante es el Convenio Europeo 141, relativo al blanqueo, investigación, incautación y decomiso de productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. España si bien lo firmó el 8 de noviembre de 1990, no lo ratificó hasta el año 1998 y no entró en vigor hasta el 1 de diciembre del mencionado año. En el citado

convenio, se admitían reservas para limitarlo de manera específica y exclusiva al tráfico de drogas, pero España no ha hecho uso de esta facultad, por lo que se extiende a toda clase de delitos.

En el preámbulo de dicho Convenio se dice que los Estados Miembros del Consejo de Europa, convencidos de la necesidad de una política penal común para proteger a la sociedad en los casos de criminalidad grave, estiman necesario implantar métodos modernos y eficaces para privar al delincuente de los productos de su delito.

En el artículo 1.º se define la confiscación (comiso), como una pena o una medida, ordenada por un Tribunal como consecuencia de un proceso seguido por una infracción penal y que supone la privación permanente de un bien. En el artículo 2.º, se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas y otras que resulten necesarias, para permitirles confiscar los instrumentos y los productos del delito.

Así como las previsiones de carácter sustantivo, aparecen homogéneamente recogidas en la mayor parte de los textos legales, las normas procesales carecen de uniformidad, por lo que deben aplicarse las que están vigentes en cada uno de los países. Ajustándonos a nuestro sistema y valorando en su integridad las disposiciones de carácter constitucional y de legalidad ordinaria, podemos afirmar que no existe indefensión, en los casos en que no hay citación formal de una sociedad al proceso, cuando nos encontramos ante una persona jurídica o mera razón social, cuya única razón de existir es la de encubrir la verdadera titularidad de los bienes.

Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testaferro no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal.

Por otro lado y en relación con las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, además, han tenido la posibilidad de acceder al Recurso de Casación y de reproducir, como podrá verse más adelante, los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia.

En este contexto y para terminar, podríamos mencionar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera e Internacional, del que España forma parte y que está constituido en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y que recomienda a los países, adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso ilícito y abusivo de sociedades manifestamente ficticias, que no pueden ostentar ningún derecho ni pueden alegar que actúan de buena fe.

**Sentencia 1419/2002, Sala de lo Penal del TS, de 29 de julio de 2002**

COAUTORÍA.

**Art. 27 Código Penal**

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

**SÍNTESIS**

*Apelando al principio de accesoriadad de la participación, se califica como coautor de un robo con fuerza en las cosas consumado a quien fue detenido antes de que los otros coautores consumaran el hecho.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**—El Ministerio Fiscal sostiene que se ha infringido el art. 16 y 62 CP, pues el delito de robo con fuerza en las cosas, cometido en casa habitada (arts. 237, 238.1.º, 241.1.º CP) se debe considerar consumado, dado que los otros partícipes del hecho —no enjuiciados en esta causa— se apropiaron de determinadas cosas muebles, logrando huir del lugar. Por tal razón la representación del Ministerio Fiscal sostiene que en un concurso de personas no es necesario que todos y cada uno de los partícipes logren apropiarse de las cosas objeto del robo para considerarlo consumado.

El recurso debe ser estimado.

Lleva razón la representación del Ministerio Público cuando sostiene que la consumación del delito por parte de alguno de los coautores se comunica a los restantes partícipes. En efecto, de acuerdo con el criterio de la accesoriadad limitada, que rige en nuestro derecho, y que exige que el hecho principal haya sido típico y antijurídico, el grado de ejecución del hecho depende del alcanzado por la acción de los que lo ejecu-

tan. Esto rige tanto para la coautoría como para la cooperación, sea ésta necesaria o no. Por lo tanto, si alguno de los coautores logró la consumación de la acción típica y antijurídica alcanzada por la decisión común al hecho, ésta consumación es imputable a todos los partícipes que no hayan desistido del delito.

El punto de vista de la Audiencia es, por el contrario, poco consecuente con estos principios de la participación criminal que dice aplicar, pues considera justificada una excepción personal respecto del acusado, basada en su detención inmediatamente después del comienzo de ejecución. Para ello el Tribunal a quo se remite a la teoría de la illatio, que requiere para la consumación que el autor o autores hayan logrado poner los objetos del hurto o del robo a buen recaudo. Sin embargo, esta Sala entiende que de la teoría de la illatio no se deriva ninguna consecuencia para la participación. Es evidente que si se admitiera el razonamiento de la Audiencia se vendría a negar las consecuencias que son propias de los principios que rigen la coautoría, pues, en realidad, se estaría sosteniendo que cada uno de los

coautores debería responder solamente por su propia acción.

Ciertamente, la accesoriedad limitada determina la independencia de la culpabilidad de cada partícipe. Por ello, en el presente caso, se debería preguntar si la culpabilidad del partícipe detenido antes de la consumación pone de manifiesto una menor

culpabilidad en comparación con la de los otros partícipes. La respuesta debe ser, en principio, negativa, dado que la detención del recurrente no resta reprochabilidad a su conducta, toda vez que nada permite presumir que, de no haber sido detenido, hubiera desistido de continuar con la ejecución del delito.

**Sentencia 576/2002, Sala de lo Penal del TS, de 3 de septiembre de 2002**

ENTRADA Y REGISTRO (OFICINA DE FARMACIA).

**Art. 18.2 CE**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

**SÍNTESIS**

*La protección dispensada por el art. 18.2 de la CE se extiende en las oficinas de farmacia exclusivamente al espacio conocido como “rebotica”.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**—(...) 1.º Nadie duda, y así lo recoge la sentencia impugnada, que los despachos u oficinas de farmacia son locales que se hallan abiertos al público que no requieren mandamiento judicial y así se deduce de sus propias características y también de lo dispuesto en el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad. 2.º También es cierto (y así lo hemos podido contrastar) que el artículo 2.º del Decreto de 3 de julio de 1990 y de 18 de julio de 1991 establece que toda oficina de farmacia contará con zonas delimitadas y separadas entre sí que serán: zona de atención al usuario; zona de recepción de mercancías, almacenamiento y reposición;

laboratorio de farmacotecnia; y despacho para el farmacéutico que permita la atención personalizada. Estas zonas son las mínimas imprescindibles, lo que no impide que puedan existir otras para usos diferentes a las expuestas. 3.º Por ello es habitual que, tanto tradicionalmente, como en la actualidad, existan espacios dedicados a la intimidad de los titulares de las farmacias y de sus auxiliares y al libre desarrollo de su personalidad, bien para su descanso, bien para otros menesteres de carácter particular y aunque también se use en ocasiones como desahogo de la oficina. Este espacio ha sido y es llamado vulgarmente “rebotica” cuya existencia es real y no sólo fruto de la “literatura”, como irónicamente la tilda la parte



recurrente, y está protegida necesariamente por las normas constitucionales destinadas a proteger la intimidad de las personas. 4.º Ahora bien, no cabe generalizar en este aspecto, sino que habría que atenerse a cada caso concreto pues existirán supuestos en que las farmacias no tengan ningún local o dependencia de esas características, en cuyo caso esa protección desaparece al tener toda la oficina, sin excepción, un carácter de naturaleza puramente pública. 5.º En el caso concreto que nos ocupa, en los registros efectuados se incluyeron las llamadas rebóticas, y aunque sus características no fueron bien delimitadas, esa duda nos habrá necesariamente de llegar a la conclusión que estaban protegidas por el artículo 18 de la Constitución y, por ende, hubieran necesitado del correspondiente mandamiento judicial para ser registradas, lo que al no haberse hecho conlleva a la ilegalidad y falta de validez de las pruebas obtenidas por el registro como bien, y de manera extensa, razona la Sala sentenciadora.

Se alega también por la parte recurrente en apoyo de su pretensión que el mandamiento judicial fue en todo caso innecesario en cuanto que los afectados por el registro prestaran su consentimiento para que se llevase a cabo.

Es cierto que tal consentimiento existió, pero también es cierto, sin lugar a dudas, que el mismo se prestó de forma viciada al desconocer los que asintieron la finalidad que tenían las respectivas diligencias al ser inducidas a error por los funcionarios y agentes de la autoridad que las practicaron. En efecto, se produjo el engaño (lo decimos con los máximos respetos) de hacer creer a los interesados que se trataba de una inspección, bien rutinaria, bien extraordinaria, de carácter puramente administrativo ordenada por el Servicio Catalán de la Salud, cuando la verdad era que tenían un carácter policial y judicial tendentes a averiguar la comisión de unos determinados delitos y que su finalidad era obtener unas posibles pruebas inculpatorias.

### Sentencia 1440/2002, Sala de lo Penal del TS, de 9 de septiembre de 2002

ASISTENCIA LETRADA.

**Arts. 520.2.c), 789.3 y 4 y 791.1 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Con motivo de la denuncia efectuada por el recurrente relativa a la declaración prestada como imputado ante el Juez de Instrucción sin asistencia letrada, analiza la Sala este derecho precisando el momento en que en el proceso abreviado la intervención de Abogado deviene preceptiva.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—(...) Mayor entidad tiene la alegación de la vulneración de los derechos fundamentales citados porque al ahora recurrente se le tomó declaración sin asistencia Letrada ante la Policía Local y ante el Juez de Instrucción. Ocurre, sin embargo, que las declaraciones efectuadas por el señor C.L. en las dependencias policiales no fueron realizadas como detenido, en cuya situación hubiera resultado necesaria la asistencia de Abogado de acuerdo con el art. 520 LE-Crim., pues el examen de las actuaciones revela que en ningún momento estuvo privado de libertad, tal y como, además, señala la sentencia recurrida.

En cuanto a la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, cabe significar que en el encabezamiento del acta de la diligencia de declaración se deja constancia de que el compareciente fue "... previamente informado de sus derechos constitucionales ...", lo que indica que el declarante lo hacía como imputado, tal y como alega el motivo. Resulta oportuno hacer las siguientes reflexiones en torno a la exigencia de asistencia letrada en ese trance procesal.

En primer lugar, como se expone en la sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001, no puede calificarse de nula, ilegítima o carente de validez la declaración del imputado ante el Juez de Instrucción por el hecho de no haber estado asistido en dicha diligencia de Letrado defensor. En efecto, esta Sala ha mantenido reiteradamente que en la primera fase del proceso penal el derecho a la asistencia letrada es, en principio, renunciable salvo que el acusado se encuentre detenido o preso en cuyo caso, si el mismo no ejercita el derecho de nombrar Abogado, el art. 520.2.c) LE-Crim. impone la obligación de designarlo de oficio, con la única excepción del supuesto previsto en el apartado 5 del mismo precepto. En el procedimiento abreviado —que fue el seguido hasta la Sentencia que se recurre— el art. 791.1 LE-Crim. demora la necesidad de que el acusa-

do esté asistido de Letrado —libremente designado o nombrado entre los del turno de oficio— hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del juicio oral. Hasta esa coyuntura procesal, las garantías del imputado son las que han sido sistematizadas por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala —SSTC 189/1990, 128/1993, 277/1994, 100/1996 y 149/1997 y SSTs 1123/1995, 193 y 199/1996— en los términos siguientes: El Juez está obligado a determinar quién es el presunto autor del delito, a citarlo personalmente, a comunicarle el hecho punible que se le atribuye, a ilustrarle de todos sus derechos —de modo especial de su derecho a designar Abogado— y a tomarle declaración, no sólo con el objeto de indagar cuál haya sido su participación en el hecho, sino también con el de permitir que pueda exculparse de los cargos que contra él existan. Nadie puede ser acusado, en el procedimiento abreviado, sin haber sido declarado judicialmente imputado, sin haber sido oído y haber tenido la oportunidad de autoexculparse y sin haber sido informado de sus derechos, especialmente del que tiene a la asistencia letrada, pero ningún obstáculo legal se opone a que el procedimiento llegue a la apertura del juicio oral sin que el imputado no privado de libertad esté asistido por Abogado, si aquél renunció a designarlo y no solicitó se le nombrase de oficio (véanse, entre otras, SS.T.S. de 5 de octubre de 1998 y 2 de junio de 2000).

Consecuentemente, nada empece la validez de la mencionada declaración ni existe fundamento para sostener la censura del recurrente, sobre todo si tenemos en cuenta que el acusado designó Abogado y Procurador ya en 2 de septiembre de 1997 (folio 23) en comparecencia ante el Juzgado, ocho días después de incoado el procedimiento, de suerte que nada le impedía haber comparecido con el Letrado designado en la declaración efectuada el 4 de noviembre siguiente.

Y, en segundo lugar es de ver que la eventual declaración de nulidad de dicha diligencia por supuesta indefensión no tendría ninguna trascendencia, toda vez que aquella resulta vacía de contenido autoinculpatorio, afirmando el deponente haber sido objeto de agresión y en ningún caso el agresor y por ello no ha sido valorada como prueba de cargo que sustente el pronunciamiento de culpabilidad acordado por el Tribunal sentenciador.

Si a lo que precede se añade que la defensa del acusado no planteó esta supuesta vulneración constitucional en la instancia ni como cuestión previa de las previstas en el art. 793.2 LECrim., ni como pretensión jurídica, impidiendo a las partes acusadoras alegar lo que hubieran tenido por conveniente, y al Tribunal pronunciarse al respecto, es patente que la “cuestión nueva” suscitada “per saltum” ante esta Sala no tiene posibilidad alguna de ser acogida.

## Sentencia 1441/2002, Sala de lo Penal del TS, de 9 de septiembre de 2002

DECLARACIÓN SUMARIAL DE TESTIGO DE CARGO.

**Arts. 24 CE; 299, 448 y 730 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Doctrina general sobre los requisitos que ha de cumplir la diligencia sumarial de declaración testifical para adquirir valor probatorio, no observados en el caso de autos, lo que lleva a la Sala a estimar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.**—Es necesario insistir una vez más que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1997, 23 de junio y 26 de julio de 1999 y 3 de noviembre de 2000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento proba-

torio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral,

proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. No obstante, esta doctrina general tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de una serie de requisitos, entre los que, en lo que atañe al supuesto analizado, destaca el de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo, y sólo con la rigurosa observancia de esta exigencia, esta prueba sumarial podrá ser introducida en el juicio público mediante la lectura del documento que recoge su contenido, posibilitándose así su confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (véanse también SS.T.C. 217/1989, de 21 de diciembre, 303/1993, de 25 de octubre, 36/1995, de 6 de febrero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre, 49/1998, de 2 de marzo, 115/1998, de 1 de junio, 971/1999, de 31 de mayo).

**Cuarto.**—A partir de esta consolidada doctrina, la censura del recurrente hace precisas las siguientes consideraciones:

A) El derecho a interrogar al testigo de cargo forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él” (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1997, ya citada, de 17 de diciembre de 1998, y S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1993 recaída en el caso “Saïdi/Francia”). Por esta razón, la doctrina

jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido inculpativo practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testificales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1990, asunto Delta; 19 de febrero de 1991, asunto Isgró; 26 de abril de 1991, asunto Asch; 28 de agosto de 1992, asunto Artnier; 20 de septiembre de 1993, asunto Saïdi, ya mencionado).

En el caso examinado, la declaración del Sr. Johnson ante la Sra. Juez de Instrucción tuvo lugar el día 2 de enero de 1998 (F. 25), siete días después de que los acusados hubieran sido detenidos y se les tomara declaración como imputados por la misma Juez con asistencia de letrado defensor designado de oficio (F. 16 y 18). Es especialmente importante subrayar que ya en la declaración en sede policial (folios 9 y 10) el testigo había manifestado que regresaría a su país el día 3 de enero, al terminarse sus vacaciones, dato que la Juez conocía al figurar en el Atestado policial que le fue remitido, y que el mismo testigo reiteró este pormenor a la Juez (folio 25). Parece, pues, cuando menos prudente, que en esas circunstancias, y ante la previsible o probable incomparecencia de quien se declaraba víctima del delito, la Autoridad judicial hubiera convocado al Letrado de los acusados —perfectamente indentificado y localizable— para asistir a dicha diligencia y pudiera ejercer su derecho a la defensa mediante el interrogatorio del testigo en uso de su derecho de contradicción, tal y como se previene y obliga en el art. 448 de la L.E.Cr. para los casos en los que se prevea la imposibilidad de concurrir el testigo al juicio oral “por haber de ausentarse de la Península” constituyéndose de

este modo la diligencia sumarial en prueba preconstituida valorable como tal por el Tribunal sentenciador.

Sea como fuere, lo cierto es que en esa declaración judicial de quien, como testigo y víctima, manifestó ser de su propiedad los objetos incautados a los acusados y que les habían sido sustraídos en su domicilio no tuvo participación alguna el Letrado de los acusados, “siendo ello perfectamente factible” y, por consiguiente, no pudo ejercer su derecho de defensa contradictoria mediante las preguntas que hubiera estimado convenientes a su situación procesal formular al testigo, razón por la cual dicha diligencia sumarial no tiene la condición de prueba preconstituida susceptible de ser valorada como prueba de cargo.

B) Si dicha diligencia sumarial se practicó sin contradicción, por las razones expuestas, siendo ello perfectamente posible, tampoco se pudo utilizar ese derecho por los acusados en el juicio oral, porque no fue factible ante la incomparecencia del testigo a ese solemne y decisivo acto. En esa situación, el Tribunal de instancia validó como prueba de cargo la comentada diligencia de declaración sumarial por la vía del art. 730 de la L.E.Cr. por entender que resultaba imposible la reproducción en el acto de la Vista Oral de esa diligencia al encontrarse en el extranjero el testigo “no siendo factible lograr su comparecencia”, dándose lectura de las declaraciones del testigo ausente a solicitud del Ministerio Fiscal, de suerte que, en definitiva, los acusados no tuvieron ninguna oportunidad a lo largo del proceso de ejercitar su derecho a la contradicción en los términos que han quedado consignados como garantía básica del derecho de defensa y, por consiguiente, dicha prueba de cargo carece de validez para fundamentar la culpabilidad de los acusados.

**Quinto.**—Por otra parte, y a efectos meramente complementarios de lo que hasta aquí ha quedado expuesto, conviene señalar que aun en aquellos supuestos en los que no hubiera sido posible en la fase sumarial el

ejercicio del derecho a la defensa mediante el interrogatorio del testigo de cargo (que, como ha quedado dicho, no es el caso actual), la incorporación de ese testimonio al debate contradictorio del juicio oral por la vía del art. 730 de la L.E.Cr., mediante su lectura, y su validez como prueba de cargo, únicamente será aceptable como estricta excepcionalidad y cuando concurren las circunstancias establecidas por la doctrina jurisprudencial para legitimar como medio de prueba el mecanismo previsto en el mencionado precepto. En efecto, la doctrina de esta Sala ha declarado en infinidad de precedentes jurisprudenciales que los Tribunales no pueden valerse de las actas del sumario referentes a personas que podrían haber declarado en el juicio oral, permitiéndose la utilización del art. 730 de la L.E.Cr. con riguroso carácter de excepción cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil y verificada asistencia, y así se ha admitido cuando el testigo haya muerto, o sea imposible de localizar por encontrarse en ignorado paradero, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal “y no sea factible lograr su comparecencia”, debiendo quedar acreditado que por el órgano jurisdiccional se han agotado razonablemente las posibilidades para su localización y citación.

Nada de esto ocurre en el caso actual. El Tribunal a quo se limitó a practicar la citación del Sr. Johnson en el domicilio que transitoriamente había ocupado durante sus vacaciones de Benidorm, citación que se llevó a cabo varios meses después de que aquél hubiera regresado a Inglaterra, por lo que inexorablemente la gestión resultó infructuosa. Pero lo que se advierte con verdadera sorpresa es, no sólo que el mero examen de las actuaciones deberían haber hecho ver que el citado hacía tiempo que se había marchado de Benidorm y la citación era completamente inútil, sino, sobre todo, que si se hubieran examinado los autos con la debida atención se habría comprobado que el testigo había dejado constancia de su domicilio en su país, (...) por lo que fácilmente hubiera sido posible remitirle la cita-

ción por correo certificado con acuse de recibo (art. 166 de la L.E.Cr.), sin que pueda prevalecer la fácil especulación de que aquél hubiera decidido no comparecer al Juicio Oral, pero que, en todo caso, deja claramente verificado que ni el testigo se encontraba en paradero desconocido ni se habían agotado las gestiones para hacer posible su comparecencia. En este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2002, de 22 de abril, ha establecido con meridiana claridad que, “aunque la residencia fuera del territorio nacional constituye una dificultad para la comparecencia en

el juicio, no puede ser equiparada con “la imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente las declaraciones de la víctima del delito” (SS.T.C. 35/1995, de 6 de febrero y 209/2001, de 22 de octubre)”.

Así las cosas, no cabe hablar de imposibilidad de reproducir la diligencia practicada en el sumario como factor esencial para aplicar el art. 730 que, por lo tanto, utilizó incorrectamente el Tribunal sentenciador para valorar como prueba aquella diligencia. Por lo expuesto, debe ser expulsada del acervo probatorio.

## Sentencia 1455/2002, Sala de lo Penal del TS, de 13 de septiembre de 2002

ROBO CON INTIMIDACIÓN (USO DE ARMAS).

**Art. 242, núm. 2 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eduardo Móner Muñoz**

### SÍNTESIS

*Tras recordar la interpretación jurisprudencial de la agravación prevista para el delito de robo violento por el uso de armas u otros medios peligrosos, concluye apreciando esta modalidad agravada en el caso de quien porta un arma inutilizada para disparar.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Del examen de los mismos se deduce, sin duda alguna, que el acusado actuó utilizando “un revolver de la marca Llama, modelo comanche, del calibre 38 especial, que se encontraba inutilizado para disparar, según certificado emitido por la intervención de Armas de la Guardia Ci-

vil, con una longitud de 23 cm. y un peso de 981 gramos”.

Si ello es así, por cuanto el Tribunal lo ha considerado probado, no se puede admitir que tal objeto, que evidentemente no tiene la condición de arma al estar inutilizada para el disparo, no tenga la condición de instrumento peligroso por su contundencia y

ello aceptando el propio razonamiento del Tribunal de instancia, si bien para llegar a conclusión radicalmente opuesta.

Por tanto, estamos en presencia de un arma “inutilizada para disparar” —hecho probado—, lo que por sí mismo es indicativo que en sus orígenes era perfectamente hábil para su función propia —disparar—, pues de otra forma no hubiera sido preciso inutilizar su mecanismo de disparo, y de aquí cabe concluir que si bien no se ha determinado el material con que se fabricó, evidentemente ha de ser un material lo suficientemente duro, consistente, como para poder soportar los efectos del disparo, deducción esta lógica, siguiendo las máximas del conocimiento y experiencia, unido a la propia identificación del objeto “revolver marca Llama, modelo Comanche, calibre 38”, que en modo alguno supone interpretación contra reo.

Pero es que, además, estamos en presencia de un objeto peligroso por su contundencia, nos lo dice la propia sentencia en cuyos hechos probados se recoge asimismo que tal objeto tiene una longitud de 23 cm. y un peso de 981 gramos; luego, con la especificación de tales características, igualmente llegamos a la misma conclusión: el objeto utilizado —aun en el supuesto de que no hubiera sido “un arma verdaderamente inutilizada”, sino incluso un “revólver de juguete”— tiene una consistencia lo suficientemente importante, casi un kilo de peso, como para atribuirle la condición de peligroso, dados los efectos dañinos que puede ocasionar en la integridad física de las personas, utilizado para golpear como señala la propia sentencia.

El tipo agravado derivado del empleo de medios peligrosos responde, desde su estructura típica, a la agravación del mayor peligro que para la vida y la integridad del sujeto pasivo que recibe la intimidación o la violencia dirigida al desapoderamiento. El presupuesto de la agravación lo integra tanto la llevanza de armas como otros medios igualmente peligrosos.

El concepto de arma no es un elemento puramente normativo a completar con el Reglamento de armas, como así ocurre en otros tipos penales. En su determinación hemos partido del mencionado Reglamento y de una concepción sociológica que permite la consideración de arma a todo instrumento capaz de hacer expulsar proyectiles susceptibles de producir una lesión. El que deba entenderse por arma, a los efectos del subtipo agravado en el delito de robo con intimidación, habrá que analizarlo desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, como dijimos el riesgo para la vida y la integridad física en un delito de robo. En este supuesto, los proyectiles susceptibles de ser disparados con la pistola tienen una capacidad lesiva considerable, incluso mortal, que permiten su integración en el tipo que agrava el delito de robo con intimidación.

El concepto de medio peligroso requiere su determinación jurisprudencial partiendo del término “igualmente” que se contiene en el tipo, de lo que resulta que ese medio peligroso, al igual que el arma, debe tener una potencialidad lesiva a bienes jurídicos susceptibles de agresión.

En esa determinación jurisprudencial esta Sala llegó a declarar la condición de medio peligroso a las pistolas simuladas con apariencia de reales, acentuando el fundamento subjetivo de la agravación por la intensidad de la intimidación, criterio ya abandonado, con acierto, al destacar que por aparentes que fueran “no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta” —sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1988—.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990 se proporcionó un nuevo concepto de medio peligroso como “todo instrumento que tiene un poder mortífero o vulnerante, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intervención de su portador”. Es decir, el medio peligroso debe serlo objetivamente como refuerzo de una finalidad perseguida.

La más reciente jurisprudencia de esta Sala —sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1999 y 8 de febrero de 2000— nos indica que la agravación por el medio peligroso y el arma supone el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de defenderse. El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, a la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al desapoderamiento. Además de la citada, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, 12 y 22 de abril de 1999.

Destacamos, por lo tanto, las características de las armas y de los medios peligrosos derivadas de a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instru-

mentos que aunque generen temor o miedo, objetivamente no lo son; b) su empleo, y dentro de este término cabe la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud; y c) su utilización debe estar dirigida, de medio a fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento.

De acuerdo con tal doctrina, hemos integrado el presupuesto de la agravación, arma o medio peligroso con botellas de cristal —sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1999—, gas mostacilla —22 de septiembre de 1998—, revólver simulado de estructura metálica compacta —sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1999—, etc. (Fundamento Jurídico 1.º 2).

**Segundo.**—El motivo, pues, debe estimarse, casando y anulando la sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

## Sentencia 1479/2002, Sala de lo Penal del TS, de 16 de septiembre de 2002

AGRESIÓN SEXUAL. TENTATIVA.

**Arts. 16 y 180.3 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis**

### SÍNTESIS

*Se califica de tentativa de agresión sexual la acción de introducirse (armado) el autor en el portal inmediatamente después de entrar en él la víctima a quien había agredido sexualmente allí mismo unos meses antes.*



## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) Se cuestiona en este motivo la calificación jurídica del segundo hecho probado [apartado B) del “factum”], relativo a la conducta del acusado el día diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, cuando esperó la llegada de la menor a su domicilio y seguidamente entró en su portal, momento en que la menor pudo avisar a su casa, lo que permitió a su padre bajar al portal y retener al acusado hasta la llegada de la Policía; pues —según la parte recurrente— “el artículo 16 del C.P. exige que para que haya tentativa el sujeto debe haber dado principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”. “Deducir, como hace la Sala “a quo” la voluntad de cometer el delito, por el mero hecho de haberlo cometido con anterioridad, no es propio de un derecho penal que debe limitarse a castigar hechos y no tipos de autor”. En definitiva, en el presente caso, “no se realiza conducta directamente ordenada a conseguir el propósito que erróneamente se le imputa”, “ninguna acción, salvo entrar en el portal, ninguna palabra, se achaca al recurrente”.

La Sala de instancia ha estimado que los hechos descritos bajo la letra B) del relato fáctico son constitutivos de un delito de agresión sexual del art. 178 del Código Penal, en relación con el art. 180.3, en grado de tentativa (art. 16.1 del C.P.), tras reconocer que la delimitación de la frontera entre los actos preparatorios y los de ejecución propiamente dichos constituye una cuestión polémica (teorías objetivo-material, objetivo-formal, consideración del plan del autor —finalidad, iniciación del riesgo e inmediatez de los actos—), valorando con tal objeto: a) la conducta del acusado descrita en el apartado A) del relato fáctico de la sentencia; b) su inexplicada presencia en Burgos

—ciudad en la que no reside—; c) su presencia en el portal donde residía la víctima; y d) el hecho de haber accedido al interior del mismo “inmediatamente después que la niña”, de tal modo que “sólo al percatarse ésta de su presencia, impidió la segura ejecución de un hecho como el sucedido el día 17 de noviembre de 1998”.

Este Tribunal ha tenido que pronunciarse reiteradamente sobre la cuestión aquí planteada —la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito—, habiendo declarado a este respecto que “han de considerarse actualmente actos ejecutivos (...) aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella” (v. s.<sup>a</sup> núm. 1791/1999, de 20 de diciembre); que, tratándose de un delito de incendio, “la tentativa no requiere que el fuego se haya iniciado, sino la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor”. (v. s.<sup>a</sup> núm. 1895/2000, de 11 de diciembre); que, “para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurren los siguientes requisitos (...): 1.º Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores, sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2.º Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3.º Y este es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa ac-

tuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal...” (v. s.<sup>a</sup> núm. 1086/2001, de 8 de junio); que, en relación con un delito contra la fauna, al tratar de determinar si la posesión por persona que profesionalmente se dedica a la cría de aves rapaces tiene o no relevancia penal desde el punto de vista de la fase ya externa de la ejecución del delito o si por el contrario dicha posesión es inocua a estos efectos, declara que la “tentativa” “supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 del C.P., hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.” (v. s.<sup>a</sup> núm. 2227/2001, de 29 de noviembre).

En el presente caso, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida nos describe cómo el hoy recurrente —Eduardo H.—, que residía en Laguna de Duero (Valladolid), se desplazó a la ciudad de Burgos —el 17 de noviembre de 1998—, se dirigió a las inmediaciones del Colegio La Salle, esperó la salida de los alumnos y luego siguió a la niña Emma, de trece años de edad, hasta su domicilio, cuya ubicación ya conocía, adelantándose a la misma y esperándola

en el rellano de los ascensores, saludándola cuando llegó y subiendo con ella en uno de los ascensores, en cuyo momento sacó una “navaja multiusos”, intimidó a la menor, bajando con ella a la primera planta de garajes, llevándola a uno de los pasillos allí existentes, donde la obligó a desnudarse, comenzando a tocarle el pecho, a besarla por todo el cuerpo y a introducirle un dedo en la vagina. Con este antecedente (hecho primero del “factum”), el día 19 de enero de 1999 —es decir, dos meses después del hecho descrito—, Eduardo H. se desplazó nuevamente a Burgos, sin razón lícita conocida, se dirigió al portal de Emma y “accedió al interior del mismo después que la menor”. Al percatarse ésta de su presencia, salió rápidamente, logró avisar a su casa a través del portero automático, de modo que pudo bajar su padre, que, tras esperar unos minutos en el portal, logró retener a Eduardo —que intentaba abandonar el inmueble— hasta la llegada de la Policía, que le intervino una “navaja multiusos” que llevaba encima.

En definitiva, nos encontramos ante una serie de actos llevados a cabo por el hoy recurrente que el Tribunal de instancia ha considerado que no constituían otra cosa sino la iniciación por parte del mismo de una conducta similar a la realizada dos meses antes. La intención o el propósito del agente (agredir sexualmente a la menor) lo infiere el Tribunal de unos actos externos indiscutibles: el desplazamiento del acusado desde la localidad donde residía hasta Burgos sin una finalidad lícita y conocida, por cuanto, por la forma objetiva de producirse los hechos y con los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación, los Magistrados no se creyeron la versión dada por el acusado (que había vuelto a Burgos para pedir perdón a la menor por su anterior comportamiento). ¿Qué otra conclusión razonable cabe aceptar ante la conducta enjuiciada?: El desplazamiento a una ciudad bastante alejada de su lugar de residencia, el acercarse hasta la vivienda de la menor y esperar allí a que llegase a su domicilio a una hora coincidente con el regreso ordinario del colegio, y

el hecho de entrar en el portal de la casa “inmediatamente después que la menor”; el tratar de despistar —tomando uno de los ascensores para bajar seguidamente— cuando la menor, al percatarse de su presencia, salió rápidamente a pedir auxilio a su padre, haciéndolo “con intención de abandonar” el inmueble, en cuyo momento coincidió con el padre de Emma, con el que forcejeó al pretender escapar; y, finalmente, el hecho de llevar encima —como en la ocasión anterior— “una navaja multiusos”, que le fue intervenida por la Policía cuando le detuvo, constituyen un conjunto de hechos de los que razonablemente cabe inferir —como ha hecho la Audiencia— que la intención del acusado —al realizarlos— no era otra que la de reiterar una conducta similar a la de la ocasión precedente. Se trata, sin duda, de una inferencia que, a juicio de este Tribunal, es respetuosa con las reglas del criterio humano (art. 386.1 de la LEC), porque es lógica y responde a las enseñanzas de la experiencia diaria.

La conducta del acusado, desde la perspectiva aceptada por el Tribunal sentenciador (el propósito de reiterar la agresión se-

xual a la menor), representa, sin duda, la realización de un plan encaminado a dicho objetivo (desplazamiento a Burgos, espera en la inmediaciones del domicilio de la niña a que ésta llegue del colegio y entrada en el portal tras de ella, llevando consigo la navaja multiusos). Plan que se interrumpe —no por voluntad del acusado— cuando la menor le reconoce y sale corriendo a pedir auxilio a su padre a través del portero automático. En el desarrollo lógico del plan trazado por el acusado, el acto siguiente hubiera consistido en entrar con la menor en el ascensor y amenazarla allí con la navaja que portaba para reiterar su ataque a la libertad sexual de la misma. Ha existido, pues, un conjunto de actos exteriores, un plan, un objetivo perseguido, y una inmediatez espacio-temporal. La conducta enjuiciada supuso, sin duda alguna, una puesta en peligro para el bien jurídico protegido por el precepto penal aplicado: la libertad e indemnidad sexual de Emma, sin que el hoy recurrente llegase a realizar “todos” los actos que objetivamente deberían producir el resultado perseguido por causas ajenas a su propia voluntad (art. 16.1 del Código Penal).

## Sentencia 1478/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de septiembre de 2002

FUNCIONARIO PÚBLICO.

**Arts. 24 y 435 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Del análisis de los artículos 24 y 435 del CP se desprende el carácter de funcionario público, a efectos de la aplicación del delito de malversación de caudales públicos, del delegado de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, por tener facultades de administración y gestión de fondos públicos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.**—(...) El primer motivo del recurso denuncia la infracción del precepto contenido en el art. 24.2 del Código Penal, en relación con el aplicado art. 432.1 del propio Cuerpo legal, en tanto considera el recurrente que no concurre en el acusado la condición de funcionario público a efectos penales, que citadas normas exigen para la consideración de los hechos como constitutivos de malversación de caudales públicos.

En su desarrollo, el autor del recurso invoca algunas sentencias de esta Sala Casacional, pero ninguna de las cuales resuelve de forma específica este problema en relación con la cualidad del inculpado como Delegado en la ciudad de Algeciras de la entidad “Ceuta-Smat”, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que actúa con el número 115. Por consiguiente, debemos analizar cuál es la verdadera naturaleza de estas entidades, a fin de poder aplicar a sus delegados la condición de funcionarios públicos, a que se refiere el art. 24.2 del Código Penal, a cuyo tenor, “se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. De modo que la calidad de su nombramiento, así como la participación en el ejercicio de funciones públicas, son elementos que deben concurrir para aplicar los preceptos contenidos en los artículos 432 y siguientes del Código Penal. Ahora bien, es éste un concepto distinto en las esferas administrativas y penal, pues en esta última vertiente lo que interesa es la participación, de una u otra manera, en funciones administrativas, con independencia de la forma en que haya sido llamado a desempeñarlas (SSTS 98/1995 y 777/1995).

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real De-

creto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorpora el marco normativo regulador de la colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Seguridad Social, de manera que su ámbito funcional queda referido a la gestión de prestaciones económicas por incapacidad temporal por contingencias comunes de sus trabajadores protegidos y del subsidio por incapacidad temporal, ampliado también a los trabajadores autónomos o por cuenta propia. Tienen, pues, como objeto colaborar, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro, con sujeción a la ley y a los reglamentos; así lo dispone tanto el art. 67 aquella Ley General de la Seguridad Social, como el artículo segundo del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (BOE 12-12-1995). El patrimonio de dichas Mutuas en tanto procedente de cuotas de la seguridad social, tanto como consecuencia de la gestión desarrollada por las mismas, así como los bienes muebles e inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, “forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectos al cumplimiento de los fines de ésta”; igualmente, las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos. Así resulta del art. 3.º del Real Decreto citado, como de los artículos 68.4 y 80.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Como consecuencia de ello, el Director Gerente es nombrado por un procedimiento mixto que incluye una designación inicial por la Junta Directiva de la Mutua, pero que ha de ir seguida de la autorización de un organismo oficial, como resulta del contenido del art. 35.4 del Real Decreto 1993/1995, en el sentido de que “no comenzará a ejercer sus funciones hasta que su nombramiento no sea confirmado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, al punto que los arts. 73

y 74 reconocen la posibilidad de suspender en sus funciones a todos o algunos de los directivos de la entidad.

La condición de fondos públicos de sus recursos resulta de forma meridiana del contenido del art. 22.2 del Reglamento mencionado, en tanto dispone que, “en su condición de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y administradoras de fondos públicos, deben ajustarse, dentro del régimen de la contabilidad pública, al Plan General de Contabilidad, estando sometidas a la rendición de las cuentas de su gestión al Tribunal de Cuentas”.

De todo ello resulta que sus delegados, con las facultades que se reseñan en el “factum”, son administradores de fondos públicos, y por consiguiente participan de dicha función pública, con pleno sometimiento a la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y su nombramiento está supervisado, para su confirmación, por la autoridad pública. De tales requisitos resulta la aplicación del art. 24.2 del Código Penal, cuyo concepto no coincide con el regulado en derecho administrativo a efectos punitivos, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, sino que se extiende a la

intervención o participación en funciones públicas en un sentido que debe conectarse, cuando se trata del delito de malversación, más directamente con la condición pública de los fondos o efectos que manejan, que con la calificación activa de su autor, como funcionario público, como resulta del art. 435 del propio Código Penal al extender las disposiciones de dicho Capítulo (en donde se encuentra la malversación) a todos aquellos que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos públicos, esto es, de las administraciones públicas, como sin duda lo es la Seguridad Social y a los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos (como es el patrimonio de tales entidades colaboradoras).

De modo que de una manera u otra, bien con la extensión que esta Sala viene realizando de la interpretación del concepto de funcionario público a efectos penales cuando se trata de actos relacionados con la Seguridad Social (“ad exemplum”, STS de 20 de diciembre de 1988), bien bajo el prisma de estar encargado del manejo y administración del fondos públicos, por cualquier concepto, el motivo tiene que ser desestimado.

## Sentencia 1563/2002, Sala de lo Penal del TS, de 26 de septiembre de 2002

FALSIFICACIÓN DE MONEDA.

**Arts. 386 y 387 Código Penal**

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

### SÍNTESIS

*Se aplica el criterio reflejado en el Acuerdo de 28 de junio de 2002 (publicado en el n.º 7 de la Revista de Derecho Penal, p. 145), en el sentido de considerar falsificación de moneda a la falsificación de tarjetas de crédito o débito.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **Segundo.**—(...)

Es esta la segunda vez que se plantea en la Sala la aplicación del art. 387 en relación con el n.º 1 del art. 386 que supone la total equiparación de la fabricación de tarjetas de débito o crédito falsas con la fabricación de moneda y la decisión va a ser la misma que la sustentada en la sentencia 948/2002, de 28 de junio, que reflejó el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala del mismo día en los siguientes términos:

“Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de «dinero de plástico», que el artículo 387 del C.P. equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del C.P.”

Con esta segunda sentencia puede afirmarse que ya existe doctrina consolidada al respecto.

### **Sentencia 1531/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de septiembre de 2002**

#### COMPLICIDAD.

#### **Art. 29 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

### SÍNTESIS

*Es suficiente dolo eventual (entendido como conciencia del riesgo) para imputar al cómplice el resultado producido por la acción del autor principal.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Formula el condenado, hoy recurrente, en la instancia como cómplice de un delito de asesinato a la pena de un año y seis meses de prisión, además de como autor de un delito de daños y una falta de lesiones, un único motivo de casación al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., denunciando la aplicación indebida del artículo 139 del C.P. Aduce que fue otro de los

coacusados quien asestó la puñalada a la víctima, sin que dicha acción pueda comunicarse de ningún modo a los restantes, “por lo que únicamente corresponde imputárseles la autoría de los daños y de las lesiones”, siendo autor del asesinato sólo el que realizó la acción.

En realidad no se suscita el error de subsumción de los hechos en la norma cuya aplicación se denuncia, sino lo que se plantea es la participación del resto de los acusados en

la acción letal desarrollada por uno sólo de ellos, por lo que ha debido mencionarse como precepto infringido el artículo 29 del C.P. La Audiencia, fundamento de derecho sexto, razona que “no cabe considerar acreditado que los coprocesados conocieran la mortífera voluntad del acusado Mustafa M.M., ni que por tanto hubiere programado su presencia en el momento de desencadenarse aquél con tal letales fines, sin perjuicio de que no puede ignorarse que desde un plano de consideración exclusivamente material, aquélla contribuyese en no parca medida, aunque siempre en aquella posición sifragánea, al luctuoso sucedido” (sic), deduciendo la aportación causal del recurrente a título de cómplice.

Ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala que el cómplice es un partícipe de segundo grado, que lleva a cabo la realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría (S.T.S. de 6 de noviembre de 1996 y las recogidas en la misma). La S.T.S. de 18 de diciembre de 1997, con cita de las precedentes de 24 de marzo y 23 de diciembre de 1993 y 16 de junio de 1995, distinguiendo la cooperación necesaria de la mera complicidad, declara que en ambos casos concurre un previo acuerdo para delinquir, pero en la primera se convierten en autores todos los concertados para la actividad delictiva, cualquiera que sea su misión, si su colaboración contribuye objetivamente al resultado típico de forma decisiva, mientras la esencia de la complicidad se asienta en el mero favorecimiento del hecho principal. Sin embargo, siendo necesaria la aportación causal dirigida a facilitar la tarea del autor, no es suficiente para responsabilizar al cómplice del hecho principal, pues no basta la peligrosidad de su conducta creando un riesgo no permitido del favorecimiento de la comisión del delito, sino que el desvalor debe alcanzar también al resultado del hecho principal. Lo que se discute en el presente caso es precisamente si el cómplice debe ser considerado o no res-

ponsable del exceso del autor, es decir, del resultado de muerte o bien tan sólo debe responder del resultado producido conforme al plan trazado “ex ante” por los partícipes (lesiones y daños).

En el hecho probado se describe que los partícipes agredieron en un primer momento, una vez que decidió salir del turismo y encararse con los mismos, a la víctima “recibiendo múltiples golpes”, añadiendo que “en razón de ello la citada víctima se reintrodujo en el vehículo intentando huir mientras eran apedreados, huida que frustraron grandes piedras contra las que colisionaron, lo que fue aprovechado por los procesados para reanudar su agresión, que esta vez hicieron extensiva a H. (novia del fallecido) y por Mustafa M.M. para asestar una cuchillada en el corazón a Mohamed .....”, ocasionándole la muerte. De dicha descripción se deduce la existencia de un plan concertado, así como la creación dolosa de un riesgo jurídico penalmente relevante en momento anterior a producirse el resultado letal, es decir, los partícipes coadyuvaban a la creación del riesgo concreto para la vida de Mohamed que posibilita y facilita el ulterior resultado de la mano del autor del hecho principal, acción no programada por los mismos, que excluye el propósito o dolo directo de muerte, lo que en línea de principio permitiría hablar de un supuesto de exceso del autor del que en general el cómplice no sería responsable. Sin embargo, sin apartarnos del contexto anterior, bastando con que el dolo del cooperador sea eventual, es decir, aceptando el resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que decide ejecutar el autor en el seno de la dispuesta ya abierta con la víctima, existe responsabilidad del cómplice. La falta de propósito o determinación inicial del resultado de muerte no excluye la decisión de ejecutar el hecho pese a que su resultado puede ser mortal y a pesar de ello persiste en su aportación para facilitarlo, es decir, en la medida que se crea un riesgo intenso (como se describe en el “factum”), se resigna o conforma con el resultado típico que a la postre se produce.

**Sentencia 1547/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de septiembre de 2002**

GRABACIÓN VIDEOGRÁFICA.

**Art. 7 LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.**

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

SÍNTESIS

*Tras refrendar la corrección del Tribunal de instancia en orden a la denegación de prueba pericial sobre grabación videográfica verificada por la policía judicial actuante, se pronuncia la Sala sobre su valor probatorio de cargo y los requisitos que a tal efecto han de observarse.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El primer motivo del recurso de Manuel B.M. se formaliza por la vía autorizada por el art. 850.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por denegación de prueba pericial sobre grabación videográfica verificada por la policía judicial actuante.

El Ministerio fiscal había solicitado como medio de prueba (escrito de fecha 19 de enero de 2000) el “visionado de las cintas conjuntamente con la declaración de los agentes para que expliquen los autores y hechos”. La defensa del recurrente, en el trámite de escrito de defensa (27-3-2000) solicitó que “se nos proporcione con suficiente antelación a las sesiones del Juicio Oral una copia de la cinta o en su caso se nos permita también con la suficiente antelación, visionar la misma a fin de poder preparar convenientemente la defensa de nuestro patrocinado, reservándonos el derecho de proponer prueba a la vista del resultado del visionado”.

La Sala de instancia (auto de 25-3-2000) señaló el comienzo de las sesiones del juicio oral el día 22 de junio de 2000, y en cuanto a lo solicitado por dicha defensa, dispuso: “... facilítese a la parte el visionado de la cinta en las dependencias de esta Audiencia, con remisión en lo demás a las previsiones del art. 793.2 de la Ley Procesal Penal”. En su consecuencia, y por providencia de fecha 22-5-2000, se verificó tal visionado por la parte recurrente el día 1 de junio de 2000.

Al comienzo del juicio oral, y por la vía del art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se solicitó tal prueba pericial, “... consistente en que por un Perito Técnico o Ingeniero, especialista en sistemas audiovisuales, y previo visionado de la cinta de video que obra unida a las actuaciones aportada por la U.D.Y.C.O.” se determine si la cinta es la master u original o una copia y la causa de los cortes o saltos de imágenes, así como determinada audición.

El Tribunal de instancia rechazó en el acto la prueba (previa deliberación), y en el fundamento jurídico primero de la Sentencia



cia dictada lo razonó en base la imposibilidad de practicar tal prueba en el acto, al tiempo que tuvo a su disposición la parte proponente en la instrucción sumarial tal material probatorio, y a que no eran necesarios especiales conocimientos científicos o técnicos, máxime cuando entre los funcionarios convocados como testigo se encontraba el policía encargado de realizar las tomas y editar el soporte discutido, a quien se podían realizar las preguntas que se proponían como prueba pericial.

El motivo tiene que ser desestimado, por compartir esta Sala Casacional estos argumentos como suficientes para tal denegación probatoria, que además podía ser evacuada, como se ha dicho, sin especiales conocimientos técnicos. Hemos visionado nosotros también dicha cinta de vídeo (en soporte VHS), y puede comprobarse, conforme a lo expuesto por el P.N. 49.577 en el acto del juicio oral, que las imágenes fueron obtenidas mediante una cámara de vídeo doméstico, que fue sucesivamente activada conforme sucedían acontecimientos que interesaban para la investigación, pero con la debida reproducción del día y de la hora exacta, a la luz del complemento de tal declaración testifical (art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de manera que las escenas que se reproducen en donde se pueden ver los cambios y tratos (muy rápidos) en materia de tráfico de drogas, están completos, siendo de buena calidad las imágenes. En ningún momento se impugnó la cinta master, pudiendo haberlo hecho mediante la práctica de prueba pericial en el escrito de defensa, o a lo largo de la instrucción sumarial, como prueba contradictoria, sino que se reservó la defensa la posibilidad de proponer tal prueba, una vez la Sala le ofreciese tal visionado, y desde el día 1 de junio hasta el 22 de ese mes, momento mismo del inicio de las sesiones del juicio oral, no se propone la misma, siendo improcedente ya, porque el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que las pruebas que puede proponerse en ese instante deben ser de in-

mediata práctica: han de practicarse en el acto. La parte no hizo uso, en todo caso, de la posibilidad de pedir prueba anticipada (art. 791.2: “El escrito de defensa se contraerá correlativamente a los extremos contenidos en los escritos de acusación y en él se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos para su utilización como prueba en las sesiones del juicio oral, así como en su caso, la práctica de prueba anticipada”).

En consecuencia, se desestima el motivo.

**Tercero.**—Los motivos segundo a sexto del propio recurrente, se viabilizan por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la garantía constitucional de inocencia, proclamada constitucionalmente en el art. 24.2 de nuestra Carta magna, (...)

Reprocha en primer lugar el recurrente, la infracción legal del art. 7.º de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos. La base de la denuncia casacional se refiere a que no se ha puesto a disposición de la autoridad judicial la cinta o soporte original de imágenes y sonido en su integridad. Ya hemos dado precisamente respuesta a este reproche en el fundamento jurídico anterior, en el sentido de que no hay constancia alguna de que se hayan manipulado las imágenes, que es la ratio del precepto, siendo la captación de imágenes por la policía judicial, actividad probatoria de cargo, conforme a la jurisprudencia de esta Sala. Así, la Sentencia 387/2001, de 13 de marzo, nos dice que la grabación videográfica, sólo afectó a “espacios abiertos y de uso público” según se desprende del “factum”, por lo que tal grabación videográfica, no precisa la autorización judicial, según una reiterada doctrina de esta Sala —Sentencias 30 de noviembre de 1992— y del Tribunal Constitucional —sentencia de 16 de noviembre de

1992—, y conforme declara la Sentencia de esta Sala 1631/2001, de 19 de septiembre, la Ley Orgánica que el recurrente designa como incumplida por la policía instructora tiene por objeto, nos dice su Exposición de Motivos y el art. 1.º, la regulación de la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes... a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana.

La jurisprudencia de esta Sala (cfr. Sentencia 188/1999, de 15 de febrero) 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 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 de mayo de 1993, 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 5 de mayo de 1997 y 968/1998, de 17 de julio, entre otras).

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 papelines de droga, no supuso vulneración del derecho a la intimidad de las personas que fueron captadas por la grabación en un sitio público, conforme se declara en la Sentencia 1207/1999, de 23 de julio.

## Sentencia 1570/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de septiembre de 2002

CUESTIÓN PREJUDICIAL NO DEVOLUTIVA.

**Arts. 10 LOPJ y 4 LECrim.**

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

### SÍNTESIS

*Se expone la doctrina sobre la consideración como regla general del carácter no devolutivo de las cuestiones prejudiciales que puedan surgir en el proceso penal.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) los motivos Quinto y Sexto, se refieren a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), por no haberse admitido la ya referida

cuestión prejudicial civil que, según el recurrente, podría conllevar su directa absolución, caso de resultar estimada la demanda interpuesta por él contra “Cahispa” y, por lo tanto, devenir inexistente la obligación de

entrega de la cantidad que se dice indebidamente apropiada (motivo Quinto) (...)

A propósito de tal argumento, hemos de traer aquí el asentado criterio elaborado al respecto por esta misma Sala y que se contiene, por ejemplo, en la Sentencia de 13 de julio de 2001, cuando dice que “... la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10.º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4.º de la decimonónica de la L.E.Criminal. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4.º de la L.E.Criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo —y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado— dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.”

En la misma línea y con extensa cita de la anterior, la STS de 29 de octubre del mismo año, afirma también: “Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4.º del mismo texto procesal (la LECr). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional.”

Y ya de modo rotundo, la doctrina del Tribunal Constitucional, que inicialmente no compartía el criterio de esta Sala, concretamente en relación con supuestos referentes al delito de intrusismo, en recientes Sentencias, como la de 27 de noviembre de 2000, concluye que “... cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.”

Conclusión que resulta definitiva en el caso que aquí nos ocupa, dado que, en él, se cumple a la perfección la premisa negatoria de la eventual infracción del derecho a la tutela judicial aducida por el recurrente, toda vez que el pronunciamiento relativo a la existencia de obligación de entrega del dinero que el acusado indebidamente se apropió, se produce a los exclusivos efectos de la integración del tipo penal y a partir de un

análisis estrictamente penal de la cuestión, según se dice, expresamente, en la propia Resolución de instancia.

Incluso se puede llegar a afirmar, como hace la Audiencia con atinada argumentación y las Acusaciones nos recuerdan en sus escritos de impugnación al Recurso, que en nada altera la interposición de demanda civil, en reclamación de unos alegados créditos y perjuicios, en su condición de mera

pretensión o expectativa, la evidencia de la obligación previa para el recurrente de entregar, a su legítima dueña, unas cantidades respecto de las que, en ese momento, él no ostentaba título alguno. No puede, por tanto, hablarse de compensación alguna de deudas, ni eludirse, con tan sencillo método, es decir, mediante la presentación de una demanda civil en reclamación de cantidad, la posible imputación de una apropiación indebida.

**Sentencia 1580/2002, Sala de lo Penal del TS, de 28 de septiembre de 2002**

PRESCRIPCIÓN.

**Arts. 130 a 132 Código Penal**

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

SÍNTESIS

*No interrumpen el plazo de prescripción las diligencias declaradas posteriormente nulas.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Y centrado así, con toda precisión, el objeto del debate y la pretensión a la que tanto el Ministerio Fiscal como las Defensas de los acusados se oponen, hemos de concluir en la improcedencia del motivo y, por ende, en el acierto del criterio aplicado por el Tribunal “a quo”, cuando considera que, en supuestos como el presente, en el que la retroacción de las actuaciones, obligada al advertir vulneración procesal causante de ineludible nulidad de todo lo actuado tras ella, se produce extendiendo

sus efectos por un tiempo superior al previsto para la prescripción de la infracción perseguida, semejante “vuelta atrás” en la tramitación ha de conllevar, por concurrencia de esa causa, la correspondiente extinción de la acción punitiva.

Los diferentes fundamentos que pueden barajarse a propósito del instituto de la prescripción, en especial el de su utilidad ante las exigencias propias de la seguridad jurídica, avalan semejante criterio, ya que el reinicio, de nuevo, de la tramitación de la Causa once años después, pugna sin duda con

tal principio de seguridad e, incluso, con la eficacia de los fines a que se debe la existencia misma del sistema penal.

En este sentido, no debe olvidarse cómo el propio Tribunal Constitucional tiene proclamado que la prescripción del delito “... encuentra fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal” (STC 17/1987). Así como que “En la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de seguridad jurídica y las de justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas” (STC 157/1990).

Por otra parte, esta misma Sala también ha dicho que las causas que justifican la existencia de la prescripción, principios o razones de orden público, de interés general o de política criminal, “... pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena, que se inserta en el más amplio de intervención mínima: el derecho del Estado a penar justamente, el “ius puniendi”, depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico. Y es obvio que transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades” (STS de 23 de noviembre de 1989). O que “... Cuando el tiempo fijado por la Ley ha transcurrido con paralización del proceso, cualquiera que sean sus moti-

vos, la sociedad ha perdido ya la autoridad moral para castigar y, por consiguiente —y ésta es la filosofía que inspira la prescripción penal—, no puede hacerlo” (STS de 10 de febrero de 1993).

Y todo ello, teniendo en cuenta que, si las actuaciones llevadas a cabo durante todos esos años fueron nulas, “nulas de pleno derecho” según la expresión literal del párrafo introductorio del propio artículo 238 de la LOPJ que el Recurso cita en su apoyo, y así hoy se declara y admite pacíficamente, su carácter de ineficaces ha de ser evidente y pleno, originando un paréntesis en el curso de la tramitación, que obligadamente abre el vacío de sus efectos, equivalente, en todo, a la inexistencia misma de actuación.

Por lo que sostener, como en algún momento pudiera haberse hecho, que esos trámites nulos, puesto que tuvieron en su momento existencia en la realidad procesal, debieran disponer de eficacia interruptiva del término previsto para la prescripción, supondría, en realidad, dotarles de una trascendental eficacia de la que, por su propio vicio y naturaleza inválida, deben carecer, a riesgo de incurrir, en caso contrario, en una gravísima contradicción a propósito del sentido y alcance que, tanto la referida nulidad de efectos como el instituto mismo de la prescripción, ostentan.

Razones, en definitiva, por las que procede la, ya adelantada, desestimación de este único motivo de casación y, con él, la del Recurso interpuesto.

**Sentencia 1556/2002, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2002**

ENTRADA Y REGISTRO.

**Arts. 18.2 CE; 5.4 LOPJ; 545 y ss. LECrim.**

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo**

SÍNTESIS

*Supuesto de nulidad de la diligencia de entrada y registro por haber procedido la Policía a la entrada previa la concesión de la autorización judicial. Frente a los argumentos del Fiscal declara la Sala que la entrada y registro posterior, concedida ya la autorización judicial, no significó una actuación nueva y distinta sino una prolongación de la anterior constitucionalmente ilícita.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Recurso del Ministerio Fiscal*

1. En el primer motivo del recurso del Ministerio Público, (...) se denuncia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 de la CE, en la que ha incurrido —a juicio de la parte recurrente— el Tribunal de instancia por haber estimado que las pruebas de cargo obtenidas contra los procesados Joaquín M.M. y Mayelín C.D. en el registro efectuado en el yate donde ambos vivían, así como la testifical practicada en el juicio oral con los funcionarios del grupo policial que llevó a cabo aquella diligencia, no podían ser valoradas por haber sido vulnerado en el registro el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art. 18.2 de la CE. El Tribunal de instancia dedujo de la ilicitud constitucional que apreció en la entrada y registro en el yate la inexistencia de material probatorio suficiente para la enervación de la presunción de inocencia de los procesados y el Ministerio Fiscal, sin negar la realidad de la violación del derecho fun-

damental, sostiene que la misma se produjo en la tarde del día anterior al registro, que ya se efectuó con la cobertura de la autorización judicial concedida esa misma mañana, siendo precisamente entonces, es decir, en el curso de una diligencia que se califica como impecable, cuando se descubrió la importante cantidad de cocaína que se guardaba en el buque. (...)

El motivo no puede ser estimado. La Policía que realizó las operaciones de investigación con que se inició el procedimiento en que se dictó la Sentencia recurrida, montó un servicio de vigilancia en torno al yate propiedad de Joaquín M.M., según cabe deducir de la diligencia que obra al folio 315 del sumario, sobre las 16,15 horas del 5 de abril de 1995, solicitando horas después del Juzgado de Instrucción, para el día siguiente, mandamiento de entrada y registro en el buque. Atendiendo a dicha solicitud, el Juzgado, a las 20,45 horas del día 5, ordenó la vigilancia y custodia del yate —folio 186— hasta que se practicara la diligencia de entrada y registro que fue decretada el día 6 y llevada a efecto a las 10,45 horas de su ma-

ñana. Como quiera que a lo largo de la tarde del día 5, después de practicada la detención de Mayelín C.D. que se encontraba a bordo y a la que se ordenó bajar del yate poco antes de las 16,15 horas, hasta que se cumplió la orden de vigilancia y custodia emitida por el Juzgado a las 20,45, entraron y salieron del buque diversos policías, es claro que la actuación de estos constituyó una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que a los dos mencionados procesados garantizaba el art. 18.2 de la CE. Y no es menos claro que la entrada y registro posterior, concedida ya la autorización judicial, no significó una actuación nueva y distinta sino una prolongación de la anterior constitucionalmente ilícita, sin que sea admisible entender que el Auto que el Juzgado dictó la mañana del día 6 tuvo el efecto de subsanar la infracción constitucional cometida la tarde del día anterior.

Dice el Ministerio fiscal, en las alegaciones con que apoya este motivo del recurso, que, habiéndose descubierto la existencia de la droga en la diligencia correctamente practicada el día 6 y no en las ilícitas entradas del día 5, debía haber explicado el Tribunal de instancia las razones por las que entendió que estas últimas tenían que proyectar su efecto invalidante sobre aquella y sobre la prueba testifical celebrada en el plenario. Con el máximo respeto a la Institución recurrente hemos de rechazar tales alegaciones. En primer lugar, debemos decir que siendo indiscutible, porque lo atestiguó en debida forma el fedatario judicial, que en la diligencia de entrada y registro que obra a los folios 188 y 189 se encontró la droga que en el acta quedó reflejada, no es posible saber lo que encontraron los funcionarios de Policía en sus anteriores visitas no judicialmente autorizadas ni documentadas, de suerte que es gratuita la afirmación de que la prueba de cargo constituida por el descubrimiento de la cocaína se obtuvo en la segunda fase de la actuación policial y no en la primera de cuyo resultado, lógicamente, no tenemos constancia alguna. Y en segundo lugar debemos añadir, en respuesta al repro-

che de falta de motivación que se hace al Tribunal, que no era necesario establecer una “conexión de antijuricidad” entre la vulneración del derecho fundamental producida en la primera fase de la entrada y registro del yate y la obtención de las pruebas conseguida en la segunda porque, como hemos dicho, no estamos ante dos momentos distintos de la investigación entre los que se pueda anudar una relación de dependencia o causalidad, sino ante una única actividad iniciada de forma constitucionalmente ilícita y rematada con el amparo formal —sólo formal— de un acuerdo judicial tardíamente solicitado y obtenido. Siendo, por otra parte, tan evidente la relación de dependencia entre la prueba ilícitamente obtenida y las declaraciones prestadas en el juicio oral por los policías pertenecientes al grupo infractor, que pueden considerarse más que suficientes los razonamientos expuestos por el Tribunal “a quo” en el primer fundamento jurídico de su resolución.

Siendo así, no abriga esta Sala la menor duda sobre la corrección constitucional con que se procedió en la Sentencia recurrida, no vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal, tutelando por el contrario el derecho a la inviolabilidad del domicilio que les garantizaba a los ya citados acusados el art. 18.2 de la CE y negando todo efecto en el proceso, de acuerdo con el art. 11.1 de la LOPJ, a pruebas obtenidas mediante la violación del mencionado derecho fundamental. Esta violación fue el instrumento directamente utilizado para la obtención de la prueba que llevaron las partes, como documental, al juicio oral —el acta de la diligencia de entrada y registro de la embarcación en que tenían su domicilio los acusados, donde constaba la sustancia estupefaciente que se dijo descubierta en dicha diligencia— pero también estuvo presente la vulneración del derecho, indirectamente, en los testimonios prestados en el juicio oral por los policías actuantes toda vez que la infracción constitucional había sido perpetrada por el grupo investigador a que pertenecían.

**Sentencia 1572/2002, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2002**

TRÁFICO DE DROGAS.

**Art. 368 Código Penal**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos**

**SÍNTESIS**

*La venta de veinte miligramos de heroína con una pureza del 34,7% es atípica, por su inocuidad desde la perspectiva del bien jurídico protegido: la salud pública.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**—(...) La Sala de instancia entendió en la sentencia recurrida que la venta de 20 miligramos de heroína con una pureza del 34,7% es un hecho atípico, dada la escasa (mínima) cantidad de droga objeto de transacción, basándose principalmente para así acordarlo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000.

Frente a ello se alza el Ministerio Fiscal por entender que si bien es cierto que cuando se trata de una pequeña cantidad de droga la jurisprudencia sólo considera impune el hecho en los supuestos de simple posesión del producto o cuando éste se transmite a parientes o amigos para evitarles el síndrome de abstinencia, no es menos cierto que cuando se trata de venta a terceros con precio determinado, tal venta ha de entenderse siempre como constitutiva del delito contra la salud pública del artículo 368 del vigente Código Penal, y ello sin consideración a la menor o mayor cantidad de droga vendida, cantidad que sólo debe jugar respecto al subtipo agravado del apartado 3.º del artículo 369 del mismo Código, notoria importancia. Como fundamento principal a esta pre-

tensión impugnatoria cita, entre otras, la sentencia de esta Sala de 14 de mayo de 1996 y 30 de octubre y 10 de noviembre de 2000.

Sin embargo, según nuestro criterio, ese argumento no es válido para casar la sentencia impugnada, teniendo en cuenta lo siguiente: a) Es verdad que la jurisprudencia, en este punto del debate, ha fluctuado de modo evidente al considerar unas veces que cuando se trata de venta siempre el hecho ha de sancionarse por estar incardinado en el tipo delictivo del artículo 368 del Código vigente. b) No obstante ello, más recientemente parece consolidarse la tesis de que cuando se trata de cantidades mínimas de droga el hecho de su venta a terceros no constituye delito de tráfico, debido, sobre todo, a que el producto objeto de transacción no puede considerarse como verdadera sustancia estupefaciente, dada su inocuidad, y que es requisito esencial del tipo delictivo del artículo 368. c) A esta última tesis hemos de añadir aquí que, debido precisamente a tal inocuidad, el bien jurídico protegido por la norma, que no es otro que la salud pública, no existe, ni puede apreciarse cuando se trata de cantidades tan ínfimas que en



modo alguno pueden atacar o poner en peligro la salud de los ciudadanos que es en definitiva lo que se trata de proteger con la norma penal.

Por ello, en el supuesto enjuiciado hemos de concluir que la venta de 20 miligramos de heroína con la pureza dicha del 34,7%, no puede considerarse como cantidad suficiente para atacar la salud pública o ponerla en peligro, faltando así el elemento del bien jurídico protegido como requisito principal de cualquier acción delictiva. En este sentido podemos citar la sentencia muy reciente de 11 de mayo de 2002 que recoge expresa-

mente las que siguen: la de 12 de septiembre de 1994 que reputa cantidad insignificante, 40 miligramos de heroína; la de 26 de enero de 1997, 20 miligramos de la misma sustancia; la de 11 de diciembre de 2000, 20 miligramos de crack; y la de 10 de diciembre de 2000 se refiere a una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso. La propia sentencia de 2002 también entiende como cantidad mínima la de 438 miligramos de heroína y pureza del 8,4% (37 miligramos de peso neto).

Por lo expuesto se deberá desestimar el motivo.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

**Sentencia 110/2002, AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, de 11 de febrero de 2002**

LA INDEMNIZACIÓN POR LESIONES EN ACCIDENTE DE TRÁFICO ES UNA DEUDA DE VALOR.

**Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Lucía Llamazares López**

### SÍNTESIS

*Las deudas de valor nacen en el momento de producirse el perjuicio pero se concretan en el momento de dictarse la sentencia.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según la cual es aplicable el baremo vigente al momento de dictarse la sentencia, tesis que se ha sostenido en sentencia de 15 de febrero de 2001, o la de 20 de diciembre de 2000. Según el Tribunal “el núm. 10 del apartado primero del Anexo establece que anualmente, con

efectos de primero de enero de cada año a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la presunta Ley, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en el presente anexo, y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. Junto a ello se afirma que las deudas de valor, como lo son las indemnizatorias,

(SS. 27-1-90 y 27-5-92), nacen en el momento de producirse el perjuicio, esto es, en la fecha en la que se cometió el delito de imprudencia, se liquidan, sin embargo, por su valor no en aquel momento sino en el de ser fijado

en la sentencia que se dictó en el caso enjuiciado” lo que determina la aplicación del baremo correspondiente tal fecha de sentencia y no el de la fecha del accidente.

(...)

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 19 de marzo de 2002

EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL.

### Art. 25.1 de la CE

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Teresa Oliete Nicolás**

## SÍNTESIS

*Cuando se incoan dos procedimientos sancionadores por una presunta infracción medioambiental, uno administrativo y otro penal, la vulneración del derecho fundamental ha de alegarse en el administrativo por la prevalencia del penal sobre éste.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal alega (...) aplicación indebida del principio “non bis in idem” recogido en el artículo 25.1 de la Constitución Española. (...)

**Segundo.**—(...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (...) el Tribunal Constitucional (...) establece con toda rotundidad que la actuación sancionadora de la Administración ha de subordinarse siempre a los Tribunales de Justicia, no pudiendo aquélla actuar “mientras no lo hayan hecho los segundos” y debiendo respetar en todo caso el planteamiento fáctico que los órganos jurisdiccionales hubieren realizado pues en otro caso se produciría una in-

fracción del principio de legalidad contenido en el art. 25 C.E. (...)

Así cuando se produce la incoación simultánea de los dos procedimientos el administrativo y el penal la vulneración del derecho fundamental no se produce en el proceso penal, sino en el expediente administrativo porque en éste debe invocarse a fin de evitar la imposición de las sanciones administrativas, en el lugar de aquietarse a ellas. En este sentido el Tribunal Constitucional tiene declarado que sería la sanción administrativa y no la sentencia penal la que habría que anularse en virtud de la fuerza atractiva de la jurisdicción penal, dado que la condena por delito no puede quedar superada a la condena que previamente haya podido dictar una autoridad administrativa a

la que la propia norma legal la está imponiendo el deber de suspender el trámite del expediente sancionador abierto hasta que sea resuelto el procedimiento judicial, que tiene carácter prioritario sobre el anterior (ATC 1079/1987), ya que en caso de que no se alegue en el procedimiento administrativo puede utilizarse como una táctica defensiva consistente en tolerar la vulneración del principio “non bis idem” para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la sentencia penal.

Cuando la vulneración del principio se ha producido en el expediente administrativo por no haberse en él invocado, el procedimiento administrativo sancionador o sanción impuesta no resultan directamente determinantes para decidir si la sentencia penal puede haberlo conculcado por su parte pero ello no quiere decir que carezca de toda significación ya que la sentencia penal debe de tener en cuenta la sanción administrativa ya impuesta por razones de equidad y rebajar la pena en la medida de la sanción administrativa.

**Sentencia 19/2002, AP SEVILLA, Sec. 4.ª, de 22 de marzo de 2002**

DETENCIÓN ILEGAL POR FUNCIONARIO POLICIAL.

**Arts. 163.4.º y 167 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco**

SÍNTESIS

*Estima la sentencia que el funcionario policial detuvo sin motivo a tres personas, sin mediar causa penal por delito. La posible comisión de infracciones administrativas, por si sólo, no cubre los supuestos de hecho que posibilitan la detención. Aclara también la sentencia que la circunstancia de hallarse fuera de servicio no impide la aplicación del tipo agravado, toda vez que las detenciones las practicó en su condición de policía. Al tratarse de bienes eminentemente personales, se trata de tres delitos y no de un delito continuado.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

**Primero.**—(...) el acusado Eduardo, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con destino (...), acudió en compañía de algunos

amigos y con fines de esparcimiento a la discoteca(...). Allí le fue negada la entrada al establecimiento a uno de los acompañantes del acusado, por sospechar los empleados de la discoteca que no tuviera la edad

que limitaba el acceso al local y no portar consigo el documento de identidad. Tras un intento infructuoso de hacer valer su condición de policía para que se permitiera la entrada a su amigo, responsabilizándose él de su mayoría de edad, el acusado se situó en la zona de entrada a la discoteca y comenzó a pedir su documentación a algunos jóvenes que salían de la misma y de las que sospechaba pudieran ser menores de edad. Esta actitud del acusado determinó que tuviera un incidente con tres empleados del establecimiento, Joaquín, José Miguel y Joaquín, que acabaron por coger de los brazos y la cintura al acusado y expulsarlo con cierta violencia a la vía pública, sin causarle no obstante ninguna lesión.

**Segundo.**—Al verse así expulsado, el acusado efectuó una llamada telefónica al 091 solicitando el envío de un patrullero al lugar; y, a la llegada del mismo, se identificó nuevamente como funcionario de policía y procedió a la detención de los tres empleados de la discoteca antes mencionados, a los que imputó un delito de atentado. Los tres detenidos fueron trasladados en el patrullero a la Inspección de Guardia Conjunta de la Jefatura Superior de Policía, donde el propio acusado los presentó en tal condición de detenidos y cumplimentó las tres diligencias de información de derechos. Los tres detenidos fueron presentados en el curso del mismo día ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, que acordó su libertad. La imputación formulada contra ellos, tras un inicial auto declarando falta los hechos, que fue recurrido por el Ministerio Fiscal y dejado sin efecto por el Instructor, se encuentra sobreseída provisionalmente, a instancias también del Ministerio Fiscal.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Los hechos que se declaran probados constituyen tres delitos, uno por cada sujeto pasivo, de detención ilegal del artículo 167 en relación con el 163.4.º, ambos del Código Penal; por cuanto determi-

nado funcionario público, sin que mediase causa por delito, detuvo sin motivo legal a tres personas, para presentarlas inmediatamente a la autoridad.

(...)

En efecto, sean cuales fueran las infracciones que los empleados de la discoteca pudieran estar cometiendo de la Ley de Seguridad Privada o de la normativa reglamentaria en materia de locales públicos, tales infracciones administrativas no legitimaban al acusado para investirse de su función policial, encontrándose como se encontraba fuera de servicio y lejos de su localidad de destino. La invocación a este respecto del artículo 5.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, está patentemente fuera de lugar. El precepto citado establece, ni más ni menos, que los miembros de tales Fuerzas y Cuerpos “deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana”. Pero, (...) tan beneméritas palabras sólo pueden entenderse en el sentido de que, en todo momento y lugar en que se hallen dichos funcionarios, están obligados a colaborar a la prevención y persecución de los delitos y al mantenimiento del orden público; pero en modo alguno puede entenderse que ostenten tal condición en la totalidad de sus relaciones, como son, entre ellas, las exclusivamente privadas, aunque, añadimos nosotros, intervenga en ellas cualquier género de irregularidad administrativa.

(...)

En otro orden de cosas, pero en sede también de calificación, debe rechazarse la pretensión subsidiaria de la defensa, que sostiene la inaplicabilidad al caso de autos del subtipo agravado del artículo 167 del Código Penal, precisamente en la medida en que la ilegalidad de la detención se basa en el carácter de ciudadano particular que ostentaba el acusado en el incidente que la motivó. Tan cierto es ello como que la detención la practicó el acusado en su condición de

policía, y como tal asumió la responsabilidad ante sus compañeros uniformados, comunicó su situación a los detenidos, efectuó la comparecencia inicial del atestado y cumplimentó las diligencias de instrucción de derechos. Es perfectamente compatible, y en ello estriba justamente la antijuridicidad material del hecho, que el acusado fuera sólo un ciudadano privado en el incidente causal de la detención y un policía en el ejercicio, aunque abusivo, de su función en el momento de practicarla, pues sin prevalerse de ese carácter público sencillamente no habría podido llevarla a cabo. La defensa invoca a favor de su tesis la sentencia del Tribunal

Supremo 1120/2000, de 23 de junio, que contempla un supuesto de hecho muy diferente (un guardia civil y un policía nacional, acompañados de un particular, conducen forzosamente a comisaría a un ciudadano del que creen que ha abusado sexualmente de la hija de uno, sobrina del otro y novia del tercero).

#### FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado Eduardo, como autor de tres delitos de detención ilegal.

### Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 2002

ESTAFA PROCESAL.

**Arts. 248 y 250.1.2.º Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

#### SÍNTESIS

*Los acusados dispusieron el objeto de la pericia del juicio civil para engañar al Tribunal sobre la resolución a dictar, lo que consiguieron, obteniendo del órgano judicial una sentencia errónea que motivó una resolución indebida del contrato que amparaba a la arrendataria, en perjuicio de ésta. Todo ello con el ánimo de lucro que presidió su actuación.*

#### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

##### HECHOS PROBADOS

**Primero.**—La entidad “R. S.A.” integrada en el conjunto empresarial denominado “Grupo G.” del que es presidente de su Consejo de administración el acusado Miguel

(...), propietaria de las fincas (...) de Barcelona donde se ubica el “Hotel R.” presentó demanda de juicio de cognición para la resolución de contrato de arrendamiento del local de negocio sito en los bajos (...), del que era arrendataria Rosa, aduciéndose en

dicha demanda causa de necesidad de la entidad actora toda vez que conforme a la normativa específica para establecimientos hoteleros correspondería en la categoría del citado (tres estrellas) un total de 406'50 metros cuadrados a zonas comunes, que no se alcanzaban con las existentes.

(...)

El día 6 de marzo de 1997 tiene lugar la aceptación del cargo del perito Jorge de N. C., arquitecto, a quien se le facilitan en dicho acto fotocopias de los autos necesarias para la elaboración del dictamen y en particular los planos de establecimiento hotelero aportados por la parte demandante, entonces recurrente y promotora de dicha prueba.

**Segundo.**—Los expresados planos no reflejaban fielmente las dependencias del hotel, concretamente los salones.

En el propósito que animaba al citado acusado Miguel de obtener el espacio del local arrendado a Rosa pese a no existir la causa de necesidad que se había alegado en el pleito, a los efectos de alterar la configuración del hotel y adecuarla a aquellos planos confió al también acusado Alfonso, a la sazón Jefe de administración del “Grupo G.”, la actuación precisa para ajustar el aspecto del establecimiento a los fines de beneficio económico que se habían propuesto.

Alfonso por su parte encomendó al acusado Antonio, en aquella época Jefe de recepción del Hotel R. y de quien no consta tuviere conocimiento del plan proyectado,

que dispusiese lo necesario para colocar en los salones diversos enseres consistentes en mantas, colchones y camas a fin de otorgarles apariencia de estancias de almacenaje (...)

**Tercero.**—(...) La Audiencia Provincial dictó Sentencia en la que afirmando que la prueba pericial practicada justifica la pretensión de la parte actora, apelante, revocaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando a Rosa Tort a desalojar el local.

(...)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de estafa previsto y penado en el art. 248 del Código penal, agravado por la circunstancia descrita en el art. 250.1.2º del mismo Texto legal.

**Segundo.**—La denominada estafa procesal (...), se caracteriza por cuanto el ardid o engaño va directamente encaminado a producir un error judicial que se traduce en beneficio para el sujeto activo y perjuicio patrimonial de tercero o terceros, siendo imprescindible a fin de afirmar la viabilidad del engaño, como insiste la doctrina del Tribunal Supremo, la verosimilitud de las maniobras fraudulentas.

### Sentencia 120/2002, AP VALENCIA, Sec. 3.ª, de 27 de marzo de 2002

EN LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN NO PUEDEN INCLUIRSE PRETENSIONES CONTRARIAS AL RECURSO PRINCIPAL.

**Arts. 795.4 de la LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Presencia Rubio**

## SÍNTESIS

*Aunque la nueve Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad de impugnar la resolución apelada cuando se da traslado a la parte de la interposición del recurso, esta posibilidad no puede extrapolarse al ámbito procesal penal. Así cuando la adhesión al recurso contenga pretensiones contrarias al mismo deberá considerarse como una apelación interpuesta fuera de plazo.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) esas “adhesiones a la acción de apelar” no se encuentran autorizadas en la Ley de Enj. Criminal ni por el art. 976 ni por los arts. 795 y 796 a los que el primero se remite, pues según el sistema legal vigente solo son legítimas en el apelado la impugnación del recurso, para solicitar la confirmación de lo recurrido, y la adhesión del recurso, para solicitar lo mismo pedido por el primer apelante, pero no esa (fig) extravagante (por atípica, por no contemplada intra

ordenamiento) adhesión a la acción de apelar para pedir la revocación pero contra los intereses del apelante que, aunque es cierto que ha tenido entrada en el ordenamiento procesal civil con la figura de la (sic) impugnación de la resolución apelada que prevé el art. 461.1 de la nueva L. Enj. Civil 1/2000, no es admisible en el orden penal de la jurisdicción por no poder ser estimada sino como una apelación interpuesta fuera de plazo, y además sin la posibilidad de contradicción por el apelante principal que para las del proceso civil previene el apartado 4 del antes citado art. 461.

**Auto 129/2002, AP BARCELONA, Sec. 2.ª, de 3 de abril de 2002**

LA COLOCACIÓN DE COLLARÍN CERVICAL SE CONSIDERA TRATAMIENTO MÉDICO.

### **Art. 147 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Guillermo Benlloch Petit**

## SÍNTESIS

*Aunque el médico forense considere que el uso de collarín cervical se incardina dentro de la primera asistencia, en realidad es el juzgador el que ha de hacer la valoración jurídica de esta actuación médica, y en este caso la misma se considera tratamiento a efectos penales.*



## EXTRACTOS DEL AUTO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) este Tribunal ha venido entendiendo, con un criterio pragmático, que toda asistencia que cualquier persona se pueda dispensar por sí misma, con base en la experiencia común y en conocimientos médicos vulgares, no constituye tratamiento médico (...) en tanto que, cuando la medida en que consista la asistencia sólo pueda acordarse con base en conocimientos médicos propiamente dichos, estaremos en presencia del tratamiento médico al que se refiere el art. 147 del Código Penal, del que es uno de los ejemplos más característicos el de la colocación de un collarín cervical. (...)

Este criterio es el que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo, tras algunas vacilaciones, en su más moderna jurisprudencia, pudiendo citarse en este sentido la STS 256/2001, de 23 de febrero.

En el presente caso el Juez de Instrucción invoca como argumento en apoyo de la calificación de la aplicación del collarín como primera asistencia facultativa, el informe médico forense. (...) es cierto que en dicho informe se dice que «este tratamiento es compatible con criterio médico-legal con

una “primera asistencia facultativa”» pero salta a la vista que al realizar tal calificación “médico-legal” el forense está realizando una valoración más “legal” que “médica” desbordando así el ámbito de su pericia —que se contrae a los aspectos puramente médicos— para entrar en valoraciones estrictamente jurídicas. (...) Los peritos médico-forenses auxilian con su ciencia a los Jueces y Tribunales en aquellos casos en que la adecuada fijación y determinación de los presupuestos fácticos de una resolución o decisión jurisdiccional requiere de ciertos conocimientos médicos, pero en ningún caso puede entenderse la pericia médico-forense como un dictamen técnico-jurídico que se pronuncie sobre la correcta delimitación de los conceptos de la Ley.

(...) por más que el informe médico-forense de sanidad, califique el tratamiento seguido como primera asistencia facultativa, ningún valor especial debe otorgarse a esta calificación, que a todas luces se adentra en el campo de la interpretación de la ley, campo en el que el juzgador no precisa de asesoramiento alguno en atención al célebre apotegma según el cual “iura novit curia.”

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 8 de abril de 2002

EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRÁFICO NO OPERA COMO ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

**Art. 21.5 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Ortí Ponte**

## SÍNTESIS

*El cumplimiento por la Aseguradora del deber de indemnizar antes de la celebración del juicio penal no tiene influencia en la atenuación de responsabilidad criminal del responsable directo de la infracción porque no es él el que repara.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) la reparación que se produce como consecuencia del cumplimiento de sus deberes contractuales por parte de las compañías aseguradoras, máxime cuando, como aquí, se trata de un seguro obligatorio, no puede configurar la atenuante 5.ª del art. 21, por más que efectivamente se haya producido en definitiva una reparación a las víctimas, porque no es el culpable el que repara, sino un tercero, empresa de seguros, aunque ésta lo haga como contraprestación a las primas que pagó el acusado. (...) No constituye una conducta particularmente meritoria para el luego declarado culpable, que pudiera merecer una atenuación en su responsabilidad criminal, el hecho de haber cumplido con su deber de tener asegurados los riesgos derivados de la circulación del

vehículo de su propiedad, deber que el Estado le impone en aras de una más eficaz protección a las víctimas ante la frecuencia de esta clase de eventos.

(...) la Jurisprudencia más reciente del T. S, ha evolucionado desde un criterio subjetivista o intimista de la atenuante de arrepentimiento, basada en el culpable del delito de sentimientos de pesar ya fueran de contricción o de atricción, a una posición más pragmática y objetiva fundada en la realización por el agente de actos de cooperación a la justicia, reconociendo así la vigencia de la norma vulnerada, sin que el efecto atenuante se asocie a la concurrencia de móviles éticamente aprobables sino solo a la ejecución de actos socialmente constructivos y reconocedores de la norma infringida.

### Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 8 de abril de 2002

NULIDAD DECLARADA DE OFICIO DE UNA SENTENCIA POR INSUFICIENCIA DE HECHOS PROBADOS.

**Art. 120.3 CE; 248 LOPJ y 142 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Daniel Almería Trencó**

### SÍNTESIS

*La sucinta declaración en los hechos probados de la sentencia del delito que se imputó a la acusada y la afirmación de que no quedó demostrada la comisión de delito alguno son absolutamente insuficientes a los efectos de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte querellante. La Sala declara —de oficio— la nulidad de la sentencia.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Impugna la parte recurrente, Acusación Particular, la sentencia de instancia que absuelve a la querellada de un delito de apropiación indebida (...)

Sin embargo, no podemos entrar a analizar dichas alegaciones impugnativas y resolver el recurso porque consideramos que la sentencia debe ser declarada nula al carecer absolutamente de declaración de hechos probados.

Y anulamos la sentencia de oficio y aun cuando no haya sido pedida expresamente este efecto por la recurrente, tratándose de cuestión procesal de orden público, por vulneración de derechos fundamentales de la parte querellante, y que este tribunal, una vez detectada, no puede desconocer y amparar.

**Segundo.**—(...) La construcción de las sentencias, de acuerdo con determinadas pautas y con su propia motivación impuesta por el art. 120.3.º de nuestra Ley Fundamental, no es algo que afecta tan sólo a la estructura formal, sino que se integra en el llamado derecho de defensa y en el principio de tutela judicial efectiva. Las partes y especialmente el acusado, tiene derecho a conocer los razonamientos y, por supuesto, los hechos probados que han servido de base a la sentencia y que conducen a una determinada condena y lo tiene no sólo para valorar el propio juicio jurisdiccional, sino para en potencia articular con posibilidades de éxito su correspondiente impugnación.

Señala, en concreto, la STS de 4.12.00 que la irregularidad en la confección de la sentencia desborda el ámbito de la mera deficiencia formal para configurar una resolución judicial en la que se prescinde absolu-

tamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley que previene el art. 238.3.º L.O.P.J. y que se sanciona con la nulidad de pleno derecho del acto judicial viciado de manera tan esencial. La radical e insubsanable omisión de los Hechos Probados que ordena el citado art. 142 L.E.Cr., no sólo constituye un quebrantamiento de forma regulado en el art. 851.1 de la Ley Procesal, sino que, además, deja huérfana de contenido la fundamentación jurídica de la sentencia que siempre debe venir referida al relato histórico de los hechos, que configura el presupuesto básico de la subsunción y del fallo. De este modo, la ausencia de Hechos Probados provoca la inexistencia de la premisa primera y fundamental sobre la que se establece el silogismo judicial que la sentencia representa. Por otra parte, la clamorosa omisión que comentamos frustra toda posibilidad legal de analizar el motivo que, por infracción de ley, articula el recurrente al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., toda vez que el objeto de un recurso de casación por tal motivo consiste en comprobar la correcta o incorrecta aplicación de las normas penales a los Hechos declarados probados, misión imposible de cumplir cuando, como sucede aquí, tal resultancia fáctica no existe.

**Tercero.**—En el presente caso, tenemos que la sentencia impugnada incluye la siguiente declaración de hechos probados "Queda probado y así se declara que en virtud de querella fue acusada Begoña, de un delito de apropiación indebida, dimanante de un contrato supuestamente de leasing, o venta de bienes muebles a plazos, los cuales no fueron hecho efectivos. No se ha demostrado la comisión de delito alguno por parte de la querellada".

**Sentencia 139/2002, AP VALENCIA, Sec. 3.ª, de 9 de abril de 2002**

INTERVENCIÓN DE LETRADO EN JUICIO DE FALTAS: EXCLUSIÓN DE LAS COSTAS.

**Arts. 221, 962, 969 y 976 LECrim y 424 LECv.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Presencia Rubio**

SÍNTESIS

*Partiendo del carácter no necesario de la intervención de letrado en los juicios de faltas se establece la imposibilidad de incluir en las costas los honorarios de abogado y procurador.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Todos los Tribunales Unipersonales de esta Sección III de la Audiencia Provincial tiene establecido con reiteración que no siendo preceptiva la asistencia de Letrado ni Procurador en los juicios de faltas, según se desprende de lo previsto en el párrafo primero in fine del art. 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 969 del mismo cuerpo legal ni estando tampoco prevista por la Ley la necesidad de la intervención de esos profesionales en la apelación de dichos juicios, pues guarda sobre el particular el art. 976 de la misma Ley, sin que resulte aplicable la regla general del art. 221, como lo demuestra lo absurdo que sería exigir a un denunciante o denunciado la intervención de Letrado para interponer recurso de reforma contra una resolución de tramitación del juicio de faltas para luego dispensarle de esa intervención letrada en el trascendental acto del juicio verbal, los honorarios y derechos de esos dos profesiona-

les no deben incluirse en la tasación de costas cuya confección se pueda solicitar, debiendo por el contrario su abono correr de cuenta y cargo de quien concertó para la celebración del juicio, esos servicios admisibles pero innecesarios, es decir, marcados con ese estigma de superfluidad al que se refiere el art. 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que debe estimarse de aplicación subsidiaria o de cobertura a este orden penal de la jurisdicción.

(...)

**Segundo.**—Deben declararse de oficio las costas de esta impugnación estimable.

(...)

FALLO

Que con estimación de la impugnación deducida por el apelante Alonso contra la tasación de costas confeccionada, (...) debo excluir y excluyo como indebida la partida de honorarios de la Letrada doña Verónica.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 10 de abril de 2002**

LESIONES RECÍPROCAS; RIÑA MUTUAMENTE ACEPTADA.

**Art. 147 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Daniel Almería Trencó**

**SÍNTESIS**

*En una pelea en la que los contendientes se causan recíprocamente lesiones, la circunstancia de desconocer quién inició la agresión no puede servir de base para dictar una sentencia absolutoria. Examina la sentencia seleccionada los requisitos que el Tribunal Supremo viene exigiendo en relación a la defensa legítima de la persona.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Segundo.**—Recurso del Ministerio Fiscal.

Se ha de estimar. Efectivamente, entiendo de la Sala que el juzgador de la instancia incurre en un claro error al realizar la subsumición necesaria de los hechos que declara probados, previo análisis de la prueba practicada en el acto de juicio, en los respectivos tipos penales propuestos por las Acusaciones.

Dicha declaración de hechos probados incluye que “...se originó una discusión porque los perros del primer acusado acometieron a la perra de la segunda acusada. De la discusión pasaron a los hechos y recíprocamente los acusados se agredieron causándose lesiones mutuas, no probándose cuál de los dos acusados inició primero el ataque y los golpes.

(...)

Pues bien, ninguna duda le cabe al tribunal de que los hechos declarados probados encajan perfectamente en esta descripción legal. El hecho de que las lesiones hayan

sido recíprocas, como parece entender el juzgador “a quo” no incide en la comisión del delito o falta de lesiones. (...) La duda que explicita la sentencia de instancia se limita a la determinación de quién inició la riña y los golpes. Pero esta incertidumbre no puede fundamentar la absolución en tanto que recae sobre aspecto circunstancial, al concurrir todos los elementos del delito (acción agresiva, ánimo de lesionar, resultado objetivo de lesiones, las cuales han requerido en el caso de la perjudicada, tratamiento quirúrgico odontológico y en fin, imputación objetiva de la acción al resultado).

La circunstancia de quién comenzó la pelea solo podría tener relevancia penal a los efectos de la apreciación de una circunstancia de legítima defensa, con efectos eximentes o atenuatorios de la responsabilidad penal, pero siempre partiendo de y en referencia a la previa comisión del delito, y operando, en su caso, la circunstancia sólo para atenuar la responsabilidad penal o bien justificar completamente la acción típica.

Sin embargo, como ha señalado una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo,

la agresión ilegítima es un presupuesto esencial de la legítima defensa, siendo indispensable su concurrencia incluso para poder apreciar la eximente incompleta. Tenemos que encontrarnos ante una agresión, no solo ilegítima, sino también que sea actual, inminente y grave. (...) No obstante, una corriente jurisprudencial más moderna, trata de precisar y corregir el excesivo automatismo que se derivaba de una eliminación drástica de la legítima defensa en todos los casos de riña o enfrentamiento mutuo y así las SST, señalan que la situación de riña no exonera a los tribunales del deber de averiguar, con toda la precisión que sea posible, la génesis de la agresión, debiendo atender-

se especialmente a los supuestos en los que se produce un cambio cualitativo en la situación de los contendientes.

(...) siendo de imposible apreciación la circunstancia de legítima defensa por parte de alguno de los implicados (por tratarse de riña recíprocamente consentida), mucho menos, desde luego, y por las consideraciones vistas, por el acusado no recurrente, deviniendo, así, intrascendente la prioridad en la agresión, y concurriendo todos los elementos necesarios para la comisión del delito de lesiones, procede la estimación de los recursos y condena del acusado en los términos que se dirán en el fundamento siguiente.

**Sentencia 61/2002, AP VALENCIA, Sec. 5.ª, de 11 de abril de 2002**

DENUNCIA FALSA: PUNIBILIDAD AUN SIN RATIFICACIÓN Y CASO DE SOBRESEIMIENTO PRINCIPAL DE LOS REOS DENUNCIADOS

**Art. 456.2 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Carolina Rius Alarcó**

**SÍNTESIS**

*El requisito de punibilidad para proceder por denuncia falsa consistente en haber recaído sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada, se entiende cumplido aun cuando el sobreseimiento sea provisional (con tal de que el auto en el que se acuerde sea firme). De otra parte, la no ratificación a presencia judicial de la falsa denuncia podrá tenerse en cuenta como circunstancia para moderar la pena, pero no impide la consumación, ya producida del delito.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) En cuanto a las cuestiones planteadas con carácter previo al inicio del acto solemne del juicio, nada cabe añadir a lo minuciosamente contestado al respecto en la resolución apelada, con razonamientos que esta Sala comparte y hace propios. La primera de tales cuestiones en definitiva viene referida a la concurrencia, en el presente supuesto, del requisito que para sancionar el delito de denuncia falsa se establece en el numeral 2 del artículo 456 del vigente Código sustantivo. El examen de lo actuado obliga a concluir que en el caso de autos se da esa circunstancia, legalmente exigida, de haber recaído “Sentencia firme o Auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada”. Así, obra en las actuaciones testimonio del Auto, dictado por el Juzgado de Instrucción de Catarroja al que correspondió conocer de la denuncia interpuesta por los apelantes, por el que se acordó el sobreseimiento pro-

visional y archivo de las actuaciones penales incoadas tras dicha denuncia. Debe aquí recordarse que el hecho de que las actuaciones puedan reabrirse, de aportarse hechos nuevos, tras el dictado de un Auto de sobreseimiento, no empece para que dicha resolución pueda alcanzar firmeza. La decisión de sobreseimiento o archivo provisional es firme, aun cuando ello no signifique que en el futuro las actuaciones penales puedan reabrirse.

(...) Y respecto del hecho de que la denuncia interpuesta por los recurrentes no hubiera sido ratificada ante el Juzgado, (...) nuevamente debe darse aquí por reproducido lo argumentado por el Juzgador “a quo” en la Sentencia impugnada, esto es, en esencia, que “la ratificación de la denuncia falsa ante la Autoridad judicial no es requisito del tipo penal, puede tenerse en cuenta sólo, como aquí se va a hacer coincidiendo con la postura del Ministerio Fiscal, para atemperar la pena por no insistir en la denuncia sobre argumentos falsos”.

## Auto AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 17 de abril de 2002

JURA DE CUENTAS EN PROCESO PENAL POR FALTAS: PROCEDIMIENTO A SEGUIR.

**Arts. 35 y ss. LECv. y 242 y ss. LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Orti Ponte**

## SÍNTESIS

*Frente al criterio del Juzgado de Instrucción de estimar que la jura de cuentas de un juicio verbal de faltas debe acomodarse a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil que colmaría una supuesta laguna de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el auto que comentamos razona por qué ha de utilizarse la vía de los arts. 242 a 244 de la LECrim.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Lo que se discute en el presente recurso es si para cobrar los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador, en un juicio verbal de faltas, estos han de acudir al procedimiento de jura de cuentas previsto en los art. 35 y siguientes de la LECivil o por el contrario al procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los art. 242 y ss.

La jura de cuentas es el procedimiento legalmente establecido para que determinados profesionales del Derecho obtengan rápidamente el cobro de sus derechos, honorarios e indemnizaciones. Pero lo cierto es que este concepto puede plantear algunos problemas de interpretación a la luz de la regulación prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de lo que debe entenderse como Jura de Cuentas en sentido estricto es decir, tal y como la regula la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo que es la tasación de costas que se ha de practicar a petición de los profesionales que han intervenido en el procedimiento y cuyo derecho ha sido reconocido en sentencia.

(...) nos podemos plantear una doble cuestión: Si en el art. 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula un procedimiento similar al de la Jura de Cuentas regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero con una tramitación distinta y vigente. La otra postura que podemos adoptar es la de entender que la reclamación del abogado o del procurador de sus honorarios y derechos debe, simplemente, tramitarse conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que esta Ley es complementaria de la Ley Procesal Penal y ésta no regula un procedimiento de Jura de Cuentas en sentido estricto.

Por el Juzgado de Instrucción parece seguirse esta última postura (...)

Hemos de partir del hecho que el procedimiento regulado en la Ley de Ritos Penales no es un verdadero proceso de jura

de cuentas stricto sensu, por la sencilla razón que ni siquiera exige esta Ley Procesal el requisito —preceptivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil— de que la cuenta sea jurada por el profesional que pretende su cobro, pues sencillamente establece el art. 242, párrafo Cuarto que los honorarios de los abogados se acreditarán por minutas firmadas por los que le hubiesen devengado. Los demás gastos serán regulados por el Tribunal o Juzgado con vista de los justificantes.

Por otra parte, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula dos procedimientos distintos, según se trate de la reclamación del abogado o del procurador, en el proceso penal sólo hay un procedimiento, y no sólo para abogados y procuradores, sino también para peritos y testigos.

Por último, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé la reclamación posterior o la posibilidad de devolver el duplo del exceso, al admitir la posibilidad de tacharlas de ilegítimas o excesivas antes de ser pagadas.

Pues bien, estando regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresamente un procedimiento que abre la vía de apremio, cuando son reclamados los honorarios, derechos o indemnizaciones de quienes han participado en el proceso penal, no parece que sea lo procedente entender que hay una laguna legal en la Ley Procesal Penal y aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma supletoria, ya que no es así, como hemos visto, debiendo, pues, seguirse el procedimiento previsto en aquella Ley Procesal, y sólo en los aspectos no específicamente regulados en la misma, acudir a la aplicación complementaria de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, debe estimarse el recurso de queja formulado y por las razones dichas entender que no se debe reconducir a quien tiene derecho a esos honorarios a acudir a un proceso civil, cuando en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene el cauce adecuado para obtener la satisfacción



de su pretensión; y, en base a ello, proceder conforme dispone dicha Ley, iniciando la tramitación de la jura de cuentas a fin de requerir al obligado al pago de los honora-

rios del Letrado y derechos del Procurador, haciéndole saber la posibilidad de impugnación, y sin que ello suponga la merma de derecho o principio alguno en esta causa.

**Sentencia AP BARCELONA, Sec. 9.<sup>a</sup>, de 20 de abril de 2002**

DELITO FISCAL: CONTINUIDAD, PLAZO DE PRESCRIPCIÓN, CUANTIFICACIÓN DE LA DEFRAUDACIÓN.

**Arts. 69 bis y 349 Código Penal de 1973**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jordi Palomer i Bou**

SÍNTESIS

*Tras reconocer la posibilidad de formas omisivas en el delito fiscal, admite la sentencia de la Audiencia el carácter discutible de la posibilidad de apreciar o no la continuidad delictiva a estos tipos, inclinándose por la respuesta afirmativa. Especifica igualmente la resolución los criterios para determinar los plazos iniciales de interrupción de la prescripción del delito criminalmente, sienta criterios para la cuantificación de la deuda tributaria a los efectos penales.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) ya (...) se ha resuelto por la Jurisprudencia el problema planteado inicialmente de las formas comisivas, siendo actualmente dicha Jurisprudencia pacífica al sentar que el delito Contra la Hacienda Pública o delito Fiscal se comete tanto por completa omisión de la declaración, sin exteriorizar ningún ingreso, como por comisión, cuando se declara menos de lo debido, es decir, que la elusión del pago de impuestos puede cometerse tanto declarando mal de manera consciente, como no declarando,

siempre que concurra en elemento culpabilístico. El delito se configura como un delito de resultado que requiere para su perfección un perjuicio económico consistente en la falta de ingreso en el tesoro de la suma debida a título de Tributo, siendo imprescindible que provocar la reacción penal, que el perjuicio alcance un determinado nivel, debiendo el dolo abarcar, además del ánimo de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación, y conciencia de la cuantía de esta última.

(...)

Cuestión distinta a la anterior es la que plantea en orden a la calificación de los hechos como delito continuado, como sostiene el Ministerio Fiscal, o bien como dos delitos contra la Hacienda Pública como sostiene por contra el Abogado del Estado.

El delito debe ser calificado como hace el Ministerio Fiscal, como delito continuado, en aplicación del artículo 69 bis del Código Penal vigente en el momento de cometer los hechos, y ello por cuanto se elude el pago de dos obligaciones impositivas diferentes, derivadas de una única operación mercantil, siendo uno sólo el sujeto pasivo tributario. Por tanto, se dan los requisitos del mentado artículo por cuanto a lo ya señalado se une la existencia de un evidente plan preconcebido toda vez que esa disposición al incumplimiento de las obligaciones tributarias, manifiesta y mantenida de manera indefinida durante el desarrollo de la actividad empresarial que los acusados ejercían materialmente por sí, pero formalmente a través de las sociedades ya referidas, significa tanto como la resolución de prorrogar de manera indefinida el incumplimiento tributario, o, lo que es igual, de lesionar el bien jurídico tutelado, el dolo sostenido que caracteriza a los delitos en régimen de continuidad delictiva.

(...) no existen razones dogmáticas para excluir la continuidad delictiva en caso de ataque al patrimonio estatal cuando puedan apreciarse una pluralidad de acciones típicas y concurren los demás presupuestos establecidos en el art. 69 bis CP. Así podrá apreciarse cuando se trate de distintas defraudaciones relativas a diversos conceptos impositivos, aun cuando tengan lugar en el mismo año natural (por ejemplo, una defraudación en el Impuesto de Sociedades y otra en el IVA como ocurre en el presente caso), y también cabrá continuidad delictiva entre las acciones de elusión de pago de diversos impuestos periódicos, siempre que en su singularidad llenen los requisitos del tipo penal.

(...)

Ligada con la cuestión anterior, es la que se refiere a la cuestión previa planteada por las defensas en orden a la prescripción de los delitos cometidos, cuestión esta que debe ser rechazada.

(...) no cabe establecer diferencia alguna en cuanto al momento consumativo en los supuestos de tributos con autoliquidación: tanto si se formula declaración como si no, el delito se consume en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago. Antes no cabe hablar de consumación pues el sujeto aún podría desistir voluntariamente verificando el pago a través de una declaración complementaria.

Por tanto en los supuestos de autoliquidación, como el que nos encontramos, el “dies a quo” o momento en el que se inicia la prescripción es el que concluye el período voluntario de declaración.

(...)

Por lo que se refiere al “dies ad quem” la cuestión resulta más polémica por la escasa precisión de la ley (...)

Por razones de seguridad jurídica la doctrina mayoritaria, ya muy consolidada, estima que para la interrupción de la prescripción basta con que en la querella, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate.

En consecuencia el dies “ad quem” es aquel en que se formuló la querella por el Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia, por unos hechos claramente perfilados y dirigiendo el procedimiento penal contra la persona plenamente identificada y determinada, del hoy recurrente.

(...)

La denuncia y la querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman ya parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesa-

ria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite.

(...)

Y finalmente y por lo que se refiere a la determinación de la cuota defraudada, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional es unánime en considerar que el informe en que la inspección de los tributos fija la cuota tributaria debida es el

instrumento en que se traslada la “notitia criminis» y que tendrá el valor probatorio de una prueba documental a apreciar por el Juez, quien en ningún caso puede quedar vinculado por su contenido.

(...)

Por tanto el expediente de la Inspección Tributaria tiene el valor de simple prueba documental.

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 23 de abril de 2002

DECLARACIÓN PRESTADA EN FASE DE INSTRUCCIÓN SIN FORMAL IMPUTACIÓN POR UNO DE LOS DELITOS.

### Art. 24 CE

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. M.ª del Pilar Pérez de Rueda**

## SÍNTESIS

*El recurrente denuncia vulneración del derecho fundamental a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías por cuanto respecto de uno de los delitos del que se acusa (simulación de delito) no se le recibió declaración en calidad de imputado antes de la finalización de la fase de instrucción. La alegación es desestimada por la Audiencia por cuanto, asistido de letrado, se le preguntó expresamente por los hechos constitutivos del tipo de simulación de delito. Asimismo, ni alegó la pretendida nulidad durante el período de instrucción ni cuando interesó, mediante el oportuno recurso, que se declarase nulo el auto de transformación en procedimiento abreviado.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se esgrime en segundo lugar, infracción de los derechos fundamentales a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías previstas en el artículo

24.2 de la C.E. por no haber sido oído en declaración en calidad de imputado con anterioridad a la finalización de la fase de instrucción respecto del delito de simulación de delito.

La alegación planteada ya fue formulada como cuestión previa en la primera sesión del juicio oral —folio 618 y ss— y reiterada igualmente como cuestión previa en la segunda sesión del juicio —folio 715 y ss—, derivando la Juzgadora de Instancia para el trámite de sentencia la resolución de la cuestión previa así planteada. En el fundamento primero de la resolución dictada se explicitan los motivos para su denegación, y, examinados los particulares obrantes en autos, este Tribunal comparte dichas argumentaciones para desestimar el motivo alegado. Ello es así, por cuanto en las Diligencias ampliatorias practicadas por la Guardia urbana con relación a las numeradas 1123/94 —folios 5 y ss.— concretamente al folio 13 vto se hace constar por diligencia que el Peugeot 205, como denunciado por robo a las 21,30 horas del día 3 de septiembre de 1994 en el puesto de la Guardia Civil de Ciudad Badía y, asimismo recuperado el día 7 del 9 de 1994, y que dicha sustracción fue denunciada por Pascual, siendo notificada la sustracción del vehículo al Juzgado número 3 de Sabadell con número de Diligencias 1361/94. Cuando en fecha 21.9.94 recayó Auto por el Juzgado de Instrucción 21 de Barcelona se procedió a la incoación de D. Previas, se señalaba la declaración co-

mo imputado en las presentes actuaciones de Pascual, en base a su declaración prestada en dicha calidad el mismo fue oportunamente interrogado sobre la denuncia formulada del robo de su vehículo, alegar, ahora indefensión carece de sentido, pues asistido de letrado prestó declaración sobre las Diligencias Ampliatorias practicadas y unidas a la causa, por tanto, tenía cabal conocimiento de la imputación. El hecho de que con posterioridad y a petición del M. Fiscal se unieran los Diligencias procedentes del Juzgado de Sabadell que sobreseyó la denuncia por falta de autor conocido, en nada modifica, la declaración como imputado por el delito de simulación de delito. Finalmente, recordar a la parte apelante, que al folio 447 cuando solicitó la nulidad del Auto de Transformación en Procedimiento Abreviado -289-, ninguna vulneración de derecho fundamental alegó sobre la declaración como imputado por el concreto delito de simulación, con lo cual aceptaba como válida la declaración prestada en dicha condición y por dicho delito. Asimismo y en el transcurso de la dilatada instrucción, no presentó cuestión de nulidad, aquietándose cuando le fue desestimada la invocada nulidad. El motivo debe ser desestimado.

## Auto AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 25 de abril de 2002

COMPETENCIA TERRITORIAL EN DELITO COMETIDO A TRAVÉS DE INTERNET.

**Arts. 23.1 LOPJ, 270 Código Penal, 18, 19 y 20 de la Ley de Propiedad Intelectual; 5.1 Directiva 2001/29/CE y 12-15 Directiva 2000/31 CE; 14 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José M.ª Assalit Vives**

### SÍNTESIS

*Los criterios de atribución de jurisdicción a los tribunales españoles de la LOPJ y los de determinación de competencia territorial de la LECrim.*

*son de difícil aplicación a las modernas formas de delincuencia que se materializan en redes cibernéticas internacionales. La resolución seleccionada examina el supuesto de la publicación y distribución ilegales de obras literarias a través de una página web albergada en Estados Unidos.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—El Juzgado de Instrucción dictó Auto por el que declaró la incompetencia del Juzgado para la instrucción de la causa y fueran archivadas las diligencias. (...)

**Segundo.**—Las respectivas representaciones de “Editorial P., S.A.” y de José B.L. formularon recursos de reforma (...)

**Tercero.**—El Juzgado de Instrucción acordó desestimar el recurso de reforma. (...)

**Cuarto.**—Las respectivas representaciones de “Editorial P., S.A.” y de José formularon recursos de apelación contra la anterior resolución.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—De acuerdo con lo que se consigna en los razonamientos jurídicos del Auto del Juzgado de Instrucción, no se sabe de donde partió la comunicación que permitió la inclusión de las obras en el dominio “genoties.com”. Al considerar que esta comunicación es puramente interna, privada, sin posibilidad de ser conocida por otros, llega a la conclusión que sólo puede ser considerado un acto preparatorio impune del hecho penalmente relevante, que —según la resolución recurrida— es la distribución o comunicación pública de las obras, distribución o comunicación que —entiende— se produce desde el momento en que las obras quedan alojadas en el indicado dominio de forma que son accesibles a cualquier usuario de la red de internet, concluyendo final-

mente que si el dominio se encuentra en los EEUU, es allí donde se produce el acto de distribución o comunicación pública de la obra, pues estando el dominio fuera de España, los usuarios de internet deben de acudir allí para consultar lo que se publica en ese dominio.

A partir de estas premisas el Juez de Instrucción llega a las conclusiones, relativas a que los Jueces y Tribunales españoles ostentan jurisdicción para el conocimiento de la causa por delito cometido fuera del territorio español si se dan los presupuestos establecidos en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el recurso de reforma formulado por la representación de José y en base a la alegación de que es competente el Tribunal del lugar en que se produce el resultado o subsidiariamente donde se hallan pruebas, interesa que el Juzgado de Instrucción de Barcelona se declare competente y que requiera a la compañía “Yahoo media, S.L.” para que remita informe certificando los datos que se acordó requerirle, y cuantos otros conozca el usuario de la página web “http://geoci-tiee.com//gasolus”. En el recurso de apelación se solicita que se deje sin efecto el Auto y se decrete la continuación de las diligencias incoadas por el indicado Juzgado de Instrucción.

En el recurso de reforma interpuesto por “Editorial P., S.A.” se interesa la reforma del Auto recurrido y se prosiga con la fase de instrucción. En el recurso de apelación interesa se reabran las diligencias previas incoadas, declarando la competencia del repetido Juzgado de Instrucción.

**Segundo.**—Los hechos objeto de denuncia, formulada en su día por apoderado de

“Editorial P., S.A.”, son la publicación y distribución a través de internet, en el lugar de internet: “<http://geocities.com/gasolus>”, de obras literarias del autor Juan José, ostentando, por cesión, los derechos de edición de dos de ellas la indicada entidad.

De las diligencias practicadas hasta el dictado del Auto resulta que el usuario “gasolus”, creador de la página pertenece a Yahoo! EE.UU., encontrándose las propiedades de Yahoo! que acaban en “.com” albergadas en los Estados Unidos.

**Tercero.**—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 Ley Orgánica del Poder Judicial: “1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español ...”.

El artículo 270 del Código Penal de 1995 tipifica, a los efectos que interesan para la presente causa, como delito relativo a la propiedad intelectual, la conducta de quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Dejando de lado el ánimo de lucro que a partir del Código Penal de 1995 se exige como uno de los elementos del tipo básico, que no debe ser estudiado en la presente resolución, por no ser objeto de los recursos de apelación, ni fue la causa de la decisión de la resolución recurrida, las conductas que, en principio, se podrían perseguir en relación a los hechos denunciados serían la reproducción, la distribución, y la comunicación pública de las obras literarias en cuestión.

Reproducción debe entenderse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) vigente en la fijación de la obra en un medio que

permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, es decir, la reproducción permite que otras personas puedan acceder a la obra, sin que sea necesario para consumación del delito que otros hayan logrado acceder a la misma, sólo es preciso que la copia se haya realizado con tal vocación y que permita esta finalidad, en contraposición con la copia realizada para uso privado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la LPI.

Para que exista distribución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la LPI deben ponerse a disposición del público los propios ejemplares o copias de la obra, lo que, desde luego, no se da en los hechos denunciados.

Y finalmente se entiende por comunicación pública, de acuerdo con el artículo 20 de la LPI, todo acto por el cual una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Este acceso puede ser simultáneo o sucesivo —STS Sala 1.ª de 11 de marzo de 1996—. Para que no se considere pública la comunicación deben concurrir dos requisitos a la vez: a) Debe celebrarse dentro de un ámbito estrictamente doméstico; y b) No debe estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo —difusión como acción y efecto de extender, propagar o divulgar—.

Así pues, el autor, no identificado, del hecho denunciado habría reproducido y comunicado públicamente las obras, en el sentido del artículo 270 del Código Penal de 1995.

Delimitadas las conductas que pueden ser constitutivas de delito, si concurren los restantes elementos, la cuestión se centra en dilucidar el lugar de comisión de las mismas.

En la presente causa nos encontramos con que no ha finalizado la instrucción, ésta quedó interrumpida en el momento en que el Juez de Instrucción decidió que no era aplicable el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que, por no haberse acreditado por los recurrentes la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo

23.2 de la propia Ley, por el momento tampoco se podía aplicar lo previsto en este último apartado. Consecuentemente resolvió declararse incompetente y el archivo de las diligencias hasta que fueran acreditados tales requisitos.

Sin embargo, en este momento procesal, no podemos descartar que la referida reproducción y/o comunicación pública de las obras en cuestión, hayan sido efectuadas por el autor en territorio español. El Juez de Instrucción considera lo contrario al entender que la conducta típica debe considerarse realizada en EEUU, donde se halla el dominio de internet donde una pluralidad de personas pueden acceder a las obras, entendiendo que la comunicación efectuada por el autor para la inclusión de las obras en el referido dominio debe considerarse un acto preparatorio impune, pues dicha comunicación es interno, privado y sin posibilidad de ser conocido por otros.

**Cuarto.**—El Tribunal Supremo en sus Sentencias de fechas 5.12.1985, 13.5.1993 y 14.5.1998 establece el criterio denominado complejo o mixto para delimitar la frontera entre la fase de preparación del delito y el inicio de la esfera de la ejecución del mismo, criterio que a su vez se encuentra integrado por varios criterios complementarios que a continuación se relacionarán, aunque se remarca por dicho Tribunal como prioritario el criterio de creación de peligro para el bien jurídico, es decir, la tesis objetivo-material: 1° Creación de un peligro para el bien jurídico: se ha comenzado la realización del contenido del injusto típico (es el criterio prioritario, como se ha indicado); 2° consideración de ciertos actos que sin ser todavía la acción descrita en el tipo se ligan a ella de forma inmediata, sin estados intermedios, tanto desde un punto de vista espacio-temporal como finalístico, encaminándose a la realización del tipo; y 3° consideración del plan del autor, en un papel secundario, al no valorarse por sí mismo en su dimensión subjetiva, sino como medio

para determinar la inmediatez de ciertos actos pre-típicos en relación con la acción típica estrictamente considerada.

En la última de las sentencias consignadas se llega a la conclusión de que: "... han de considerarse actualmente actos ejecutivos de acuerdo con esta doctrina, aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente habiendo la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella. Concepción que hoy se acomoda también al concepto de tentativa del artículo 16.1 del vigente Código Penal".

Aplicada esta doctrina al presente supuesto observaremos, que la conducta del autor de los hechos denunciados consistente en el almacenamiento, por cualquier medio, en su terminal/ordenador, de las obras en el lenguaje informático correspondiente y una vez así almacenada transmitir las por la red de internet para que sean a su vez almacenadas en un servidor/es dependiente/s de un determinado dominio accesible a terceros, no debe ser considerado un acto preparatorio impune, ya que ello da comienzo al contenido del injusto típico, poniendo en peligro el bien jurídico protegido, ya que sin intervención de la acción de terceros, por medio de un proceso tecnológico automatizado y prácticamente instantáneo quedará almacenado en un servidor/es al que podrán acceder una pluralidad de personas. Además, se da la circunstancia que esta conducta descrita se halla incluso tipificada: reproducir en los términos ya analizados, por lo que cumple sobradamente el segundo criterio, máxime cuando temporalmente es instantáneo y aunque espacialmente entre el lugar en que se halla el autor y el lugar en que se halla el servidor/es del dominio pueda existir una gran distancia, el proceso tecnológico la acerca desde el punto de vista temporal.

Y finalmente también se cumple el tener criterio al ser la referida conducta incluso acto posterior al acto meramente pre-típico.

El artículo 5.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001 p. 0010-0019) establece que los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita, de una obra o prestación protegida, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2. Aunque aún no ha transcurrido el plazo de transposición —22 de diciembre de 2002— de esta Directiva y por ello aún no puede tener eficacia vertical, es de interés su contenido pues es compatible con lo que se resuelve en la presente resolución, la de no dar relevancia jurídico-penal a aquellos procesos tecnológicos que de forma automatizada se producen como consecuencia del inicio por el autor del hecho de la transmisión de un contenido, en este caso una o varias obras protegidas por la LPI. Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) —pie transposición con anterioridad a 17 de enero de 2002—, relativos a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

También cabe añadir que en supuesto análogo por tratarse de radiodifusión, aun-

que referido a la determinación de la competencia territorial y sobre calumnias o injurias supuestamente cometidas mediante tal forma de difusión, el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 10 de junio de 1999 declaró que el lugar de la comisión del delito es el lugar donde se proferieron las expresiones afrentosas, con independencia del lugar en donde se encuentre ubicada la emisora que lance la señal radiofónica al espacio.

Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión, ya avanzada, que en el momento procesal en que nos encontramos en que aún no ha finalizado la instrucción de la causa, que en su día fue incoada, no se puede descartar que el autor de la transmisión de las obras protegidas por la LPI, una vez las hubo reproducido para poder ser transmitidas por la red de internet para su almacenamiento en servidor/es bajo dominio perteneciente a entidad situada en EEUU y ello para ser accesible a una pluralidad de personas, hubiera iniciado tal transmisión en territorio español, por ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde, en el orden penal, el conocimiento de la causa a la jurisdicción española.

**Quinto.**—El apartado segundo del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina la competencia territorial de los Juzgados de Instrucción del lugar donde se cometió el delito. En congruencia con lo anteriormente argumentado no se conoce este lugar, sin que quepa aplicar, en este momento procesal, las teorías relativas a la determinación del lugar de comisión del delito —criterio de inicio de la acción, teoría de la actividad, donde se produce el resultado típico, teoría del resultado, o ambos lugares, teoría de la ubicuidad— ya que en cuanto al resultado, éste puede producirse en cualquier lugar del mundo, con acceso a la red de internet, y por supuesto, cualquier lugar del territorio español con este acceso, sin que por el expediente de que el denunciante obtenga mediante esta red y copie en un so-



porte la acreditación de la existencia de las obras en cuestión en un determinado dominio, y tales operaciones las realice en un determinado lugar, con ello pueda provocar la determinación del lugar de comisión del delito a los efectos del indicado artículo 14 del la LECrim.

Así pues, procede la aplicación del artículo 15, apartado 1) o en su caso 4) de la propia LECrim y en su consecuencia al no constar el lugar en que se haya cometido el presunto delito, el competente territorialmente es el Juzgado de Instrucción nº 23 de los de Barcelona, pero en este caso con la prevención contenida en el último párrafo de este mismo precepto, que una vez conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, se remitan las diligencias al Juez o Tribunal a cuya demarcación corresponda.

Por todo lo expuesto, procede estimar los recursos de apelación formulados y consecuentemente deben revocarse la resolución recurrida, Auto de fecha 4 de febrero de 2002, y el Auto de 11 de enero de 2002, en

el sentido de declarar la jurisdicción y competencia del Juzgado de Instrucción nº 23 de los de Barcelona, hasta tanto no conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, si los hechos denunciados fueran constitutivos de infracción penal.

Se declaran de oficio las costas de la presente apelación.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

HA LUGAR a estimar los recursos de apelación formulados por “Editorial P., S.A.” y por José (...), y en su consecuencia se revocan la resolución recurrida y el Auto, en el sentido de declarar, para el conocimiento de esta causa, la jurisdicción y competencia del Juzgado de Instrucción de Barcelona, hasta tanto no conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, si los hechos denunciados fueran constitutivos de infracción penal. Se declaran de oficio las costas de la presente apelación.

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 25 de abril de 2002

ACTUACIÓN DEL SEPRONA EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE.

**Arts. 282 y 789.3 de la LECrim. en relación con los arts. 319 y 320 del Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Daniel Almería Trencó**

### SÍNTESIS

*El SEPRONA, como policía judicial que es, está facultado para dirigir las diligencias de investigación si así lo consiente, aunque sea de forma verbal, la fiscalía. Es más, su informe puede constituir todo el contenido de las diligencias previas si no se consideran necesarias más pruebas en esa fase.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) alegaba la defensa la vulneración del derecho constitucional de defensa de los acusados así como la infracción de las normas procesales sobre investigación oficial por parte del SEPRONA al haber iniciado éste la instrucción de atestado, en base a una mera sospecha de infracción de diversas normas jurídicas que, a su juicio, no fundamenta la incoación de proceso penal, sin comunicar esta circunstancia a fiscalía o el juzgado, y practicar diligencias de investigación de todo orden durante un año, con desconocimiento de los imputados. En base a ello, pedía la nulidad de todo lo actuado.

(...)

Al respecto, debe señalarse que la policía judicial cumple funciones de investigación, a título preventivo, como medio de presentar denuncias y por encargo del ministerio fiscal o del juez de instrucción (Art. 282 LECrim.)

(...) la práctica extensa de estas diligencias sólo tendió a la fundamentación y solidez de una querella, y para evitar un ejercicio arbitrario de la acción penal y la incoación injustificada de un proceso penal sin un objeto preciso y claro a investigar. Resulta, en definitiva, plenamente justificado, incluso obligado, el que la Policía Judicial forme atestado, en base a una sospecha delictiva inicial, así como que dicho atestado, instruido con observancia a las normas que dispone la LECrim., también exigibles a los funcionarios de policía (art. 299 y ss.) sobre investigación, y bajo la supervisión y dependencia del ministerio fiscal, constituya en sí mismo el contenido total de la investigación oficial o Diligencias Previas, tras la convalidación de las diligencias policiales ante el juez instructor y, por supuesto, la imprescindible primera comparecencia del imputado ante aquél con el contenido necesario del art. 789.4 LECrim.

En cuanto a que el SEPRONA no dio cuenta del inicio de sus diligencias al Ministerio Fiscal o juzgado, debe señalarse que el agente que declaró en el acto de juicio manifestó tajantemente que sí comunicó dicho extremo al ministerio fiscal, dentro de las 24 horas siguientes a la sospecha del delito inicial, con el que siempre está en contacto, aunque ciertamente no aparezca justificado por diligencia en el atestado, forma escrita que por otra parte no exige el art. 284 LECrim. ni precepto alguno. Si a partir de ello, no intervino la fiscalía, bajo cuya dependencia actúa la Policía Judicial, haciéndose cargo directo de la dirección de la investigación, es porque así lo consideró conveniente ésta, sin que venga obligada a intervenir desde el momento en que los hechos ya están siendo investigados por funcionarios policiales a su control.

De otro lado, el SEPRONA, como tal Policía Judicial, es competente para la práctica de las diligencias de investigación que llevó a cabo (art. 282 LECrim.), conforme a lo dispuesto en la ley procesal (art. 299 y ss.) y su propia normativa reguladora, pudiendo recabar de particulares o Administraciones información y documentos, tomar declaraciones, de imputado o testificales, pedir informes periciales etc. Consta que todas estas diligencias se practicaron con las formas y garantías exigidas en la LECrim., sin que se haya denunciado por las Defensas infracción de norma procesal alguna al respecto.

(...)

Por último, decir que nada obliga al Ministerio Fiscal, ni siquiera al juez instructor, a practicar diligencias de investigación cuando reciben un atestado y lo consideran completo. Es más, ya la propia Ley Procesal prevé lo contrario cuando en su art. 789.3 señala que sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueran suficientes para formular acusación, deberá el juez acordar la práctica de las diligencias esenciales de investigación.

Auto 999/2002, AP MADRID, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2002

POSIBILIDAD DEL INTERNO EXPEDIENTADO DE ASESORARSE “POR CUALQUIER PERSONA QUE DESIGNE”.

**Art. 242.2.i) Reglamento Penitenciario**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Arturo Beltrán Núñez**

SÍNTESIS

*Los amplísimos términos en que está redactado el art. 242.2.i) del Reglamento Penitenciario, al permitir al recluso expedientado ser asesorado “por cualquier persona que designe” son susceptibles de, amparándose en ellos, defraudar el espíritu y finalidad de la Ley, como ocurre con los internos pertenecientes a la organización terrorista ETA.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Con dudoso acierto el artículo 242.2.i) del Reglamento Penitenciario permite al interno sometido a expediente asesorarse, además de por letrado o por funcionario, por “cualquier persona que designe” sin más matices ni limitaciones. En el caso de los presos de la Organización ETA es una vía nueva de contacto entre ellos, incluso de los presos en distintos Centros, lo cual suma al problema general de comunicación entre presos, el añadido, muchas veces, de presos con comunicaciones intervenidas y que puedan hablar en Euskera lo que exige la presencia de intérprete. En fin, posiblemente fuera oportuno revisar el reglamento, pues situaciones como las antes descritas y las quejas a que dan origen por parte de los presos, quejas que, a veces, parecen buscarse de propósito, deben ser evitadas. En todo caso, es claro que el fin de la norma

es posibilitar siempre la defensa y que esa acción facilitadora de la ley no es respondida con buena fe si se elige para el asesoramiento la vía más extraña y dificultosa y claramente residual de asistencia por otro preso de otro Centro.

**Segundo.**—La interna afirma que solicitó autorización para una llamada telefónica al también preso Aitor G.S., interno en el Centro de Monteroso. No hay constancia documental de esa petición pero es de pensar que existió, pues la autorización para hacer la llamada se dio con fecha 4 de junio de 2001. En esa autorización se dice con quien se autoriza a hablar, se facilita el número de teléfono y no se da otra indicación sino la de presentar el documento al funcionario del Departamento. Después de ello hay una petición de la interna de fecha 7 de junio en la que solicita que se hagan los trámites necesarios para efectuar la llamada y se le informe de la fecha y hora en que tendrá lugar y

la respuesta de la Administración de una semana después, el 14 de junio del 2001 diciendo que el plazo de alegaciones finaliza el día siguiente, el 15 de junio, que no hay tiempo material para realizar los trámites para efectuar la llamada y que puede la interna asesorarse de otra persona. Con ello no hubo indefensión sino si acaso una mayor dificultad de defensa en buena parte inherente a la vía elegida por la interna para su defensa.

Esta mayor dificultad en el trámite de alegaciones, en tanto en cuanto, no ha producido indefensión no es susceptible de impugnación separada de la resolución que

ponga fin al expediente. Así lo exigen los principios generales de orden procedimental (que recoge el art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) en evitación entre otras cosas de resoluciones contradictorias entre el órgano que resolviera la impugnación de un acto de trámite separado y el que resolviera esa misma impugnación al decidir sobre la resolución definitiva. En consecuencia, la impugnación separada de la actuación administrativa durante su fase de alegaciones no debió siquiera admitirse a trámite y en la fase actual debe originar la desestimación del recurso.

**Auto 1011/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 26 de abril de 2002**

VIGILANCIA PENITENCIARIA: INIMPUGNABILIDAD SEPARADA DE LOS TRÁMITES DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.

**Arts. 242.2.i), 244.2 y 4 Reglamento Penitenciario**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

**SÍNTESIS**

*La impugnación separada de determinados actos de trámite de un procedimiento sancionador (en lugar de recurrir la resolución final que recayera en dicho expediente) es considerada por el auto que comentamos, como fraude de ley en el sentido del art. 6.4 del Código Civil. De hecho, así como la resolución final de dicho expediente sólo es recurrible ante el Juez de vigilancia penitenciaria —concluyendo con ello la vía judicial—, mediante la impugnación separada de esos trámites del expediente, la interna consiguió acceder a la audiencia.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—En la queja inicial de la interna pretende que se paralice la tramitación del expediente disciplinario hasta que pueda efectuar una llamada a otro interno para que la asesore y se le garantice la posibilidad de efectuar esa llamada o, en caso contrario, que se anule el expediente disciplinario incoado, por indefensión jurídica y legal y por vulnerar el artículo 242.2.i) del Reglamento Penitenciario.

**Segundo.**—La forma utilizada por la interna para plantear una cuestión en el curso de un expediente disciplinario abierto contra ella ha permitido, de hecho, la alteración de la tramitación normal de ese expediente y que se admitieran recursos contra actos de trámite que, a la postre, han extendido las posibilidades impugnatorias más allá de las que se permiten contra la resolución final del propio expediente disciplinario, en el que la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria concluye la vía judicial.

Resulta, pues, contrario a los principios que rigen en el procedimiento disciplinario penitenciario que puedan admitirse mayores recursos contra meros actos de trámite que contra la resolución que pone fin al expediente en vía administrativa, por lo que, en ese sentido, el cauce utilizado por la interna, presentando una queja, puede considerarse

fraudulento, en cuanto persigue un resultado contrario al permitido por el ordenamiento jurídico, lo que, en aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, debió impedirse, al menos, mediante la inadmisión a trámite del presente recurso de apelación.

**Tercero.**—Aparte de lo anterior, que en este momento se traduciría en la desestimación del recurso planteado, la vía que pretende abrir la interna recurrente (y otras compañeras más que, con los mismos argumentos, han interpuesto recursos, uno señalado junto a éste y otros en días próximos) para la impugnación en el seno del expediente disciplinario no es la adecuada, pues todas estas alegaciones sobre nulidad del expediente deben ser realizadas por los cauces previstos reglamentariamente (pliego de descargos y trámite de audiencia, art. 244.2 y 4 RP) para que puedan ser valoradas antes de dictar la Comisión Disciplinaria su resolución y, en su caso, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al resolver el recurso. Sólo en esos momentos, a la vista del contenido del expediente, podrá determinarse si, en las condiciones particulares que hayan concurrido, se ha producido o no efectiva indefensión a la interna para provocar la retroacción de las actuaciones.

**Cuarto.**—No se aprecian motivos para una especial imposición de las costas de este recurso.

**Auto 370/2002, AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, de 6 de mayo de 2002**

DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: COMPETENCIA TERRITORIAL.

**Art. 14 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Iruretagoyena Sanz**

SÍNTESIS

*El auto que examinamos configura el delito de administración desleal como un delito de resultado. De ahí que la competencia territorial se determine por el lugar del domicilio social, en el entendimiento de que la perjudicada es la sociedad. De otra parte, la demora del recurrente en plantear la cuestión de competencia (no lo hizo hasta el acto del juicio oral) lleva a la Sala a estimar la existencia de temeridad y mala fe en el recurrente, con la consiguiente imposición de costas.*

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**Primero.**—Por la parte apelante se alega que el órgano competente territorialmente para juzgar los hechos de los que viene siendo acusado es el Juzgado de lo Penal de Baracaldo, ya que los hechos fueron cometidos desde una oficina sita en Portugalete.

El recurso ha de ser desestimado por los propios y acertados razonamientos de la resolución recurrida. Se acusa al Sr. R. de un delito de administración desleal y otro de apropiación indebida. La sociedad de la que era administrador el acusado tiene su domicilio social en Bilbao, siendo éste, por tanto, el lugar donde se produce el resultado. La

perjudicada en ambos casos es la sociedad. Si bien es cierto que el acusado operaba principalmente desde una oficina sita en Portugalete, no lo es menos que también se servía de cuentas abiertas en una oficina bancaria sita en Getxo y que, finalmente, el resultado de sus actividades presuntamente delictivas se producía en Bilbao. Por tanto ha de entenderse que es Bilbao el lugar donde la infracción penal se comete (artículo 14 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

**Segundo.**—Se imponen las costas al recurrente por su temeridad al carecer de fundamento el recurso y por su mala fe, ya que no planteó la cuestión de la competencia hasta el mismo acto del juicio.

**Auto 372/2002, AP VIZCAYA, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2002**

INTERESES POR MORA EN INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRÁFICO TRANSCURRIDOS DOS AÑOS.

**Art. 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. María Jesús Real de Asúa Llona**

SÍNTESIS

*Transcurridos dos años sin abonar o consignar la indemnización en materia de tráfico el interés mínimo del veinte por ciento se aplicará sobre el completo período de devengo sin diferenciar dos tramos con intereses diferentes.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—Se circunscribe la cuestión a decidir en esta apelación el modo de cálculo de los intereses derivados de la aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

(...) lo que dicha norma establece no es un tipo de interés progresivo y agravado a partir de distintos días iniciales o “dies a quo”, sino que una vez cumplida la “condictio iuris” de la agravación o penalización, el tipo agravado se proyecta sobre el completo período de devengo.

Y tal solución, la impone tanto la construcción sintáctica concesiva “no obstante”, que a nuestro juicio convierte en predominante y absorbente el tipo mínimo del 20 por 100, como la misma falta de homogeneidad entre las dos formulaciones del inte-

rés que contiene, —interés legal del dinero incrementado en el 50 por 100, e interés anual no inferior al 20 por 100—, de manera tal que no parece lógico que ambos tipos de interés se yuxtapongan y sucedan en el tiempo formando dos subperíodos diferentes, y es en cambio más previsible que la intención del legislador haya sido sustituir una referencia por otra una vez transcurridos los dos años. **Es decir, que partiendo de la versión antecedente del precepto, —tipo del 20 por 100 con carácter general—, la “concesión” del legislador consistirá en que durante los dos primeros años el asegurador aún podrá pagar la prestación dineraria en condiciones de interés legal incrementado con 50 puntos porcentuales, que suponen una atenuación respecto del tipo del 20 por 100 al que no obstante se accederá si llegan a transcurrir dichos dos años.**

**Auto 1104/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 9 de mayo de 2002**

VIGILANCIA PENITENCIARIA: FORMA DE PRACTICAR RECIENTOS.

**Arts. 23 LOGP; 63.3 y 67 Reglamento Penitenciario**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

## SÍNTESIS

*Frente a la queja del interno, resuelve el auto de la Audiencia no ser contraria a Derecho, por no lesionar la dignidad de los reclusos en el establecimiento penitenciario, la exigencia de que los recuentos se lleven a efecto “de pie, al fondo de la celda y cara a la puerta”.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Por auto (...), previo recurso de reforma, la Magistrada-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, desestimó la queja del interno Mikel, sobre forma de practicar recuentos.

(...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Se queja en este caso el interno de la forma de practicarse los recuentos (“en la posición de firmes”, en sus palabras), que, en su criterio, contraviene los artículos 23 de la LOGP y 63.3 de su Reglamento.

**Segundo.**—El artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que los recuentos se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.

Desarrollando esa norma legal, el artículo 67 del Reglamento Penitenciario establece, en cuanto a la periodicidad de los recuentos, que se realizarán diariamente los ordinarios de control de la población reclusa y también los extraordinarios que se ordenen por el Jefe de Servicios; respecto al momento, que se efectuarán coincidiendo con los relevos del personal de vigilancia; y, con relación a la forma, que se harán garantizando su rapidez y fiabilidad, reflejando sus resultados en el parte suscrito por los funcionarios que los hubiesen efectuado.

De tales normas legales y reglamentarias, que no necesariamente tienen que especificar todas las circunstancias en las que deben realizarse los recuentos (lo que corresponde más bien a otras normas reglamentarias inferiores), se infiere, pues, que deben cumplir tres condiciones: rapidez, fiabilidad y respeto a la dignidad de la persona de los internos.

Pues bien, analizada la normativa general aprobada para el departamento de aislamiento, no se aprecia que en ella se concul-



que ninguna de esas condiciones al establecer: “los recuentos se pasarán de pie, al fondo de la celda y de cara a la puerta”, extremo que con el que está en desacuerdo el recurrente. La exigencia de situarse de pie, aparte de facilitar el recuento y garantizar la seguridad y fiabilidad del recuento, no constituye menoscabo alguno a la dignidad de

los internos, pues no implica trato peyorativo ni denigrante alguno, sino sólo el cumplimiento de unas reglas generales imprescindibles para regular la convivencia ordenada en el interior de los centros penitenciarios.

**Tercero.**—No se aprecian motivos para una especial imposición de las costas de este recurso.

**Sentencia 518/2002, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 10 de mayo de 2002**

MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS: VALORACIÓN DE CADA ELEMENTO PROBATORIO INDIVIDUALMENTE Y DE LA PRUEBA EN SU CONJUNTO.

**Arts. 120.3 CE; 238 LOPJ**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Fernández Entralgo**

SÍNTESIS

*La exigencia —legal y constitucional— de motivar las sentencias no queda satisfecha con una mera invocación a las pruebas practicadas, como sucede en la sentencia de instancia, que es, por ello, declarada nula. Debe explicitarse el razonamiento por el cual cada medio probatorio, en sí mismo y confrontado con los demás, lleva a considerar como probados ciertos hechos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—La juzgadora en primera instancia invoca, como fundamento de su fallo, la apreciación conjunta de la totalidad de la prueba practicada, con referencia a la testifical (en sentido amplio, comprensiva del interrogatorio de las personas acusadas) y pericial médica.

La que en otro tiempo fue poco menos que fórmula sacramental contenida en las sentencias para sustituir el análisis del resultado de la prueba practicada, no puede seguir utilizándose actualmente por chocar frontalmente con la necesidad de enervar persuasivamente la afirmación interina de inocencia, consagrada por el inciso final del apartado segundo del artículo 24 de la vigente Constitución Española.

En efecto, cada medio concreto de prueba ha de ser doblemente valorado. Por una parte, por lo que acredita por sí mismo y por su validez persuasiva. Un testimonio —por ejemplo— puede resultar, independientemente considerado, creíble y aparentemente fiable. Sin embargo, ha de superar una segunda verificación, la que resulta de su confrontación con otros medios de prueba concurrentes, que pueden arrojar resultados contradictorios con el primero. Del plano de la valoración individual de cada medio probatorio se pasa al de su valoración conjunta. Lo anterior no quiere decir que el juzgador pueda prescindir de explicar cómo procedió a este contraste entre medios de prueba; como no puede —porque lo prohíben las doctrinas constitucional y jurisprudencial— ocultar el razonamiento lógico que, con arreglo a las máximas de la experiencia común (y, en su caso, de las de la experiencia técnica no jurídica, proporcionadas por los peritos), puede, partiendo de indicios probados (aquí, los datos derivados de la pericia médica en su función doblemente informativa), se puede obtener una conclusión fáctica más allá de toda duda razonable.

Toda esta motivación falta en la sentencia apelada, en la que, dejando a un lado aquella fórmula insuficiente por lo genérica, no se hacen sino afirmaciones de tono poco menos que apodíctico.

Ello provoca una grave indefensión para las partes que se crean agraviadas, ya que se ven obligadas a hipotetizar cuáles pudieron ser los motivos que guiaron al juzgador de instancia a adoptar su decisión; y colocan en una incómoda posición al órgano de instancia, quien se ve imposibilitado de revisar el proceder de aquél. Todo ello se entiende que constituye un caso de vulneración del derecho fundamental de las partes a su defensa en fase de recurso, aspecto obvio de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa, consagrados por el artículo 24 de la vigente Constitución Española.

Concurre, por ello, causa de nulidad radical de la sentencia recurrida, al amparo de lo establecido por los artículos 238.3 y 240 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Procede declarar su nulidad, para que por el juzgador de instancia se dicte otra, suficientemente fundamentada.

## Auto AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 13 de mayo de 2002

INSOLVENCIA PUNIBLE: PREJUDICIALIDAD CIVIL; LEGITIMACIÓN DE LOS SÍNDICOS DE LA QUIEBRA PARA QUERELLARSE.

**Arts. 260 Código Penal; 277 LECrim. y 1218 LECv. 1881**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig**

### SÍNTESIS

*La nueva regulación de la insolvencia punible en el Código Penal de 1995 impide que puedan considerarse prejudiciales las cuestiones correspondientes a la calificación civil de la quiebra. De otra parte, la resolución que seleccionamos destaca la legitimación de los síndicos para querellarse —aún sin acuerdo de la Junta General de acreedores— por cuanto, en su condición de acreedores, son “perjudicados” por el delito.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Se dictó por el Juzgado de Instrucción auto por el que se acordaba denegar la suspensión de la tramitación de la presente causa con desestimación de las cuestiones prejudiciales.

**Segundo.**—Notificada a las partes la anterior resolución se interpuso contra la misma por la representación procesal de don Alberto.

(...)

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...) Los argumentos aducidos tanto por el Ministerio Fiscal en su escrito como por el Instructor son plenamente compartidos por este Tribunal.

En efecto el nuevo Código Penal en su artículo 260.3 establece este delito —insolvencia punible— y los delitos singulares relacionados con él cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste ... Y el art. 260.4 establece que: “En ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”.

(...)

Y en cuanto a la pretendida falta de legitimación de los Síndicos de la quiebra para interponer la presente querella al no constar acuerdo de la Junta general de acreedores y no existir poder especial —art. 277.7 LECr.— debe decidirse que dicha cuestión tampoco puede prosperar pues los síndicos en cuanto acreedores son perjudicados y pueden usar de las acciones que les competen con arreglo a las leyes criminales, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo. No hay duda de que los Síndicos constituyen los únicos representantes de la masa de acreedores de la quiebra y que ostentan la representación de la quebrada en juicio y fuera de él siendo aplicable el art. 1.218 de la LECivil de 1881 —no derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que en su disposición derogatoria única mantiene la vigencia de los Títulos XII y XIII del Libro Segundo de la LEC de 1881 hasta tanto no se dicta la nueva ley concursal— que establece: “Son atribuciones de los Síndicos 1.º Representar al concurso en juicio y fuera de él defendiendo sus derechos y ejercitando las acciones y excepciones que les competan”.

**Segundo.**—Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso formulado en su integridad y confirmar la resolución recurrida, declarando de oficio las costas causadas en la instancia.

**Sentencia 220/2002, AP MADRID, Sec. 11.ª, de 14 de mayo de 2002**

EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM” EN EL DERECHO DE LA CIRCULACIÓN.

**Arts. 379 Código Penal y 20 y 21.2 del Reglamento General de Circulación**

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. M.ª Cruz Álvaro López**

SÍNTESIS

*Si existe identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre la sanción administrativa y los hechos objeto de procedimiento penal procede aplicar en esta segunda vía el principio “non bis in idem”, pero si la sanción administrativa se refiere sólo a conductas relacionadas con la infracción penal y no a hechos idénticos, no operará este principio.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.**—(...) resulta erróneo el criterio mantenido por el Juzgador de instancia al pretender justificar, sobre el criterio de la preferencia del orden penal, una eventual doble sanción de unos mismos hechos, únicamente paliada con un descuento de la sanción administrativa sobre la impuesta en la jurisdicción penal, puesto que en contra se pronunció de forma clara el Tribunal Constitucional en la Sentencia 177/1999 de 11 de octubre, al señalar entre otras cuestiones, que “en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del “ne bis in idem” no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdic-

ción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental. “Así las cosas, la perspectiva que en sus sentencias condenatorias han considerado los órganos judiciales, ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del “ne bis in idem”, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego.” (...) “Hemos de concluir, por lo expuesto, que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento.”

(...) el problema que nos encontramos en el supuesto que nos ocupa, es la inexistencia

de los requisitos o presupuestos para apreciar la identidad de sujetos, hechos y fundamento entre la sanción administrativa que le fue impuesta (...), y los hechos objeto del procedimiento penal por los que aquel ha resultado condenado.

(...) el boletín de denuncia (...) se refiere expresamente a una conducta que no coincide con la sancionada penalmente en la sentencia impugnada. Mientras en la primera el hecho denunciado es el de “conducir de modo temerario, circular por una glorieta en sentido contrario al estipulado, a excesiva velocidad, los vehículos que circulan correctamente hacen maniobras bruscas para evitar colisión, con grave riesgo para los conductores”, las conductas penalmente sancionadas son las de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negarse a

someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Mientras la conducta desplegada por el recurrente se sanciona administrativamente al amparo del artículo 3.1 del Reglamento General de Circulación, las castigadas penalmente serían sancionables al amparo de otros preceptos de dicho, concretamente de los 20 y 21.2 respectivamente, por lo que, aun cuando la primera de las conductas hubiera podido contribuir junto con otras circunstancias, a la acreditación de la influencia del alcohol en la conducción del recurrente, ello no implica que haya sido esa la conducta sancionada penalmente.

(...) no se ha producido vulneración alguna del principio de “ne bis in idem”, (...)

## Sentencia 361/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 20 de mayo de 2002

LA DENEGACIÓN DE PRUEBAS EN PRIMERA INSTANCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD DE LA SENTENCIA.

**Art. 795 LECrim. y art. 238 LOPJ**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci**

### SÍNTESIS

*La denegación indebida de prueba en juicio oral, si se ha efectuado la oportuna protesta, debe alegarse en apelación para que dicha prueba sea practicada, pero no como motivo de nulidad.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—1. El recurrente alega nulidad de la sentencia (...)

2. La alegación debe desestimarse por los siguientes motivos de carácter procesal:

a) El artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solamente permite declarar la nulidad por infracción de las normas procesales en aquellos supuestos en que esta infracción haya provocado indefensión, indefensión que de ser valorada como efectiva en todas las instancias.

b) Es cierto que el Abogado solicitó al inicio del juicio, como cuestión previa, la suspensión del juicio al objeto de que el Médico Forense informara o aclarara su informe respecto a las secuelas, impugnando expresamente dicho informe.

También es cierto que la Magistrada desestimó dicha solicitud y que el Abogado que había solicitado la suspensión formuló la oportuna protesta.

c) No obstante, si entendemos que la postura del Abogado de la Compañía de Seguros podía ser adecuada desde el punto de vista procesal y que entendemos en esta segunda instancia que estaba perfectamente legitimado para solicitar la concurrencia al acto de juicio oral del Médico Forense, medio de prueba que consideraba necesario para ejercitar su defensa, observo que en la formulación del presente recurso de apelación el Abogado de la Compañía de Seguros

ha olvidado u obviado la regulación que se establece en los artículos 976, 795 y 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del recurso de apelación y al régimen de la prueba practicable en la segunda instancia.

(...)

e) Por lo tanto, el simple hecho de la denegación de la prueba en la primera instancia no provoca la nulidad prevista en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como alega el recurrente, sino que la consecuencia lógica y procesalmente adecuada hubiera sido que el recurrente hubiera solicitado, de nuevo, en esta segunda instancia. (...)

3. Al no haber propuesto el recurrente la prueba pericial Médico Forense en la segunda instancia, la alegada indefensión solo es responsabilidad del recurrente, que debe ser responsable de su propia estrategia de defensa.

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 21 de mayo de 2002

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA. INASISTENCIA DE TESTIGOS Y JUICIO ORAL.

**Art. 463.1 Código Penal**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Rosa Fernández Palma**

### SÍNTESIS

*Configurado el tipo de obstrucción a la justicia, por incomparecencia del testigo al acto del juicio oral, como un delito doloso, examina la sentencia que comentamos la estructura del dolo —en sus elementos intelectual y volitivo— y su aplicabilidad al supuesto cuando el autor de la conducta típica en su aspecto objetivo alega que su incomparecencia no fue intencionada sino debida a un olvido.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—La resolución recurrida recoge el siguiente relato de hechos probados: “Único: Los acusados Damián y Fernando fueron debidamente citados y con los oportunos apercibimientos legales, para asistir a la celebración del juicio oral, en causa criminal sin reo en prisión, en calidad de testigos, que debía tener lugar el día 2-7-1998, el primer señalamiento, el día 2-7-1999 el segundo, no obstante lo cual hicieron caso omiso de sus respectivas citaciones dejando voluntariamente de comparecer a ambos juicios.” (...)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El recurrente combate la resolución de instancia, con base, en primer lugar, en error en la valoración de la prueba, impugnándose la inferencia efectuada por el juez “a quo” sobre la inasistencia del acusado al primer llamamiento, así como por la ausencia de voluntariedad en el segundo, que habría venido motivado por un simple olvido, debido al margen de tiempo amplio entre la citación y la celebración de la vista del juicio a la que fue convocado como testigo.

(...) En relación con la segunda inasistencia del acusado al acto del juicio oral, para que acudiera en calidad de testigo, afirma el mismo que estuvo en el juzgado el día de autos, sin bien por un error, o por propio descuido su presencia no consta en el acta de suspensión levantada por el secretario judicial.

Sin embargo, lo cierto es que, a tenor del acta no es que por error se omitiera advertir que el hoy acusado, y convocado a aquél acto como testigo, D. Damián, acudió a aquél acto, lo que hubiera carecido de interés y probablemente no se hubiera hecho constar, sino que expresamente se consigna la dación en cuenta al Juez por el agente judicial de la incomparecencia de Damián y Fernando. (...)

En relación, con el primer llamamiento al acto del juicio oral, el acusado manifiesta en el acto del juicio oral que no recuerda el motivo por el que no compareció, reconociendo su firma en la citación personal que a estos efectos se le dirigió. (...)

Por lo que se refiere a los elementos esenciales del actuar doloso, tradicionalmente han venido significados por dos, uno intelectual, definido por el conocimiento de los elementos típicos objetivos, y otro volitivo, caracterizado por la querencia del sujeto en punto a la realización de dichos elementos del tipo delictivo. (...)

En el presente caso, el acusado, siendo consciente de su primera incomparecencia, injustificada y voluntaria, en el sentido típico, y conociendo el segundo llamamiento que le fue remitido, con todas las advertencias y apercibimientos legales, pese a todo, no acudió al mismo, según se desprende del contenido del acta de suspensión.

El legislador, como advierte la sentencia de instancia, precisamente para evitar que los meros descuidos puedan conllevar condena por esta infracción, exige, desde un punto de vista objetivo, la presencia de dos inasistencias no justificadas.

Sin embargo, en el presente caso, puede afirmarse la presencia de una conducta dolosa, al menos eventual por parte del acusado.

En efecto, el único argumento que se invoca para justificar el incumplimiento del mandato jurisdiccional es el olvido, que, como se ha dicho, ha devenido en buena medida combatido por la propia declaración del acusado en el acto del juicio oral. Mas, no se advierte sobre la decisión del testigo en orden a acudir al acto del juicio oral, ni aun la actividad desplegada para ello y que pudiera objetivar su decisión a favor del bien jurídico protegido. Por lo demás, si se atiende a las circunstancias anteriores, aparece verificada ya una primera inasistencia sin causa justificada, pese a que la citación se verificó con las formalidades legales.

De este modo, el sujeto actuó con total indiferencia hacia la indemnidad del bien jurídico protegido, sin desplegar actividad alguna tendente hacia el aseguramiento de su asistencia al acto para el que fue convocado, con idéntico desprecio hacia la administración de justicia y la valoración social de esta institución, exteriorizada mediante el arbitrio de la norma contenida en el art. 463.1 del CP.

Conocía la situación de peligro en que se colocaba el bien jurídico con su inasistencia, teniendo conciencia plena de la situación, así como de las consecuencias penales derivadas de la omisión, decidiendo, como mínimo, no adoptar medida alguna que garantizara su indemnidad, a través del cumplimiento de la obligación que le afectaba, lo que no puede sino tomarse como indicativo claro de su decisión contraria al bien jurídico protegido.

## Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 21 de mayo de 2002

DELITO SOCIETARIO: IMPEDIMENTO DEL EJERCICIO DE DERECHOS DE LOS SOCIOS: IMPROCEDENTE SUSPENSIÓN DE LA JUNTA GENERAL.

### Art. 293 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacobo Vigil Levi**

## SÍNTESIS

*El recurrente fue condenado en la sentencia del Juzgado de lo Penal sobre la base de haber suspendido indebidamente la celebración de la Junta General de accionistas, impidiendo de esta suerte el ejercicio de sus derechos a los socios. La sentencia de apelación examina los aspectos normativos del tipo (“sin causa legal”) y el conocimiento del acusado de los mismos. Valora el asesoramiento legal para dictaminar si se dió error de prohibición.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Por el Juzgado de lo Penal se dictó Sentencia en cuya parte dispositiva textualmente se dice: “Fallo: Que debo condenar y condeno al acusado don Francisco Javier como autor penalmente responsable de un delito societario. (...)”

**Segundo.**—Se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de don Francisco Javier. (...)

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—El recurrente ha sido condenado como autor de un delito societario en la modalidad prevista en el artículo 293 del Código Penal. Sintéticamente, y en relación con la concreta acusación formulada, dicho precepto exige: a) una acción del sujeto activo, administrador de sociedad, que hubiere negado o impedido el ejercicio por parte de los socios de su derecho de participación en la gestión o control de la actividad



social; b) que dicha limitación se realice “sin causa legal”; c) el dolo genérico que implica el efectivo conocimiento por parte del sujeto activo del conjunto de elementos referidos y la voluntad de los mismos.

Es pacífico que el acusado presidio la Junta General de Accionistas, finalmente no celebrada, y que dispuso su no constitución por falta de “quorum”. (...)

Atendidos los argumentos del apelante, no es pacífico sin embargo, que la no constitución de la Junta se realizara con infracción de las normas legales o estatutarias, o que, subsidiariamente el acusado obrara con conocimiento de dicha infracción, alegación esta que entendemos referida a la existencia de un error de tipo.

Dado que la ausencia de cualquiera de los elementos expresados en el párrafo primero de este Fundamento de Derecho, determinaría la libre absolución del acusado, podemos atender directamente a la concurrencia de dolo, excusando a la Sala de resolver la espinosa cuestión de si concurría o no a la convocatoria expresada, el “quorum” previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley de Sociedades Anónimas. Nos basta en efecto con analizar si resulta probado que el acusado consideró que obraba con respeto de las normas reguladoras de dicha convocatoria.

**Tercero.**—Por cuanto se refiere al aspecto subjetivo de la conducta imputada al acusado, la resolución de instancia es parca en exceso. En efecto únicamente se razona en el último párrafo del F.D. 1.º que “resulta probado que el acusado actuó con propósito consciente y deliberado de perjudicar al socio afectado al impedir la válida celebración de la junta. Se razona en primer lugar que la actuación del acusado constituyó una palmaria ilegalidad, y a partir de dicha conclusión se deduce que ésta conducta necesariamente debió implicar el conocimiento y voluntad de dicha ilegalidad.

Sin embargo la Sala no comparte plenamente el razonamiento expresado. En efecto por cuanto se refiere a la ausencia de “quorum” en los términos previstos en el artículo

103 de la Ley de Sociedades Anónimas, la actuación del acusado no fue tan claramente contraria a la norma como se argumenta, de manera que de este solo dato objetivo no puede, sin más desprenderse el efectivo conocimiento de lo que hemos configurado como un elemento normativo del tipo.

(...)

En la resolución de instancia, se rebaten los dos argumentos articulados por el acusado en orden a justificar la ausencia de “quorum”: la imposibilidad de computar las acciones y la imposibilidad de admitir la representación alegada por la Sra. T.F.

(...)

En primer lugar, en relación con el artículo 79.2 de la LSA debemos considerar que el precepto se refiere no sólo a las acciones propias, como resulta de su tenor literal, sino también a aquellas de la sociedad dominante propiedad de su dependiente, interpretación esta acorde con el sentido del precepto. Éste sin embargo lo que nos dice es que, a efectos de determinar el capital sobre el que calcular el “quorum” se tendrán en cuenta también estas acciones; de esta manera lo que se pretende es que una mayoría, mediante el mecanismo de adquirir para la sociedad acciones propias, pueda alterar la base sobre la que calcular dicho “quorum”, favoreciendo su consecución. En resumen lo que dice el precepto es que si una sociedad tiene cien acciones, de las cuales veinte son acciones propias, el “quorum” exigido se calculará sobre las cien acciones y no sobre las ochenta restantes.

Sin embargo, lo que no nos dice el precepto, y aquí es donde disentimos del razonamiento de la resolución de instancia, es que las acciones propias, que tienen suspendido su derecho de participación, deban ser computadas como presentes a la junta de accionistas para integrar el “quorum” requerido para su constitución. (...)

Consta probado que, ante esta tesitura, el acusado interesó y obtuvo asesoramiento de los Letrados de confianza del Consejo de Administración presentes, quienes le informaron que, a su parecer, las acciones no po-

dían concurrir para sumar el “quorum” necesario. En tales circunstancias, no puede considerarse sin más probado que el acusado conociera que su decisión infringía la Ley de Sociedades Anónimas, que su actuación no estuviera amparada en la “causa legal que refiere el tipo y que obrara, en suma, con el conocimiento de la licitud de su conducta y con el ánimo de perjudicar los derechos de los socios que le atribuye la resolución de instancia.

Un segundo punto de debate es el relativo a la no admisión de la representación alegada por la Sra. T.F., que habría de corresponder al 14% del capital social. El acusado alega que no admitió dicha representación porque el artículo 35 de los Estatutos exigían la presentación de las papeletas de entrada o tarjetas de asistencia a cualquier administrador para su visto bueno con tres días de antelación a la celebración de la Junta. Resulta probado, y no es controvertido que la referida señora no presentó en dicho plazo los documentos acreditativos de su representación. Sin embargo, se razona en la resolución de instancia que siendo la referida Sra. T., miembro del Consejo de Administración, ella misma podía validar su representación.

De nuevo el argumento no nos parece tan claro como para deducir del mismo sin más el conocimiento por parte del acusado de la ilegalidad de su conducta. (...)

De nuevo hemos considerado probado que el acusado solicitó respecto al extremo asesoramiento de los Letrados de su confianza presentes, y que obró conforme al asesoramiento recabado. Tampoco respecto a este extremo consideramos probado el ánimo que en la resolución de instancia se atribuye el apelante.

**Cuarto.**—Existe sin embargo un extremo sobre el que no se incide en la resolución de instancia y obviado también por el apelante, respecto al cual si se hace mención en el escrito de la apelada. Se observa en efecto que si bien es cierto que los acuerdos que pudieran resultar de los puntos 2 a 4 del orden del día exigían para su adopción el

“quorum” específico previsto en el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas, dicho precepto no era aplicable al punto 1.º “Examen y aprobación en su caso, de las Cuentas Anuales, del Informe de Gestión, de la aplicación de resultados y de la gestión social, tanto de la compañía como del grupo consolidado, todo ello correspondiente al ejercicio 1998”, ni respecto al apartado 5.º referido a ruegos y preguntas. Respecto a las materias referidas, la junta podía constituirse válidamente en segunda convocatoria, cualquiera que fuere el capital presente o representado, por lo que la junta debió entenderse constituida.

La no celebración de la junta con el objeto de someter a debate y aprobación el punto primero del orden del día, infringió de forma patente lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas e impidió, sin causa legal, que los socios presentes o válidamente representados concurrieran a ejercer sus derechos de participación en la gestión o control en la entidad.

El acusado sabía que su actuación carecía de soporte legal o base estatutaria. En este punto el asesoramiento del que el acusado disfrutó, constituye un indicio en tal sentido en tanto que si no se consultó el extremo debió ser porque no era dudoso y de haber existido duda dicho asesoramiento la hubiera despejado.

(...)

**Quinto.**—Por cuanto se expone si bien determinados argumentos formulados en el recurso interpuesto por el acusado son plenamente atendibles, procede desestimar éste confirmando el pronunciamiento formulado en la resolución apelada. Se declaran las costas procesales de oficio.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Francisco Javier.

**Auto AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 22 de mayo de 2002**

POSTULACIÓN Y LEGITIMACIÓN PROCESALES PARA RECURRIR. DENUNCIANTE PERJUDICADO.

**Arts. 788.3.º LECrim.; 125 CE y 101, 270, 783.2 LECrim.**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen Zabalegui Muñoz**

SÍNTESIS

*La posibilidad de que el abogado designado para la defensa ostente también la representación procesal hasta la apertura del juicio oral (art. 788.3.º de la LECrim.) se refiere únicamente al imputado, pero no a quien pretende ejercitar la acción penal como perjudicado por el delito. De otra parte, el mero denunciante, que no se ha constituido en parte procesal carece de legitimación para recurrir. Estos defectos de postulación y de legitimación impiden al órgano judicial entrar a conocer el fondo del asunto.*

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—En cuanto a la postulación, advertimos que el recurso se interpuso por el propio denunciante, constando en el escrito su firma y la del abogado que asume su defensa. Es evidente que el abogado carece de poder representativo, por cuanto si bien el art. 788.3.º de la LECrim. establece la posibilidad de que el abogado designado para la defensa ostente la representación procesal hasta la apertura del juicio oral, el precepto se refiere a la defensa del imputado, pero no al que ejercita la acción penal, quien debe comparecer con la plenitud de los requisitos de postulación procesal, y si bien la falta de la postulación a través del Procurador pudiera subsanarse en virtud del principio “pro actione” y en aras de evitar una aplicación excesivamente rigorista que obstaculizara el derecho a que un órgano Judicial conozca y

resuelva en Derecho en el presente supuesto no procede esa subsanación al no existir tampoco legitimación para interponer el recurso, al no ser el recurrente parte procesal debidamente constituida.

**Tercero.**—El problema procesal fundamental que se nos plantea es el de la legitimación para recurrir la resolución del Juez de Instrucción por parte del denunciante, tras ser rechazada la denuncia, y sin haberse constituido en parte procesal. El Tribunal Constitucional ha declarado que el “ius ut procedatur” que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso, sino que de él derivan derechos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (STC 29-11-1999 y 29-1-2001), como es el acceso a la Jurisdicción. Del contenido del art. 270 en relación con el art. 101 de la LECrim. y el art. 125 de la CE se desprende que el ejercicio de la acción penal exige la

interposición de querella, recogiendo la excepción a esta regla el art. 783, párrafo segundo, de la LECrim. que reconoce el derecho del ofendido o perjudicado por el delito a mostrarse parte en el proceso sin necesidad de formular querella. Consideramos que el derecho a mostrarse parte en la causa no depende de la voluntad judicial, aunque, sin duda, no será parte procesal hasta que haya una resolución que le otorgue tal “status”, por cuanto como declara la sentencia del TC ya citada de fecha 29-1-2001 la Ley “no autoriza al órgano judicial a prescindir de quien, estando autorizado por el Ordenamiento Jurídico para el ejercicio de la acción penal, ha manifestado expresa o inequívocamente su voluntad de hacer uso de tal derecho mediante su incorporación al proceso como parte”. En el presente supuesto nos encontramos con la existencia de una

denuncia, que sólo es una puesta en conocimiento del hecho constitutivo de la infracción penal, sin que del contenido de la misma ni de las diligencias se desprenda una manifestación de voluntad clara y terminante del denunciante relativa a su interés en el ejercicio de la acción penal que como perjudicado podía ejercitar. Por ello al no haber sido el denunciante parte procesal legalmente constituida, ni haber efectuado aquella manifestación ejercitando su derecho a constituirse en parte, consideramos que no tiene legitimación para interponer el recurso de apelación, que en el estado en el que se encontraba la causa únicamente pudiera haber interpuesto el Ministerio Fiscal. En consecuencia con lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto.

(...)

### Sentencia AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 22 de mayo de 2002

EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA. DIFERENCIA CON AMENAZAS CONDICIONALES.

**Arts. 16, 169.1 y 243 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig**

### SÍNTESIS

*Traza esta sentencia la distinción entre las amenazas condicionales del art. 169.1 y el delito de extorsión del art. 243 y, entendiendo que el mal principal con el que se conmina es la comisión de un delito contra la salud pública, considera que se trata de un delito de extorsión. La cuestión, sobre su relevancia estrictamente penal, tiene asimismo repercusión procesal, pues que el conocimiento de los delitos de amenazas es competencia del Tribunal del Jurado. Finalmente, fija el momento de consumación del delito y la posibilidad de su punición, como de ejecución imperfecta.*

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

## HECHOS PROBADOS

**Único.**—Emilio R.R., movido por un ánimo de obtener un beneficio patrimonial en fecha 9 de julio de 1997, efectuó dos llamadas telefónicas a la sede social de la empresa alimentaria Danone, S.A., y tras ponerse en contacto con el Jefe de Relaciones Públicas de la misma, requirió le fuese entregada la cantidad de cien millones de pesetas, manifestando que en caso contrario procedería a adulterar sus productos y dar publicidad a través del Ministerio de Sanidad y Fuerzas del orden Público. En fecha 11 de julio de 1997 volvió a entablar conversación telefónica al número que se le indicó para tratar dicho tema haciéndolo en los mismos términos con el citado Sr. quien procedió a grabar en cinta de cassette dicha llamada dando cuenta de la misma a la Policía.

En fechas inmediatamente siguientes por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía se estableció un dispositivo de vigilancia, en el que se pudo constatar cómo las llamadas telefónicas que el acusado iba realizando a la empresa, y a través de las cuales negociaba la fecha y lugar de entrega de dinero tenían como origen diversas cabinas telefónicas del centro de esta Ciudad. Finalmente el día 31 de julio de 1997 el acusado realizó una nueva llamada telefónica para concretar los indicados aspectos alertándose entonces el dispositivo de control de cabinas telefónicas y dando como resultado su detención en la cabina situada en la Plaza del Pi cuando aún se encontraba en plena conversación llegando la propia policía a coger el teléfono utilizado por el acusado en ese momento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—En primer lugar debe contestarse a la petición del letrado de la defensa de entender que este Tribunal es incompetente al entender que los hechos objeto de

acusación a su entender podrían constituir un delito de amenazas condicionales del art. 169.1.º del CP siendo competente para conocer de dicho delito el Tribunal del Jurado.

Ante ello debe decirse que tanto la acusación del Ministerio Fiscal como la ejercitada por la Acusación Particular versan sobre hechos que consideran subsumibles no en el art. 169.1.º del CP sino en el art. 243 de dicho Cuerpo legal siendo competente este Tribunal al castigarse en abstracto dicho delito con la pena de 2 a 5 años de prisión.

Además se ha abierto el juicio oral que es el momento en que se determina el objeto procesal por el delito de los arts. 243, 16 y 62 del CP.

En consecuencia en el caso hipotético de no poderse incriminar los hechos objeto de acusación por el delito de extorsión, procedería dictar sentencia absolutoria no pudiéndose castigar por mor del principio acusatorio por el art. 169.1.º del CP sin que este Tribunal pueda declararse incompetente cuando se ha acusado por delito distinto de cuyo conocimiento sí es competente.

De todos modos se constata que el mal con que se amenaza no es ningún delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral la libertad sexual, la intimidad, el honor del patrimonio y el orden socioeconómico —a que se refiere el art. 169.1.º del CP— sino un delito contra la salud pública, que no se halla mencionado en dicho precepto por lo que claramente los hechos de la presente causa no pueden ser subsumidos en el art. 169.1.º del CP. Pero es que además el delito de extorsión es ley especial frente al delito de amenazas.

(...)

**Tercero.**—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de extorsión en grado de tentativa del artículo 243 del Código penal en relación con el artículo 16 de dicho cuerpo legal. Dicho delito es un

delito contra el patrimonio que exige que el sujeto utilice violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio con el correspondiente ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto.

En el caso de autos el acusado utilizó intimidación pues consiguió amedentar a los directivos de la empresa al conminarla con alterar mediante productos nocivos para la salud del consumidor —entre los que figuran principalmente los niños— sus productos, quienes acudieron a la policía para descubrir al autor de las llamadas telefónicas e impedir así dicha alteración de sus productos de no entregar los cien millones de pesetas exigidos que podría considerarse jurídicamente dicha entrega de dinero como un acto jurídico.

(...)

El delito de extorsión es un delito que exige para su consumación la realización u omisión por el sujeto de un acto o negocio jurídico mediante el obligar a ello al sujeto pasivo utilizando violencia o intimidación.

La jurisprudencia lo ha entendido también así al declarar que la consumación se produce tan pronto como se obtiene la suscripción otorgamiento o entrega del documento —hoy el actuar jurídico o su omisión— con el ánimo de lucro pero sin ulteriores exigencias y aunque no se consiga ese lucro pretendido. (...)

En el caso de autos al haber sido detenido el acusado antes de poder producirse dicho acto jurídico —la entrega de los cien millones de pesetas que constituye claramente un acto de disposición— debe considerarse el delito de extorsión en grado de tentativa (art. 16 del CP). (...)

#### FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Emilio como autor de un delito de extorsión del art. 243 del Código Penal en grado de tentativa a la pena de nueve meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas.

**Auto 1305/2002, AP MADRID, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2002**

SUSTRACCIONES ENTRE PARIENTES Y UNIONES MARITALES DE HECHO.

#### **Art. 268.1 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

#### SÍNTESIS

*La excusa absolutoria del art. 288.1 del Código Penal no es aplicable a las uniones de hecho. La no previsión al respecto por parte del Código Penal no es producto de un “olvido” del legislador sino de una decisión consciente del mismo, como argumenta la sentencia que, en base a ello, revoca el auto de sobreseimiento dictado por el instructor.*

## EXTRACTOS DEL AUTO

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—Iniciadas las actuaciones por la supuesta apropiación por la denunciada de cantidades ingresadas en una cuenta corriente que mantenía conjuntamente con el denunciante, el auto recurrido acordó el sobreseimiento en aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268.1 del Código Penal, decisión con la que discrepa el recurrente alegando que no existía vínculo matrimonial entre ambos, sino solamente una unión de hecho.

**Segundo.**—La finalidad de la excusa absolutoria —o excepción personal a la punibilidad, como la han denominado algunos— establecida en el artículo 268.1 del Código Penal ha sido buscada por la doctrina bien en una “especie de copropiedad” que se establece entre parientes cercanos, bien en la conveniencia de no ahondar las disensiones dentro de la familia, bien en que los efectos de prevención especial de la pena son menores desaparecen en delitos de escasa trascendencia desarrollados en el seno del grupo familiar, donde ya existen otros mecanismos, normalmente éticos y sociales, además de la responsabilidad civil subsistente, para la restitución del orden alterado.

Aparte de la debilitación de esos mecanismos cuando se trata de uniones afectivas sin reconocimiento oficial, las razones en todo caso de política criminal tenidas en cuenta por el legislador al regular esta excusa absolutoria ya tuvieron que contemplar necesariamente la situación de las personas que, sin estar unidas en matrimonio, estaban vinculadas de hecho por lazos similares, pero sin un reconocimiento formal de ese estado. Confirma esta impresión que en los sucesivos proyectos de Código Penal que pre-

cedieron a la aprobación del ahora vigente se discutieran enmiendas al texto inicialmente propuesto que contemplaban la extensión de esta excusa absolutoria a las personas que se encontraran “en la misma situación de afectividad” que los familiares mencionados y que, sin embargo, en el Código Penal finalmente aprobado se excluyera a esos vínculos afectivos, reconocidos por el contrario en otros artículos, como el 23, en referencia a la circunstancia mixta de parentesco, aplicable al cónyuge o “persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de efectividad”, o en el artículo 153, al sancionar la violencia física habitual en las mismas personas, o en el artículo 424 (cohecho), o en los artículos 443 y 444 (abusos de funcionarios), o en el art. 454 (encubrimiento entre parientes).

No puede decirse, por tanto, que el legislador se “olvidara” de incluir esa relación análoga a la matrimonial al regular esta excusa absolutoria, sino que, por el contrario, todos los datos apuntan a una consciente exclusión de esa situación, lo que concuerda con la rigurosidad de los requisitos que establece el mismo artículo para aplicar la excusa absolutoria a los cónyuges.

**Tercero.**—Con independencia de lo anterior, de las propias declaraciones de la denunciada se deduce la ruptura de la relación que mantenía con el denunciante, puesto que reconoce que la relación entre ambos se había deteriorado desde el mes de noviembre y que habían llegado al acuerdo de éste abandonar la vivienda cuando encontrase otro sitio. Ruptura y acuerdo que implicaría una separación de hecho incompatible con la excusa absolutoria.

Por tanto, debe estimarse el recurso y dejar sin efecto el sobreseimiento.

**Sentencia 144/2002, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 29 de mayo de 2002**

INTERVENCIÓN EN LA VISTA ORAL DEL JUICIO DE FALTAS DEL LETRADO DE LA PARTE DENUNCIANTE SIN LA PRESENCIA PERSONAL DE ÉSTA.

**Arts. 238 y 240 LOPJ; art. 24 CE**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Susana Polo García**

SÍNTESIS

*Cuando el denunciante ha designado a presencia judicial a un letrado para que le defienda en el juicio de faltas y determinado el domicilio particular de éste para la práctica de notificaciones y citaciones, la asistencia al juicio oral del letrado sin que comparezca su defendido no puede impedir la actuación del abogado en nombre de su cliente, como entendió el Juez de Instrucción causando indefensión al denunciante, lo que motiva la nulidad de las actuaciones declaradas por la sentencia que examinamos.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Tras el análisis de las actuaciones se llega a la conclusión que son ciertas las alegaciones de la recurrente:

1.º El día 25 de abril de 2001 el denunciante Sr. M.A., compareció ante el instructor, para prestar declaración y ratificar la denuncia asistido por la letrada M.ª José con domicilio en la C/ ... de Valdemoro, designando el denunciante este último domicilio para las notificaciones y citaciones.

2.º El día 5 de junio de 2001, extiende diligencia de citación la Secretaría Judicial, donde hace consignar que "teniendo en mi presencia a la letrada doña María José, le hago entrega de la citación a nombre de su representado M.A. a fin de que comparezca ante este Juzgado el próximo día 25 de septiembre de dos mil uno a las 12 horas para

asistir a la celebración del correspondiente juicio de faltas en calidad de denunciante.

3.º El día 25 de septiembre de 2001, se celebró el juicio oral, sin la presencia del denunciante y sin su letrada, pese haber comparecido esta última a la hora señalada, constando en el acta expresamente que "por SS, no se permite la entrada del denunciante, de la letrada Sra. M., al no haber comparecido el denunciante, citado en forma en el despacho de la Sra. letrada". Protestando por ello la letrada, pese a lo cual, se la obliga a salir de la sala por el Agente Judicial.

4.º El mismo día, la Juez de instancia dicta sentencia absolutoria, por falta de acusación previa.

**Segundo.**—De lo anteriormente expuesto se deduce con toda claridad la existencia de una vulneración del principio de tutela judicial efectiva que prohíbe la indefensión, pues lo argumentado por la Juez de instan-



cia, para prohibir la asistencia a juicio de la recurrente carece de apoyo legal o jurisprudencial.

El carácter no preceptivo de la intervención de abogado en ciertos procedimientos como el juicio de faltas no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que las faculta para elegir entre la autodefensa y la defensa técnica, así se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la Asistencia letrada en juicio de faltas contenida la SSTC 30/1989, de 7 de febrero, y 208/1992, de 30 de noviembre.

(...)

El Sr. M. designó ante el Juzgado de Instrucción como letrada a M.<sup>a</sup> José, fijando su

domicilio para cualquier notificación o citación, y precisamente en cumplimiento de la citada designación fue citado a juicio a través de su letrada, como ha quedado expuesto, por tanto el hecho acreditado de que se impidiese la actuación en juicio de faltas a la citada letrada supone una clara indefensión del derecho fundamental, a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de defensa, con efectiva indefensión, pues no pudo proponer pruebas, ni interrogar al acusado, ni acusar, por lo cual se dictó sentencia absolutoria, precisamente por falta de acusación, por lo que procede declarar la nulidad de lo actuado hasta el momento anterior a la celebración del juicio oral (arts. 238 y 250 de la LOPJ).

## Sentencia 212/2002, AP MADRID, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 3 de junio de 2002

TRIBUNAL DE JURADO: CONFORMIDAD DEL ACUSADO ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DEL JURADO.

**Arts. 42.1, 50.1 y 29.2 LOTJ; art. 652, 655, 680 y ss. LECrim.**

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Compaired Plo**

### SÍNTESIS

*No prevé la Ley del Jurado la posibilidad de que el acusado preste su conformidad a la acusación y que dicha conformidad sea expresamente consentida por su defensa, con anterioridad a la constitución del Jurado (sí se prevé dicha conformidad una vez constituido éste). Sin embargo, una interpretación sistemática de los preceptos legales y constitucionales están formando la práctica judicial de aceptar dicha conformidad, tal como sucede en esta sentencia.*

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Juan R.J. jubilado del Cuerpo Nacional de Policía, en compañía de otra persona que

no ha sido habida se dirigió a Edison Germán y a Edison Alejandro, ambos de nacionalidad ecuatoriana, y mostrándoles una placa de identificación policial les solicita-

ron la documentación. Al decirles que no la portaban pues la habían olvidado en la vivienda, les manifestaron que tenían que acompañarles a ese lugar para allí identificarlos. (...)

Cuando llegaron todos al domicilio el acusado y la persona que se encuentra en ignorado paradero se quedaron en la calle en espera de que las otras dos bajasen a mostrarles su documentación, que así hicieron, bajando también una tía de ambos a la que también se identificaron como policías, diciéndoles que se había producido un atraco, que estaban investigándolo y que tenían que practicar un registro en su domicilio, subiendo todos al piso que registraron, apuntando sus filiaciones en un papel y en un momento el acusado cogió la suma de siete mil pesetas que había sobre una mesilla. Sospechando entonces que no eran policías avisaron a los Agentes de la Autoridad que detuvieron al acusado, huyendo la otra persona con el dinero.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado carece de una norma específica, cuando menos expresa, para supuestos, como el presente, de conformidad del acusado y su defensa con las tesis acusadoras, cuando ésta se produzca definitivamente una vez recibidas las actuaciones en el órgano encargado del enjuiciamiento y antes de la constitución del Jurado. Sólo hay una regulación expresa de tal situación, en concreto en el artículo 50, apartado 1.º, que prevé la disolución del Jurado, si las partes interesan que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad y siempre que se den una serie de requisitos, siendo el Magistrado-Presidente quien deberá dictar la sentencia que corresponda o, en su caso (si concurren los supuestos establecidos en el inciso

último del apartado 2.º) acordar la continuación del juicio.

Ahora bien, posponer a esta fase procesal la conformidad, o incluso al inicio de la celebración del juicio oral, para que el acusado la prestara ante el Jurado (después del juramento o promesa, por entender que al remitir el artículo 42.1 Ley Orgánica Tribunal del Jurado a los artículos 680 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se estima que atentaría contra el más elemental principio de economía procesal y, lo que es más importante, contra la esencia misma de la institución del Jurado, ante la segura innecesariedad de su presencia en un acto que no va a requerir pronunciamiento alguno por su parte, ya que la Ley remite tan sólo al Magistrado-Presidente y no al Jurado la facultad de comprobar y censurar la pertinencia y viabilidad de la conformidad manifestada.

Igualmente sirve de apoyatura la tesis que mantiene la remisión que el artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado hace al artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que está abriendo la posibilidad de que el procesado esté conforme con las conclusiones acusatorias, lo que podría dar lugar, conforme al artículo 655, a que pudiera dictarse sentencia según la calificación mutuamente aceptada.

Razones todas ellas por las que se estima adecuado dictar la presente resolución condenatoria, una vez oídas las partes.

**Segundo.**—Por consiguiente, al haber mostrado el acusado y su defensa su conformidad con el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, única parte acusadora, y no excediendo la pena pedida el límite de los 6 años de privación de libertad (artículo 50.1.º Ley Orgánica Tribunal Jurado) es procedente dictar sentencia en los términos interesados, por ser los hechos constitutivos de delito y la pena solicitada la correspondiente según dicha calificación.

**Sentencia 285/2002, AP VALENCIA, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 4 de junio de 2002**

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS: CORRESPONDENCIA DEL CÓNYUGE EN PROCESO DE SEPARACIÓN.

**Art. 197 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan José Zapater Ferrer**

**SÍNTESIS**

*Dos, entre otras, son las cuestiones que alega el recurrente que fue condenado por delito de descubrimiento y revelación de secretos: una acusación sorpresiva (fue denunciado como autor de un hurto de documentos) y que los documentos con los que se hizo no pueden ser calificados de secreto. Responde la sentencia de apelación que la denuncia lo es de unos hechos (no de una calificación jurídica) y que el Fiscal solicitó la práctica de diligencias con cita del art. 197 del Código Penal. De otra parte, hallándose entre la documentación aprehendida cartas personales, es obvio que se vulnera la intimidad.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: el acusado Miguel Angel aprovechando una ausencia de su esposa María Teresa de la que se encontraba en trámite de separación matrimonial en virtud de demanda interpuesta por ésta se apoderó de diversos escritos y documentos que su esposa guardaba en una carpeta y los entregó a su Letrado para que éste los utilizara como prueba contra su esposa en el procedimiento de separación matrimonial para fundar una alegación de infidelidad conyugal, lo que efectivamente llevó a cabo en el incidente de medidas provisionales y, luego, en la pieza principal del referido proceso matrimonial.

Entre los documentos cogidos por el acusado se encontraba una carta de contenido personal escrita por una persona no identificada a M.<sup>a</sup> Teresa la copia de una carta con el mismo contenido de índole personal escrita a una persona desconocida; varias poesías; un prólogo de un libro escrito por persona desconocida, y la copia de una carta con contenido de índole personal escrita por M.<sup>a</sup> Teresa y dirigida a una persona desconocida, si bien no le llegó a ser remitida.

No se ha acreditado suficientemente que el acusado accediera, tras conocer la clave de acceso, a los correos electrónicos dirigidos y remitidos por su esposa, aunque sí accedió a los mismos, una vez impresos en circunstancias que no se han acreditado (...)

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) la parte apelante formula una serie de alegaciones, siendo la primera de ellas la, a su entender, nulidad de actuaciones por infracción de normas que causan indefensión al recurrente, pues se afirma en el escrito correspondiente que al acusado se le juzgó sin conocer cual era la causa por la que se le enjuiciaba, y que acudió a defenderse de un “hurto de documentos carentes de valor.” Ante esta afirmación se ha hecho necesario el examen de los autos desde las primeras diligencias, y se observa que se inician mediante denuncia, en la que la presunta ofendida, como debe ser en todas las denuncias, pone en conocimiento del Juzgado unos hechos, sin calificación jurídica alguna, porque, aparte de no existir obligación de hacerlo, no es el momento oportuno para ello. La denunciante ratifica la denuncia y se aporta testimonio del procedimiento de separación, declara como imputado el denunciado, que conoce los hechos que se le imputan.

No determina la Ley la extensión o duración que debe darse a la instrucción, incluso tratándose de procedimiento abreviado, puede ser mínima si no es suficiente el atestado, “el Juez practicará las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento” Artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así que dictó auto de incoación de procedimiento abreviado, sin embargo el Ministerio Fiscal solicitó la práctica de diligencias “por si los hechos fueran constitutivos de infracción criminal prevista en el artículo 197 del Código Penal.” Así que con ello ya se determinaba que los hechos po-

dían ser constitutivos de otro delito aparte del simple hurto de documentos, aportándose entonces a la causa toda una serie de documentos de la causa civil y si bien es cierto que el Ministerio Fiscal luego pidió el sobreseimiento de la causa, la acusación personada presentó escrito de acusación calificando los hechos de delito de revelación de secretos y en el consiguiente auto de apertura del juicio oral, expresamente se abre dicho juicio precisamente por este delito, teniendo por tanto el acusado pleno conocimiento y posibilidad de utilizar todos los medios de defensa oportunos. Así que ninguna indefensión se estima producida.

**Segundo.**—Pero en este mismo motivo se articula por el apelante también consideraciones sobre la existencia o no de elementos del delito, concretamente si se trata o no de “secretos”, apuntando la relevancia que ello puede tener en la causa civil. Pero lo cierto es que el tipo comprende la vulneración de la intimidad y afecta a este ámbito el contenido de los documentos que concretamente la sentencia expresa y cuyo contenido es personal y está dentro del ámbito que se considera íntimo de la persona. Esto se enlaza también con el segundo motivo del recurso que refiere infracción de ley por error en la apreciación de los hechos, y se alega en base a ello que los documentos ni son secretos ni afectan a la intimidad, porque según dice “son anónimos, dirigidos a persona no identificada, desconocida o bien que nunca llegaron a ser remitidos”. Respecto a esta afirmación cabe decir que los documentos expresamente reconocidos son parte de correspondencia, cartas manuscritas que precisamente son la más común expresión de la intimidad personal, sin que deba aludirse a solamente algunos de los documentos existentes o aportados a la causa, los que menos relevancia tienen en relación con el tema de la intimidad que se discute, cuando en la propia sentencia se hace una indicación de documentos que se consideran especialmente relevantes para el procedimiento.

**Sentencia 293/2002, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2002**

EN LA ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN PUEDEN INCLUIRSE PRETENSIONES CONTRARIAS AL RECURSO PRINCIPAL.

**Art. 795.4 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

**SÍNTESIS**

*Afirma la sentencia que el Tribunal Constitucional permite utilizar la adhesión a la apelación en cuestiones penales para introducir pretensiones divergentes a la apelación principal siempre que se respete el principio de contradicción dando traslado a la otra parte.*

**EXTRACTOS DE LA SENTENCIA**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—(...) Se ha discutido —y se sigue haciendo— si es o no admisible un recurso adhesivo con pretensiones distintas y aun contrarias a las del recurso principal (...)

Este Tribunal viene manteniendo tal posibilidad sobre la base de las razones siguientes:

a) El art. 795.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla expresamente la posibilidad de que la parte que no ha apelado, al recibir el traslado del recurso, presente escritos de impugnación o de adhesión.

b) El contenido de esta posible adhesión no se encuentra limitado por el legislador al ejercicio de pretensiones iguales a las del apelante principal.

c) Nunca se ha considerado dudosa esta posibilidad cuando se trata de recursos de apelación en proceso civil, en los que se interponía un recurso adhesivo al amparo de

los arts. 734, 858 y 892 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) El Tribunal Constitucional, cuantas veces se le ha planteado esta cuestión, ha admitido expresamente la admisibilidad constitucional de esta apelación. La doctrina se ha reiterado recientemente en la STC 79/2000, de 27 de marzo, “la adhesión a la apelación es un vehículo apto para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal”. Hay que hacer notar en todo caso que estas Sentencias se refieren expresamente a apelaciones penales en las cuales la pretensión introducida por el apelante adhesivo afectaba a la responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, pero el Tribunal, de modo expreso, no limita su respuesta a la acción civil, sino que declara que la admisibilidad de los recursos adhesivos en cuanto a la acción penal es cuestión de legalidad ordinaria, pronunciándose, eso sí, de modo reiterado por su admisibilidad constitucional con

el único requisito del traslado del recurso adhesivo al recurrente principal.

e) Las sentencias del Tribunal Supremo que rechazan tal posibilidad en lo penal se refieren al recurso de casación. (...)

f) El argumento gramatical que a veces se esgrime para rechazar tal posibilidad no

tiene suficiente consistencia. Adherirse significa compartir las posiciones de otro. Pero se olvida que, en su primera acepción significa simplemente “pegarse una cosa a otra”. El recurso adhesivo no es, pues, sino un recurso que se une a otro, sin que tenga por qué compartir sus pretensiones.

**Sentencia 332/2002, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 3 de julio de 2002**

LA COMPAÑÍA ASEGURADORA NO ESTÁ LEGITIMADA PARA ALEGAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN PENAL EN APELACIÓN.

**Art. 854 LECrim.**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

*Aunque excepcionalmente se permite a las Compañías Aseguradoras entrar en sus recursos de apelación en el debate sobre el fondo de la responsabilidad penal, esta facultad se limita a los casos en que se relacione con la propia obligación de indemnizar. La sentencia 316/2002, de 6 de mayo, de la Sección 16.ª de la AP de Madrid es más contundente al negar en todo caso a las Compañías Aseguradoras el derecho a impugnar condenas penales de sus asegurados.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—(...) Podría discutirse, ante todo, la legitimación de la aseguradora para impugnar la condena penal de su asegurado. (...)

“Existe una línea jurisprudencial constante que niega tal legitimación y estima que la intervención en el proceso de la aseguradora ha de limitarse a lo relativo a la responsabilidad civil. (...)

**Segundo.**—(...) “el respeto a esta línea jurisdiccional no impide que en la misma pueda introducirse alguna matización, por exigencias de la fuerza expansiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sobre cuya base habrá de admitirse que las partes puedan alegar y probar en la medida de lo posible cuanto afecte a sus intereses legítimos, sin más excepciones que aquellas que deriven de una norma expresa, interpretada de modo razonable y no innecesariamente restrictivo”.

Sobre esta base se admitió, en una ocasión anterior, el debate sobre el fondo, a instancia de la aseguradora, en el que se estaba negando la misma imputación material del resultado lesivo, en tanto en cuanto constituía uno de los elementos básicos de la obligación de indemnizar de la aseguradora recurrente, aunque la estimación de sus alegaciones pudiera llevar consigo, de modo derivado, la absolución de su asegurado. Se estimaba que, siendo así, no se trataba ya de una cuestión estrictamente penal, para cuyo debate es evidente que no estaría legitimada, aunque lo que pudiera resolverse sobre ello le acabara beneficiando, sino que lo que se estaba debatiendo de modo primario era

la obligación de indemnizar, debate para el que también es evidente que sí estaba legitimada, sin que perdiera tal legitimación porque su resultado pudiera afectar finalmente a la cuestión penal, (...).

Pero no ocurre así en este caso, en el que la posible prescripción de la falta afectaría exclusivamente a la responsabilidad penal de quien se ha aquietado con su condena, pero no tendría la menor incidencia sobre el contenido material de la responsabilidad civil de la aseguradora, que subsistiría exactamente con la misma extensión, salvo que no podría ser declarado en este proceso penal sino en un proceso civil posterior.

(...)

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA 316/2002, DE LA AP DE MADRID (SECCIÓN 16.<sup>a</sup>), DE 6 DE MAYO, EN EL MISMO SENTIDO

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.**—(...) El derecho a impugnar la sentencia de instancia en lo que se refiere a la autoría, culpa y responsabilidad penal del denunciado, es un derecho individual intransferible no pudiendo ser asumido por terceros, ni siquiera bajo el pretexto del beneficio indirecto que les reportaría la esti-

mación de la responsabilidad, puesto que al impugnar únicamente la responsabilidad penal de los hechos con petición única de absolución del condenado, y subsiguiente del responsable civil, se está infiriendo claramente en el campo de la defensa ajena, aunque sea un responsable civil directo el que actúa como recurrente en la causa de otro que acepta su propia condena.

---

# CRÓNICA LEGISLATIVA

---



## JULIO

---

- ❑ Orden SCO/1906/2002, de 15 de julio (BOE del 26), por la que se incluye la sustancia parametoximetilanfetamina (PMMA) en la lista I del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos.

## SEPTIEMBRE

---

- ❑ Orden JUS/2352/2002, de 5 de septiembre (BOE del 25), por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se revisa el importe de las retribuciones e indemnizaciones correspondientes al desempeño de la función de Jurado.

- ✓ **Retribuciones**

Retribución diaria de los jurados: 60,70 euros.

Retribución única de candidatos no seleccionados como jurado: 320,35 euros.

- ✓ **Gastos de viaje con utilización de vehículo particular.**

Por el uso de motocicleta: 0,07 euros por kilómetro.

Por el uso de automóvil: 0,17 euros por kilómetro.

- ✓ **Gastos de alojamiento y manutención.**

Gastos de alojamiento, incluido desayuno: 58,90 euros.

Gastos de manutención: Comida: 18,33 euros.

Cena: 18,33 euros.

## OCTUBRE

---

- ❑ Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre (BOE del 28), complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

«La Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, requiere en su regulación que algunos aspectos no susceptibles de modificación por una Ley ordinaria, de acuerdo con nuestra Constitución, sean aprobados con el carácter de Ley Orgánica. Tal ocurre, por ejemplo, respecto de la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda, en determinados casos, dictar sentencia de conformidad sin entrar a enjuiciar los hechos, en la medida en que supone una competencia que requiere la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, resulta imprescindible aprobar, mediante Ley Orgánica complementaria, la reforma necesaria para hacer coherente la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, con la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

«La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.»

- ❑ Ley 38/2002, de 24 de octubre (BOE del 28), de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

«La presente Ley es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga “la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes cau-

sas”. Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata de profundizar en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense y hasta en el lenguaje coloquial se conocen como “juicios rápidos”, dando lugar en algunos casos a una justicia realmente inmediata.»

«La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.»

- ✓ Publicación de la corrección de erratas en el BOE de 23 de noviembre.
- ❑ Ley 39/2002, de 28 de octubre (BOE del 29), de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

## NOVIEMBRE

---

- ❑ Ley 41/2002, de 14 de noviembre (BOE del 15), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

## DICIEMBRE

---

- ❑ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre (BOE del 11), de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

«El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.»

---

# 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.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, t. VI, *Delitos contra la libertad. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Edersa, Madrid, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual Práctico de Derecho penal, parte especial*, t. I y II, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2002.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 6.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 14.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARAN, M., *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, parte especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2002.

### II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

AAVV., *Internet y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

CERVELLO DUNDERIS, V./COLAS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002.

CID MOLINE, J. (Coord.), *Jueces penales y penas en España (aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

COBO DEL ROSAL, M., *Fragmentos penales. I. Ensayos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. (Coord.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

CRUZ BLANCA, M.J., *Derecho penal de menores*, Edersa, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MORA ALARCÓN, J.A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

PRATS CANUT, J.M. (y otros), *Derecho penal ambiental derecho comunitario. La Directiva IP*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. (y otros), *La responsabilidad civil “ex delicto”*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

### III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ANARTE BURRALLO, E., *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal. Estructuras, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva, Huelva, 2002.

CUESTA PASTOR, P., *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002.

DÍAZ PITA, M.M., *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

GIL GIL, A., *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Comares, Granada, 2002.

HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002.

LANDA COROSTIZA, J.M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Comares, Granada, 2002.

MOLINA BLÁZQUEZ, M.C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 3.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2002.

PÉREZ DEL VALLE, C. (y otros), *El acuerdo de fin de semana en la legislación española*, Dykinson, Sevilla, 2002.

VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la minoría de edad, desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Edersa, Madrid, 2002.

#### IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

CHAZARRA QUINTO, M.A., *Delitos contra la seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.

FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

RAMÓN RIBAS, E., *El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*, Comares, Granada, 2002.

RUIZ DE LANDÁBURU, M.J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Colex, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La exención de responsabilidad penal por regularización voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

## **V. CRIMINOLOGÍA**

LEGANES GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria. Permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Sevilla, 2002.



## DERECHO PROCESAL PENAL

### I. MANUALES

MORA ALARCÓN, J.A., *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*, 11.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 622 páginas.

OLIVA SANTOS, A. DE LA/ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho Procesal Penal*, 5.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, 868 páginas.

### II. MONOGRAFÍAS

ALEMAÑ CANO, J., *La prueba de testigos en el proceso penal*, Universitat d'Alacant, Alicante, 2002, 320 páginas.

ALONSO PÉREZ, F./BARALLAT LÓPEZ, J./PASTOR MOTTA, L., *Los juicios rápidos. Análisis de la nueva ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Colex, Madrid, 2002, 481 páginas.

CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, 236 páginas.

DELGADO MARTÍN, J. (coordinador), *Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas (Ley 38/2002, de 24 de octubre y Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre)*, Colex, Madrid, 2002, 481 páginas.

DEL MORAL MARTÍN, A./DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.

GALDANA PÉREZ-MORALES, M., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario (Doctrina y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2002, 256 páginas.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, Comares, Granada, 2002, 326 páginas.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba en el juicio por jurados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Comares, Granada, 2002, 412 páginas.

LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 518 páginas.

LOURIDO RICO, A.M., *La nulidad de actuaciones. Una perspectiva procesal*, Comares, Granada, 2002.

MARTÍN DIZ, F., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002.

MUERZA ESPARZA, J., *El proceso penal abreviado*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 294 páginas.

NAVARRO VILLANUEVA, M.<sup>a</sup> C., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, José M.<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 2002, 424 páginas.

PÉREZ CEBADERA, M.A., *Las Instrucciones al jurado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 446 páginas.

PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en “bis in idem”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

REIG REIG, J.V., *Reforma del procedimiento abreviado (Comentarios a la Ley 38/2002 y a la Ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre, de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y de modificación del procedimiento abreviado)*, Dykinson, Madrid, 2002, 228 páginas.

ROMERO PRADAS, M.I., *El sobreseimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *El sobreseimiento libre*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 425 páginas.

SOSPEDRA NAVAS, F.J., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002. Los juicios rápidos. El juicio de faltas*, Civitas, Madrid, 2002, 235 páginas.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los juicios rápidos e inmediatos. Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre juicios rápidos e inmediatos y del procedimiento abreviado*, Edisofer, Madrid, 2002, 271 páginas.

### III. OTROS

GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para unificación de jurisprudencia (años 1991-2002)*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

TENA CALVO, J.A., *Diccionario de expresiones y términos de interés policial y criminalístico*, Tecnos, Madrid, 2002.

VERDÚ PASCUAL, F.A., *¿Qué dice el forense?*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2002.