

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- El problema del sujeto en los delitos sobre la ordenación territorial. *Carlos Blanco Lozano* 11
- Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto a propósito de la STC 42/1999. *Cristina Guisasola Lerma* . 33

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- La negativa a la prueba de alcoholemia: el artículo 380 del Código Penal (Vicisitudes jurisprudenciales de un delito poco afortunado: el artículo 380 del CP de 1995). *Jesús Martínez Ruiz* . 71

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 101
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 109
- **Sentencia 49/2002 (Sala 1.ª, de 25 de febrero:** Responsabilidad civil derivada del delito 109
- **Sentencia 51/2002 (Sala 2.ª, de 25 de febrero:** Imparcialidad del Juzgador 111
- **Sentencia 70/2002 (Sala 1.ª, de 3 de abril:** Doble grado de jurisdicción. Intimidad y secreto de las comunicaciones 113

	Página
— Sentencia 76/2002 (Sala 2.ª), de 8 de abril: Libertad de información y derecho al honor	118
— Sentencia 81/2002 (Sala 2.ª), de 22 de abril: Tutela judicial efectiva. Prueba en segunda instancia	122
— Sentencia 113/2002 (Pleno), de 9 de mayo: Principio de legalidad.	127
— Sentencia 134/2002 (Sala 2.ª), de 3 de junio: Citación defectuosa y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva	132
— Sentencia 154/2002 (Pleno), de 18 de julio: Libertad religiosa y homicidio por omisión	135
TRIBUNAL SUPREMO	145
— Acuerdos de 28 de junio de 2002	145
— Acuerdo de 12 de julio de 2002	146
— Sentencia 98/2000, de 28 de enero de 2002: Identidad de testigos protegidos	147
— Sentencia 2047/2001, de 4 de febrero de 2002: Declaraciones del coimputado y presunción de inocencia	148
— Sentencia 120/2002, de 4 de febrero: Obstrucción a la justicia .	150
— Sentencia 146/2002, de 5 de febrero: Archivo de las actuaciones en recurso de queja	151
— Sentencia 136/2002, de 6 de febrero: Delito continuado. Penalidad	154
— Sentencia 148/2002, de 7 de febrero: “Aberratio ictus”	156
— Sentencia 140/2002, de 8 de febrero: Ley Penal Intermedia .	157
— Sentencia 224/2002, de 12 de febrero: Prescripción del delito	158
— Sentencia 2293/2001, de 18 de febrero de 2002: Tentativa. Arrepentimiento eficaz	160
— Sentencia 359/2002, de 26 de febrero: Prevaricación judicial .	162
— Sentencia 341/2002, de 27 de febrero: “Revisión de la revisión” .	164
— Sentencia 357/2002, de 4 de marzo: Alevosía y abuso de superioridad. Concurso ideal de delitos	165

	<u>Página</u>
— Sentencia 361/2002, de 4 de marzo: Resistencia a la autoridad .	168
— Sentencia 421/2002, de 4 de marzo: Circunstancia atenuante de drogadicción	170
— Sentencia 407/2002, de 7 de marzo: Recurso de revisión . . .	172
— Sentencia 165/2002, de 11 de marzo: Impedir el ejercicio de los derechos cívicos	174
— Sentencia 454/2002, de 11 de marzo: Lesiones y maltrato de obra a fuerza armada	177
— Sentencia 464/2002, de 14 de marzo: Medidas de seguridad .	181
— Sentencia 501/2002, de 14 de marzo: Nulidad de actuaciones .	184
— Sentencia 510/2002, de 18 de marzo: Cacheo	185
— Sentencia 522/2002, de 21 de marzo: Cosa juzgada	187
— Sentencia 519/2002, de 22 de marzo: Tráfico de drogas. Delito continuado	189
— Sentencia 570/2002, de 27 de marzo: Prueba testifical	191
— Sentencia 612/2002, de 8 de abril: Responsabilidad civil derivada del delito	192
— Sentencia 637/2002, de 11 de abril: Requisito de procedibilidad .	195
— Sentencia 690/2002, de 19 de abril: Denegación de prueba .	196
— Sentencia 710/2002, de 22 de abril: Infracción de ley	198
— Sentencia 716/2002, de 22 de abril: Reincidencia	201
— Sentencia 707/2002, de 26 de abril: Testigos protegidos	203
— Sentencia 753/2002, de 26 de abril: Incendio	204
— Sentencia 839/2002, de 6 de mayo: Prescripción. Presentación en juicio de documento falso	206
— Sentencia 903/2002, de 16 de mayo: Duplicidad de causas por único suceso	208
— Sentencia 878/2002, de 17 de mayo: Preclusión del plazo para calificar	210
— Sentencia 302/2001, de 20 de mayo de 2002: Principio acusatorio .	212

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	215
— Sentencia 612/2001, de 23 de octubre (AP Valencia): Condición de los actores de los delitos contra la ordenación del territorio .	215
— Auto 2083/2001, de 26 de octubre (AP Madrid): Visitas médicas extrapenitenciarias. Motivos de limitación o denegación	216
— Sentencia 257/2001, de 5 de noviembre (AP Valencia): Coacciones: propietario de finca que impide el paso de vecino, colocando sendos candados en la puerta metálica de acceso	218
— Sentencia de 23 de noviembre de 2001 (AP Barcelona): Concurso real de delitos entre los recogidos en los arts. 379 y 380 del Código Penal	220
— Sentencia 612/2001, de 27 de noviembre (AP Sevilla): Prevaricación de abogado	221
— Sentencia 104/2001, de 7 de diciembre (AP Madrid): Blanqueo de capitales	223
— Sentencia 742/2001, de 17 de diciembre (AP Madrid): Concurso de leyes entre los arts. 379 y 380 del Código Penal	226
— Sentencia de 21 de diciembre de 2001 (AP Barcelona): Responsabilidad del seguro obligatorio de automóviles y no del Consorcio de Compensación de Seguro a pesar del impago de prima	228
— Auto 25/2002, de 14 de enero (AP Madrid): Falta de lesiones y delito de malos tratos familiares habituales: competencia objetiva .	229
— Sentencia 55/2002, de 5 de febrero (AP Madrid): Certificados para acreditar la validez de los etilómetros	231
— Sentencia 87/2002, de 5 de febrero (AP Madrid): Incomparecencia de testigo a llamamiento judicial: calificación jurídico-penal correcta y requisitos del tipo	232
— Sentencia de 12 de febrero de 2002 (AP Barcelona): Apertura de la correspondencia bancaria por el cónyuge: revelación de secretos .	235
— Sentencia 387/2002, de 12 de febrero (AP Madrid): Omisión del deber de socorro	236
— Sentencia 31/2002, de 13 de febrero (AP Valencia): Imprudencia médica: tratamiento contra la obesidad; benzodiazepinas	237
— Sentencia 75/2002, de 13 de febrero (AP Madrid): Apropiación indebida y delito societario de administración fraudulenta. Caracterización de las figuras	240

	Página
— Sentencia 68/2002, de 14 de febrero (AP Sevilla): Retención ilegal por funcionario policial	242
— Sentencia 72/2002, de 18 de febrero (AP Valencia): Usurpación de inmuebles: Requisitos del tipo	244
— Sentencia 237/2002, de 25 de febrero (AP Madrid): Hechos ya tenidos en cuenta para otra condena como base para penar por violencia habitual	246
— Sentencia 242/2002, de 25 de febrero (AP Madrid): Divulgación de dirección de correo electrónico. Actividad penal	249

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Instrucción 1/2002. Acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia	253
— Instrucción 3/2002. Actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia	257

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	265
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	269
— Derecho Procesal Penal	271

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL PROBLEMA DEL SUJETO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL

CARLOS BLANCO LOZANO

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. SUJETO ACTIVO.

1. Sujeto Activo *Particular*.

- A) Delito especial propio.
- B) Concepto de *promotor*.
- C) Concepto de *constructor*.
- D) Concepto de *técnico director*.

2. Autoridad o Funcionario Público.

- A) Generalidades.
- B) Concepto jurídico-penal de *autoridad*.
- C) Concepto jurídico-penal de *funcionario público*.

III. SUJETO PASIVO.

I. INTRODUCCIÓN

Son sujetos de todo delito ⁽¹⁾ tanto el sujeto activo de la infracción ⁽²⁾ como el sujeto pasivo de la misma, generalmente denominado también *víctima* del delito, que viene a ser comúnmente el titular del bien jurídico protegido por la concreta modalidad delictiva típica y que ha resultado ejecutada, bien directamente sobre él, bien sobre persona interpuesta ⁽³⁾.

II. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del delito es la persona(-s) física que realiza material o mediatamente, o bien coopera de algún modo penalmente conminado a la ejecución del hecho tipificado como delito ⁽⁴⁾.

1. Sujeto Activo *Particular*

El art. 319 CP, de cara a la articulación típica del delito urbanístico cometido por *particular*, entendida tal cualidad en cuanto persona que no ostenta el grado de funcionario público ⁽⁵⁾, hace concreta y exclusiva referencia, en cuanto sujetos activos del delito, a los *promotores, constructores y técnicos directores*.

A) Delito especial propio

La primera duda que se suscita con tal referencia típica, exclusiva y exhaustiva a los promotores, constructores y técnicos directores en cuanto sujetos

(1) *Vid.*, amplia y sistemáticamente al respecto, POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte general*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, 2000, pp. 101 y ss., 135 y ss.

(2) Cfr. GALLAS, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, Deutsche Beiträge zum VII. Internationale Strafrechtskongress, en *ZStW, Beiheft Athen*, 1957, pp. 3 y ss.

(3) *Vid.* SESSAR, *Über das Opfer*, en *VVAA, Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, 1985, pp. 1137 y ss.

(4) *Vid.* PIOTET, *Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre*, en *ZStW* 69, 1957, pp. 21 y s.

(5) Por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, 1996, p. 244.

activos, es la de si nos hallamos ante un delito común o bien ante un delito especial, y en este último caso, si se trata de un delito especial propio o bien impropio.

A este respecto, resulta conveniente primeramente sentar las bases de tales conceptos:

a) Son *delitos comunes* aquellos en los que cualquier persona puede ser sujeto activo de los mismos, dado que la referencia típica al mismo suele encabzarse con un genérico “el que...”⁽⁶⁾. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de homicidio (art. 138 CP).

b) Son *delitos especiales propios* aquellos en los que el sujeto activo aparece configurado en la descripción típica como una persona especialmente caracterizada en virtud de una específica cualidad que ostenta⁽⁷⁾. Este sería el caso que nos ocupa, ya que el art. 319 CP, tipificador del delito urbanístico cometido por *particular*, habla exclusivamente de *promotores, constructores y técnicos directores* en cuanto sujetos activos de tal delito.

c) Son *delitos especiales impropios* aquellos que, en un sentido en cierto modo ecléctico entre las dos modalidades precitadas, pueden ser cometidos por cualquier persona, pero si ésta ostenta una especial cualidad la pena prevista es distinta, generalmente superior, bien por razones de un mayor contenido de injusto personal, bien por motivos político-criminales de prevención general⁽⁸⁾.

Así pues, ya de entrada y a primera vista, del propio tenor literal del art. 319 CP, y conforme a una interpretación taxativa acorde con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal⁽⁹⁾, parece claro que nos hallamos ante un delito especial propio, por cuanto no puede ser cometido por *cualquier persona*, sino sólo por aquellas que ostenten la especial cualidad profesional de *promotores, constructores o técnicos directores*, aunque ello, claro está, con independencia de que por vía de aplicación de las reglas legales de autoría y participación (arts. 27 y ss. CP), se puede llegar a sancionar por la comisión de un delito urbanístico a un sujeto particular que no ostente tales cualificaciones profesionales [por ejemplo a un inductor —art. 28 CP, párr. 2.º, letra b)—].

Más específicamente aún, se trataría de un delito especial propio en su modalidad de *propia mano*, esto es, que el tipo presupone un acto de ejecución

(6) En tales términos BGH 31, p. 276.

(7) Así, OLG Hamburg, en NJW, 1984, p. 625.

(8) LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 162 y s.

(9) ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre, Eine Einführung*, 1985, p. 84.

corporal o al menos, y será lo más frecuente en este caso, *personal*, que debe realizar el propio autor⁽¹⁰⁾.

La jurisprudencia penal urbanística española, sin embargo, no se muestra unánime a este respecto, aunque conviene hacer notar que son bastante mayores en número las resoluciones judiciales que abogan por la interpretación que nosotros defendemos, esto es, la de la consideración del delito urbanístico cometido por particular en cuanto delito especial propio.

Así, entienden que se trata de un delito especial propio, esto es, que sólo puede ser cometido por aquellos sujetos que ostenten la condición profesional de *promotores, constructores o técnicos directores* en el ámbito urbanístico las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de diciembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de enero de 1999, de la Audiencia Provincial de Girona de 24 de septiembre de 1999, de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de enero de 2000, y las de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 1998, 4 de enero de 1999, 28 de mayo de 1999, 31 de mayo de 1999, 7 de junio de 1999, 23 de junio de 1999, 22 de septiembre de 1999, 13 de octubre de 1999, 20 de octubre de 1999, 2 de noviembre de 1999, 11 de noviembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 10 de enero de 2000, 24 de enero de 2000, 25 de enero de 2000, 3 de febrero de 2000, 9 de febrero de 2000, 16 de febrero de 2000, 17 de febrero de 2000 y 24 de marzo de 2000, entre otras.

Por contra, entienden que se trata de un delito común, esto es, que puede ser cometido por cualquier persona aun cuando no ostente las antedichas calificaciones profesionales (vulnerando con ello en nuestra opinión el principio de legalidad penal en su vertiente de interpretación taxativa del tipo), las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de diciembre de 1998, de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de abril de 2000, y de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de julio de 1999, entre otras.

Eclécticamente al respecto, en cuanto a no exigir *profesionalidad*, pero sí *técnicas o especiales habilidades* en el sujeto activo de cara a la *construcción o promoción urbanística*, se pronuncia por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 5 de mayo de 2000.

En cualquier caso, como hemos dicho, y pese a los pronunciamientos jurisprudenciales que en este punto lleguen a vulnerar el principio de legalidad penal a través de una prohibitiva interpretación analógica *in malam partem*⁽¹¹⁾, lo cierto es que nos hallamos ante un delito especial propio, por lo que procede a

(10) Así, SCHALL, *Auslegungsfragen zu parágr. 179 StGB usw.*, en *JuS*, 1979, p. 106.

(11) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 1965, pp. 93 y s.

continuación analizar las concretas cualidades profesionales alternativamente exigidas por el tipo en cuanto definitorias del sujeto activo del delito urbanístico cometido por particular⁽¹²⁾.

Tales cualidades son, como hemos visto, las de *promotor*, *constructor* o *técnico director*, y ello, obviamente, en referencia a la esfera urbanística. No nos hallamos en este caso, conforme al tenor literal de los núms. 1 y 2 del art. 319 CP, ante remisiones normativas en forma de normas penales en blanco, ya que a la hora de incrustar tales conceptos en el tipo, el legislador no se ha remitido expresamente a la correspondiente normativa administrativo-urbanística en la materia, por lo que en realidad nos encontramos ante *conceptos jurídicos indeterminados*⁽¹³⁾ cuya interpretación y concreción, cuyo *llenado*, corresponde al libre criterio valorativo del juez o Tribunal penal en cada caso concreto, de manera que las pautas marcadas al respecto por la copiosa normativa administrativa sobre ordenación territorial no tiene sobre este punto un carácter vinculante para el juzgador penal, sino meramente informador⁽¹⁴⁾. Téngase ello pues muy en cuenta a modo de premisa precautoria en cuanto al análisis que a continuación realizamos de tales conceptos profesionales⁽¹⁵⁾.

De este modo, y con tales reservas y precauciones, pasemos al análisis de lo que puedan ser *promotores*, *constructores* y *técnicos directores* en este ámbito particular.

B) Concepto de *promotor*

La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del art. 1591 CC⁽¹⁶⁾, refiere a este respecto que no existe una definición legal de carácter general de la figura del *promotor* urbanístico, si bien en la práctica de

(12) Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ, *Las personas responsables de las infracciones urbanísticas*, en *RDU*, núm. 81, 1983, pp. 97 y ss.

(13) KINDÄUSER, *Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale*, en *Jura*, 1984, pp. 474 y s.

(14) KUNERT, *Die normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, p. 284.

(15) Vid. SOTO VÁZQUEZ, *De nuevos los delitos urbanísticos*, en *BU*, 5 de marzo de 1996, B-12/266.

(16) Conforme al cual el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

la construcción urbanística sí está plenamente consolidada y, por tanto, es de general uso tal denominación. En tal sentido, sería *promotor* “la persona física o jurídica que promueve u organiza la construcción del inmueble y termina por comercializarlo” (SSTS de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 19 de diciembre de 1989 y 31 de marzo de 1992).

Partiendo de tales premisas definitorias jurisprudenciales, la doctrina urbanística viene definiendo al promotor en, verbigracia, los siguientes términos:

a) “Persona titular de la actuación en el aspecto jurídico y económico, la cual no tiene que coincidir necesariamente con la figura del propietario en cuyos terrenos se actúa” (17).

b) “Persona física o jurídica, pública o privada, que organiza la edificación de todo tipo de viviendas (y/o locales de negocio), bien para su venta a terceras personas o para sus asociados, localizando solares, buscando capitales, poniendo en conexión a sus propietarios con constructores e inversores y facilitando compradores, entre otras actividades” (18).

c) “Aquel *comitente* (19) que promueve un proyecto de nueva planta, cuya ejecución encomienda a un tercero (constructor o contratista) para, una vez finalizado, introducirlo en el mercado de venta o alquiler” (20).

En el ámbito de la legislación administrativo-urbanística autonómica también existen algunas pautas al respecto, aunque con notables diferencias definitorias entre las diversas Comunidades Autónomas españolas.

Así, el art. 41.3 de la LDU de la Comunidad de Madrid considera *promotor* “al propietario del suelo sobre el que se efectuó la infracción”, mientras que el art. 268.2 RPLU de Cataluña no menciona expresamente esta figura, pero sí habla del “propietario del suelo, su agente, gestor o impulsor”.

También en el marco de esta última Comunidad Autónoma, La Ley 24/1991, de 29 de noviembre, reguladora de la vivienda en Cataluña, dispone en su art. 3.1, más particularmente al respecto, que:

“A los efectos de la presente Ley, es promotor de viviendas la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las

(17) MARTÍN HERNÁNDEZ, *Las personas responsables de las infracciones urbanísticas*, 1998, p. 105.

(18) GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, 1996, p. 66.

(19) El *comitente* no es otro que la persona física o jurídica que encarga o encomienda la obra a otro.

(20) GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 63.

suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título”.

Entre tales premisas definitorias del término *promotor*, en fin, deberá moverse el juzgador penal a la hora de valorar —aunque a su libre criterio a falta de una remisión normativa expresa al respecto en el tipo del art. 319 CP— la presencia o no de esta cualidad profesional en el citado delito especial propio.

La presencia, sin embargo, de la figura del *promotor no profesional*, contemplada en diversos textos legales administrativos, ha conducido —erróneamente en nuestra opinión— a que determinadas resoluciones judiciales en materia penal —como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 de septiembre de 1998—, vengan a considerar que el delito tipificado en el art. 319 sea un delito común, de modo que “sujeto activo del delito citado puede ser cualquiera que dedique su esfuerzo a la edificación de una o varias viviendas, para sí o para su venta o alquiler”.

Entre tales normas previsoras de la figura del *promotor no profesional*, que por su peculiar carácter y teleología —muy ajenos al Derecho penal— y limitado ámbito de aplicación administrativa, no deben —según alcanzamos a entender— ser tenidas en cuenta a este respecto por el juzgador penal —puesto que nos hallamos ante un delito especial propio que exige una especial *cualidad profesional* del sujeto activo—, pueden citarse, por ejemplo, el Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, en cuyo artículo 7.a) se califica de *promotores* a “los particulares que individualmente o agrupados construyan viviendas para sí, para cederlas en arrendamiento o para venderlas”, o los arts. 22.a) del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, el RD 1932/1991, de 20 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, el RD 224/1989, de 3 marzo, y el RD 1494/1987, de 4 de diciembre, ambos sobre el mismo objeto anterior, que vienen a repetir este concepto de *promotor privado, no profesional*, que tiende a conseguir la edificación de una vivienda para habitarla por sí o para destinarla al arrendamiento o la venta, con ánimo en estos casos de lucro.

C) Concepto de *constructor*

Desde una perspectiva histórica, en la génesis decimonónica de nuestro Derecho urbanístico, la figura del *constructor* se correspondería, según entienden algunos autores⁽²¹⁾, con la del antiguo *maestro de obras*, que aparecía regulada ya en el Real Decreto de 22 de julio de 1864, el cual venía a distinguir entre:

(21) Por todos, DOMÍNGUEZ LUIS/FARRE DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, 1998, p. 113.

a) *Maestros de obra antiguos* (los que dispusieran de tal titulación con anterioridad al Reglamento de 28 de septiembre de 1845 ⁽²²⁾), los cuales “pueden proyectar y dirigir toda clase de edificios particulares, a excepción de aquellos costeados por fondos públicos o que tuvieran un uso público” ⁽²³⁾.

b) *Maestros de obra modernos* (“los procedentes de las Escuelas establecidas en las Academias de primera clase”, así como todos cuantos hayan obtenido tal título con posterioridad al Reglamento de 28 de septiembre de 1845 ⁽²⁴⁾), los cuales “entenderán de los proyectos y construcción de edificios particulares de uso privado, salvo en capitales de provincia y en pueblos donde exista Arquitecto, donde se limitarán a la construcción de edificios con sujeción a los planos y bajo la dirección de los Arquitectos” ⁽²⁵⁾.

Actualmente, a falta de una legislación estatal que defina en el marco del Derecho administrativo urbanístico la figura del *constructor*, puede tomarse al respecto a modo referencial la autonómica Ley 24/1991, de 29 de noviembre, reguladora de la vivienda en Cataluña, conforme a la cual el *constructor de viviendas* es aquella:

“Persona física o jurídica debidamente habilitada que ejecuta la edificación o la rehabilitación de forma integrada, coordinando los trabajos que en la edificación realicen los industriales que puedan colaborar en la misma, de acuerdo con el proyecto y bajo las órdenes de la dirección facultativa” (art. 4.º de dicha Ley reguladora de la vivienda en Cataluña).

En cuanto a la jurisprudencia extrapenal en la materia, se muestra extremadamente confusa a la hora de delimitar la figura del *constructor*.

Así, la STS de 5 de marzo de 1990 identifica *constructor* y *contratista*, definiéndolos en cuanto aquellos que asumen “la total ejecución de la construcción, proyectando, dirigiendo, inspeccionando y definitivamente aprobando su terminación”.

Por contra, un año después, el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 1991, sí viene a distinguir entre las figuras de *contratista* y *constructor*. A este último se refiere precisamente la posterior STS de 11 de junio de 1994, en cuanto “ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio”.

(22) Art. 2.º del Real Decreto de 22 de julio de 1864.

(23) Art. 6.º del Real Decreto de 22 de julio de 1864.

(24) Art. 6.º del citado Real Decreto de 22 de julio de 1864.

(25) *L.u.c.*

Pero es que esta resolución de nuestro alto Tribunal últimamente citada tampoco viene a clarificar la cuestión como a primera vista parece, sino antes bien al contrario. En efecto, la STS de 11 de junio de 1994 viene a solapar, y por tanto a identificar en el caso en cuestión, las figuras del *promotor*, del *constructor* y del *contratista*⁽²⁶⁾, unificándolas en cuanto:

“Persona (física o jurídica) que reúne los siguientes caracteres: ser propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos pisos o locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, a lo que no se opone el que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio”.

Por lo demás, el Tribunal Supremo sigue identificando al *constructor* no sólo con el *contratista* (STS de 14 de junio de 1995), sino también con el *empresario de la obra* (STS de 30 de noviembre de 1992), el *ejecutor* de la misma (STS de 7 de marzo de 1995) y el *urbanizador* (STS de 3 de mayo de 1995), entre otros⁽²⁷⁾.

La doctrina urbanística, por su parte, viene a definir al *constructor* en los siguientes términos, que serán, junto a las pautas normativas y jurisprudenciales extrapenales precitadas —tan confusas, por lo demás, como hemos visto—, los que puedan orientar al juzgador penal de cara a la nada fácil concreción de este sujeto activo profesional de tal delito especial propio:

- a) “Persona física o jurídica que conviene con el promotor la ejecución de una obra inmobiliaria, responsabilizándose de hacerla una realidad física”⁽²⁸⁾.
- b) “Persona que se responsabiliza de la realización de la construcción”⁽²⁹⁾.

(26) Por su parte, las SSTS de 9 de marzo de 1981, 13 de junio de 1984, 13 de julio de 1987 y 9 de marzo de 1988, entre otras, vienen a equiparar asimismo la figura del promotor vendedor con la del contratista.

(27) Cfr., por ejemplo, SSTS de 28 de noviembre de 1977, 12 de febrero de 1981, 9 de marzo de 1981, 1 de marzo de 1984, 13 de junio de 1984, 11 de febrero de 1985, 25 de febrero de 1985, 20 de junio de 1985, 30 de octubre de 1986, 27 de octubre de 1987 y 6 de marzo de 1990.

(28) GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, 1996, p. 52.

(29) DOMÍNGUEZ LUIS/FARRE DÍAZ, *l.u.c.*

c) “La esencia de esta figura radica en la responsabilidad que asume de, una vez finalizada la obra, entregarla y soportar el riesgo de su ejecución” (30).

d) “Técnico de la edificación cuya actividad profesional no se presta de modo directo y personal, como ocurre con los otros técnicos o profesionales que intervienen en la edificación, sino que, por el contrario, por la propia naturaleza de la función que está llamado a desarrollar, dicha figura en la actualidad presupone la existencia de una organización empresarial a la que es inherente una plantilla, más o menos numerosa y cualificada, de operarios y auxiliares, que son quienes en realidad afrontan los trabajos de ejecución material de la obra, confiada a su principal y de cuya actuación es, por tanto, directamente responsable el empresario-constructor” (31).

e) “Aquel que materialmente hace posible la construcción, aportando al efecto su trabajo (mano de obra), y también, en ocasiones, los materiales necesarios para llevar a cabo la obra” (32).

D) Concepto de *técnico director*

a) *Generalidades*

A este respecto, conviene partir de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de *arquitectos técnicos* e *ingenieros técnicos*, así como de la normativa adyacente y complementaria que viene, en fin, a desarrollar tal disposición, cual es la integrada por los Decretos 148/1969, de 13 de febrero, 265/1971, de 19 de febrero, 119/1973, de 1 de febrero y 902/1977, de 1 de abril.

La aludida Ley 12/1986, sobre regulación de atribuciones profesionales de *arquitectos técnicos* e *ingenieros técnicos* (33) colma las exigencias legales del principio de plenitud de facultades y competencias de tales técnicos titulados profesionales de la construcción (34), así como del principio de autonomía en el

(30) *L.u.c.*

(31) GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, 1990, pp. 164 y s.

(32) ROMÁN GARCÍA, *o.c.*, p. 60.

(33) Sobre la misma, *vid.* VERA FERNÁNDEZ-SANZ, *En torno a la aplicación práctica de la Ley 12/1986 de atribuciones profesionales*, en *RDU*, núm. 118, pp. 131 y ss.

(34) POZO GÓMEZ, *La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos*, en *RDU*, núm. 119, p. 129.

desempeño de las funciones que les son propias⁽³⁵⁾, y ello delimitando al respecto, también autónomamente, las competencias inherentes a una y otra especialidad técnico-profesional titulada⁽³⁶⁾.

Conforme a tales premisas normativas, puede definirse, en principio, al *técnico director* al que se refiere el art. 319 CP como:

Aquel profesional titulado, bien arquitecto o aparejador, bien ingeniero superior o técnico, a cuya “lex artis” de la edificación queda sometida la ejecución de la obra o construcción.

Tal *lex artis* viene a comprender el conocimiento y adecuada aplicación del conjunto de preceptos, reglas y fundamentos técnicos necesarios para el buen hacer constructivo y, en suma, para la fiel realización de todo *proyecto inmobiliario* y consiguiente consecución de una óptima rentabilidad de los elementos que lo integran⁽³⁷⁾.

La citada Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, sustituye el tradicional concepto, propio de la legislación urbanística anterior, de *proyecto técnico*, por el de *proyecto arquitectónico*, con lo que nos encontramos ante un nuevo concepto jurídico indeterminado al que ha tratado de dar contenido tanto la doctrina como la jurisprudencia urbanística, y ello sobre la base de otras diversas disposiciones normativas adyacentes, incluso de ámbito autonómico.

En tal sentido puede citarse primeramente el Decreto de 17 de junio de 1977 sobre tarifas de honorarios de arquitectos, conforme al cual el citado *proyecto arquitectónico* se articularía en dos fases:

a) El *proyecto básico*, el cual consiste en la “definición de modo preciso de las características generales de la obra mediante la adopción y justificación de soluciones concretas” (art. 1.4.3).

b) El *proyecto de ejecución*, que es el que “desarrolla el *proyecto básico*, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, etc.” (art. 1.4.4).

En la esfera de la legislación emanada de las Comunidades Autónomas, la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Islas Baleares,

(35) Ampliamente al respecto, GIL IBÁÑEZ, *Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores*, 1993, *passim*.

(36) FERNÁNDEZ PASTRANA, *La capacidad de proyección de los aparejadores y arquitectos técnicos*, en AA, 1990-3, pp. 367 y ss.

(37) Cfr. GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 226.

en cuyo art. 6.º, volviendo a la clásica terminología de *proyecto técnico*, establece que el mismo “está integrado por el *proyecto básico* y por el *proyecto de ejecución*”, siendo el *proyecto básico* “aquél en el que se definen de forma precisa las características generales de la obra mediante la adopción y la justificación de soluciones concretas”, y constituyendo, por su parte, el *proyecto de ejecución* “aquél que desarrolla el proyecto básico de la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos” (38).

En cuanto a la doctrina, se ha señalado que el proyecto arquitectónico es “el conjunto de documentos, cálculos y estudios que, debidamente autorizados por titulados legalmente competentes para ello y de acuerdo con las condiciones del encargo y las exigidas por la complejidad y dificultades de la edificación, definen en su totalidad de forma gráfica y escrita las obras a realizar, con precisión suficiente para que puedan materializarse a partir de su interpretación” (39).

Por lo que a la jurisprudencia respecta, la STS de 30 de enero de 1995 entiende que el *proyecto arquitectónico* “comprende los denominados *proyecto básico* y *proyecto de ejecución* de la obra, el primero suficiente para solicitar la licencia municipal pero insuficiente para llevar a cabo la construcción, para lo que se precisa del segundo”. Respecto de este último, es decir, del *proyecto de ejecución* de la obra, la STS de 12 de julio de 1994 señala que “constituye el documento esencial tanto para valorar la legalidad como la seguridad de las edificaciones”.

Otras resoluciones jurisprudenciales urbanísticas, sin embargo, se muestran reacias a establecer una definición genérica de lo que es tal *proyecto arquitectónico* contemplado en la reiteradamente aludida Ley 12/1986, como la STS de 4 de marzo de 1996, que señala que tal concepto, “dada su ambigüedad, falta de contornos y límites generalmente establecidos o aceptados por la doctrina y la praxis del entorno edificatorio, ha de ser interpretado e integrado por los Tribunales en cada caso concreto contemplado”. En el mismo sentido se pronuncian también las SSTS de 27 de diciembre de 1989, 18 de octubre de 1990 y 1 de noviembre de 1992.

Tal concepto administrativo-urbanístico de lo que pueda ser el *técnico director*, figura a la cual expresamente hace alternativa referencia el tipo en cuan-

(38) También sobre la materia, y nuevamente en el marco de la normativa estatal, cfr. el art. 9.1.1.º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, así como el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se aprueban las normas sobre redacción y proyectos y dirección de obras de edificación.

(39) GIL IBÁÑEZ, *Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores*, cit., p. 99.

to sujeto activo profesional de este delito especial propio, bien puede servir de orientación al juzgador penal a la hora de interpretar y aplicar el art. 319 CP.

El problema, en todo caso, tampoco es tan sencillo como a primera vista pudiera parecer, ya que surge entonces la cuestión, a la hora de concretar la responsabilidad personal, del deslinde competencial entre los diversos profesionales concurrentes, a modo de *técnicos-directores de la construcción o edificación ilícita* ⁽⁴⁰⁾.

A tal efecto, la jurisprudencia se muestra oscilante, puesto que algunas resoluciones —eso sí, las menos— no vienen a establecer tal deslinde competencial a efectos de imputación, y ello recurriendo al amplio concepto de *dirección de obra*, bajo el que son englobables tanto “el *proyecto*, la *dirección stricto sensu* y la *inspección o vigilancia de los trabajos*” (en tal sentido, SSTS de 17 de febrero de 1984, 17 de febrero de 1986, 25 de abril de 1986, 7 de junio de 1986 y 8 de junio de 1988).

b) *Arquitectos superiores y arquitectos técnicos o aparejadores*

La aludida Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, ha venido a paliar, cuando menos en parte, las dudas y oscilaciones jurisprudenciales sobre el particular.

Así, la STS de 20 de enero de 1996, viene a sentar la siguiente doctrina sobre la materia:

“La Ley 12/1986, con su remisión al Decreto 148/1969, de 13 de febrero, conserva como núcleo fundamental de las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos la *ejecución de la obra*, entendiendo este concepto en el sentir amplio que señala la citada disposición reglamentaria, a saber: organización, realización y control de obras de arquitectura, de sus instalaciones auxiliares, trabajos complementarios de gabinete y economía de la construcción, de suerte que para los arquitectos técnicos la facultad de elaborar proyectos se refiere a los de toda clase de obras que, con arreglo a la legislación del sector de la edificación no precisen de proyecto arquitectónico, el cual empero —y ello debido a la ambigüedad de este concepto antes mencionado—, no debe entenderse como relativo a proyecto de arquitecto superior, ya que otros técnicos de este grado están también capacitados para proyectar obras de arquitectura” (en la misma línea se pronuncian también, entre otras, las SSTS de 5 de junio de 1993, 4 de abril de 1995, 7 de noviembre de 1995 y varias de 3 de enero de 1996).

(40) Vid. DOMÍNGUEZ LUIS/FARRE DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., pp. 119 y ss.

Por tanto, y al amparo de la legislación vigente en el sector, la jurisprudencia última sí parece mantenerse unánime en cuanto a la consideración de la incompetencia de los arquitectos técnicos en orden la construcción de obras de nueva planta⁽⁴¹⁾.

De este modo, y al amparo del elemental criterio de garantía de la seguridad de las edificaciones, el alto Tribunal ha afirmado, más pormenorizada y técnicamente, que:

“Los arquitectos técnicos pueden proyectar construcciones que carezcan de complejidad técnica constructiva por no resultar necesarias obras arquitectónicas básicas, tales como cimentación, estructuras de resistencia o sustentación, forjados u otros similares” (STS de 6 de marzo de 1992).

La finalidad a la que apuntan tales soluciones jurisprudenciales no es otra que:

“La de la garantía de la seguridad, derivada ante todo de la formación y preparación técnica del profesional que redacta el proyecto, resultando así que en este tema lo que late en el fondo es el problema de las garantías de seguridad en la edificación, y por tanto de la misma vida humana, lo que determina que las dudas que al respecto se suscitan se resuelven en el sentido de la búsqueda de la mayor seguridad, y por tanto de la exigencia de la titulación —formación— propia de los estudios superiores. En consecuencia, por razón del sentido teleológico de la protección de la seguridad de las edificaciones, todas las edificaciones que se destinen a vivienda humana o concepto a ella asimilable requieren ser proyectadas por arquitecto superior” (en tales términos, SSTS de 8 de julio de 1981, 21 de octubre de 1987, 4 de junio de 1991, 28 de junio de 1991 y 29 de marzo de 1995).

Por lo demás, según viene a establecer el Decreto de 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos, la facultad de *proyección* implica también la de *dirección de la obra*⁽⁴²⁾, por cuanto esta última “es aquella en la que el arquitecto, además de otras funciones, lleva a término el desarrollo del proyecto de ejecución” (art. 1.4.5 del Decreto de 17 de junio de 1977, sobre tarifas de honorarios de arquitectos).

(41) SSTS de 10 de abril de 1990, 29 de enero de 1991, 26 de febrero de 1991, 30 de octubre de 1991, 6 de marzo de 1992, 18 de marzo de 1992, 8 de abril de 1992, 7 de mayo de 1992, 23 de mayo de 1992, 3 de noviembre de 1992 y 11 de noviembre de 1992.

(42) Vid. DOMÍNGUEZ VILA, *El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el Ordenamiento urbanístico*, en RDU, núm. 79, 1982, pp. 89 y ss.

c) *Ingenieros superiores e ingenieros técnicos o peritos*

Según establece expresamente el Real Decreto de 18 de septiembre de 1985, los ingenieros superiores están autorizados para la construcción de edificios de carácter industrial.

En cuanto a los ingenieros técnicos, también son considerados aptos para la construcción de tales edificios industriales siempre que no excedan de los límites de potencia y tensión establecidos en el Real Decreto-Ley 37/1977, regulador de las atribuciones de los *peritos* industriales.

Más concretamente, la supraconsignada Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de atribuciones profesionales de arquitectos técnicos e ingenieros técnicos, atribuye a los ingenieros técnicos, con no poca casuística al respecto:

“La redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación” (43).

Asimismo, debe tenerse presente sobre la cuestión que nos ocupa que, como recuerda el alto Tribunal, es competencia municipal “en el momento de pronunciarse sobre la solicitud de licencia que se trate, examinar la competencia del técnico que suscriba el correspondiente proyecto como uno de los datos que condicionan el otorgamiento de la licencia interesada” (STS de 21 de febrero de 1994).

d) *El visado colegial*

El visado del correspondiente colegio profesional al que pertenezca por su titulación el *técnico director* de la construcción o edificación, sobre el proyecto elaborado por éste, refleja y expresa una función de control corporativo sobre la actividad profesional de los colegiados, correspondiente por tanto al ámbito interno de la profesión en cuestión.

En su alcance urbanístico, tal visado constituye un informe preceptivo, aunque no vinculante, y en consecuencia a ello no supone en ningún caso una limitación a la facultad resolutoria del órgano administrativo-urbanístico legalmente competente (44).

(43) *Vid.* al respecto SSTS de 25 de mayo de 1983, 20 de mayo de 1985, 16 de mayo de 1986, 5 de enero de 1990 y 2 de noviembre de 1994, entre otras resoluciones.

(44) POZO GÓMEZ, *La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos*, cit., pp. 128 y s.

En efecto, como ha señalado es este último respecto nuestro Tribunal Supremo:

“Corresponde a la Administración Local en última instancia otorgar o denegar la licencia solicitada a la vista de cuantos datos e informes obren en el expediente administrativo, sin que el visado colegial pueda sustituir o limitar dicha competencia administrativa sobre el control de la legalidad urbanística” (STS de 23 de enero de 1991).

En cualquier caso, como hemos dicho, el proyecto de edificación precisa ⁽⁴⁵⁾ del correspondiente visado colegial ⁽⁴⁶⁾. En tal sentido, la autonómica Ley 3/1987, de 8 de abril, reguladora de la disciplina urbanística de Asturias ⁽⁴⁷⁾, establece que:

“El proyecto técnico con base al cual se solicite la licencia deberá disponer del correspondiente visado colegial, salvo en los proyectos, obras, construcciones de todo tipo y/o para las Administraciones Públicas, Organismos Autónomos y Sociedades de capital total o mayoritariamente público, a realizar, en este último caso, para las citadas Administraciones y Organismos, en que bastará la intervención de la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la entidad correspondiente a la que pertenecieran o estuvieran adscritas” (art. 2.1 de dicha Ley 3/1987).

2. Autoridad o Funcionario Público

A) Generalidades

El art. 320 CP, en la articulación típica de las alternativas modalidades del delito urbanístico *funcionarial*, hace exclusiva y exhaustiva referencia, en cuanto posibles sujetos del mismo, a *la autoridad o funcionario público*. Nos hallamos por tanto, nuevamente, ante un delito especial propio —en su vertien-

(45) *Vid.* SSTS de 3 de julio de 1996 y 25 de septiembre de 1997.

(46) Cfr. art. 242.7 del Texto Refundido de la Ley del suelo, precepto cuyo tenor fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, siendo el siguiente: “Los Colegios profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos, si observaren incumplimiento de la legislación urbanística pondrán en conocimiento de la Administración competente dicha presunción, denegando el visado”.

(47) Conforme a la redacción dada por la Disposición adicional cuarta de la Ley 10/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para 1992.

te de propia mano—, y más concretamente, como hemos dicho, ante un delito funcional, esto es, que sólo puede ser cometido por un sujeto que ostente la cualidad jurídica de *servidor público*⁽⁴⁸⁾.

En este caso, por contra, no nos hallamos ya ante sujetos activos definidos a través de conceptos jurídicos indeterminados —como ocurría con los *promotores, constructores y técnicos directores* del art. 319—, sino que el Código penal español se encarga de definir, a través de un concepto normativo expresamente previsto en dicho cuerpo legal, y concretamente en el art. 24 CP, lo que debe entenderse en tal ámbito punitivo por *autoridad* y por *funcionario público*⁽⁴⁹⁾.

A pesar de tal expresa previsión legislativa conceptuadora de ambas figuras, no vienen a resultar éstas precisamente fáciles de delimitar recíprocamente, por cuanto es difícil concebir una *autoridad* que no sea, en cuanto tal, una persona estatutariamente al servicio de la Administración, esto es, un *funcionario público*, o bien un *funcionario público* que, en el ejercicio de sus competencias estatutarias, legal o reglamentariamente atribuidas, no tenga una cierta *potestad o autoridad*⁽⁵⁰⁾.

En cualquier caso, esta noción propia y específica en el ámbito penal de lo que ha de entenderse por *autoridad* y por *funcionario público* hace que, como reiteradamente ha venido sosteniendo nuestra jurisprudencia penal, ambas nociones, a efectos punitivos, son independientes de las conceptualizaciones que sobre tales figuras pueda efectuar el Ordenamiento administrativo (así, entre otras muchas, SSTS de 27 de marzo de 1982, 25 de junio de 1986 y 13 de marzo de 1992), y ello por más que, como viene observando la doctrina, en el ámbito

(48) Cfr. ENGELSING, *Eigenhändige delikte*, 1926, p. 146.

(49) El derogado Código penal español, Texto Refundido de 1973, también venía, en su art. 119 a definir ambas figuras, siendo la novedad más relevante introducida al respecto por el art. 24 del vigente Código de 1995, además de la de dotar a tales nociones de una mayor precisión técnica, la de introducir en el ámbito del concepto de *autoridad* a los miembros de las Asambleas legislativas nacional, autonómicas y europea, así como a los miembros de los órganos colegiados.

Concretamente, el tenor literal del art. 119 del ACP rezaba así:

“A los efectos penales, se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal si tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

Se reputarán también autoridades a los funcionarios del Ministerio fiscal.

Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de Autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”.

(50) En tal sentido, COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español*, en RGLJ, 1962, p. 472.

administrativo se está operando una cierta revisión del contenido conceptual y alcance de ambas figuras, evolución que tiende hacia una mayor flexibilidad al respecto ⁽⁵¹⁾.

A mayor abundamiento al respecto, en cuanto a la diferencia y separación del Derecho penal y del administrativo en la definición y consideración de ambas modalidades de servidores públicos, la jurisprudencia penal estima que:

“La cualidad de autoridad o de funcionario no acompaña al sujeto como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público y para cuestiones puramente personales” (STS de 12 de mayo de 1992).

B) Concepto jurídico-penal de *autoridad*

En efecto, según viene a disponer nuestro texto punitivo por excelencia, en sede de Parte general, y concretamente en el Capítulo VI del Título I, Libro I:

“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal” (art. 24.1 CP).

Un análisis de la precitada disposición apunta, ya de entrada, a que lo característico del concepto penal de *autoridad*, su propia esencia definitiva en este ámbito, es el hecho de *tener mando* o *ejercer jurisdicción*, o dicho en palabras de nuestro Tribunal Supremo, la “legítima posesión de una determinada fuerza coactiva” (STS de 25 de junio de 1986).

A mayor abundamiento, *tener mando* viene a significar tener la facultad de disponer, *obligando* con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público.

En cuanto al *ejercicio de jurisdicción*, dicha noción no difiere en modo alguno demasiado de la precitada *tenencia de mando*, ya que presupone también una potestad muy similar, aunque del contexto del propio art. 24 CP parece desprenderse que con ella se trata de hacer referencia especial a la potestad de los jueces y Tribunales para conocer y resolver los asuntos que les son pro-

(51) Así, VALEIGE ÁLVAREZ, *El concepto de funcionario público en el Código penal*, en CPC, 1996, pp. 472 y s.

pios ⁽⁵²⁾, o expresado en términos constitucionales, para *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, atribuciones que constituyen la esencia misma de la *potestad jurisdiccional* (cfr. art. 117.3 CE).

Más pormenorizadamente, cabe reseñar que nuestra jurisprudencia penal viene considerando *autoridad* a los jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros y alcaldes, entre otros, pero no, por ejemplo, a los tenientes de alcalde o a los concejales (en tal sentido, por ejemplo, SSTS de 8 de octubre de 1990 y de 12 de mayo de 1992), figuras estas dos últimas que pueden tener una gran relevancia en el ámbito que nos ocupa en esta investigación, cual es el urbanístico. En todo caso, ambos sujetos activos últimamente citados, por más que la jurisprudencia no venga a considerarlos *autoridad*, sí serían encajables como *funcionarios públicos*, por lo que la relevancia penal del ilícito no se vería anulada al prever alternativamente el art. 320 CP ambas modalidades en cuanto posibles sujetos activos del delito urbanístico cometido por servidor público.

C) Concepto jurídico-penal de *funcionario público*

Como hemos adelantado ya, según se encarga también de establecer expresamente nuestro Código penal:

“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmedidata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas” (art. 24.2 CP).

Las tres vías que, a efectos penales, se señalan pues legalmente a modo de acceso a la condición funcional ⁽⁵³⁾, caracterizada —según el propio tenor literal del precepto citado— por el *ejercicio de las funciones públicas*, son las siguientes, como ha venido señalando nuestra jurisprudencia (por todas, STS de 11 de octubre de 1993):

- a) Por disposición inmediata de la Ley.
- b) Por elección conforme a las normas electorales pertinentes.
- c) Por nombramiento de autoridad competente.

Ciertamente esta triple casuística puede incurrir en una cierta redundancia, por cuanto a fin de cuentas las dos últimas vías precitadas se han de adecuar a la

(52) ORTS BERENGUER, *Comentario* al art. 24, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 273.

(53) A este particular respecto, nuestra Constitución señala, en su art. 103.3, que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de *mérito* y *capacidad*.

Ley, por lo que la doctrina mayoritaria considera que, en cualquier caso, la incorporación funcional se produce conforme a la primera de las vías apuntadas, esto es, a la inmediata disposición de la Ley⁽⁵⁴⁾, siendo las otras dos vías, en nuestra opinión y siguiendo a tal doctrina, pasos previos a la misma.

Sistemáticamente, el concepto penal de *función pública* puede articularse atendiendo pues a la concurrencia de tres elementos⁽⁵⁵⁾:

- a) Un elemento *subjetivo*, en función del cual la función pública es la actividad llevada a cabo por un ente de carácter público.
- b) Un elemento *objetivo*, a cuyo tenor la función pública puede ser definida como la actividad realizada mediante actos sujetos al Derecho público.
- c) Un elemento *teleológico*, según el cual la función pública es aquella actividad en la que se persiguen fines públicos.

A modo de ejemplo al respecto, nuestra jurisprudencia punitiva ha venido considerando funcionarios públicos a los interinos (SSTS de 9 de octubre de 1991 y de 20 de mayo de 1993), a los ordenanzas de cualquier Administración (STS de 11 de octubre de 1993), a los empleados de notarías (STS de 28 de febrero de 1974), así como a los auxiliares del Registro de la Propiedad (STS de 15 de febrero de 1990), entre otros muchos supuestos análogos.

Un problema de no poca entidad que se plantea sobre el particular, y que tiene una especial incidencia en el ámbito del delito urbanístico, es el de determinar si tienen o no, a efectos penales, la condición de funcionarios públicos los empleados de empresas privadas concesionarias de servicios públicos o de entes que, aun sujetos al Derecho privado, gocen de participación capitalística pública.

A este último respecto, nuestro alto Tribunal se viene pronunciando hasta el momento de un modo restrictivo, como lo hizo en la Sentencia de 13 de marzo de 1992, en la que no se le atribuyó la cualidad de funcionario público a un empleado de Tabacalera por considerar que “no es cierto que el personal de una empresa pública sea ya por ese solo hecho funcionario público”.

En todo caso, se trata de una cuestión abierta⁽⁵⁶⁾, casi de una laguna legal —nos atrevemos a decir— que el Código de 1995 no debería tal vez haber obviado, dada la fuerte presencia de tales empresas *públicas*, lo relevante de sus

(54) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, en CPC, núm. 27, pp. 169 y s.

(55) Así, ORTS BERENGUER, *Comentario* al art. 24, cit., p. 274, citando a VIVES ANTÓN.

(56) Así, VALEIGE ÁLVAREZ, *l.u.c.*

servicios para la ciudadanía y el gran número de personal que llegan a contratar, empleados que, *de facto*, prestan *servicios públicos*. Tal problema de inseguridad jurídica, de interpretación e integración del concepto de *funcionario público* en dichos supuestos *fronterizos*, y que adquiere además gran relevancia en la esfera urbanística⁽⁵⁷⁾, deberá ser colmado por los jueces y Tribunales atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y a las específicas atribuciones de cada posible sujeto activo del delito.

III. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito viene a ser el titular del bien jurídico protegido, pudiendo ser tanto una persona física como una persona jurídica, o incluso la propia colectividad o el Estado. En tal sentido, la conducta típica puede atacar directamente sobre dicha víctima del comportamiento delictivo, o bien ejecutarse sobre una tercera persona ajena al bien jurídico protegido pero que en ese momento se halla en disposición del objeto material del delito⁽⁵⁸⁾.

En el caso del delito que nos ocupa, cual es el urbanístico⁽⁵⁹⁾, puesto que nos hallamos ante un bien jurídico protegido de carácter, utilidad y, ante todo, *titularidad pública*⁽⁶⁰⁾, sujeto pasivo del delito no puede ser otro que la colectividad⁽⁶¹⁾, la propia comunidad de ciudadanos inserta en el ámbito territorial de referencia⁽⁶²⁾.

(57) *Vid.*, a modo de ejemplo, la autonómica Ley 5/1987, de 7 de mayo, sobre creación de Sociedades de Gestión Urbanística como empresas públicas correspondientes a los ámbitos territoriales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, provincias de Valladolid y Zamora.

(58) *Vid.*, a mayor abundamiento sobre la cuestión, SESSAR, *Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht*, en VVAA, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 373 y ss.

(59) Cfr. BENDER/SPARWASSER, *Umweltrecht, Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1990, pp. 3 y s.

(60) Así, STORM, *Umweltschutz und Verfassung*, en WAGNER/PSCHERA (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsfragen des Umweltschutzes*, 1981, p. 28.

(61) KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts*, 1978, p. 121.

(62) PRÜMM, *Umweltschutzrecht: eine systematische Einführung*, 1989, p. 78.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTRUCTURA DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. A PROPÓSITO DE LA STC 42/1999

CRISTINA GUIASOLA LERMA

Universitat Jaume I (Castellón)

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
 - II. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS.
 - III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.
 - IV. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 42/1999, DE 22 DE MARZO.
 - V. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. PLANTEAMIENTO

La sentencia que da lugar al presente artículo —sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional con fecha de 22 de marzo de 1999— resuelve el recurso de amparo núm. 1071/1996, decidiendo su desestimación. El demandante de amparo denunciaba en el recurso que da origen a la citada sentencia la vulneración de los derechos de presunción de inocencia y de la legalidad penal (arts. 24.2 y 25.1 CE), vulneraciones imputables a la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 1996, la cual condenó al demandante como autor de un delito contra el medio ambiente del párrafo primero del artículo 347 bis del anterior Código Penal.

El objetivo de las reflexiones que suscita la doctrina constitucional emanada de la sentencia se centra en la pretendida vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), vulneración que, como veremos se fundamenta, según el demandante, en la imposibilidad de subsumir razonablemente los hechos en

el delito ecológico por el que se le castiga según la sentencia de la Audiencia Provincial. Concretamente se sostiene que se le condena por un delito ecológico cuando, según aquél, dicho delito requiere como elemento típico un peligro concreto para la salud de las personas y las condiciones de la vida animal, no verificado en el caso particular.

Con este trabajo se persigue pues, al hilo de la STC 42/1999, analizar en qué medida y hasta qué límites la estructura de los delitos de peligro abstracto se acomoda a las exigencias del principio de legalidad, postulado básico del Derecho Penal, cuyo respeto supone la salvaguarda de la seguridad jurídica —asegurando así el que el ciudadano conozca con exactitud en qué supuestos puede ser castigado si vulnera la norma— y cuyo significado esencial comporta como exigencias inmediatas la taxatividad y certeza en la determinación de la ley penal.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

1. Según la relación de los **hechos probados**, la empresa que dirige el acusado venía vertiendo sus aguas residuales a la riera de San Cugat, a 50 m de su desembocadura en el río Besós. Del análisis de las muestras de aguas tomadas se evidencia la existencia de metales, así como una alta demanda química de oxígeno en cantidades netamente superiores a las autorizadas como máximas por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, siendo dichas concentraciones absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona. No obstante lo cual, tanto la riera donde se realizó el vertido como el río Besós, se designan como ríos muertos, carentes de toda flora o fauna, sin que conste que las aguas vertidas constituyan una grave dificultad añadida a la regeneración de los ríos.

El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell absuelve al recurrente del delito contra el medio ambiente del artículo 347 bis del Código Penal de 1973, fundando dicha absolución en la no concurrencia de uno de los elementos del delito, que se concreta en la existencia de un peligro concreto para la salud de las personas y las condiciones de la vida animal. Según los argumentos que se exponen, se absuelve por no acreditarse que las aguas residuales vertidas por la empresa en cuestión constituyeran “una grave dificultad añadida a la regeneración del río Ripoll, ni del Besós, al que éste desemboca”. En el caso, el Tribunal afirma que “al día siguiente de los vertidos analizados, el Besós estaba tan muerto como el día anterior y era tan regenerable como lo era la víspera”.

2. Tal sentencia fue sin embargo revocada por la **Audiencia Provincial de Barcelona**, estimando en parte el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y condenó a don Alejandro E. R. como autor de un delito contra el medio ambiente del párrafo primero del citado artículo 347 bis del anterior Código Penal.

En primer lugar, la Audiencia acepta como hechos probados los consignados en la sentencia apelada, *con excepción* del último párrafo referido a la falta

de constancia de que los vertidos constituyeran una grave dificultad añadida a la regeneración del río Besós ni de la riera de San Cugat.

En segundo lugar, y de conformidad con la STC 127/1990 que establece que, tratándose de un delito de peligro, éste se consuma cuando se acredita pericialmente que los vertidos ocasionan un *peligro grave* para las condiciones de la vida animal, con independencia de que animales o plantas concretas padezcan por un determinado vertido, considera la Audiencia que, de acuerdo con la prueba practicada, los vertidos, además de infringir lo establecido en la normativa vigente, son altamente contaminantes, así como altamente peligrosos para la vida del río, con independencia de cual sea el estado actual del mismo.

3. Pues bien, **la pretensión de amparo** del recurrente se centra en las posibles vulneraciones del derecho a la garantía penal y del derecho a la presunción de inocencia, imputables a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Concretamente, partiendo de una interpretación del tipo de acuerdo con la cual se exige como elemento típico no sólo un peligro *concreto* para la salud de las personas sino también para las condiciones de la vida animal, se afirma que dicha exigencia no se puede considerar probada en el caso que nos ocupa, por cuanto tanto la ría como el río Besós son ríos muertos, no pudiéndose constatar que los vertidos constituyan una dificultad añadida a la regeneración de los mismos. De modo que, para el recurrente la resolución impugnada habría realizado una *interpretación* del tipo *extensiva e indebida* y, por tanto, contraria al art. 25.1 CE, al entender que basta para aplicar el tipo penal la existencia de un peligro abstracto. Admitida a trámite la demanda, la representación del recurrente alega citas de jurisprudencia constitucional referidas a la extensión “in malam partem” de un tipo penal.

4. Por su parte, el **Ministerio Fiscal** cumplimenta el trámite de alegaciones interesando la desestimación del amparo, sosteniendo que no se ha producido vulneración del derecho a la legalidad penal puesto que, considerar el tipo delictivo como de peligro concreto o abstracto constituye una cuestión en el ámbito de la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria, que compete de forma exclusiva a los Tribunales penales. A este respecto, prosigue afirmando que, en el caso del delito ambiental, la cuestión de la naturaleza del peligro exigido en el tipo ha recibido dos respuestas fundadas y razonables. Así, la interpretación que considera que el peligro requerido por el tipo es abstracto, se puede fundar atendiendo al tenor literal de la expresión que a él se refiere, vertidos “*que puedan perjudicar gravemente*”, y su diferencia con el tenor literal de la expresión que se refiere al peligro para la salud de las personas, vertidos ... “*que pongan en peligro grave*”. Pero, incluso aceptándose que el 347 bis exige un peligro concreto, no resulta obligado concluir afirmando la vulneración del citado precepto constitucional puesto que, entiende el Ministerio Fiscal, calificar el río como un “río muerto” se trata más bien de “un término retórico,

denotador de un estado de alto deterioro de la cuenca pero *compatible con algunas posibilidades de vida animal y vegetal que justificarian su protección*”.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como ya se ha apuntado, el demandante de amparo alega, junto a una vulneración de su presunción de inocencia, una vulneración del derecho a la garantía penal (art. 25.1 CE) por cuanto la Audiencia Provincial castiga por delito ecológico cuando éste requiere, según él, un peligro concreto no verificado en el caso. A ello se opone el Ministerio Fiscal toda vez que la pretensión de lesión del derecho a la legalidad penal encubre una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, cuya revisión excede de las atribuciones del Tribunal.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en la sentencia 42/1999 sostiene al respecto que, su limitada función de control de la legalidad penal toma como punto de partida dos premisas: en primer lugar la *variedad interpretativa de toda norma penal* —como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo— y, en segundo lugar, el hecho de que es *competencia exclusiva de los órganos judiciales la decisión sobre la interpretación* más adecuada del precepto, como paso previo a su aplicación.

Sobre esta base, la tarea del Tribunal se ciñe a verificar si la interpretación realizada era una de las posibles, en atención a los valores de seguridad jurídica y monopolio legislativo, supervisando el sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permitan sostener, de acuerdo con una extractada doctrina constitucional, de un lado, que la interpretación no era imprevisible para el ciudadano, y de otro lado, que no constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la ley, citándose jurisprudencia constitucional para concretar este parámetro de razonabilidad, consistente en el respeto a los términos de la norma, a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la comunidad jurídica.

Pues bien, a la luz de dichos parámetros, el TC afirma que no puede compartirse la alegación relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal, toda vez que la decisión tomada por la Audiencia Provincial:

1. No puede considerarse imprevisible, ya que se asienta en una de las interpretaciones lógicamente posibles del 347 bis, pues, atendiendo a su tenor literal, éste no expresa textualmente la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente. Asimismo, el Tribunal procede a constatar el elevado grado de abstracción, generalidad y vaguedad de la citada proposición normativa, derivados del carácter indefinido de los términos utilizados, así como de la ausencia de unanimidad en la comunidad jurídico-penal en la determinación de los elementos que deben ser tenidos en cuenta en el enjuiciamiento

de los hechos. De forma que, pese a que reitera que no es competencia suya verificar cual de las interpretaciones posibles de la norma es la más adecuada, concluye que la calificación de los hechos por la AP no resultaba una interpretación imprevisible o irrespetuosa, de acuerdo con los parámetros referidos.

2. Asimismo, el TC afirma que, sostener que “verter aguas residuales, en el lugar en que se produjeron, puede perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal” no puede tildarse de extravagante, tanto si se atiende a los modelos de argumentación adoptados por la propia comunidad jurídico-penal en la interpretación del precepto, como, teniendo en cuenta que, de acuerdo con los hechos probados, las concentraciones de metales, así como la alta demanda química de oxígeno de los fluidos vertidos “son absolutamente incompatibles con la vida animal macroscópica propia de los ríos de la zona”. Consecuentemente, no puede considerarse una interpretación extravagante, máxime a partir del cambio en la relación de hechos probados por la Audiencia, de acuerdo con los cuales, los vertidos pueden constituir una dificultad añadida en la regeneración de los ríos de la zona, reconociendo así su potencial lesivo. De manera que, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que la calificación realizada por la Audiencia Provincial no resulta contraria al canon de previsibilidad y razonabilidad antes expuesto, por el hecho de que los ríos fueran calificados en un determinado momento como “ríos muertos”, expresión, según el Tribunal, más retórica que técnica, como se deduce de las declaraciones de los peritos en el juicio oral, no excluyéndose la posibilidad de ser calificados asimismo como “regenerables”, como capaz de devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro y, en consecuencia, un río en el que el vertido de ciertas sustancias puedan perjudicar gravemente el desarrollo de las condiciones de la vida animal.

IV. COMENTARIOS EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 42/1999, DE 22 DE MARZO

En la doctrina, dentro de una renovada discusión acerca de la categoría de peligro⁽¹⁾, viene admitiéndose la necesidad de adelantar la intervención penal a la fase de peligro en aquellos supuestos de bienes jurídicos colectivos, como es el medio ambiente, afectados por procesos largos en el tiempo, donde las consecuencias, con ser vaticinables, no pueden sin embargo ser valoradas de forma

(1) Actualmente la investigación sobre el tema ha recibido un nuevo impulso a través de la polémica suscitada en Alemania, y de la cual nos hemos hecho eco en nuestro país, en relación a la legitimidad del recurso imparable a los delitos de peligro abstracto, dentro de la tendencia generalizada del que viene llamándose “derecho penal del riesgo”. Vid. MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada, 2001, p. 6 y 338.

anticipada, de modo que “esperar a la constatación de la lesión, y pretender que los contornos del resultado lesivo sean abarcados por el dolo del sujeto, es tanto como garantizar la impunidad y la consiguiente desprotección del bien jurídico. Frente a la inhibición o la criminalización de la lesión en términos tan vagos que nada describirían, resulta preferible el recurso a tipos de peligro” (2). Esta ha sido pues una de las razones principales para explicar la adopción de la estructura de delitos de peligro cuando se pretende proteger bienes jurídicos colectivos.

Sin embargo, pese a la justificación de esa intervención preventiva antes del efectivo deterioro del bien protegido (3), la tendencia expansiva de los delitos de peligro fundamenta recelos garantistas, al incrementar las posibilidades de colisión con los principios de lesividad y legalidad, así como con el principio de presunción de inocencia. Y es que, ciertamente sólo estará plenamente justificada la creación de delitos de peligro si se someten a los controles y garantías penales, esto es, si su previsión, así como su interpretación y aplicación se realiza de una manera compatible con los principios y garantías fundamentales de un Derecho Penal acorde con nuestro Estado democrático de Derecho (4).

(2) Así, TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto y garantías penales”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*. Navarra, 2001, p. 809.

(3) Bien cuya “difusión”, según HUERTA TOCILDO, haría difícilmente determinable tanto el daño producido cuanto su conexión causal con la conducta prohibida. HUERTA TOCILDO, S.: “Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal”, en *Revista Penal n.º 8*, 2001, p. 39 y ss.

(4) Sobre este particular afirma MÉNDEZ RODRÍGUEZ como la necesidad de convertir al Derecho Penal en un instrumento eficaz no puede eliminar las garantías penales, pese a la importancia del bien jurídico a tutelar. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, 1993, p. 87. Por su parte MENDOZA BUERGO sostiene como, en la búsqueda de una mayor eficacia de la intervención penal no debe abusarse de los medios que pueden suponer la conculcación, aun a veces soterrada, del sistema de garantías penales, puesto que ello supondría otorgar primacía a una justificación utilitaria de “maximización de la libertad”, que conllevaría una preterición de los principios garantistas. El valor de seguridad, según la autora, podrá también ser protegido, dentro de los cauces de un Derecho Penal que atienda de manera prioritaria “a la defensa más eficaz compatible con la salvaguarda de los principios que justifican la intervención penal en un Estado democrático moderno, que repare en las nuevas necesidades de protección, sin por ello olvidar el marco en el que ha de moverse si no quiere abrir fisuras que permitan la entrada de tendencias antigarantistas que acaben desvirtuando el sistema”. MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales...*, ob. cit., p. 346 y ss. Asimismo, señalando los riesgos de confrontación de los delitos de peligro abstracto con las garantías derivadas del principio de legalidad, HUERTA TOCILDO, S.: ob. y loc. cit.

Pues bien, tal y como se adelantó, el objetivo de nuestras reflexiones en el presente artículo se centra en la pretendida vulneración del derecho a la legalidad penal, alegada por el demandante de amparo, en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha de 16 de febrero de 1996 pues, según el recurrente, en dicha resolución se habría realizado una interpretación del tipo *indebida y extensiva* y, por tanto, contraria al artículo 25.1 de la Constitución Española ⁽⁵⁾, al considerar la Audiencia Provincial que basta para aplicar el tipo penal del artículo 325 del Código Penal la existencia de un peligro abstracto.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que nos ocupa, considera que debe tomarse como punto de partida de su “limitada” —como él adjetiva— función de control de la legalidad penal, en primer lugar, la **variedad interpretativa** que admite toda norma penal como consecuencia de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo.

En relación a esta primera premisa, como es sabido, una de las exigencias inmediatas del principio de legalidad es la claridad y taxatividad en la determinación de los tipos penales, condiciones *sine qua non* de la seguridad jurídica. El principio de taxatividad pretende pues asegurar que los tipos penales estén estructurados de manera que quede claramente determinado lo que no es lícito penalmente. No obstante, si bien resulta indudable el necesario cumplimiento por parte del legislador del mandato de taxatividad, implícito en el de legalidad ⁽⁶⁾, simultáneamente debe reconocerse la imposibilidad de alcanzar un rigor absoluto en la formulación de los tipos penales. Partimos, pues, de la inevitabilidad de un cierto grado de indeterminación, toda vez que la certeza y concreción absoluta conllevaría necesariamente el exclusivo empleo de términos descriptivos y el uso de un excesivo casuismo. Todo ello conduce al legislador a la dificultosa tarea de compatibilizar las exigencias de taxatividad con la generalidad y abstracción que debe caracterizar a cada norma.

A su vez, debe tenerse presente la existencia de limitaciones del lenguaje de la ley en el sistema jurídico positivo. El ordenamiento jurídico, la ley positiva, surge de la elección de una serie de valores e intereses presentes en la

(5) Art. 25.1 CE: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

(6) Como se ha afirmado: “... la falta de determinación en la descripción legal de las conductas, la ausencia de la necesaria taxatividad en la misma, hace decaer la seguridad jurídica y, por tanto, la certeza que comporta la vertiente de la garantía criminal del principio de legalidad”. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J.: “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la legislación penal 1982*, p. 200.

sociedad, lo que implica de por sí una referencia a realidades extralegales⁽⁷⁾. Los valores generales se expresan en conceptos de contenido general, mas, si dichos conceptos legales pueden tener un “núcleo” conceptual más o menos claro, tienen, sin duda, un “campo” conceptual difuso⁽⁸⁾. Ello sin olvidar el cambio que, con el devenir histórico, se produce en el sentido de las palabras. En definitiva, como se ha dicho, el rigor absoluto en la formulación de los tipos penales resulta sumamente difícil que sea alcanzado⁽⁹⁾ pues, aunque en dicho momento los términos empleados pudieran acercarse a un grado de precisión rayano a lo absoluto, éste se vería empañado con el paso del tiempo. Por tanto, la “textura abierta del lenguaje”⁽¹⁰⁾ imposibilita un rigor absoluto en la descripción de las conductas penalmente relevantes.

Ahora bien, la pretensión de certeza y rigor debe estar siempre presente hasta donde sea posible, de suerte que, como señaló LEVI, “las exigencias de certeza se cumplen, no mediante una absoluta taxatividad, sino mediante la exhibición permanente de la zona problemática, del área de duda e incerteza”⁽¹¹⁾. En este sentido, tal y como afirman COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: “El rigor absoluto no puede, ciertamente, alcanzarse, pero no por ello hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose cada vez, como meta a conseguir cotas más elevadas de seguridad y certeza”⁽¹²⁾. En definitiva, el

(7) Véase VIVES ANTÓN, T.S.: “Dos problemas del positivismo jurídico”, en *La Colección de Estudios*, Instituto de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979; recientemente, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, p. 138.

(8) ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, p. 140.

(9) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal, Parte general*, 1999, p. 334 y ss.

(10) HART, H.L.A.: *El concepto del derecho*. Oxford, 1980, p. 159 y 160, cit. por VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Valencia, 2001, p. 18. Sobre este particular, VIVES ANTÓN afirma que las palabras adquieren significado en contextos de uso, de manera que el significado consiste en el uso que las palabras expresan simbólicamente. No obstante, el significado de una proposición del lenguaje común, así como de una proposición científica, “descansa en un uso que podemos cambiar si lo encontramos inadecuado”. Así, el lenguaje significa en virtud de un contexto de uso, no quedando circunscrito a las prácticas que lo originaron sino que puede ampliarse, reducirse, desecharse, etc..., esto es, “el lenguaje es una herramienta cuyos usos pueden cambiar, pero no puede —sin desnaturalizarse— dejar de servir para algo”. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 458 y ss.

(11) LEVI, E.H.: *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, 1964, p. 132.

(12) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal*, ob. y loc. cit.

legislador penal se encuentra abocado a compatibilizar “la frontal contradicción entre una norma que por definición debe ser general y abstracta y la necesidad de que su formulación no sea “genérica” y “vaga”⁽¹³⁾. Todo ello nos conduce necesariamente a admitir la variedad interpretativa de las leyes penales, si bien dentro de unos límites: si toda interpretación de un texto legal fuera posible, entonces no existiría norma⁽¹⁴⁾. Y es que, como afirma VIVES, el aplicador del Derecho no es libre para interpretar la ley penal, sino que “ha de partir del uso común del lenguaje y del sentido común, para después efectuar una delimitación más precisa conforme a las exigencias materiales que derivan, nada más y nada menos, del hecho de que, en la correcta aplicación de la ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales de los ciudadanos”⁽¹⁵⁾.

Partiendo pues de esta premisa, el Tribunal Constitucional a continuación reconoce el hecho de que la decisión sobre la interpretación más adecuada de un precepto, como paso previo a su aplicación, es *competencia exclusiva de los órganos judiciales*⁽¹⁶⁾. Los límites de la jurisdicción constitucional de amparo determinan la ausencia de competencia en la determinación del sentido del texto legal. Es a los jueces y tribunales a quienes corresponde interpretar el sentido del texto legal, delimitando los contornos del ámbito de lo punible que el legislador pudo dejar meramente esbozados⁽¹⁷⁾. En definitiva, como resume ROXIN, si bien el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco

(13) GARCÍA RIVAS, N.: *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992, p. 22.

(14) A este respecto, VIVES ANTÓN sostiene que la ley es el vehículo o instrumento en el que las normas penales se expresan, de manera que éstas serán, como reglas de conducta, lo que la ley signifique o parte de lo que la ley signifique. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., p. 339 y ss.

(15) VIVES ANTÓN, T.S.: “Principios penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General) 2*, Escuela Judicial. CGPJ, 1996, p. 43.

(16) A este respecto afirma VIVES ANTÓN como lo que no puede hacer el legislador es determinar el sentido de las normas que promulga, ya que dicho sentido “escapa inevitablemente porque las normas sólo llegan a entenderse plenamente como tales en la medida en que se traducen en práctica y esa traducción la lleva a cabo la comunidad entera”. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, ob. cit., p. 423.

(17) De ahí que VIDALES RODRÍGUEZ (*La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, ob. y loc. cit.) considere que la labor judicial en estos casos adquiere una categoría rayana a la legislativa. En relación al Tribunal Supremo, COBO y VIVES afirman que, en cuanto Tribunal de casación, tiene una función “cuasilegislativa”. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, p. 117, nota 6.

de regulación, éste es rellenado y concretado por el juez⁽¹⁸⁾. Ciertamente, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, sin que pueda el Tribunal Constitucional sustituir a aquéllos en dicha tarea.

El propio Tribunal Supremo viene reconociendo como la jurisprudencia, aunque no es fuente del derecho “sí constituye un modo interpretativo esencial de las normas y de los conceptos que en ellas se contienen, sirviendo de guía principal a los que adecuadamente pretenden aplicarlas y, por tanto, sirviendo también para establecer o, al menos, reforzar el principio de seguridad jurídica”⁽¹⁹⁾. En esta dirección, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN afirman como, si bien la jurisprudencia no es vinculante, hay que reconocer que efectúa una interpretación de la ley dotada de autoridad”. Por su parte, VIDALES RODRÍGUEZ afirma como, superada ya la creencia de que el juez realiza una función puramente mecánica de subsunción, “se impone como paso previo y obligado la interpretación del precepto”⁽²⁰⁾. Debe entenderse pues que la jurisprudencia es fuente del Derecho Penal a efectos interpretativos, pues, como ha puesto de manifiesto CARBONELL MATEU, desconocer esta realidad “es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho Penal”⁽²¹⁾.

Admitida la variedad interpretativa de las normas penales, así como la competencia exclusiva de los órganos judiciales en la interpretación de los tipos penales, debe asegurarse no obstante que la interpretación realizada por los tribunales es una de las posibles atendiendo a los valores de **seguridad jurídica** y monopolio legislativo. La tarea del Tribunal Constitucional se reduce pues a asegurar en la interpretación efectuada por los tribunales el cumplimiento de las

(18) Sobre este particular, el autor llega a afirmar que “una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática”. ROXIN C.: *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (trad. y notas: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J.) 1997, p. 149 y 150.

(19) STS de 6 de septiembre de 1994. Vid. asimismo la STS de 15 de julio de 1983, donde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo asigna a la jurisprudencia la misión de complementar el ordenamiento jurídico —de acuerdo con lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil— “a través de la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses...”.

(20) Véase acerca de la función de la jurisprudencia, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: ob. cit., p. 63 y ss.

(21) CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia, 1996, p. 127.

garantías de la ley penal. En esta dirección ha afirmado en resolución de 15 de junio de 1998 (STC 120/1998) que vulneran las exigencias determinadas en el art. 25.1 del texto constitucional “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales” (22). A este respecto, se infringiría el principio de separación de poderes si el juez se convirtiera en legislador y quedara a su libre albedrío la exacta determinación de la ley penal.

En la sentencia que nos ocupa de 22 de marzo de 1999, el Tribunal Constitucional sostiene expresamente que es tarea propia el supervisar el sometimiento a unas reglas mínimas de interpretación que permitan mantener, de acuerdo con una extractada doctrina constitucional, que la interpretación *no era imprevisible* para el ciudadano, y *que no constituye una ruptura de la sujeción judicial al imperio de la ley*, citando resoluciones anteriores para concretar este parámetro de razonabilidad: respeto a los términos de la norma, a los criterios mínimos que impone la lógica jurídica y los modelos de argumentación adoptados por la comunidad jurídica.

En relación a la necesaria previsibilidad de la interpretación, ciertamente, no es únicamente el legislador quien debe asumir el mandato de determinación, sino también los jueces y tribunales. Sólo si el aplicador de la ley realiza una interpretación de ésta conforme a su tenor literal, el ciudadano podrá prever las consecuencias penalmente relevantes de la conducta humana. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia 133/1987, de 21 de julio, afirmaba como “el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o discrecionalidad en su aplicación, así como una interpretación analógica de la misma, y por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (FJ 5.º). Y es que, en efecto, en numerosos casos, leyes correctamente redactadas desde el punto de vista del principio de determinación jurídica, dan origen a situaciones intolerables desde el prisma de la seguridad jurídica de los ciudadanos cuando se realizan interpretaciones diversas e incluso contradictorias por parte de los tribunales (23), lo que conduce a afirmar que, en definitiva, la seguridad jurídica depende de éstos. De modo que, si bien el juez puede escoger entre diversas posibilidades interpretativas, entendemos siempre debe moverse den-

(22) STC 105/1988, de 8 de junio (FJ 2.º).

(23) Sobre este particular, GARCÍA RIVAS, N.: *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992, p. 51.

tro del marco de regulación fijado previamente por el tenor literal ⁽²⁴⁾, el cual constituye pues un límite a la interpretación. Sobre este particular, JESCHECK afirma como debe respetarse en todo caso el sentido literal posible como límite extremo, criterio irrenunciable —como él reconoce— “por razones provenientes del Estado de Derecho, pues representa el único elemento objetivamente constatable que permite saber con una cierta seguridad donde empieza la responsabilidad del juez por el derecho de creación propia” ⁽²⁵⁾.

Pues bien, ciertamente el tenor literal del artículo 347 bis del derogado Código Penal de 1973 no expresa la exigencia de un peligro concreto en los términos pretendidos por el recurrente, pues dicho precepto sólo requiere literalmente, junto con otros elementos típicos no cuestionados, que los vertidos “*puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal*”. De suerte que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial no puede considerarse imprevisible puesto que, constatado el elevado grado de abstracción y generalidad del art. 347 bis, ésta es una de las interpretaciones lógicamente posibles, como afirma a este respecto el Tribunal Constitucional.

Dicho grado de abstracción, generalidad y vaguedad de la citada proposición normativa es precisamente el origen de la falta de unanimidad en la comunidad jurídico-penal, a la hora de determinar los elementos típicos, de cara a concluir la concurrencia de un vertido de las características exigidas en el tipo. Como es sabido, una de las condiciones necesarias para la realización del tipo básico del delito contra el medio ambiente es que los vertidos, emisiones y demás acciones típicas llevadas a cabo por el agente supongan la infracción de las disposiciones extrapenales. Sin embargo, esta es condición necesaria pero no suficiente para la realización del tipo, tal y como así lo entiende la doctrina mayoritaria, puesto que el elemento de diferenciación con respecto a la infracción administrativa lo constituye el criterio material de la exigencia de la **puesta en peligro**. Concretamente, el primer párrafo del artículo 347 bis del Código Penal anterior sancionaba aquellas conductas a las que se les podía atribuir la *posibilidad de perjudicar gravemente* las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Sentado lo anterior, donde la doctrina científica se encontraba —y se encuentra, pese a la reforma penal— sustancialmente dividida es a la hora de caracterizar el delito como de peligro abstracto o como delito de peligro concreto. Dicha discrepancia tenía su origen en las diferentes expresiones utilizadas en función del bien de referencia. Si bien existía acuerdo doctrinal en la exigencia

(24) ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit. p. 147

(25) JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de MANZANARES SAMANIEGO). Granada, 1993, p. 142.

material de la concreción del peligro concreto cuando el mismo afectaba a la salud de las personas —al sancionarse las conductas “que *pongan en peligro* la salud de las personas”— las posturas ya eran divergentes cuando el peligro afectaba a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Esta discrepancia traía causa de las distintas formas verbales empleadas por el legislador según el bien de referencia. Así se aludía a emisiones o vertidos “que *pongan en peligro* la salud de las personas”, o que “*puvieran perjudicar* gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Esta segunda expresión parecía suscribir, en principio, la tesis del peligro abstracto. Así lo entendían, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, DE LA CUESTA ARZAMENDI y VERCHER NOGUERA ⁽²⁶⁾, diferenciando, a la vista del tenor literal, el peligro exigido para las personas como concreto y como abstracto el exigido para el resto de los bienes. Esta opción interpretativa producía, sin embargo, cierta perplejidad por cuanto resultaba paradójica la diversa redacción empleada por el legislador que, en relación a los bienes más importantes exigía la concreción del peligro, esto es, la efectiva puesta en peligro de la salud de las personas, bastando que el peligro fuera abstracto cuando afectara al resto de bienes. De ahí que, frente a la corriente doctrinal expuesta, se extendiese aquella que apostaba por considerar la concurrencia de peligro concreto ⁽²⁷⁾ en las dos situaciones de peligro formuladas como alternativas. En esta línea, numerosas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales ⁽²⁸⁾, se decantaban por la opción de

(26) GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos”, en *Anales del Centro de Alzira*, 1986, p. 51; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente”, en *Documentación jurídica*, 1983 (monográfico dedicado a la PANCP) p. 917; VERCHER NOGUERA, A. “El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos”, en *La Ley* 1989, p. 967.

(27) Así, entre otros, BOIX REIG, J.: en VVAA, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, p. 388. BLANCO LOZANO, C.: *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*. Granada, 1997, p. 168 y ss.

(28) A título de ejemplo, cabe citar las SSTS de 5 de octubre de 1993, 26 de septiembre de 1994 y 4 de marzo de 1995. Entre otras muchas de Audiencias Provinciales en las que se califica al art. 347 bis como delito de peligro concreto, podemos citar la conocida SAP de Sevilla (Secc. 4.ª) de 12 de julio de 1993 —sentencia que puso fin al denominado Caso Doñana— en la que se pronuncia expresamente a favor de interpretar el delito como de resultado y de peligro concreto. Se decantaban por la misma calificación, entre otras, la SAP de Zaragoza de 14 de noviembre de 1994 o la SAP de Córdoba de 18 de enero de 1995.

entender que el art. 347 bis se constituía, en todo caso, como un delito de peligro concreto⁽²⁹⁾.

Pese al cambio terminológico y de redacción introducido por el legislador de 1995, las discrepancias doctrinales no acaban puesto que la estructura del delito no ha sufrido cambios significativos. No obstante, el nuevo Código Penal ha procedido a ubicar en un subtipo agravado aquellas situaciones de riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, pretendiendo de este modo terminar con la confusión que se desprendía del tenor literal del antiguo 347 bis en el que parecía que el legislador protegía más a las especies animales o vegetales que al ser humano.

El Código Penal vigente sanciona pues en su artículo 325 las conductas que, junto con el resto de elementos típicos, “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”. A este respecto, un sector de la doctrina científica sigue apostando por caracterizar el delito como de peligro concreto⁽³⁰⁾, mientras que otros autores se inclinan por su configuración como de peligro abstracto⁽³¹⁾.

Pues bien, como acertadamente señala la STC 42/1999, el tenor literal del texto legal no excluye, en principio, ninguna de las dos posturas⁽³²⁾, entre otras razones porque el grado exacto de peligrosidad resulta difícil que sea preestablecido por el legislador. Ciertamente la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto no resulta tan clara como en una primera aproximación pudiera parecer, apreciándose cierta confusión en los criterios que viene proponiendo la doctrina científica para su diferenciación⁽³³⁾.

(29) Pese a que —como afirman SILVA SÁNCHEZ, J.M. (*Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, 1999, p. 74) y MORALES PRATS (“La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, en *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 152, nota 12)— dichos órganos jurisdiccionales ocasionalmente, después de optar por esta opción, no son plenamente coherentes con las exigencias de este tipo de peligro.

(30) Entre otros, BOIX REIG, J, junto a JAREÑO LEAL, A.: *Comentarios al Código penal de 1995*. (Coord. por T.S. VIVES ANTÓN). T. II. Valencia, 1996, p. 1592 y ss; BOIX con VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: *Derecho penal. Parte especial*. 3.^a ed. Valencia, 1999, p. 642.

(31) Así cabe citar, entre otros, a CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, 1999, p. 225 y ss; TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto y garantías penales”, cit., p. 809.

(32) De este parecer asimismo, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: ob. cit., p. 75.

(33) Aquí nos detendremos únicamente en los criterios utilizados en la caracterización de los delitos de peligro abstracto y que sirven para diferenciarlos de los de peligro concreto.

Por lo que se refiere a la interpretación que considera que el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales requerido por el tipo es **abstracto**, ésta se funda, de entrada, atendiendo a la redacción dada a dicho supuesto —vertidos “*que puedan perjudicar gravemente*”— y su diferencia todavía presente con el tenor literal de la expresión referida al peligro para la salud de las personas, vertidos ... “*que pongan en peligro grave*”. Evidentemente no puede pasarse por alto la distinta redacción dada a las dos hipótesis, máxime si observamos que cuando el legislador ha querido crear delitos de peligro concreto en el texto punitivo lo ha hecho expresamente.

Asimismo, en los delitos contra el medio ambiente se viene apostando por la estructura de peligro abstracto sobre la base de que nos encontramos ante un **bien jurídico colectivo**, lo que dificulta la individualización de las acciones que lo lesionan⁽³⁴⁾. Pues bien, sobre este particular considero que deben realizarse un par de puntualizaciones.

En primer lugar entiendo que, si bien la mayoría, no todos los bienes jurídicos colectivos tienen que conducir necesariamente a estructuras de delito de peligro. En este punto resulta necesario referirnos a las tesis elaboradas por la doctrina alemana para ser aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos inmateriales⁽³⁵⁾. Con este fin se construye la figura delictiva sobre la base de un “*bien jurídico intermedio espiritualizado*”⁽³⁶⁾ —también denominado “bien jurídico con función representativa” en terminología de JAKOBS⁽³⁷⁾— el cual resulta *inmediatamente* lesionado por la acción individual, sin que se requiera acreditar la lesión o puesta en peligro del bien mediato, pues la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para el bien jurídico inmaterial se produce desde el momento en que se lleva a cabo la

(34) Cfr. en este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (*El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid, 1999, p. 38, 66 y ss.) y la bibliografía alemana ahí citada.

(35) En España se hacen eco y crítica de estas construcciones, entre otros, MATA y MARTÍN: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada, 1997; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte general*, ob. cit., CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit.

(36) Según denominación de SCHÜNEMANN, B.: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigsigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975.

(37) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1991.

lesión del bien intermedio, bastando con que el dolo o la imprudencia se refieran a dicha lesión. La denominación de *bienes jurídicos intermedios* proviene del hecho de la progresión del ataque, donde se producirá la lesión previa del bien social, así como debido al avance de la conducta, el peligro para el bien final, el individual⁽³⁸⁾. Por tanto, se adoptan esquemas típicos de peligro para los bienes individuales, de los que resulta la lesión del bien colectivo⁽³⁹⁾.

Ahora bien, debe advertirse cómo la locución “*bienes jurídicos intermedios*” es utilizada para conceptualizar situaciones diferentes respecto de los bienes colectivos⁽⁴⁰⁾. Así, también se hace referencia a estos bienes para designar aquellos de carácter supraindividual pero que, frente a los autónomamente tutelables, su protección penal va vinculada necesariamente a un bien personal⁽⁴¹⁾, me estoy refiriendo a los denominados *bienes colectivos de referente*

(38) MATA y MARTÍN: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit., p. 58; en sentido similar, DOVAL PAÍS, A.: “Estructura de las conductas típicas...”, p. 18 y ss.

(39) Sin embargo, existe cierta confusión en la doctrina a la hora de determinar si, en relación a estos bienes intermedios, cabe o no determinar su lesión. Así, desde otro lado se sostiene como resulta difícilmente imaginable una lesión o puesta en peligro concreta de tales bienes por su carácter inmaterial —tal y como lo refleja MENDOZA BUERGO (*Límites dogmáticos...*, ob. cit., p. 53 y 480)— de forma que el menoscabo se produce más por la reiteración de conductas que por cada acto individual. Lo cierto es que la dudosa configuración de los delitos con bienes jurídicos intermedios se refleja en las exposiciones al respecto de algunos autores. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, sostiene que, en el caso de bienes jurídicos supraindividuales cuyo menoscabo se produce más que por cada acto individual por la reiteración generalizada de conductas, la técnica que parece más adecuada es la de los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, un poco más adelante afirma como resulta “legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial que mediatamente se protege, pues formalmente estamos ante delitos de lesión”. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro...*, ob. cit., p. 301-302.

(40) Subrayando también las dos acepciones de la locución citada, v. TERRADILLOS BASOCO, J.: ob. cit., p. 810.

(41) Con respecto a los delitos contra el medio ambiente, si bien la postura mayoritaria apuesta por considerar que estamos ante un bien jurídico autónomo de carácter colectivo, tal y como lo refleja la redacción del art. 45 CE, la puesta en peligro grave del medio ambiente difícilmente puede desconectarse de la existencia de una peligrosidad para la vida y la salud de las personas. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, en *La Ley*, año XVIII, número 4.285-4.286.

individual ⁽⁴²⁾. Estos bienes colectivos, a diferencia de los bienes jurídicos modernos o de “nueva generación”, se construyen a partir de los bienes jurídicos individuales, esto es, se vinculan a un bien jurídico netamente personal, y relacionado con lo anterior, la necesidad de su protección se basa en la defensa de bienes esenciales para el desarrollo de la persona. Como pone de manifiesto BUSTOS RAMÍREZ, el carácter complementario de los bienes colectivos respecto de los bienes individuales no implica que haya de recurrirse a delitos de peligro abstracto, ya que con relación al bien colectivo se pueden construir delitos de lesión o peligro concreto ⁽⁴³⁾.

En segundo lugar, considero que debe subrayarse como no siempre el carácter colectivo del objeto de tutela dificulta la individualización de las actuaciones que lo lesionan. Así, en un ilícito de daños donde se lesione efectivamente el interés colectivo, estos supuestos no suponen adelantamiento de la intervención penal y, por ende, no tienen por qué reconducirse a estructuras de peligro abstracto; pensemos por ejemplo en la tipificación de los daños al patrimonio histórico, donde el valor cultural de los bienes que lo integran, bien jurídico protegido, no existe al margen del objeto portador de esos valores, de manera que la lesión al propio valor cultural puede apreciarse a través de los daños a los bienes culturales. Se configura pues un delito de lesión para un bien jurídico colectivo, definido y constatable.

En definitiva, los problemas derivados de la generalización de la técnica de los delitos de peligro abstracto podrían subsanarse en gran medida si se procediera a una determinación e identificación más precisa de ciertos bienes jurídicos de carácter colectivo ⁽⁴⁴⁾, lo que podría quizás evitar las discusiones doctrinales acerca de la calificación de estos delitos como delitos de peligro abstracto para bienes finales o como delitos de lesión de un interés espiritualizado o difuso ⁽⁴⁵⁾.

(42) Los denominados “los bienes de referente individual” tratan de tutelar unas condiciones de garantía de bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad o salud de las personas, frente a “nuevos ataques” que no pueden ser abarcados por las estructuras normativas de los delitos de lesión o daño previstos por otros preceptos penales; de manera que, se pretende reforzar la protección de estos bienes frente a nuevas situaciones de riesgo, con la intervención del Derecho Penal en ámbitos propios de un bien colectivo, complementario y previo al personal. Así, MATA y MARTÍN: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., p. 42.

(43) BUSTOS RAMÍREZ: “Bienes jurídicos colectivos” en *RFDUCM* 1986, n.º 11, p. 160 y ss.

(44) En este sentido comparto la opinión de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, ob. cit., p. 162.

(45) En esta dirección, MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos...*, ob. cit., p. 54 y ss.

Ahora bien, la objeción más grave que se plantea a los delitos de peligro abstracto proviene de su **concepción tradicional**, de acuerdo con la cual el peligro no figura entre los elementos del tipo penal sino que se entiende que es inherente a determinado tipo de acciones, esto es, se presume con carácter general la peligrosidad de la acción. Estos delitos de peligro abstracto que vienen denominándose “puros” pueden plantear roces con el principio de legalidad⁽⁴⁶⁾, puesto que prescinden de cualquier tipo de verificación a realizar por el intérprete de la ley penal. Si la estructura de peligro abstracto releva de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción, la tipicidad queda perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, al presumirse de forma absoluta que unas determinadas acciones son penalmente relevantes⁽⁴⁷⁾.

(46) Así, entre otros, BARBERO SANTOS, M.: “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *ADPCP* 1973, p. 493 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADPCP* 1981, p. 825 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: ob. cit., p. 151.

(47) En la fundamentación de los delitos de peligro abstracto, existe una diferenciación de la dogmática tradicional, realizada ya por BINDING (*Normen I, 2.^a, 1890*), entre la “teoría del peligro general”, mayoritaria en la doctrina alemana, y la “teoría del peligro abstracto”. Sin embargo, coincido con BREHM (*Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973, p. 12) al considerar que no existen diferencias esenciales entre ambas teorías puesto que la presunción de peligro por el legislador sólo puede ir ligada a la peligrosidad general o abstracta de la conducta. JAKOBS, a este respecto, define un peligro como “abstracto”, en general, cuando la peligrosidad general de una determinada conducta constituye el motivo para la desaprobación de toda conducta de este tipo. Así, entre los delitos que considera de peligro abstracto se encuentra el delito contra el medio ambiente previsto en el parágrafo 326 del StGB. Ahora bien, el citado autor distingue dos grupos de delitos de peligro abstracto: un primer grupo lo constituyen aquellos en los que sólo se determina el comportamiento perturbador mediante la generalización de la tendencia a producir un daño; otro grupo de delitos de peligro abstracto en los que la conducta tipificada es definida como perturbadora *per se*, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores. JAKOBS, G.: “Kriminalisierung inm Vorveld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), pp 751 a 785. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 307, nota 20 y pp. 308-9). Por su parte, HIRSCH mantiene como los tradicionalmente denominados “delitos de peligro abstracto”, estrictamente considerados, son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abstracción: de ahí que, según el autor, no haya de centrarse en la peligrosidad concreta sino en la general. HIRSCH, H.-J.: “Gefahr und Gefährlichkeit”, *Strafgerichtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, 1993, pp. 545-563 (= “Peligro y peligrosidad”, en *ADPCP*, vol. XLIX, fasc. II, 1996, p. 509-528).

Puede verse, *in extenso*, acerca de dicho grupo de teorías, en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994, p. 238 y ss; MENDOZA BUERGO, B.: *Limites dogmáticos...*, p. 67 y ss.

Asimismo, la presunción absoluta de peligro puede comportar, además del menosprecio de la función de garantía penal, una criminalización ligada a la inobservancia de ciertos requisitos de carácter formal, lo que plantea problemas a la hora de constatar la exigencia en el delito contra el medio ambiente de un contenido material, y no meramente formal, de injusto.

A este respecto, en el ámbito doctrinal se formulan críticas basadas en la superposición de la tutela con respecto al derecho administrativo. Así, se objeta que, por el hecho de que la afectación del recurso natural se produzca como consecuencia de comportamientos continuados, esta realidad no puede convertir el delito medioambiental en un delito meramente formal donde se aplique una sanción formal como consecuencia de la infracción administrativa que supone el vertido, sin requerir la lesividad propia de estos delitos⁽⁴⁸⁾. Resulta interesante asimismo la argumentación de SGUBBI, el cual, tras afirmar cómo el Estado contemporáneo y su realidad social expresan nuevas necesidades, sostiene a continuación cómo el bien jurídico, producto de esa realidad social, es protegido penalmente, no en cuanto perteneciente a sujetos distintos del Estado, sino en cuanto ha sido apropiado por el Estado mismo. De manera que el bien sufre lo que él denomina un “proceso de espiritualización” convirtiéndose en un fin del Estado, pues el Estado provee la tutela en forma conjunta a un proceso de “nacionalización” del bien protegido. El ejemplo más claro de su discurso lo conforma el conjunto de los intereses y valores comprendidos en el concepto de “ambiente”, pues dicho bien surge como interés colectivo o difuso, como un requerimiento al Estado para la represión penal de conductas agresivas, que lesionen o pongan en peligro los recursos naturales o culturales; sin embargo, añade el citado autor como, el bien “ambiente” ha sido nacionalizado, de manera que cuando el sistema penal interviene en defensa del bien jurídico que, es objeto del monopolio y administrado de forma exclusiva por el Estado, se asiste a una fatal evolución, pues las normas penales creadas para asegurar la observancia de las reglas de gestión monopolística del bien se han construido sobre la violación de las reglas técnicas y burocráticas de administración del bien mismo. De manera que, el delito se convierte en un “*ilícito de mera transgresión*”, penándose, a su juicio, la inobservancia de la norma, y descuidándose las consecuencias que ha provocado la transgresión sobre el bien tutelado⁽⁴⁹⁾.

(48) Así, CORCOY BIDASOLO, M. M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. p. 262-3.

(49) SGUBBI, F.: *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal* (trad. por VIRGOLINI), Buenos Aires, 1998, p. 63 y ss.

Este es el punto central de la polémica que rodea a los delitos de peligro abstracto y que sigue ocupando las reflexiones teóricas en torno a esta clase de delitos⁽⁵⁰⁾: si resulta o no admisible la punición de acciones concretas no peligrosas, pero formalmente coincidentes con el tipo, esto es, si cabe el castigo en virtud de la mera infracción de la norma, sin considerar la peligrosidad de la conducta concreta.

La problemática así planteada nos conduce a la cuestión del concepto material de delito. La punición de estos delitos de peligro, por la mera realización formal del tipo, origina problemas de ausencia de un contenido material de antijuricidad, castigándose así la mera desobediencia. La falta de lesividad y, por ende, de contenido material de antijuricidad del hecho concreto no peligroso, plantea la posible violación del principio de *ofensividad*⁽⁵¹⁾, de acuerdo con el cual todo delito comporta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico⁽⁵²⁾, en virtud del dogma *nullum crimen sine iniuria*. Como ha afirmado FERRAJOLI, “la necesaria ofensividad del delito es la condición de cualquier justificación utilitaria del derecho penal como instrumento de tutela y su principal límite axiológico”⁽⁵³⁾. El castigo de un hecho concreto sin consideración a su peligrosidad, sino en virtud de la mera infracción formal es, pues, una de las principales objeciones dogmáticas que se plantea doctrinalmente a los delitos de peligro abstracto, por su difícil conciliación con un Derecho Penal cuya función es la tutela de bienes jurídicos, y, por ende, la represión de comportamientos que evidencien la lesividad para aquellos⁽⁵⁴⁾.

Pues bien, estas y otras objeciones conducen a una revisión de la categoría de delitos de peligro abstracto, con el fin de soslayar la posible colisión con los

(50) Así lo refleja MENDOZA BUERGO, B.: ob. cit., p. 84 y ss.

(51) Desde esta óptica aborda GONZÁLEZ CUSSAC la problemática planteada por delitos que anticipan la línea de defensa y, en concreto, los delitos de peligro. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, en *Poder Judicial* n.º 28, 1992, p. 25 y ss.

(52) El Tribunal Constitucional viene reconociendo el alcance del principio de ofensividad en nuestro ordenamiento. Valga como ejemplo la STC 105/1988, de 8 mayo, cuando en su FJ 2.º determina la necesidad de que la restricción de la libertad individual que comporta toda norma penal se haga con el fin de proteger valores o bienes. En este sentido, COBO-VIVES entienden el derecho “como guardián, protector y conservador de bienes e intereses constituidos y no como un mero orden imperativista, regulador de voluntades individuales. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*. Valencia, 1999, p. 315.

(53) FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, p. 468.

(54) Así lo manifiesta MENDOZA BUERGO, B.: ob. y loc. cit.

mencionados principios básicos en Derecho Penal. Con dicha finalidad se efectúa la distinción ya desde GALLAS, dentro de los delitos de peligro abstracto⁽⁵⁵⁾, entre aquellos tipos de peligro abstracto *stricto sensu* sobre los que se proyectan las críticas mencionadas, y los que vienen denominándose delitos de aptitud⁽⁵⁶⁾ o delitos de peligro hipotético⁽⁵⁷⁾. Así se viene entendiendo, con independencia de la denominación que se adopte, que estos delitos de peligro se caracterizan porque no exigen tan sólo que las acciones, con carácter general, se presuman peligrosas para el bien jurídico de acuerdo con el punto de vista de la experiencia, sino que requieren que la acción llevada a cabo sea apta o idónea para producir un peligro del objeto de protección.

Resulta, a mi juicio, más coherente con el principio de legalidad exigir la comprobación de la idoneidad de la acción para producir el peligro que se pretende evitar. A este respecto, para saber si la conducta llevada a cabo es apta o idónea en el sentido indicado, considero se deben utilizar *criterios normativos*⁽⁵⁸⁾

(55) GALLAS (“Abstrakte und konkrete Gefhardung”, en *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlín, 1972) consideraba que la amplitud y elasticidad del concepto de delito abstracto permitía adscribir dentro de los delitos de peligro abstracto —opinión actualmente mayoritaria— la tercera categoría de delitos de peligro abstracto-concreto, propuesta por SCHRÖDER.

(56) Terminología que se va adoptando en Alemania (“*Eignungsdelikte*”). En nuestro país ESCRIBA GREGORI se refería a los delitos de aptitud para la producción de un daño. ESCRIBA GREGORI, J.M.: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona, 1976, p. 31. Más recientemente, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico. Parte General*, 1999, p. 109. MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ob. cit., p. 409 y ss. De la misma en “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad Penal*, n.º 13, 25-31 de marzo de 2002, p. 317 y ss.

(57) De acuerdo con la propuesta formulada en la doctrina española por TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADPCP* 1981. Se hacen eco de esta denominación, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: *Causalidad...*, ob. cit; MORALES PRATS, F.: “La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, ob. cit. MUÑOZ CONDE afirma en relación a los delitos contra el medio ambiente que “se trata de un delito de peligro hipotético.....”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 1999; de la misma opinión, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO; coord. por JORGE BARREIRO) Madrid, 1997, p. 928.

(58) Así, TORÍO LÓPEZ, ob. cit., p. 840-1. También DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1994, p. 168. En este sentido asimismo, MORALES PRATS (ob. cit., p. 355) considerando que se está ante estructuras típicas que presentan una agudizada impronta teleológica.

de *previsibilidad*, esto es, bastará con que, desde una perspectiva *ex ante* ⁽⁵⁹⁾, de pronóstico, se pueda considerar que era previsible que el comportamiento originara un peligro para el bien jurídico, a diferencia pues de los delitos de peligro concreto, en los que se habrá de recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro. En otros términos, la *idoneidad* de la conducta podrá constatarse si un espectador imparcial, con los mismos conocimientos que el autor, pudiera considerar que era previsible que de tal conducta se derivase un peligro para el bien jurídico, es decir si la conducta abstractamente observada era apta o adecuada para la creación del peligro prohibido ⁽⁶⁰⁾. Habrá pues que atender a cada tipo en particular, en aras a interpretar qué condiciones han de tenerse en cuenta para que se considere la aptitud de la conducta, habiendo cierto acuerdo doctrinal ⁽⁶¹⁾ en la consideración de circunstancias o factores, no accidentales, sino dominables por el autor. De ello se infiere que no se aplicaría el tipo cuando el autor realiza la conducta descrita legalmente pero toma medidas que eliminan en ese caso la aptitud que, en general, tiene dicha conducta para producir el efecto temido ⁽⁶²⁾. En definitiva, serán atípicas aquellas acciones que, aunque coincidan abstractamente con la descripción formal del tipo, sean irrelevantes desde el punto de vista de la peligrosidad ⁽⁶³⁾.

(59) Tal y como resalta RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (*Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994, p. 298) la producción o no del resultado de peligro es absolutamente irrelevante, interesando la peligrosidad *ex ante*, como atributo de la acción. De ahí que MENDOZA BUERGO (ob. cit., p. 413, nota 175) considere como más precisa la denominación como “delitos de peligrosidad” puesto que lo que se demanda no es una concreta situación de peligro sino la peligrosidad *ex ante* de la acción concreta.

Por el contrario MÉNDEZ RODRÍGUEZ (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit, p. 124) afirma que el hecho de que se haya sostenido tradicionalmente el momento del juicio *ex ante* en los delitos de peligro no le parece motivo suficiente para su mantenimiento.

(60) En esta línea, DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, ob. cit., p. 166 y ss.

(61) MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos...*, ob. cit., p. 50 y ss. Asimismo, DE LA CUESTA AGUADO, M.P.: ob. cit., p. 171.

(62) MENDOZA BUERGO, B.: ob. cit., p. 52.

(63) Así, TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, ob. cit., p. 847. También MORALES PRATS, F.: “La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, ob. y loc. cit.

La posibilidad del peligro para el bien jurídico conduce a que estos delitos de peligro abstracto se califiquen por algunos autores ⁽⁶⁴⁾ como delitos de peligro posible, a diferencia de los delitos de peligro concreto, los cuales sí exigen que se produzca un peligro efectivo para aquél. No obstante, es objeto de discusión si la idoneidad de la conducta prevista en el tipo ha de ser *para lesionar* o basta con que aquélla sea *idónea para poner en peligro* ⁽⁶⁵⁾. La cuestión resulta trascendente si, como señala DE LA CUESTA, es el criterio de la inmediatez de menoscabo al bien jurídico el que diferenciará el nivel de peligro, ya que en el primer supuesto, si la acción es idónea para lesionar, también lo es para poner en peligro, mientras que al revés no ocurre lo mismo puesto que la idoneidad para poner en peligro no implica idoneidad para lesionar.

Sobre este particular TORÍO, si bien exigía que la acción fuera adecuada o apta para producir un peligro para el bien jurídico, añadía que dichos delitos reclaman que la acción pueda originar un estado “caracterizable como probabilidad de un daño o lesión”. Asimismo, TERRADILLOS BASOCO considera procedente el recurso a los tipos de peligro abstracto, “entendiendo siempre por tales aquellos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) para producir un *resultado lesivo*”. Ahora bien, entendemos que la diferencia práctica es mínima si la “lesividad” se interpreta como “afectación”, no equiparándose pues a destrucción y que, en el caso del medio ambiente —tal y como especifica CORCOY BIDASOLO— además de la afectación de presente no puede olvidarse la posible afectación de futuro que también debe ser valorada ⁽⁶⁶⁾.

Pues bien, retomando las hipótesis de peligro descritas en el tipo del art. 325 del CP actual, lo cierto es que no son de la misma naturaleza y que, en relación al equilibrio de los sistemas naturales entendemos que no estamos ante un supuesto de peligro concreto, puesto que éstos exigen demostrar que efectivamente se produjo el riesgo para el objeto material. Cabe admitirse pues, en principio, la tesis del **peligro abstracto** en relación a los recursos naturales, tanto desde una interpretación gramatical como sistemática, puesto que cuando el legislador ha querido crear delitos de peligro concreto así lo ha hecho expre-

(64) MORALES PRATS, F.: ob. cit.; Para MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS (*Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, cit., p. 73) la distinción es más bien terminológica que de fondo, “pues en los delitos de peligro abstracto se exige siempre que la conducta comporte idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico, quedando excluida la posibilidad de castigar acciones absolutamente inidóneas”.

(65) Distinción que realiza DE LA CUESTA a la hora de determinar en qué consiste la idoneidad de la acción. DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 167 y ss.

(66) CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes...* p. 234 y 261.

samente, pareciendo que, incluso, el legislador ha procedido, como señala SILVA, a ampliar el ámbito de lo punible⁽⁶⁷⁾. De ahí que el fallo de la sentencia impugnada, en principio, merece una valoración positiva en el sentido de que ciertamente no se vulneró la legalidad penal.

Ahora bien resulta necesario realizar una serie de matizaciones en relación a qué tipo de delito de peligro abstracto nos estamos refiriendo, para evitar colisiones con las garantías penales. A este respecto, considero que debemos alejarnos de la concepción tradicional de estos delitos⁽⁶⁸⁾ que venía relacionándolos con una “presunción de peligrosidad”, resultando preferibles, en mi opinión, las tesis que requieren la *verificación de la peligrosidad de la acción*. Para confirmar dicha peligrosidad bastará con su constatación desde un *juicio ex ante*⁽⁶⁹⁾, sin requerir la constatación efectiva *ex post* del peligro⁽⁷⁰⁾. Juicio *ex ante* que, como advierte TERRADILLOS⁽⁷¹⁾, no se identifique con una valoración estadística del legislador, en cuyo caso el peligro sería presunto, sino en una valoración de la peligrosidad efectuada por el juzgador⁽⁷²⁾.

Coincido pues con aquellos autores que excluyen, en todo caso, la concepción de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro *presunto*⁽⁷³⁾,

(67) Así SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos contra el medio ambiente*, ob. cit., p. 76.

(68) También, MÉNDEZ RODRÍGUEZ se aleja de las premisas que la doctrina ha venido acuñando en torno a los delitos de peligro abstracto, ob. cit., p. 138. Cfr. asimismo, MATA y MARTÍN: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., p. 53.

(69) Entre otros, como ya indicamos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro...*, cit., p. 298 y 338.

(70) Para MAQUEDA ABREU (“La idea de peligro en el moderno Derecho Penal”, en *Actualidad Penal*, n.º 26, 27 junio-3 de julio, 1994) aunque la referencia a un momento *ex ante* en el juicio de peligro suele identificarse con el inicio de la acción, el intérprete puede tomar en cuenta asimismo circunstancias que quizás no fueran reconocibles en dicho inicio pero que se evidencian relevantes durante su transcurso.

(71) TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto y garantías penales”, cit., p. 799.

(72) Ahora bien, el recurso a esta técnica de tipificación no convence a todos, alegándose como inconvenientes en el ámbito del medio ambiente, la complejidad de los factores causales intervinientes que hace en muchos casos prácticamente imposible probar la idoneidad de la acción individual para provocar un efecto nocivo. Vid. al respecto, MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos...*, p. 416, nota 182.

(73) También de esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto y garantías penales”, ob. cit., p. 793; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 75.

así como su caracterización como meras *infracciones formales*⁽⁷⁴⁾, carentes de todo injusto material, en las que la mera infracción de la normativa administrativa relativa a emisiones, vertidos, etc.. supusiera la imposición de sanciones penales. De admitir su consideración como infracciones formales se violarían de este modo principios y garantías penales, al castigarse la realización de conductas en las que no existiría ataque al bien jurídico protegido, esto es, no existiría lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁽⁷⁵⁾, violándose pues, como ya se dijo, el principio de ofensividad.

De todos modos, en la negación de los delitos medioambientales como delitos formales, se argumenta que ello conllevaría en la práctica la imposibilidad de diferenciar entre infracción administrativa y delito⁽⁷⁶⁾, razonamiento que considero debe matizarse. Si partiéramos de la consideración de los ilícitos administrativos como meros ilícitos formales, cuando el legislador de 1995 crea o introduce nuevos tipos penales, antes sólo castigados por el ordenamiento administrativo, se estaría elevando al rango de infracción penal supuestos donde el interés abstracto resultaría vulnerado con la mera infracción de la prohibición, es decir, estaríamos ante tipos carentes de todo injusto material, al residir el contenido de injusto en la mera voluntad rebelde a los mandatos jurídicos⁽⁷⁷⁾, lo cual resultaría insostenible. Como resultaría también inadmisibles que sólo el ámbito de protección incluido en el Código Penal respondiera a la necesidad de protección del bien jurídico subyacente, mientras que el resto de conductas sancionadas por el ordenamiento administrativo no respondieran a la tutela de valor alguno. Por ello, si bien puede aceptarse con BRICOLA que los ilícitos penales suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con relevancia constitucional, no por ello debe quedar excluida la tutela administrativa de dichos intereses de relevancia constitucional⁽⁷⁸⁾. La función de tutela de bienes jurídicos no es desempeñada de forma exclusiva por el ordenamiento jurídico-penal, pudiendo acudir a otros sectores del ordenamiento en la citada tutela⁽⁷⁹⁾. Tal y como afirma

(74) De esta opinión asimismo CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección...*, ob. cit., p. 263 Y TERRADILLOS BASOCO: ob. cit., p. 794 y ss.

(75) Ya BINDING (*Normen I, 2.ª, 1890, p. 382 y ss*) diferenciaba entre los auténticos delitos de peligro y los delitos de mera desobediencia en los que no hay afección del bien jurídico y constituyen, por tanto, injustos meramente formales.

(76) Así, CORCOY BIDASOLO: ob. y loc. cit.

(77) De acuerdo con COBO/VIVES: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 296.

(78) En ese sentido, CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 41 y ss.

(79) El principio de "exclusiva protección de bienes jurídicos", íntimamente ligado al de *mínima intervención*, reduce al máximo el recurso al Derecho Penal, sólo cuando sea

FERRAJOLI⁽⁸⁰⁾, el principio de necesidad exige que se recurra sólo a la intervención punitiva como remedio extremo, precisamente por ser la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos. Por ello, si bien puede aceptarse con BRICOLA que los ilícitos penales suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con relevancia constitucional, no por ello debe quedar excluida la tutela administrativa de dichos intereses de relevancia constitucional⁽⁸¹⁾.

El propio *Tribunal Constitucional*, en Sentencia de 3 de octubre de 1983⁽⁸²⁾, reconoció la potestad sancionadora de la Administración, citando entre las posibles razones, “la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de *ilícitos de gravedad menor*”⁽⁸³⁾. A partir de estas diferencias de orden cuantitativo⁽⁸⁴⁾, dicha línea de demarcación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es delimitada positivamente por el legislador⁽⁸⁵⁾, si bien, dicha decisión en un momento concreto

absolutamente necesaria su intervención, para conseguir así los mínimos ataques a la libertad de los ciudadanos. Puede verse, entre otros, MIR PUIG, S.: “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal”, en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, 1987, p. 243 y ss. Asimismo, CARBONELL MATEU, J.C.: ob. cit., p. 195 y ss.

(80) FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 464 y ss.

(81) En ese sentido, CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 41 y ss.

(82) Sentencia de 3 de octubre de 1983 (Sala Segunda). Recurso de amparo n.º 368/1982. Ponente: D. Luis Díez Picazo (B.O.E. de 7 de noviembre de 1983).

(83) Criterio de la unidad sustancial entre ilícito penal y administrativo adoptado también por el *Tribunal Supremo*, básicamente a partir de las Sentencias de 2 y 25 de marzo de 1975. Véase un comentario sobre las citadas sentencias en GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 1993.

(84) Como puso de manifiesto WELZEL: “A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) están (...) vinculadas a ella.” WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956, p. 240.

(85) En ese sentido, CERESO MIR: “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, en *ADPCP* enero-abril, 1975, p. 160; TORÍO LÓPEZ, A.: “Injusto penal e injusto administrativo...”, ob. y loc. cit.; ESTÉVEZ GOYTRE, R.: “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones urbanísticas”, en *Actuación Administrativa*, n.º 30, 1996, p. 635.

debe tomarse lógicamente no de forma caprichosa ⁽⁸⁶⁾ sino atendiendo a la *gravedad* de la infracción. Criterio de la diferencia cuantitativa que parece ajustarse a lo dispuesto en el art. 25.3 de nuestra Constitución cuando señala que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” ⁽⁸⁷⁾, prohibiéndose a la Administración la imposición de las sanciones, en principio, más graves ⁽⁸⁸⁾.

(86) En opinión de NIETO GARCÍA, el decisionismo del legislador se basa en la realidad únicamente en “criterios propios absolutamente coyunturales”, afirmando que “... el Legislador ha tenido el *capricho* de convertir de golpe algunas infracciones en delitos, y en otros casos a la inversa”, calificándolo de “... meras etiquetas que el Legislador va colocando libremente por razones de una política punitiva global en la que se utiliza a las normas como simples instrumentos”. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993, p. 130.

(87) La imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad es, para SILVA SÁNCHEZ, una muestra de las diferencias cualitativas que existen entre el ámbito penal y el administrativo. Según el citado autor, la teoría de la diferenciación cuantitativa resulta incompleta, puesto que lo decisivo de la mencionada diferenciación no es sólo la configuración del injusto sino los criterios de impugnación de ese injusto y las garantías formales y materiales que rodean la imposición de sanciones; en definitiva, para SILVA, lo decisivo es el criterio teleológico, esto es, la finalidad que siguen el Derecho penal y el administrativo sancionador. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 2001, p. 124 y ss.

En esta dirección, TORÍO LÓPEZ, desde una tesis que podríamos considerar *mixta*, estima inviábiles tanto los criterios cualitativos como los cuantitativos, efectuando la distinción entre delito e injusto administrativo siguiendo un criterio *normativo o valorativo*, es decir, haciendo depender de una valoración, de una apreciación estimativa, si el injusto es merecedor de pena o sólo de sanción administrativa, previa descripción rigurosa de la materia que venga en consideración; sólo entonces se podrá, a su juicio, proceder a formular la definitiva valoración jurídica. Considera, pues, que la naturaleza del interés puede ser determinante de la decisión político-jurídica. TORÍO LÓPEZ, A.: “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Home-naje a E. García de Enterría*, 1991, vol. III, p. 2529 y ss.

No obstante lo expuesto, actualmente se rechaza por la doctrina penal mayoritaria, tanto la existencia de un ámbito propio de la Administración, como cualquier diferencia cualitativa entre ambos ilícitos. A este respecto, GONZÁLEZ CUSSAC afirma como “... la Administración no es un fin, sino un medio para servir a la sociedad”. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. 2.ª ed. Valencia, 1997.

En la doctrina alemana, en los últimos años se ha producido una inclinación hacia el punto de vista cuantitativo, no obstante lo cual MAURACH y ZIPZ sostienen que la mejor manera de trazar la delimitación de la infracción administrativa con el ilícito penal es a partir de un punto de vista mixto *cualitativo-cuantitativo*. MAURACH, R./ZIPZ, H.: *Derecho penal. Parte general. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. por Bofill Genzsch y Aimone Gibson), Buenos Aires, 1994, p. 19 y ss.

(88) Sin embargo, se formulan por la doctrina *objeciones* a este precepto, entre las que cabe destacar las siguientes: en primer lugar, el hecho de que la prohibición no se

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, trazar la línea de demarcación entre el delito y la infracción administrativa implica la necesaria referencia, primero, al bien jurídico protegido y su colocación en una escala ideal jerárquica donde se aprecie el contenido de injusto, el grado de lesividad del bien, atendiendo a su vez a los criterios de imputación de ese injusto, de modo que la sanción esté en una relación ponderada con la gravedad del ilícito y, por ende, como afirma CUERDA ARNAU⁽⁸⁹⁾, con la tutela jurídica del bien de que se trate, de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Así las cosas, nos decantamos por la caracterización del delito medioambiental en el art. 325 —y en el antiguo 347 bis— en relación al equilibrio de los sistemas naturales, como un delito de peligro abstracto, en el que no se reclama la producción de un peligro efectivo o concreto sobre el bien jurídico, pero concebido desde la exigencia de constatar la potencialidad lesiva de la conducta.

Ahora bien, llegados a este punto debemos detenernos a preguntarnos si la aptitud para producir un resultado lesivo debe ser o no un elemento del tipo; esto es, si la estructura de delito de peligro abstracto, tal y como acaba de ser concebida requiere la presencia en el tipo de elementos normativos que reflejen la idoneidad lesiva de la conducta. Sobre este particular existe disenso doctrinal⁽⁹⁰⁾; un sector se inclina por entender que se puede recurrir a la construcción de aptitud o delitos hipotéticos aunque la potencialidad lesiva no se refleje expresamente, al hallarse implícitamente en la formulación típica; de opinión distinta, se argumenta que, aunque de *lege ferenda* sería recomendable, al permitir excluir del tipo conductas cuya relevancia ético-social o cultural es escasa, de *lege data* no es posible, “pues llevaría a una nivelación, contraria a la voluntad de la ley, de los delitos de peligro abstracto y los delitos de aptitud para la producción de un daño”⁽⁹¹⁾. Lo cierto es que la inclusión de elementos de

extienda a otras penas graves, como sanciones privativas de derechos o restrictivas de libertad, posiblemente debido al fundamento originario del precepto, basado en un intento de evitar la “prisión por deudas” por impago de multas administrativas.

Asimismo, en segundo término, se le objeta al precepto el que, en muchos casos, se invierte el orden valorativo, cuando las multas impuestas en vía administrativa son, cuando menos igual, o incluso en muchos casos de mayor entidad que la sanción penal.

(89) CUERDA ARNAU, M.L.: “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen*. Valencia, 1997, p. 467.

(90) Vid. dicha discusión en relación al tráfico de drogas, MUÑOZ SÁNCHEZ: *El agente provocador*, Valencia, 1995.

(91) CEREZO MIR, J.: “Prólogo”, en MUÑOZ SÁNCHEZ: *El agente provocador*, cit., p. 10.

peligrosidad en la descripción típica supone una indudable ventaja ⁽⁹²⁾, al evitar el posible automatismo en la constatación del contenido de injusto, inconveniente principal de los delitos de peligro abstracto puros.

Por lo que se refiere al delito medioambiental el legislador ha introducido en la descripción del tipo elementos de valoración de la potencialidad lesiva de la conducta. Así, tanto el tenor literal del 347 bis como del actual artículo 325 exigen que las acciones descritas en el tipo “... *puedan perjudicar gravemente...*”, lo que puede interpretarse como una exigencia de idoneidad lesiva. Cuando ambos preceptos se refieren a la “posibilidad de perjudicar” se traduce como aptitud para perjudicar, esto es, idoneidad para “lesionar” y por lo tanto para poner en peligro. De manera que dicha exigencia permite que, pese a su configuración como un tipo de peligro abstracto, se alcance el nivel garantista propio de nuestro Derecho Penal.

En todo caso, el elemento normativo que denota la aptitud para producir un daño ha sido calificado como *relativo*, puesto que requiere una valoración por parte del juzgador del riesgo potencial que supone la acción para el bien jurídico ⁽⁹³⁾; así, el legislador ha establecido que haya posibilidad de perjudicar “*gravemente*”, término normativo pendiente de valoración judicial.

Ahora bien, el empleo del término normativo puede generar roces con el mandato de taxatividad inherente al principio de legalidad ⁽⁹⁴⁾, toda vez que la determinación del contenido del término requerirá de la valoración del intérprete, el cual deberá atenerse, en mayor o menor medida, a prescripciones de órdenes normativos abiertos. En un intento de extraer un criterio general en la

(92) De esta opinión, MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos...*, p. 42.

(93) Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, ob. cit., p. 311; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico. Parte general*. Valencia, 1999, p. 111; BOIX REIG, J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. y loc. cit.; MUÑOZ CONDE, F.: ob. y loc. cit; DOVAL PAÍS, A.: ob. y loc. cit.

(94) Para MORALES PRATS, “*los mayores problemas para el principio de taxatividad*” (“La estructura del delito...”, ob. y loc. cit.). Por su parte, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sostienen cómo, de igual forma, pueden vulnerarse las exigencias de taxatividad mediante el empleo de *conceptos descriptivos* de carácter *objetivo*, si éstos carecen de la debida precisión, en cuanto a las circunstancias, cantidad, tiempo, etc., del objeto descrito, poniendo como “modelo de peregrina indeterminación” la “extrema gravedad” de la conducta de los delitos de narcotráfico (arts. 369-370) que eleva las penas de estos delitos. Sin embargo, COBO y VIVES admiten cómo no carecen totalmente de fundamento las posturas de aquellos autores que defienden qué cláusulas, como la citada, rebasan el límite de lo descriptivo, aun cuando, si se extrema, pone en evidencia que todos los términos penales contienen una referencia valorativa. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: ob. cit., p. 334 y ss.

determinación de la gravedad del peligro se han resaltado como posibles elementos a tener en cuenta, la probabilidad mayor o menor de lesión, así como la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión en el espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación, siendo determinantes, en particular, respecto de los vertidos, su cuantía, concentración, la continuidad o discontinuidad del caudal receptor, etc...⁽⁹⁵⁾. Por el contrario, aquellas conductas que, por su escasa trascendencia lesiva, han sido consideradas inocuas —pese a que la delimitación de lo que resulta o no inocuo es extremadamente difícil⁽⁹⁶⁾— han dado lugar a numerosas absoluciones y a su regulación por el Derecho Administrativo, constituyendo, pues, la gravedad del peligro un criterio esencial para establecer la frontera entre la contaminación constitutiva de delito y los actos contaminantes merecedores de sanción administrativa, extremo que, como venimos subrayando, viene siendo criticado por la doctrina al dejar su apreciación al arbitrio absolutamente del juzgador⁽⁹⁷⁾.

Pues bien, precisamente por ser un delito que incluye un elemento de aptitud podrá exigirse al autor la consciencia de la peligrosidad de su conducta desde una perspectiva “ex ante”, pese a que, al tratarse de un elemento normativo valorativo exige tan sólo una valoración desde la esfera de lo profano. Aun así, serán frecuentes los supuestos de error sobre la aptitud lesiva de la conducta que normalmente se resolverán como supuestos de imprudencia⁽⁹⁸⁾.

Sentado lo anterior, si se interpreta que el artículo 325 no exige, en relación a los recursos naturales, la concreción del peligro sino solamente la *idoneidad lesiva de la acción*⁽⁹⁹⁾, veamos si en el caso que nos ocupa se cumple dicha exigencia (idoneidad de la acción y la posibilidad de lesionar). Bastará pues con

(95) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 78.

(96) Sobre este particular alude DE LA CUESTA AGUADO (*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., 139) a casos en que, aunque haya afectación de elementos medio-ambientales no conlleven, por ejemplo, riesgos de destrucción absoluta porque la zona a corto o medio plazo puede regenerarse por la propia acción de la naturaleza o bien con ayuda humana.

(97) Cfr. MORALES PRATS (“La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, cit., p. 359, nota 30) denunciando el hecho de que uno de los elementos determinantes en la delimitación entre el delito y la infracción administrativa sea un elemento normativo abiertamente indeterminado.

(98) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro...*, ob. cit., p. 313.

(99) En esta dirección PRATS CANUT considera que lo que debe acreditarse en el art. 325 no es sino la idoneidad del acto de contaminación para generar un peligro para el equilibrio de los sistemas naturales. PRATS CANUT, J.M./MARQUÉS I BANQUE, M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2001, p. 1576.

constatar en el supuesto analizado, la *idoneidad lesiva de la acción* ⁽¹⁰⁰⁾, sin que sea necesario entrar a valorar en el caso concreto si se dieron las circunstancias concretas para que se produjera la lesión. Esto es, resultará suficiente comprobar la peligrosidad de la acción para el bien jurídico, pero sin que se exija concreción de ese peligro que denote probabilidad inmediata de lesión ⁽¹⁰¹⁾.

De manera que, ante la alegación de la falta de valores medioambientales en el río receptor del vertido —dada su calificación de “río muerto”— cabe argumentar, como contrapartida que lo relevante es la conducta efectivamente llevada a cabo, el vertido de aguas residuales con un índice de toxicidad *capaz de poner en grave peligro* la flora y la fauna que hipotéticamente pudiera haber en el río ⁽¹⁰²⁾. Esta posición que puede aceptarse en el plano sustantivo queda acreditada en el plano procesal a través de las declaraciones efectuadas por los peritos en el juicio oral de las que se desprende la posibilidad de que un río calificable en un determinado momento como “muerto” puede calificarse en ese mismo momento de “regenerable”, es decir capaz de devenir un río con vida animal o vegetal en el futuro.

Así lo entendió la Audiencia Provincial de Barcelona al afirmar que, de la absoluta incompatibilidad de los fluidos vertidos con la vida animal, de acuerdo con los hechos probados, se deduce la posibilidad exigida en el tipo de ocasionar un perjuicio grave a las condiciones de la vida animal. Reconoce así el “potencial lesivo” de las concentraciones de metales, pudiendo constituir una *dificultad añadida a la regeneración de los ríos de la zona*, de acuerdo con el cambio en la declaración de los hechos probados.

De modo que, pese a la adjetivación de los ríos afectados por los vertidos como “ríos muertos” ⁽¹⁰³⁾, nos encontramos, a mi juicio, no en una situación de absoluta irreversibilidad en el sentido de absoluta destrucción previa de las condiciones ambientales del río por la contaminación sufrida, sino en una situación de cierta capacidad de regeneración del medio, conservando pues ciertos

(100) DE LA CUESTA AGUADO, M P.: *Causalidad de los delitos contra el medio...*, ob. cit., p. 170 y ss. TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto...”, ob. cit., 798.

(101) MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: ob. cit., p. 108.

(102) Entre las sentencias que condenan por considerar acreditada la puesta en peligro grave de las condiciones ambientales se encuentra, por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 1995.

(103) Expresión que viene utilizándose para designar aquellas situaciones en las que, efectuado un vertido contaminante que supera las concentraciones administrativamente establecidas, se determina que el río en el que se producían los vertidos carecía de vida. V. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos contra el medio ambiente...*, cit. p. 85 y ss.

valores que pudieran ser afectados por nuevas acciones contaminantes ⁽¹⁰⁴⁾. En esta dirección entendió el Ministerio Fiscal que, aun aceptándose —pese a tener menor apoyatura en la letra de la ley— que el 347 bis exige un peligro concreto, no resulta obligado concluir afirmando la vulneración del citado precepto constitucional puesto que, al calificar el río sobre el que se efectuó el vertido como un “río muerto”, dicha expresión supone “un término retórico, denotador de un estado de alto deterioro de la cuenca pero *compatible con algunas posibilidades de vida animal y vegetal* que justificarían su protección.

En suma, sólo en el caso de que se hubiera comprobado que la acción era inidónea para ocasionar el riesgo que la ley pretende evitar, no sería pues peligrosa, de modo que, en este supuesto, su criminalización sí sería dudosamente compatible con los principios garantistas base de un Derecho Penal democrático. Esa mínima idoneidad de la conducta, medida en todo caso *ex ante* y que conlleve un cierto peligro para el bien jurídico, es la exigida desde la óptica del principio de ofensividad, principio reconducible inexorablemente al principio de legalidad ⁽¹⁰⁵⁾, toda vez que su afirmación requiere la ofensa al bien jurídico protegido.

V. BIBLIOGRAFIA

BARBERO SANTOS, M.: “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *ADPCP*, 1973.

BINDING: *Normen I*, 2.^a, 1890.

BLANCO LOZANO, C.: *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*, Granada, 1997.

BOIX REIG, J. junto a JAREÑO LEAL, A.: *Comentarios al Código penal de 1995*, (Coord. por T.S. VIVES ANTÓN), T. II. Valencia, 1996, p. 1592 y ss.

BOIX REIG, J. con VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC: *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999, p. 642 y ss.

(104) Así, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente...*, cit., p. 101.

(105) A través de la afirmación de dicho principio, tal y como ponen de manifiesto COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, debe concretarse y requerirse la lesión del bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*. Valencia, 1999, p. 316, nota 6.

BREHM, W.: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: “Bienes jurídicos colectivos”, en *RFDUCM* 1986, n.º 11.

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996.

CEREZO MIR: “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, en *ADPCP* enero-abril, 1975, p. 160.

COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J.: “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la legislación penal* 1982, p. 200.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999.

COLAS TUREGANO: “Art. 347 bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad?”, en *Poder Judicial*, n.º 26, 1992, p. 213 y ss.

CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.

CUERDA ARNAU, M.L.: “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Primer Volumen*. Valencia, 1997, p. 467.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1994.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente”, en *Documentación jurídica*, 1983 (monográfico dedicado a la PANCP) p. 917.

DOVAL PAÍS, A.: “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, “Intereses difusos y Derecho Penal”, CGPJ, 1994.

DOVAL PAÍS, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.

ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967.

ESCRIBA GREGORI, J.M.: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976.

ESTÉVEZ GOYTRE, R.: “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones urbanísticas”, en *Actualidad Administrativa*, n.º 30, 1996.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995.

GALLAS, W.: "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en *Festschrift für Ernst Heinitz*, Berlín, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 1993.

GARCÍA RIVAS, N.: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

GARCÍA RIVAS, N.: *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "El artículo 347 bis: aproximación al estudio de sus tipos", en *Anales del Centro de Alzira*, 1986, pp. 45-62.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", en *Poder Judicial n.º 28*, 1992, p. 7 y ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Valencia, 1997.

HIRSCH, H.J.: "Gefahr und Gefährlichkeit", *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, 1993, pp. 545-563 (= "Peligro y peligrosidad", en *ADPCP*, vol. XLIX, fasc. II, 1996, p. 509-528).

HUERTA TOCILDO, S.: "Principios básicos del Derecho Penal y art. 325 del Código Penal", en *Revista Penal n.º 8*, 2001, p. 39 y ss.

JAKOBS, G.: "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW* 97 (1985), pp. 751 a 785. (= "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 307, nota 20 y pp. 308-9).

JAKOBS, G.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1991.

JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de Manzanares Samaniego), Granada, 1993.

LEVI, E.H.: *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, 1964.

MAQUEDA ABREU, M.L.: "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", en *Actualidad Penal*, n.º 26, 27 de junio-3 de julio de 1994.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1999.

MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A.: *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.

MAURACH, R./ZIPZ, H.: *Derecho penal. Parte general. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. por Bofill Genzsch y Aimone Gibson), Buenos Aires, 1994, p. 19 y ss.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.

MENDOZA BUERGO, B.: “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad Penal*, n.º 13, 25-31 de marzo de 2002, p. 317 y ss.

MIR PUIG, S.: “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal”, en *Revista de la Facultad de la Universidad de Granada*, 1987, p. 243 y ss.

MORALES PRATS, F.: “La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, en *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 1999.

MUÑOZ SÁNCHEZ: *El agente provocador*, Valencia, 1995.

NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1993

PRATS CANUT, J.M./MARQUÉS I BANQUE, M.: en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. por QUINTERO OLIVARES y coord. por MORALES PRATS), 2001, p. 1576.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (trad. y notas: LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J.) 1997.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.

SCHÜNEMANN, B.: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325”, en *La Ley*, año XVIII, número 4.285-4.286. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: “Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente”, en *La reforma de la justicia*

penal (*Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*) coord. por GÓMEZ-COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Colección de Estudios Jurídicos, n.º 2, p. 151 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO; coord. por JORGE BARREIRO) Madrid, 1997, p. 928.

TERRADILLOS BASOCO, J.: “Peligro abstracto y garantías penales”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 787 y ss.

TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *ADPCP* 1981, p. 825 y ss.

TORÍO LÓPEZ, A.: “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Homenaje a E. García de Enterría*, 1991, vol. III.

VERCHER NOGUERA, A. “El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos”, en *La Ley* 1989, p. 967.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001.

VIVES ANTÓN, T.S.: “Dos problemas del positivismo jurídico”, en *La Colección de Estudios*, Instituto de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979; recientemente, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, p. 135 y ss.

VIVES ANTÓN, T.S.: “Principios penales y dogmática penal”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General) 2*, Escuela Judicial. CGPJ, 1996, p. 37-71.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996.

WELZEL: *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA NEGATIVA A LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA: EL ARTÍCULO 380 DEL CÓDIGO PENAL

**(Vicisitudes jurisprudenciales de un delito poco afortunado:
el artículo 380 del CP de 1995)**

JESÚS MARTÍNEZ RUIZ

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Granada*

I

Enfrentarnos una vez más al artículo 380 del CP, en el que como sabemos fue introducido en nuestro Ordenamiento punitivo un tipo penal en virtud del cual se sanciona la *negativa a someterse a las pruebas legales para la detección de la conducción de vehículos a motor y ciclomotores bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas* (art. 379 CP), nos produce reacciones personales encontradas; de una parte, una especie de tristeza, ya que personalmente tuvimos ocasión de denunciar en 1996⁽¹⁾, la eventual inconstitucionalidad del referido precepto, llegando incluso a alentar la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad, bien de oficio, bien a instancia de las partes personadas, al amparo de lo previsto en los artículos 16.3 de la CE y 35.1 de la LOTC. Al poco tiempo de ello nos vimos gratamente sorprendidos al conocer que contra dicho precepto fueron interpuestas, si los datos no nos fallan, veintidós cuestiones de inconstitucionalidad; dos de

(1) Para una visión amplia de este precepto, vid: MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia*, en Cuadernos Jurídicos, n.º 44, 1996, págs. 57 y ss. CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la Seguridad del Tráfico*, en CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVA, L.; POLAINO NAVARRETE, M.; PORTILLA CONTRERAS, G.; SEGRELLES DE ARENAZA, I. *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Vol. II. Dirg. por COBO DEL ROSAL, M. Edit. Marcial Pons. Madrid 1997, págs. 191 y ss.

éstas, concluyeron en la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre ⁽²⁾, y las restantes, a nuestro juicio indebidamente, por cuanto pudieron y debieron haberse acumulado y resuelto con las anteriores, lo hicieron en la STC 234/1997, de 18 de diciembre ⁽³⁾. Poco innovaremos el conocimiento público diciendo que ambas Sentencias han confirmado la constitucionalidad del delito objeto del presente comentario.

MORILLAS CUEVA, L. *La negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia legalmente establecidas como delito específico de desobediencia grave. Valoración crítica*, en XIV Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico. Granada, 1998, pág. 45. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Prólogo*, en GÓMEZ PAVÓN, P. *EL Delito de Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Edit. Bosch. Barcelona, 1998, pág. 9. Para este autor, el legislador penal de 1995... ha convertido el nuevo Código penal en una *orgía* de criminalizaciones y, en vez de cuestionar la continuidad de este delito, lo ha reforzado con un inconstitucional delito de desobediencia específica, para los que no quieran someterse a la prueba de alcoholemia. GÓMEZ PAVÓN, P. *EL Delito de Conducción...* op. cit. pág. 299. Para esta autora resulta clara la innecesariedad y falta de adecuación de esta figura, por lo que, su inconstitucionalidad lo sería en cuanto infringen el principio de proporcionalidad y mínima intervención. De la misma: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código Penal*, en CPC. n.º 64, 1998, pág. 111. EGUILUZ CASANOVAS, C. *Delitos relacionados con la seguridad del tráfico*, en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995. T. II. Parte Especial*. Cord. MARTÍN ESPINO, J.D. Edit. Colex. Madrid, 1997, pág. 410. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *La negativa a someterse al control de alcoholemia: delimitación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. A propósito de la Sentencia del TS de 9 de diciembre*, en Tráfico y Seguridad Vial. Revista de Derecho de la Circulación n.º 15. 2000, págs.4 y ss. OLMEDO CARDENETE, M. *Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal, en Los Derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*. Edit. Universidad de Granada. Granada, 2001, págs. 679 y ss. PERIS RIERA, J. *Delitos contra la Seguridad del Tráfico*, en *Tráfico. Manual jurídico de Tráfico y Seguridad Vial*. Edit. La Ley, págs. 14 y ss. JUANATEY DORADO, C. *Sobre el control de alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre del Tribunal Constitucional*, en QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F. (Coords). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Edit. Aranzadi. 2001, págs. 1497 y ss.

⁽²⁾ Para una visión amplia de dicha resolución, vid. CARMONA SALGADO, C. MARTÍNEZ RUIZ, J. *De nuevo sobre la «inconstitucionalidad» del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre*, en La Ley n.º 4591, 1998, págs. 1 y ss. También, GÓMEZ PAVÓN, P. *Comentario a la Sentencia...*, op. cit. págs. 97 y ss. En pro de las “virtudes” de la Sentencia citada, vid. JUANATEY DORADO, C. *Sobre el control de alcoholemia...*, op. cit. págs. 1497 y ss.

⁽³⁾ Sobre esta última Sentencia, vid. MORILLAS CUEVA, L. *La negativa a someterse...*, op. cit. págs. 16 y ss. También, SÁNCHEZ MORENO, J. *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*. Edit. Bosch. Barcelona, 1998, págs. 12 y ss.

De otra parte, nos sugiere cierto sentimiento de esperanza, toda vez que como ha sido subrayado por MORILLAS CUEVA ⁽⁴⁾, la existencia de las dos resoluciones indicadas “nos elimina sólo una parte del problema”, en el entendimiento de que el hecho de que el delito no sea inconstitucional no quiere decir, ni mucho menos, que no deba ser reformado o suprimido de nuestro Texto punitivo, ya que, como no pudo por menos que reconocer el propio Tribunal Supremo, contenidas en la STS de 9 de diciembre de 1999, nos encontramos frente a “una polémica figura penal introducida en nuestro Ordenamiento jurídico por el vigente Código penal, la cual ha sido objeto de fundadas críticas desde que se inició su andadura parlamentaria, habiendo dado lugar a intensos debates en el Parlamento, donde distintos Grupos parlamentarios formularon distintas enmiendas, tales —entre otras— como la número 88 del Grupo Parlamentario Vasco (por entender que la negativa a someterse a la prueba del alcohol en sangre debe reputarse acto de autoencubrimiento impune), la número 195 del Grupo Parlamentario Mixto-ERC (por estimar que, al reunir los requisitos del delito de desobediencia grave, la remisión era innecesaria, y que, en todo caso, la regulación administrativa de estas situaciones es suficientemente satisfactoria), la número 414 del Grupo Parlamentario Popular (por entender que no resulta lógico considerar este supuesto como desobediencia grave, porque además podría vulnerar el derecho de defensa y a no declararse culpable), y la número 795 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-IC (por entender que estas conductas no deben sancionarse penalmente, siendo suficiente la sanción administrativa)”.

A todo lo anterior habría de adicionarse aún otro aspecto referido en este caso a su aplicación en la *praxis* de nuestros Tribunales, la cual, como tendremos ocasión de ir exponiendo posteriormente, resulta inquietantemente variopinta, detectándose incluso en la mayoría de las Sentencias un sentimiento común en pro de atenuar las graves consecuencias punitivas a que conduciría una aplicación estricta del citado artículo 380 del CP en conjunción con el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes del artículo 379.

II

Con estos antecedentes, veamos sin más preámbulos cuáles fueron las argumentaciones sustentadas por el Alto Tribunal para alcanzar lo que, bajo nuestro personal punto de vista, bien merece calificarse como el *sumum* de la Ciencia jurídica: la confirmación de un precepto que, como dijera en su día JIMÉ-

(4) MORILLAS CUEVA, L. *La negativa a someterse...*, op. cit. pág. 44.

NEZ DE ASUA ⁽⁵⁾, se encuentra muy por encima del concepto primario de conservación de sí mismo, propio del ciudadano común.

1.º) En este orden de ideas, la primera de las alegaciones esgrimidas contra el artículo 380 CP, alude a la posibilidad de que vulnerase los artículos 17.3 —derecho del detenido a no declarar— y 24.2 —derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable— ⁽⁶⁾, ambos de nuestro Texto Constitucional.

Dicha afirmación, por más que en su esencia sea compartida, tras el advenimiento del CP de 1995 siempre nos resultó de difícil acogida por parte del TC (como efectivamente ha acontecido ⁽⁷⁾), fue contestada por el Alto Tribunal

⁽⁵⁾ JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*. T. V. Edit. Losada. Buenos Aires, 1956, pág. 185.

⁽⁶⁾ Vid, sobre este particular. CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la Seguridad...*, op. cit. págs. 186 y ss. LA MISMA AUTORA. *Infracciones y sanciones de carácter penal*, en IX Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico. Dirección General de Tráfico (Ministerio del Interior), Universidad de Granada. Granada, 1994, págs. 24 y ss. MORILLAS CUEVA, L. *La responsabilidad penal del que conduce vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, en III Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico. Dirección General de Tráfico (Ministerio del Interior), Granada, págs. 66 y ss. JAÉN VALLEJO, M. *La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Edit. Akal-Iure. Madrid, 1987, págs. 45 y ss. GÓMEZ PAVÓN, P. *La Jurisprudencia Constitucional sobre la Prueba de alcoholemia*, en ADPCP. 1986, págs. 1001 y ss. GARCÍA ARÁN, M. REBOLLO VARGAS, R. *La exploración del cuerpo del sospechoso y la sanción de su infracción*, en *La Ley de Seguridad ciudadana*. Edit. PPU. Barcelona, 1994, págs. 96 y ss. GANZENMÜLER, C. ESCUDERO MORATALLA, J.F. FRIGOLA VALLINA, J. *El nuevo Delito de negativa a someterse a las Pruebas de alcoholemia, considerado como Desobediencia Grave*, en *La Ley n.º 4254, 1997*, págs. 1 y ss.; también en *Revista General de Derecho*. Septiembre 1997, págs. 10429 y ss. VARONA GÓMEZ, D. *La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del Nuevo Código Penal): interpretación y límites*, en AP n.º 48, 1996, págs. 969 y ss.

⁽⁷⁾ Vid. CARMONA SALGADO, C. *Infracciones y ...*, op. cit. págs. 25 y ss. En la misma línea. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. pág. 58. Ya manifestamos entonces que de los pronunciamientos del TC podíamos destacar la idea de que la espiración de aire en el detector de alcohol, no constituye una declaración en el sentido de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, motivo por el que, con esta doctrina del Tribunal Constitucional, negadora del derecho a no declarar contra sí mismo como fundamento de la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, *nos veíamos en la necesidad de buscar* un argumento de defensa distinto. En sentido análogo. GANZENMÜLER, C. ESCUDERO MORATALLA, J.F. FRIGOLA VALLINA, J. *El nuevo Delito de negativa a ...*, op. cit. pág. 1.

sencillamente por medio de la ratificación en su propia doctrina jurisprudencial (STC 103/1985, 76/1990; AATC 837/1988 y 221/1990, entre otras resoluciones). Así, manifiesta que “la resurrección de esta incertidumbre, carece de apoyo en la norma cuestionada, que no sólo no establece pruebas de detección de alcohol o drogas en los conductores, sino que tampoco impone *ex novo* su obligatoriedad: se limita a aumentar el rigor de las consecuencias de su incumplimiento y a elevarlas del ámbito administrativo al penal”.

Siendo cierto lo anterior, no obstante, y antes de proseguir, quisiéramos expresar nuestra disconformidad con tal afirmación, ya que, con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 380 del CP de 1995, y en virtud del art. 24.1 del Reglamento de la Circulación, aprobado por el Real Decreto 13/1992 (precepto, que a mayor abundamiento, no ha sido objeto de modificación por parte del R.D. 116/1998, de 30 de enero) ⁽⁸⁾, el conductor que se negaba a someterse a las pruebas de detección alcohólica en los supuestos en los que los hechos revistieran carácter delictivo, la consecuencia a la que se exponía era a su conducción al Juzgado correspondiente “de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los efectos que procedan”; dicho en otros términos: bajo el imperio de la normativa preexistente a la entrada en vigor del citado precepto punitivo, el conductor que en el ejercicio de sus derechos constitucionales a la presunción de inocencia, a no declararse culpable, a una tutela judicial efectiva y a un trato igualitario ante la ley, se negaba a realizar el test de alcoholemia, por imperativo del artículo 490 de la LECrim, era detenido y puesto a disposición de la autoridad judicial como presunto autor de un delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas ⁽⁹⁾. Resulta obvio que tal regulación era bien distinta y bastante más justa y adecuada que la introducida con el nuevo artículo 380 CP, que conmina tal

⁽⁸⁾ Real Decreto 116/1998, de 30 de enero (BOE, de 18 de febrero), por el que se adaptan a la Ley 5/1997, de 24 de marzo, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el Reglamento General de Circulación y el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

⁽⁹⁾ En el sentido del texto, CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la Seguridad ...*, op. cit. pág. 187. La detención del sujeto (art. 490 LECrim) y conducción del mismo ante la autoridad judicial correspondiente es de dudosa constitucionalidad, en aquellos supuestos en que el conductor ni está implicado en un accidente, ni conduce con síntomas o indicios de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ni ha sido denunciado por la comisión de una infracción de tráfico, sino que, para su mala suerte, ha sido casualmente, objeto de requerimiento por la autoridad competente en un control preventivo, respecto del que no opera, en cambio, el citado art. 490 LECrim, pues no existe «certeza de haberse cometido un delito». De la misma: «*Infracciones y...*», op. cit. pág. 25. También, GONZÁLEZ RUS, J.J. “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas

situación fáctica, directamente y sin reservas, con la pena de prisión de hasta un año; motivo éste por el que no podemos por menos que discrepar abiertamente de la interpretación efectuada por nuestro más Alto Tribunal, posicionándonos por el contrario en la línea postulada por uno de los Magistrados que formularon voto particular a la Sentencia en examen, D. ENRIQUE RUIZ VADILLO, quien haciendo gala una vez más de una medida jurídica digna de elogio, no dudó en afirmar que “obligar a una persona, bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que pueden llegar a la extracción de sangre para su posterior análisis clínico, representa en la práctica imponer al acusado (...) La carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa”.

Si proseguimos con la argumentación defendida por el TC sobre este particular, comprobaremos que, en su esencia, puede ser condensada en lo siguiente: las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable; es más, a su juicio, “tampoco menoscaban ‘per se’ el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba”.

alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, vol. 15, 1988, págs. 41 y ss. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. pág. 57. No debemos olvidar que, el citado Reglamento de Circulación permite el sometimiento a las pruebas de detección en controles preventivos y sin indicio alguno de delito. En estas circunstancias, entendemos que la detención *no estaría amparada por el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal*, precepto que exige «la certeza de haberse cometido un delito», con lo cual, el único amparo legal sería un Real decreto, con clara vulneración de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81 y 82 de nuestro Texto constitucional. En línea análoga. GÓMEZ PAVÓN, P. *La Jurisprudencia Constitucional sobre...*, op. cit. pág. 1001. LA MISMA AUTORA: *El Delito de Conducción...* op. cit. págs. 54 y ss. DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, SANGRE, ETC.)*, en *Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*. Edit. CGPJ. Madrid, 1996, pág. 184. De cara a la sanción administrativa, y solucionando el posible quebranto del principio “ne bis in idem”, manifiesta este autor, cuya opinión compartimos, que debe tenerse presente que el R.D. 320/1994, Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, art. 2.º, establece el principio “ne bis in idem”, de manera que sólo cabe la imposición de la sanción administrativa cuando ha existido una sentencia absolutoria, art. 2.2, así como la preferencia de la jurisdicción penal a la hora de conocer de un asunto, art. 2.1, en virtud de lo dispuesto en el art. 74 de la Ley de Tráfico, dando cumplimiento a lo previsto en el art. 133 LRJAP y PAC.

Dicho razonamiento era del todo punto esperado, puesto que, una vez que desde un punto de vista político-criminal el legislador de 1995 se había decantado por la idea de no acoger el principio de inexigibilidad ⁽¹⁰⁾ al tipificar el artículo 380 CP, resultaba previsible la desestimación del motivo expuesto, lo que nos conduce a exigir, al menos, la potenciación de que tal deber de colaboración se lleve a cabo —en palabras del propio Tribunal— “dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales” ⁽¹¹⁾.

Amén de lo anteriormente expuesto, otra alegación formulada en las Sentencias que nos ocupan, y que resulta cuando menos de dudosa aceptación, es la

⁽¹⁰⁾ Es curioso constatar cómo el *parámetro de la inexigibilidad* es el que conduce a la ST. AP de Palencia, de 4 de diciembre de 1997, a absolver por el delito tipificado en el artículo 380, manifestando expresamente que “en las condiciones en las que se encontraba José Antonio V.P. inmediatamente después de sucedido el accidente, con múltiples contusiones y con la cara ensangrentada, independientemente de su negativa a ser hospitalizado es lo cierto que se produce una situación de nerviosismo en que no parece razonable la realización de la prueba de impregnación alcohólica ni tampoco que pueda entender evidente una intención de menoscabar la autoridad a la competencia de los agentes intervinientes, pues no se puede pretender una plena conciencia de sus actos en una persona herida, y del que además se demuestra que padece una patología crónica”. Más clara aún en esta línea de pensamiento se muestra la ST. AP de Granada, de 25 de enero de 1999, en la que, si bien es cierto que la Sala reconoce que la simple negativa puede dar lugar a la responsabilidad por el delito del artículo 380 CP, proclama no obstante que “si tal negativa está destinada a evitar que se obtengan pruebas incriminatorias del delito del artículo 379 CP cuya existencia queda acreditada, *el rechazo al sometimiento a las pruebas estaría constitucionalmente fundado al estar destinado a no suministrar* indicios autoinculpatorios de la infracción penal ya cometida”. En el mismo sentido, vid. ST. AP de Granada, de 25 de noviembre de 1998, en la que se pronunciaba en los siguientes términos: “a pesar de haber de admitir, en definitiva, la constitucionalidad del precepto en cuestión, lo que no parece acorde con los principios constitucionales es que puedan pensarse simultáneamente la conducción etílica y la negativa al sometimiento a las pruebas, pues en opinión de esta Sala, en tal caso indiscutiblemente se castiga la no facilitación por el imputado de una prueba esencial para su inculpación”.

⁽¹¹⁾ En estas coordenadas se mueve, entre otras, la ST. AP de Gerona, de 12 de marzo de 1998, en la que se manifiesta que para que proceda la condena por el delito contemplado en el art. 380 del CP “es requisito necesario para su comisión que el requerimiento realizado a la persona que deba acatar la orden para que dé cumplimiento a la misma debe ir acompañado de *los apercibimientos de rigor, que no son otros que la expresa advertencia de las consecuencias que el incumplimiento de la orden le puede acarrear, en este caso, la comisión de un delito previsto en el artículo 380 del Código penal*”. En la misma línea, vid: SS. AP de Granada, de 3 de mayo de 2000, AP de Alicante, de 18 de diciembre de 1999, AP de Guipúzcoa, de 6 de mayo de 1999, AP de Cantabria, de 26 de febrero de 1999.

relativa a la afirmación de que las pruebas legales de detección “tampoco menoscaban *per se* el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba”. Resulta obvio que no podía ser de otro modo, toda vez que por las exigencias más básicas del principio acusatorio que domina la fase del juicio oral en nuestro proceso penal, tales “pruebas”, en puridad, no son pruebas ⁽¹²⁾, salvo que las conceptuemos como prueba preconstituida o anticipada ⁽¹³⁾, aun a riesgo, no sólo de vulnerar los artículos 741, 730, 790. 5 y 297.1 de la LECrim ⁽¹⁴⁾, así como el artículo 24.2 CE en su vertiente relativa a gozar del

(12) Vid, en este sentido, DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos superficiales, intervenciones ...*, op. cit. págs. 176 y ss. Recuerda el citado autor que lo que se conoce como *prueba de alcoholemia* ha de ser matizado; no cabe hablar de prueba, sino de un acto de investigación, *practicado por la Policía*. EL MISMO AUTOR, *Prueba documental y documentación de actividades en el procedimiento abreviado*, en MORENO VERDEJO, J. MARCHENA GÓMEZ, M. ESCOBAR JIMÉNEZ, R. DÍAZ CABIALE, J.A. DEL MORAL GARCÍA, A. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. ANDRÉS IBAÑEZ, P. *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al Procedimiento abreviado)*. Edit. Comares. Granada, 1995, págs. 319 y ss. Vid, también. DE URBANO CASTRILLO, E. TORRES MORATO, M.A. *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*. Edit. Aranzadi. Pamplona 1997, págs. 119. Ponen de relieve estos autores, que con carácter general, la Jurisprudencia ha establecido, de un lado, que han de observarse las garantías formales al objeto de preservar el derecho de defensa, especialmente *el conocimiento del interesado mediante la oportuna información, de su derecho a un segundo examen alcoholimétrico y a la práctica médica de un análisis de sangre*, y de otro, que se incorporen al proceso, de forma que resulten respetados en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción, *no siendo suficiente al respecto*, la simple lectura o reproducción en el juicio oral del ATESTADO en que conste el resultado de la prueba de impregnación alcohólica, sino que es preciso que sea ratificada en el juicio oral que la practicaron a fin de ser sometida a contradicción. En la misma línea, STC. 23 de septiembre de 1987; SS.TS. 15 de enero de 1990 y 22 de abril de 1990.

(13) Vid. MONTERO AROCA, J. GÓMEZ COLOMER, J.L. ORTELLS RAMOS, M. MONTÓN REDONDO, A. *Derecho Jurisdiccional. Vol. III. Proceso Penal*. Edit. Bosch. Zaragoza 1991, pág. 324. Ponen de manifiesto estos autores al tratar la prueba anticipada —como única excepción al principio general de qué “prueba” es la practicada en la vista oral bajo los principios de inmediación y contradicción— que ésta se realiza siempre ante un órgano jurisdiccional: según los casos, el juez de instrucción, el órgano sentenciador, un magistrado de éste o el órgano a quien corresponda prestar el auxilio judicial. Ampliamente, DÍAZ CABIALE, J.A. *Prueba documental y documentación de actividades en el procedimiento abreviado*, op. cit. págs. 321 y ss.

(14) Ampliamente, DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos superficiales, intervenciones ...*, op. cit. pág. 179. Nos adherimos a la opinión sustentada por dicho autor: el hecho de que se trate de una diligencia de investigación *de naturaleza pericial practicada por la policía*, en nada altera el hecho de que sea una actuación contenida en el atestado y que

derecho a un proceso público con todas las garantías, sino, también, de ignorar la reiterada jurisprudencia respectivamente elaborada por nuestros Tribunales Constitucional y Supremo ⁽¹⁵⁾.

goza del mismo valor que éste, art. 297.1 LECrim. La forma en que alcanza fuerza probatoria consiste en *la deposición en el juicio oral de quienes lo llevaron a cabo*, ex art. 297.II, y 717, de manera que pueda hacerse valer la contradicción, art. 6.3 CEDH. De la propia LECrim queda claro que la lectura de dichas actuaciones *queda vedada por el tenor literal del art. 730 LECrim*, “*diligencias sumariales*”, y del art. 714, *lectura de la declaración sumarial del testigo si existen contradicciones*. Tampoco cabe pensar que se trate de prueba documental, ya que es, en todo caso, la documentación de una diligencia, por lo que su acceso está truncado por el art. 726. En la misma línea. PÉREZ MARÍN, M.^a A. *Métodos alcoholimétricos: doctrina del Tribunal Constitucional*, en Justicia 94, págs. 827 y ss.

⁽¹⁵⁾ Vid. SS.TC. 182/1989; 227/1989; 101/1985; 137/1987; 76/1990; 31/1981. En esta última resolución, puede leerse que “las pruebas a las que se refiere el propio art. 741 LECr, son las pruebas practicadas en el juicio oral, luego el Tribunal Penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él”. Por su parte, la STC 145/1985 afirmó que los Tribunales ordinarios no están autorizados, en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria intermediación y contradicción, atestados a los que, como señala la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. En concreto, respecto al test de alcoholemia, manifiesta esta sentencia que “la simple lectura o reproducción en el juicio oral en que consta el resultado del test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo”. Igualmente, SS.TC. 24/1992; 222/1991; 303/1993; en esta última resolución el TC declaró que “tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales (SS.TC 114/1984, 50/1986 y 150/1987), y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad (SS.TC. 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 118/1991). Ahora bien, de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada, que también se manifiestan aptos para fundamentar una sentencia de condena, siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECr), subjetivos (la necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe de proveer de Abogado al imputado —cfr. arts. 448 y 333—) y formales (la introducción al Juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730). De lo dicho se desprende, sin embargo, la conclusión de que la policía judicial no esté autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba. Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim y con la doctrina de este Tribunal, los atestados de la Policía judicial tienen el genérico valor de “denuncia”, por lo que, en sí mismos, no se erigen en medio, sino en objeto de prueba. Por esta razón, los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el Juicio Oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado (...). Pero que la Policía Judicial pueda, o mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía Judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la policía judicial actúa en tales

2.º Expuesto lo anterior, el resto de los motivos de inconstitucionalidad alegados en su momento contra el precepto, giran en torno al principio de proporcionalidad de las penas, incidiendo en dos vertientes diferentes:

a) En primer lugar, la infracción de los arts. 25.1, 1.1, 9.3 y 10.2 todos de la Constitución, alegándose que la pena imponible por el delito tipificado en el artículo 380 CP, en virtud de su remisión al artículo 556 CP, es de prisión de seis meses a un año, mientras que la prevista para el delito que trata de comprobarse —el del art. 379— es la de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses, y privación del carnet de conducir vehículos a motor o ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

b) La segunda vertiente denunciada contra el artículo 380 CP del mencionado principio de proporcionalidad recae sobre la ya mítica cuestión de la finalidad resocializadora de la pena, por cuanto se consideraba por los Juzgados impugnantes que dicho precepto suscitaba dudas de constitucionalidad en relación con los arts. 25.2 y 53.1 C.E., al establecer una pena privativa de libertad orientada exclusivamente a una finalidad de prevención general: procurar que los ciudadanos bajo la conminación penal se sometan a las pruebas de detección de alcohol.

Ambas alegaciones, adolecían de una notable dosis de ambigüedad y amplitud, que ha facilitado, sin duda, la tarea al TC, a quien no le ha resultado excesivamente difícil confirmar la constitucionalidad del artículo 380 CP, esgrimiendo a tal efecto las siguientes razones fundamentales:

a) Respecto a la infracción concreta del principio de proporcionalidad⁽¹⁶⁾, comienza declarando que “cualquier tacha de desproporción (...) debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador

diligencias “a prevención” de la autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio, susceptible por sí sólo de fundamentar posteriormente una sentencia de condena”. En esta línea, ST. AP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc.4.ª Ponente Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Jaén Vallejo, de 11 de octubre de 1995, en la que literalmente se reconoce que “el Test alcoholométrico fue llevado al proceso de manera que se respetaron los principios de inmediatez, oralidad y contradicción (art. 24.2 y 120 CE; 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues uno de los agentes que lo realizó, ratificó en el juicio su contenido. Luego, aunque la investigación de impregnación alcohólica se realizó, evidentemente, fuera del proceso, lo cierto es que se incorporó al proceso a través de la documentación articulada por la acusación, avalada por el testimonio del agente en el juicio oral, y que fue, además, dada por reproducida en el acto del juicio oral, según consta en autos. El resultado de lo expuesto es que en el caso enjuiciado existió una verdadera prueba de alcoholemia, y no una simple denuncia (...)”.

(16) Vid. ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito*. Trad. por. LUZÓN PEÑA, D.M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,

para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”. Efectuado este recordatorio, añade que “no cabe duda de que la protección de la seguridad del tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del artículo 380 CP, finalidad inmediata que lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de proteger— lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma”. A ambas finalidades, agrega una tercera constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública —también llamado principio de autoridad⁽¹⁷⁾—.

Y así, una vez resaltadas por el TC las “bondades” subyacentes al artículo 380 CP, encuentra ya el terreno perfectamente abonado para “sembrar” la afirmación esperada: “que a la vista de los importantes bienes e intereses protegidos, y a pesar de su indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE (...), pues no siempre el legislador considera en el Código Penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro

M. DE VICENTE REMESAL, J. Edit. Civitas. Madrid, 1997, pág. 67. Sostiene dicho autor que es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante *podría ser nula por vulnerar* la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay *certeza sobre si otros medios más leves* (como las meras sanciones civiles) *prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación*. Por ello, el principio de subsidiariedad es más una *directriz político-criminal que un mandato vinculante*. Sobre el referido principio de proporcionalidad, vid: STC de 4 de julio de 1991, STC de 14 de octubre de 1996, STC de 23 de mayo de 1996, STC de 29 de septiembre de 1997, STC de 4 de mayo de 1998, STC de 15 de junio de 1998, STC 1999/136, de 20 de julio, STC de 20 de diciembre de 1999, STC de 27 de septiembre de 1999, STC de 16 de mayo de 2000, STC de 10 de abril de 2000, ATC de 26 de febrero de 2001, STC de 29 de enero de 2001.

(17) En este orden de ideas, vid. JUANATEY DORADO, C. *Sobre el control de alcoholemia...*, op. cit. págs. 1510 y ss. En sentido diametralmente opuesto, vid. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. pág. 60. Ya en su momento, pusimos de relieve los peligros de que el artículo 380 se convirtiese en una “defensa ciega del principio de autoridad”. También, GÓMEZ PAVÓN, P. *El Delito de conducción...*, op. cit. pág. 301 y ss.

abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo; y éste es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo”.

Esta argumentación, empleada para negar la existencia de infracción alguna al principio de proporcionalidad, podría conducirnos al planteamiento de un asunto tan complejo como es el relativo a la determinación de la concreta funcionalidad político-criminal que el concepto de peligro puede y debe jugar en Derecho Penal, pero, la brevedad que preside el presente comentario, nos obliga lógicamente a prescindir de él, citando, exclusivamente, la expresiva frase de HERZOG a través de la que pone de manifiesto una idea enormemente significativa al respecto: “la puesta en peligro del Derecho Penal mediante el Derecho Penal de la puesta en peligro”⁽¹⁸⁾.

Tras constatar que el Alto Tribunal no encontró el menor obstáculo para desestimar la eventual lesión causada al principio de proporcionalidad, resulta fácil comprender que tampoco hallara impedimentos insalvables respecto a la denunciada vulneración de la finalidad resocializadora de la pena (art. 25.2 y 53.1 CE), tal y como puede comprobarse mediante la lectura de su siguiente argumentación: “en efecto, no se entiende por qué esta concreta pena privativa de libertad —la del art. 380 CP— descrita abstractamente en el artículo como es lo habitual, no está o no estará orientada en su ejecución a los fines de reeducación y resocialización social. Asimismo, debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que las finalidades del artículo 25.2 CE no tienen un carácter prioritario sobre otras —de prevención general u otras de prevención especial—; es más, resulta discutible el presupuesto de que la propia imposición de la sanción no despliega ninguna función resocializadora (SS.TC 19/1988, 150/1991, 55/1996)”⁽¹⁹⁾.

(18) HERZOG. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pág. 70. Del mismo: «*Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*», en Poder Judicial n.º 32, 1993, págs. 79 y ss. Para una visión más amplia de la problemática referenciada, vid: HASSEMER, W. «*Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 1989, págs. 553 y ss. PRITTWITZ, C. *Strafrecht und Risiko*, 1993. MAQUEDA ABREU, M.ª L. “La idea de peligro en el moderno Derecho penal”, en *Actualidad Penal*, 1994, págs. 484 y ss. PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Edit. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1995. SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª edic. Edit. Civitas. Madrid, 2001, págs. 28 y ss.

(19) De esta opinión, JUANATEY DORADO, C. *Sobre el control de alcoholemia...*, op. cit. págs. 1504 y ss.

3.º Un punto que quedó ensombrecido en la primera de las Resoluciones del TC (la 161/1997, de 2 de octubre), fue retomado en la Sentencia 234/1997, de 18 de diciembre, aspecto estrechamente conectado con el principio de igualdad —art. 14 CE—.

Sobre este particular, cabe recordar que el artículo 380 CP deviene aplicable no sólo frente a las pruebas de detección de la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, sino también frente a las pruebas de detección de la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En este sentido, y como se desprende de la lectura del artículo 28.1 del Reglamento de Circulación, aprobado por Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, un importante dato a tener en cuenta va referido a que en este segundo supuesto se prevé como único método válido el análisis clínico realizado por personal facultativo —Médico forense u otro titular experimentado—.

En este nivel de la argumentación, no podemos por menos que hacer expresa referencia a la Cuestión de inconstitucionalidad planteada a instancia de la Excm. Audiencia Provincial de Salamanca, mediante Auto de fecha 14 de abril de 1997, que con intachable corrección esgrimió la siguiente alegación ⁽²⁰⁾: “las mayores dudas de inconstitucionalidad del tipo delictivo que nos ocupa, se suscitan en torno al hecho de que el precitado artículo 380 criminaliza, no sólo la negativa a efectuar la prueba de alcoholemia respecto al conductor presumiblemente embriagado, sino también la de aquel otro conductor que se niega a efectuar las pruebas tendentes a demostrar la influencia de «drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas», es decir, respecto del presuntamente drogado (...); pues bien, el modus operandi de las pruebas previstas reglamentariamente, demuestra que son medidas que afectan a la intimidad corporal, y en consecuencia, al derecho fundamental de la persona, relativo a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 de la CE, (...) por comportar una intervención corporal directa, con lo que será exigible, para que la prueba se considere legítima, una decisión judicial que pondere la gravedad de la intromisión y la imprescindibilidad de ésta (...)”.

Ello, a mayor abundamiento, permite concluir que sujetos activos del citado artículo 380 CP, pueden serlo no sólo los conductores presuntamente embriagados, sino también los conductores afectados por la ingesta de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379 CP) ⁽²¹⁾. En este segundo

⁽²⁰⁾ En la misma línea, vid: CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la seguridad...*, op. cit. págs. 193 y ss. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. págs. 59 y ss. CARMONA SALGADO, C. MARTÍNEZ RUIZ, J. *De nuevo sobre la «inconstitucionalidad»...*, op. cit. págs. 3 y ss.

⁽²¹⁾ Sobre este particular, vid. OLMEDO CARDENETE, M. *Aspectos prácticos de los delitos...*, op. cit. págs. 692 y ss.

caso, ya hemos indicado que el artículo 28.1 del Reglamento de la Circulación⁽²²⁾ dispone como método encaminado a su detección el análisis clínico verificado por personal facultativo, medida de investigación ésta que no sólo ya por haberlo sostenido a título personal, ni porque asimismo lo declaró en su momento la Excm. AP de Salamanca, al igual que la doctrina especialista en la materia⁽²³⁾, sino porque así lo ha refrendado el propio Tribunal Constitucional⁽²⁴⁾, resulta susceptible de incluirse en la categoría de las intervenciones corporales directas, lo que determina que entren en el debate el derecho a la integridad física (art. 15 CE)⁽²⁵⁾ e, incluso, el propio derecho a la intimidad personal⁽²⁶⁾.

(22) Precepto, por lo demás, de dudosa constitucionalidad, dado su rango normativo —Real Decreto—. Vid. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. págs. 57-58. DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos superficiales, intervenciones corporales...*, op. cit. págs. 160 y ss. Pone de relieve este autor, al tratar los arts. 22.1 y 28 RGC, que estas previsiones resultan insuficientes desde el punto de vista constitucional, dada la naturaleza de los derechos fundamentales en juego: no se cumple la prohibición de delegación legislativa para estos casos, arts. 81 y 82 CE; lo mismo debe decirse de lo previsto en el art. 28 de dicho texto, sobre detección de sustancias estupefacientes y similares.

(23) Así, MONTERO AROCA, J. ORTELLS RAMOS, M. GÓMEZ COLOMER, J.L. MONTÓN REDONDO, A. *Derecho Jurisdiccional*. op. cit. pág. 228. En la misma línea. DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos, intervenciones corporales...*, op. cit. págs. 146 y ss. Este autor, en el exhaustivo trabajo al que nos remitimos, utiliza la nomenclatura de “reconocimientos médicos” para integrar en ella a cualquier actuación distinta de los cacheos sobre el cuerpo humano: exámenes radiológicos o ecográficos, los registros anales o vaginales, análisis de sangre, de orina, hasta cualquier otra actuación sanitaria. El juego de los derechos fundamentales exige autorización judicial para llevar a cabo los reconocimientos médicos, siempre que no medie el consentimiento expreso y libre del sujeto pasivo. HERNÁNDEZ GIL, A. *Intervenciones Corporales y derechos fundamentales*. Madrid, 1995, págs. 100 y ss.

(24) Vid. SS.TC. 37/1989, 26/1981; 207/1996.

(25) La STC de 16 de diciembre de 1996 (RTC 1996/207) —Ponente D. Vicente Gimeno Sendra—, señala en su Fundamento Jurídico segundo, que “por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la Doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos uñas, biopsias etc...) o en su exposición a radiaciones (rayos x, TAC, resonancias magnéticas, etc...), con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se ve por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE) ...”

(26) La citada STC 207/1996 se reconoce que “otro tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el

Pues bien, de la expresada naturaleza jurídica atribuible a tales actos de investigación, en consonancia con la propia doctrina constitucional, podríamos deducir la imprescindible concurrencia de los siguientes requisitos: —que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley,— que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada⁽²⁷⁾ y, —que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A estos requisitos habría que añadir los derivados de la afección a la integridad física, como son “—que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario,— la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella, no se ocasione un trato inhumano o degradante” (SS.TC 207/1996, 7/1994).

De este cúmulo de elementos, resulta de especial interés, a los efectos que ahora interesan, el relativo a su jurisdiccionalidad, esto es, a la necesidad de que sea un órgano jurisdiccional quien mediante Auto debidamente motivado ordene la injerencia en los expresados derechos fundamentales, previa ponderación de la proporcionalidad de la medida⁽²⁸⁾. De ser ello acertado, la conclusión lógica que se infiere es que el “conductor drogado” podría negarse a atender las

hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del Derecho a la Intimidad personal. (...). Esto es lo que ocurre cuando,... se pretende averiguar si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes (...), puesto que, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, y por tanto, de su posible justificación, no podemos por menos de admitir que una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en nuestro Ordenamiento es en sí misma impune, ello no obstante, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas, provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la Comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del Derecho a la Intimidad Personal.”

(27) En este sentido. DÍAZ CABIALE, J.A. *Cacheos superficiales, intervenciones...*, op. cit. págs. 164. Reconoce el citado autor que “salvo que medie el consentimiento expreso y libre del imputado, no cabe acordar un reconocimiento médico si no hay la correspondiente autorización judicial”. En la misma línea. DE URBANO CASTRILLO, E. TORRES MORATO, M.A. *La Prueba ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*. op. cit. págs. 95 y ss. En opinión de estos autores, “el Juez, mediante auto en el que motivará con la suficiente motivación la necesidad y la proporcionalidad de la medida, autorizará de forma previa los supuestos más graves como las tomas de sangre, e inspecciones vaginales o anales”.

(28) En torno al requisito de la proporcionalidad, la STC. 297/1996, ha declarado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el *juicio*

órdenes de la autoridad gubernativa ⁽²⁹⁾, exigiendo el cumplimiento de la legalidad vigente, es decir, su conducción ante la autoridad judicial, única competente, tal y como hemos referido, para ordenar la práctica de las medidas de detec-

de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). En la misma línea, SS.TC. 37/1989, 85/1994, 54/1996.

(29) Sobre este particular resulta sumamente ilustrativa la ST. AP de Vizcaya, de 10 de junio de 1999, en la que finalmente el acusado fue absuelto por la comisión del delito previsto en el artículo 380 del CP, tras verificarse las siguientes consideraciones: “El componente de desobediencia no a la ley (directamente) sino al agente de la autoridad aparece remarcado porque la remisión legal es al art. 556 CP y no a un tipo de desobediencia a la ley. Esta configuración obliga a considerar el bloque normativo regulador de la práctica de las pruebas de alcoholemia y de detección de sustancias estupefacientes, tomando de modo especial en consideración las competencias que tales normas atribuyen a los agentes de la autoridad, porque tratándose como se trata de un tipo de desobediencia, y además como norma penal en blanco, es preciso determinar en primer término si el agente es competente para llevar a cabo el requerimiento y las consecuencias de la negativa. La Ley de Tráfico y Seguridad Vial en su art. 12.3 y el Reglamento General de Circulación en su art. 28, regulan el aspecto concreto relativo a las pruebas para detectar las sustancias estupefacientes. La remisión al Reglamento, que es completa en el último caso de drogas —*la Ley no establece sistema alguno*— obligan a considerar el art. 28 del mismo, cuyo apartado 1.3 establece la forma de actuar del agente de la autoridad, en los siguientes términos: —*actuación conforme a la LECrim y a cuanto ordene la autoridad judicial.*— *actuación en lo posible conforme a lo dispuesto en el Reglamento para las pruebas de detección alcohólica.*

En esta regulación —prosigue la Sala— se aprecia, en primer término, una extraordinaria laxitud normativa, con remisiones absolutamente genéricas a cuerpos legales de la extensión de la LECrim y una indeterminada pretensión de analogía respecto al mismo Reglamento en cuanto a las pruebas de detección alcohólica. Pero lo que no aparece por ningún lado es que el agente de la autoridad obtenga de este precepto competencia alguna para realizar la prueba o para requerir de su realización, sino que debe actuar conforme a la LECrim (?) Es de suponer para lo relativo a la realización de actuaciones y para la eventual detención, y conforme a lo ordenado por la autoridad judicial. Pero en ningún caso se le confiere competencia para someter a una persona de las incluidas en el art. 21 del Reglamento —como sí lo está en el caso de la *prueba de detección alcohólica por el propio art. 21 del Reglamento*— ni para someterle a requerimiento alguno”. Así las cosas, —concluye— “*la deficiente técnica legislativa produce un vacío y un trato diferenciador inexplicable en el caso de la detección de sustancias estupefacientes, en primer lugar porque no hay prueba alguna establecida legalmente, y en segundo lugar, porque los agentes a que se refiere el art. 380 CP carecen en realidad de cobertura legal o reglamentaria para hacer el requerimiento cuya negativa produce, a los efectos del art. 380, la comisión de un tipo de desobediencia*”.

ción legalmente previstas (análisis de sangre u orina), con lo que, en principio, aparecería meridianamente clara la posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), toda vez que sujetos activos de un mismo tipo penal (art. 380 CP) se verían tratados con diversas garantías procesales (en un caso intervendrá la autoridad judicial, y en otro no), ya que esta argumentación no resulta extrapolable al “conductor embriagado” pues, el test de alcoholemia, difícilmente podrá ser reputado una intervención corporal directa.

Pues bien, era precisamente este motivo el que de todos los sustentados contra el delito en examen, poseía a nuestro juicio mayores visos de prosperar, pero, a la vista de la referida STC 234/1997, de 18 de diciembre, debemos reconocer que pecamos, en buena medida, de pueril ingenuidad, ya que, ninguna tacha de inconstitucionalidad ha sido apreciada al respecto por el Alto intérprete de nuestra Norma fundamental.

Así, y sin entrar a fondo en el problema, sostuvo las siguientes afirmaciones:

a) En realidad, afirma el TC en su Fundamento Jurídico 8.º, “lo que se aduce en las cuestiones de inconstitucionalidad es una desigualdad en la sanción de conductas que, a juicio de los órganos jurisdiccionales que las promueven, son equivalentes (léase, los portadores de drogas en su cuerpo)”. Pero ha de repararse —prosigue— que “el principio constitucional de igualdad del art. 14 CE sólo opera entre personas y proscrib[e] tratarlas desigualmente de modo injustificado, sin que esa prohibición de trato desigual, de él dimanante, pueda extenderse al trato diferente que en materia penal reciben determinadas conductas, sean o no equivalentes. De manera que las diferencias en la sanción de conductas que, desde una perspectiva material, pudieran ser consideradas iguales habrían de enjuiciarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, examen que ya se ha llevado a cabo en la STC 161/1997, con un resultado negativo.

b) Por su parte y, refiriéndose en concreto al derecho a la intimidad corporal, afirma que tampoco pueden considerarse bajo este prisma contrarias a la CE, porque “si la prueba consiste en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve (STC 207/1996, Fundamento Jurídico 2.º), es evidente que, cuando se realice de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física (art. 15. 1 CE) ni el derecho a la intimidad corporal. Y cuando se trate de una obligación impuesta por el Juez a efecto de su contraste con otra prueba, ha de tenerse presente que esta medida está prevista por la Ley (el art. 380 CP, que tiene carácter orgánico) y es proporcionada”. Por su parte, y en lo que hace a la prueba consistente en la espiración de aire, postula que “tampoco es contraria a la Constitución, pues es claro que, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad corporal”.

Las anteriores manifestaciones, por más que hayamos puesto de nuestra parte para ser convencidos, no lo han logrado, ya que, en el fondo, el TC soslaya pronunciarse sobre el verdadero nudo gordiano, esto es, el tratamiento con desiguales garantías procesales de los sujetos activos de una misma infracción penal, verdadero punto neurálgico de la lesión que, bajo nuestro personal punto de vista, sufre el principio de igualdad.

Ello no obstante, para paliar esta desigualdad de garantías procedimentales respecto a sujetos activos de un mismo delito, como hemos defendido en otras ocasiones ⁽³⁰⁾, aún consideramos factible que el “conductor embriagado” pueda negarse a realizar la prueba de alcoholemia invocando —también él— su derecho a solicitar la intervención de la autoridad judicial al exigir que se le someta, sin su consentimiento, a un análisis de sangre, con lo que nuevamente será necesaria la intervención de la autoridad judicial.

En ninguno de los dos casos citados creemos estar en presencia de una conducta de desobediencia ⁽³¹⁾, sino, a lo sumo, ante la actitud del interesado de gozar de la plenitud de las garantías que le ofrece la propia Constitución, y semejante actitud no parece vulnerar en absoluto el bien jurídico protegido por el artículo 556 del CP, salvo que éste sea entendido como una defensa a ultranza del principio de autoridad ⁽³²⁾, por lo que estimamos que tanto respecto del

⁽³⁰⁾ Vid. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. págs. 60 y ss. También, CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la seguridad...*, op. cit. pág. 193. Igualmente, CARMONA SALGADO, C. MARTÍNEZ RUIZ, J. *De nuevo sobre la «inconstitucionalidad»...*, op. cit. pág. 3.

⁽³¹⁾ En este sentido, vid: SAP de Burgos de 5 de marzo de 1998, ST. AP de Madrid, de 22 de mayo de 2000, ST. AP de Barcelona, de 4 de enero de 2000. En esta última resolución declara expresamente la Sala que “el acusado *no se negó a someterse a pruebas de alcoholemia; sí lo hizo a la que se pretendía practicar con un etilómetro*, pero solicitó que se le hiciera un análisis de sangre, a lo que los Policías se negaron por tratarse de una prueba de contraste respecto al resultado positivo que ofreciera la realizada con el etilómetro. Es cierto que así se establece reglamentariamente —que se haga como contraste— pero no lo es menos que la conducta de quien ofrece directamente someterse a una prueba de detección alcohólica más fiable, como es la que se obtiene mediante el análisis de sangre, no representa una oposición tajante a realizar una prueba establecida para la comprobación de los hechos, sino que, al contrario, supone una completa colaboración en la investigación de los mismos y en el deseo de comprobar la impregnación alcohólica que pudiera tener”.

⁽³²⁾ En sentido análogo, GÓMEZ PAVÓN, P. *El Delito de conducción...* op. cit. pág. 310. Considera esta autora que, en cualquier caso, el conductor que requerido por la autoridad se niegue a ella (léase, a las pruebas legalmente establecidas), pero acepte la prueba de alcohol en sangre, no podrá considerarse que desobedece a la orden, en tanto que no se niega a cumplirla, sino a que se realice por la verificación en aire espirado.

“conductor embriagado”, como, sin lugar a dudas, respecto del “conductor drogado”⁽³³⁾, en una situación tal podría predicarse la atipicidad de cara, obviamente, al delito de desobediencia grave⁽³⁴⁾.

No obstante, para el caso de que la solución de la atipicidad ofrecida no fuera convincente, desde una perspectiva de *lege data*, podría subsidiariamente ampararse la citada actitud de desobediencia del conductor —así lo deja entrever el propio TC [vid. Fundamento Jurídico n.º 13.d)] de la STC 161/1997— en un estado de necesidad putativo del artículo 20.5 CP⁽³⁵⁾; putativo, toda vez que ni la prueba de alcoholemia, ni las demás legalmente establecidas, aparecen consideradas por el Ordenamiento jurídico como «males» susceptibles de determinar su aplicación directa como circunstancia excluyente de la antijuridicidad, es decir, como causa de justificación. Ahora bien, pese a ello, y como manifestara textualmente el propio Fiscal General del Estado, “sería una entelequia afirmar que, en relación al artículo 380, la mera negativa no es ya equivalente a una autoincriminación”, puesto que podrá suponerles, y de hecho esa es la finalidad que persigue el citado precepto, un claro perjuicio de cara al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, estupefacientes

(33) Vid, en sentido análogo, el Voto Particular a la Sentencia objeto de comentario, verificado por el Magistrado, D. Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhirió el Magistrado, D. Fernando García-Mon, en el que igualmente late la distinción entre la prueba de expulsión de aire de los pulmones y la extracción de sangre, “que tiene unas muy distintas, y a veces graves, connotaciones; pensemos en determinados y no infrecuentes contagios y en el descubrimiento de una intimidad que no se quiere exteriorizar (...)”.

(34) En la misma línea, GARCÍA ARÁN, M. REBOLLO VARGAS, R. *La exploración del cuerpo del sospechoso...*, op. cit. págs. 111-112. Mantienen estos autores que aquellas órdenes que no cumplan los requisitos de autorización judicial, necesidad, respeto a la dignidad, precisados por el propio Tribunal Constitucional, pueden ser ilegítimas, y la conducta atípica. En igual sentido, el Auto de la Excma. AP de Salamanca, de fecha 14 de abril de 1997, precitado, en cuyo Fundamento Jurídico Quinto puede leerse lo siguiente: “para que exista el delito de desobediencia, (...) se requiere a más de un no hacer aquello que la autoridad le conmina, que se dé el elemento intencional o subjetivo, cual es, el ánimo de desprestigiar, desacreditar o menospreciar el principio de autoridad encarnado en el agente, elemento éste difícil de apreciar en la negativa a someterse a dichas pruebas de alcoholemia o similares, cuando lo que realmente se manifiesta es una voluntad contraria a la inspección corporal que ofende a la dignidad de la persona, o la de evitar la prueba, para eludir la responsabilidad criminal”. Tal elemento subjetivo es exigido por la Sentencia de la AP de Palencia de 4 de diciembre de 1997.

(35) Así, CARMONA SALGADO, C. *Delitos contra la Seguridad...*, op. cit. pág. 194. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Consideraciones en torno a la negativa...*, op. cit. págs. 60 y ss.

y drogas tóxicas del art. 379 CP⁽³⁶⁾. Precisamente por ello, los “conductores desobedientes”, para evitar este “mal”, interponen su negativa a las pruebas de detección. En dicha situación, el sujeto cree obrar en estado de necesidad (elemento subjetivo de la causa de justificación), aunque éste, en realidad, por el motivo expresado, no concurre de cara al Ordenamiento jurídico (ausencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación); dicho de otro modo: el sujeto sabe que está llevando a cabo el tipo de desobediencia, actuando por tanto con dolo —natural—, aunque, incurso en su error, lo hace en la creencia seria de estar amparado en la causa de justificación de estado de necesidad. En consecuencia, resultaría factible apreciar por esta vía la existencia de un error sobre los presupuestos objetivo-materiales de una causa de justificación que, en el actual estado de la discusión doctrinal, podría tratarse bien como error de prohibición (art. 14.3 CP)⁽³⁷⁾, bien, lo que creemos más satisfactorio, como un error de tipo —dolo objetivamente malo—⁽³⁸⁾; en el primer caso, de ser reputado invencible, excluiría toda responsabilidad penal por el delito de desobediencia grave, y de ser considerado vencible rebajaría la pena en uno o dos grados; en el segundo, fuera reputado vencible o invencible, la consecuencia sería la irresponsabilidad penal por el referido artículo 380 del CP (art. 14.1 CP), dado que para este precepto no ha sido prevista su punición en la modalidad culposa.

(36) Vid, en esta línea, GONZÁLEZ RUS, J.J. *El delito de conducción...*, op. cit. págs. 41 y ss.

(37) Vid, en sentido análogo, TAMARIT SUMALLA, J.M. “Comentario al artículo 380”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Dir. QUINTERO OLIVARES, G. Coord. VALLE MUÑIZ, J.M. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996, pág. 1048. De opinión parcialmente diversa, GÓMEZ PAVÓN, P. *El Delito de conducción ...* op. cit. págs. 307 y ss. Por su parte, la STC 161/1997, en el Fundamento Jurídico 13.b), manifiesta que, “.... el que, por lo demás, sin esa cobertura objetiva, puedan pervivir dichos elementos subjetivos, constituye un dato que en función del origen del ánimo o de su intensidad o de otro tipo de circunstancias toma ya cuenta la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad, y con ello para atemperar o incluso para negar la pena”.

(38) Vid, ampliamente. LUZÓN PEÑA, D.M. *Curso de Derecho penal. Parte general. T. I*. Edit. Universitas. Madrid, 1996, pág. 410. MARTÍNEZ RUIZ, J. *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros: el artículo 294 del CP*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 2001, págs. 415 y ss. También, ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. T.I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Trad. de la 2.^a edic. alemana por LUZÓN PEÑA, D.M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. DE VICENTE REMESAL, J. Edit. Civitas. Madrid, 1997, pág. 277.

4.º Finalmente, otra de las cuestiones dudosas que ofrece el citado artículo 380 CP, en esta ocasión no ya de índole constitucional sino de legalidad ordinaria, es la relativa a la eventual disminución, o, en casos extremos anulación, de la imputabilidad del conductor desobediente. En concreto, nos referimos a la posible concurrencia de alguna de las circunstancias descritas en los artículos 20.2, 21.1 o 21.2 CP, por encontrarse “al tiempo de cometer la infracción penal en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”⁽³⁹⁾.

En estos supuestos, el efecto de la ingesta de alcohol o drogas por el sujeto activo podrá determinar que sus capacidades motivacionales se vean anuladas o seriamente mermadas —lo que, por otra parte, no concurrirá necesariamente en todos los casos, tratándose, pues, de una cuestión de prueba en cada situación concreta—. Ello ha conducido a algún sector doctrinal⁽⁴⁰⁾, ha postular la aplicabilidad en tales hipótesis, bien de la eximente completa del art. 20.2, bien de la eximente incompleta del art. 21.1 o, incluso, de la atenuante genérica del art. 21.2. Sin embargo, y pese a la solvencia de la anterior opinión doctrinal, el

(39) En el plano jurisprudencial se decantan por la aplicación de la *eximente*, —completa o incompleta— y la *atenuante de embriaguez* al delito previsto en el artículo 380 del CP, las siguientes resoluciones: ST. AP de Badajoz, de 20 de noviembre de 1998, ST. AP de Madrid, de 20 de marzo de 2000, ST. AP de Madrid, de 23 de julio de 1999, ST. AP de Huelva, de 9 de marzo de 2000 y ST. AP de Sevilla, de 14 de diciembre de 1999.

(40) Así, GANZENMÜLLER, C. ESCUDERO MORATALLA, J.F. FRIGOLA VALLINA, J. *El nuevo delito de negativa a ...*, op. cit. pág. 5. Se plantean dichos autores la siguiente cuestión: *¿Conocerá el conductor el significado del requerimiento, de la orden y de las consecuencias? Deberá, por tanto, analizarse cada supuesto con sus específicas circunstancias para determinar la existencia de este delito. Resultará igualmente posible aunque improbable la imputación de ambos delitos a un tiempo, pues si se llega a la conclusión de que el conductor se negó a la práctica de la prueba conducía en estado de embriaguez, difícilmente en este estado podrá conocer el significado de la orden y tendrá la voluntad de incumplirla.* Por otra parte, será posible en este delito la aplicación de la nueva eximente de embriaguez (ahora, art. 20.2 CP), que señala que están exentos de responsabilidad criminal ... «*el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas ...; y siempre que no haya sido buscada con el propósito de cometerla*». También, el artículo 21.1 del C.P. señala como circunstancia atenuante las causas expresadas en el artículo anterior (art. 20 CP), cuando no concurrieran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Es decir, cuando *la intoxicación sea semiplena*. En la misma línea, GÓMEZ PAVÓN, P. *El Delito de conducción...* op. cit. págs. 310-311. PERIS RIERA, J. *Delitos contra la seguridad...*, op. cit. pág. 18.

asunto planteado podría encontrar también solución a través de derroteros distintos, que exponemos a continuación sucintamente.

En el artículo 20.2 CP se ha introducido, por vez primera, la denominada “actio libera in causa culposa” (“no se hubiese previsto o debido prever”), a los efectos de impedir la aplicación de la eximente completa y, probablemente también, de la incompleta, relativa a la intoxicación por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras análogas; instituto éste que dada su indeterminación resulta extremadamente arriesgado. No obstante, el legislador de 1995 ha procedido a insertarlo en el citado art. 20.2 CP, mereciendo por tanto una particular reflexión, por breve que sea.

Con carácter previo, hay que tener en cuenta que la aplicabilidad de la “actio libera in causa culposa” y, en consecuencia, la exclusión de las eximentes completa o incompleta de los actuales arts. 20.2 y 21.1, requiere que el sujeto se encuentre respecto del bien o bienes ulteriormente lesionados en una especial situación de exigibilidad de diligencia⁽⁴¹⁾, superior a la que correspondería al ciudadano medio; plus de exigibilidad de diligencia o previsibilidad, que concurrirá, a nuestro juicio, en los siguientes casos:

a) Cuando el sujeto tenga que llevar a cabo una actividad peligrosa que, por definición, requiera dicho plus de diligencia (operaciones quirúrgicas, conducción automovilística, pilotaje de un avión, etc...).

b) Cuando sea predicable del sujeto una posición de garante respecto al bien jurídico que ulteriormente es lesionado.

El TC, concretamente en la STC 161/1997, de 2 de octubre, para legitimar la constitucionalidad del artículo 380, pone de relieve la especial conexión existente entre este precepto y el relativo a la conducción bajo la influencia de drogas o alcohol, distinguiéndolo así del tipo de desobediencia genérica, previsto en el artículo 556. Ahora bien, de ser esta distinción correcta, surge la siguiente cuestión: ¿puede predicarse la aplicabilidad de la “actio libera in causa culposa” respecto al artículo 380 CP? La respuesta es, cuando menos, dudosa, ya que dependerá de lo que se entienda por “previsible o que debiera haber previsto”, aunque si nos decantásemos por la respuesta afirmativa, esto es, por aplicar la “actio libera in causa culposa” al artículo 380, a los efectos de impedir la exención total o parcial de responsabilidad por la ingesta de drogas o alcohol, la solución dogmáticamente correcta y que, curiosamente, resulta ser la más favorecedora para nuestro conductor desobediente, sería la de imputarle la res-

(41) Vid, en este sentido. MARTÍNEZ RUIZ, J. *Dos puntos oscuros en el tratamiento de la drogadicción: el estado de necesidad y la “actio libera in causa”*, en La ley n.º 4341, 1997, págs. 15 y ss.

ponsabilidad por su conducta a título culposo ⁽⁴²⁾. Pero, ya hemos advertido que al regirse el nuevo CP por el sistema de *numerus clausus* en cuanto a la regulación de la imprudencia, toda vez que para este precepto no se ha previsto legalmente la comisión culposa, la solución a adoptar pasaría por declarar, también por esta vía, la atipicidad de la conducta de desobediencia.

III

Para finalizar la presente intervención y para que sean otros quienes juzguen la necesidad y la utilidad del delito, creemos necesario volver la mirada a las plurales interpretaciones que del mismo se están practicando en nuestros Tribunales de Justicia, para lo cual, en la medida de lo posible, intentaremos su compilación por unidad de doctrina, si bien, en general, cabe afirmar que hemos detectado, como no podía ser de otro modo, que los propios Jueces y Tribunales, ante la insatisfacción que genera este precepto, están acudiendo a los más plurales argumentos para su total o parcial inaplicación.

a) Así, nos encontramos un primer sector de la jurisprudencia que procede a la absolución por el artículo 380 del CP, cuando, simultáneamente, se ha condenado por el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, previsto en el artículo 379. Ello, porque como afirma la Sentencia n.º 827/1998, de 25 de noviembre, de la Secc. 2.ª de la AP de Granada, “a pesar de haber de admitir, en definitiva, la constitucionalidad del precepto en cuestión, ... lo que no parece acorde con los principios constitucionales es que puedan pensarse simultáneamente la conducción ética y la negativa al sometimiento a las pruebas....., pues, en opinión de esta Sala, en tal caso, indiscutiblemente se castiga la no facilitación por el imputado de una prueba esencial para su inculpación”. Dicho de otro modo, “la acusación puede erigirse sobre una u otra figura delictiva, o sobre ambas a la vez, pero en este último caso necesariamente con carácter alternativo, de manera que el órgano judicial tenga la posibilidad de castigar por el tipo de desobediencia cuando excluya la comisión del delito contra la seguridad del tráfico, o, en el caso, contrario, excluir la desobediencia cuando, siendo finalmente el acusado responsable de un delito de conducción ética, haya forzosamente de admitirse que los derechos constitucionales del mismo le amparaban en su negativa a procurar a los agentes de la autoridad y, en definitiva, a la acusación pública, las pruebas del mencionado delito”.

(42) Vid. MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. op. cit. pág. 189. Ampliamente sobre el tema, JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*. Edit. Bosch. Barcelona, 1992, págs. 416 y ss.

Obviamente, tal dirección jurisprudencial afecta a uno de los puntos más sensibles en la aplicación del precitado artículo 380 del CP: la situación concursal que dicho injusto mantiene con el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 CP.

Y sobre esta cuestión, indudablemente, existe un antes y un después marcado nítidamente por la STS de 9 de diciembre de 1999⁽⁴³⁾, resolución en la que el Alto Tribunal acomete el intento de deslindar el ilícito administrativo, previsto en el 65.5.b) del Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, y el injusto penal sancionado en el artículo 380 del Texto punitivo, aportando a tal efecto las siguientes pautas interpretativas:

“a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del artículo 380;

b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción:

b.1) si los agentes que pretenden llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado art. 380 del Código penal.

b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2.b) y 67.1, Ley de Tráfico, Circulación de vehículos y seguridad vial]”.

Por tanto, a juicio del TS, cabe afirmar que el injusto contenido en el artículo 379 del CP, esto es, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, viene a operar como una especie de *conditio sine quae non* respecto de la aplicación del delito de negativa a la prueba alcoholimétrica, si bien, el Alto Tribunal deja imperejuzgada la cuestión de si satisfaciéndose dicho umbral, cabría aplicar cumulativamente ambas infracciones penales —concurso real de delitos— o, si por el contrario, nos situamos ante un concurso aparente de normas, en virtud del cual, la aplicación de una de estas figuras delictivas impediría la aplicación simultánea de la otra.

Bajo nuestro personal punto de vista, la opción interpretativa más plausible pasa a su vez por la adopción de la solución material “menos mala”, que necesi-

(43) Vid, ampliamente: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *La negativa a someterse...*, op. cit. págs. 4 y ss. OLMEDO CARDENETE, M. *Aspectos prácticos de los delitos...*, op. cit. págs. 696 y ss. PERIS RIERA, J. *Delitos contra la seguridad...*, op. cit. págs. 19 y ss.

riamente coincide con la apreciación de un concurso aparente de normas entre ambos preceptos ⁽⁴⁴⁾, que deberá resolverse en correlación con los criterios generales descritos en el artículo 8.º de nuestro Texto punitivo, lo cual viene generando en la praxis judicial todas las soluciones posibles, como veremos a continuación.

b) Efectivamente: ¡de todo hay en la viña del señor!: No faltan resoluciones en las que se sustentan criterios, en unos casos análogos y, en otros, radicalmente diversos a los ya examinados.

b') Entre los análogos, merecen ser citadas la ST. AP de Las Palmas, de 20 de marzo de 1998, la ST. AP de Ávila, de 31 de enero de 1998, de la AP de Ávila y la ST. AP de Soria, de 26 de diciembre de 1997, en las que se procede a la absolución por el artículo 379 del CP, condenándose exclusivamente por el artículo 380, en el entendimiento de que “el nuevo Código Penal plantea en realidad un concurso aparente de normas o leyes entre los arts. 379 y 380 en el que opta por la aplicación de este último que absorbe todo el desvalor del hecho”.

b”) Entre los criterios diametralmente distintos se encuentran las resoluciones que admiten la condena cumulativa por los dos delitos, el del artículo 379 y el del 380 del CP. En esta órbita se encuentran, entre otras ⁽⁴⁵⁾, las ST. AP de Barcelona, de 20 de junio de 1997, ST. AP de Cantabria, de 20 de abril de 1998, ST. AP de La Coruña, de 29 de abril de 1998 y la ST. AP de Barcelona, de 9 de marzo de 1998. En todas ellas se viene a postular que “aun hallándose insertos los arts. 379 y 380 bajo el común denominador de los delitos contra la seguridad del tráfico, el primero se agota con la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor, bajo la influencia, entre otras, de bebidas alcohólicas, mientras el segundo, para potenciar la efectividad del anterior, erige a delito por desobediencia grave la negativa al requerimiento de los agentes de la autoridad para someterse el conductor a las pruebas de alcoholemia, siendo el bien jurídico protegido el principio de autoridad que representan, de manera que una y otra conducta, aunque interrelacionadas, tienen carácter autónomo y penalidad distinta”, concurriendo entre ellos, “el llamado concurso real que contempla el artículo 73 del Código Penal”.

En línea con la solución acogida finalmente por el Tribunal Supremo, la ST. AP de Zaragoza, de 16 de septiembre de 1997, sentaba ya como doctrina que toda vez que de la redacción del precepto —léase, del art. 380— “se deduce

(44) En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M. *Aspectos prácticos de los delitos...*, op. cit. pág. 699.

(45) Vid. ST. AP de Córdoba, de 12 de mayo de 2000, ST. AP de Almería, de 26 de junio de 1998.

su íntima relación con el artículo 379 ... al constituir dicho delito la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas «para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior», esto es, el artículo 379, al no apreciarse la concurrencia del delito contra la seguridad en el tráfico, no puede tampoco apreciarse el delito de desobediencia”, con lo que, como indicábamos antes, la condena por aquél operaría a modo de *conditio sine quae non* para que pudiera discutirse la condena por éste.

b’’) En este ámbito problemático, una última línea interpretativa podría encontrarse en la ST. AP de Córdoba, de 16 de enero de 1998, en la que se condenó por el delito del artículo 379 y, a la par, no por el delito de desobediencia grave del artículo 556 del CP, tal y como taxativamente preceptúa el artículo 380 del CP, sino, por la subyacente falta de desobediencia del artículo 634, considerando, con muy loables pretensiones pero con un nulo basamento en la letra de la ley, que “el principio de proporcionalidad que no solamente se dirige al legislador, sino también al intérprete de la Ley, dado que se deriva del valor de justicia establecido en el artículo 1.º CE, como valor superior del ordenamiento jurídico, obliga, por lo tanto, a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), nos lleva a entender que encuadrar tal conducta en el delito de desobediencia con la pena resultante, resultaría desproporcionado en relación a contenido de ilicitud y culpabilidad del hecho. Por lo tanto, y en la medida en que sí hubo una desobediencia y negativa, en definitiva, a la práctica de las pruebas, debe ser aplicable la falta del artículo 364 del CP”.

c) Otro grupo de casos lo conforman el conjunto de resoluciones que alcanzan la absolución del delito de negativa a las pruebas de detección, cuando los Agentes de la Autoridad presentes en la diligencia omiten informar al sujeto rebelde de las consecuencias penales de su negativa, así como de los derechos contemplados en el artículo 23.3 del Reglamento de Circulación, tal y como puede comprobarse, entre otras ⁽⁴⁶⁾, en las ST.AP de Gerona, de 30 de marzo de 1998, ST. AP de Gerona, de 1 de julio de 1998, ST. AP de Jaén, de 19 de diciembre de 1997 y, más recientemente, en la ST. AP de Granada, de 3 de mayo de 2000.

d) Con diversa fundamentación, la ST. AP de Burgos, de 5 de marzo de 1998, llegó a la misma conclusión absolutoria en un supuesto en el que el “conductor desobediente”, si bien se negó a someterse a las pruebas de alcoholemia por aire espirado, no obstante, solicitó, al considerarlo más fiable, la determinación del índice de alcohol en sangre, a través del correspondiente

(46) Vid. ST. AP de Madrid, de 12 de febrero de 1999, ST. AP de Guipúzcoa, de 6 de mayo de 1999, ST. AP de Gerona, de 18 de enero de 1999.

análisis, lo cual, a juicio del juzgador, “hace inviable la tipificación de su acción como constitutiva del delito establecido en el artículo 380”.

e) Por último, nos encontramos en la jurisprudencia otras hipótesis, ciertamente extremas, en las que se decidió la absolución por este delito, condenándose exclusivamente por el de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y estupefacientes.

Así, cabe citar la ST. AP de Palencia, de 4 de diciembre de 1997, que consideró que “en las condiciones en que se encontraba José V.P. inmediatamente después de sucedido el accidente, con múltiples contusiones y con la cara ensangrentada, independientemente de su negativa a ser hospitalizado es lo cierto que se produce una situación de nerviosismo en que no parece razonable la realización de la prueba de impregnación alcohólica ni tampoco que pueda entenderse evidente una intención de menoscabar la autoridad de la competencia de los agentes intervinientes, pues no se puede pretender una plena conciencia de sus actos en una persona herida, y del que además se demuestra que padece una patología crónica”.

Por su parte, las ST. AP de Orense, de 13 de mayo de 1998 y la ST. AP de Barcelona, de 24 de julio de 1997, sustentaron, en su esencia, que “habida cuenta de que para la estimación de tal delito es preciso que concurra el elemento subjetivo de la concreta intención, libre y consciente, de incumplir lo ordenado, habrá que concluir que en la conducta del acusado al «negarse a soplar» no lo hizo con la voluntad de trasgredir una norma legal o de desobedecer el requerimiento que se le practicó pues tal era su estado de embriaguez que le impedía no sólo conducir su vehículo, sino, también, comprender el mandato y la información policial de someterse a la prueba de determinación alcohólica”.

Finalmente, la última de las situaciones a las que merece la pena referirse, por más que parezca burlesca, resulta de todo punto cierta. Nos referimos a la enjuiciada en la ST.AP de Navarra, de 16 de diciembre de 1997, en la que en aplicación —generosa— del *principio indubio pro reo*, se absolvió del delito de desobediencia grave del artículo 380 del CP, porque aunque el procesado fue sometido hasta dos veces a la prueba de aire espirado, éstas no dieron resultado, ni positivo ni negativo, y aunque los agentes afirmaron que el sujeto “sopló incorrectamente a propósito”, a juicio de la Sala, “tal afirmación no es suficiente para revelarnos que la intención del acusado fuera la de burlar la norma, sometiéndose fraudulentamente a la misma”. Ante tal situación, se concluye afirmando que “existen dudas razonables sobre la existencia de una negativa clara y evidente al sometimiento a las pruebas, máxime cuando éstas se realizaron, aunque fuera fallidamente, duda que sólo puede beneficiar al reo”.

A la vista de cuanto antecede, como indicábamos anteriormente, no seremos nosotros quienes extraigamos las conclusiones finales sobre las “bondades” intrínsecas al delito de negativa a someterse a las pruebas legales de detec-

ción de la conducción bajo influencia de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas; no obstante, para concluir, baste recordar nuevamente que la refrendada constitucionalidad del citado artículo 380 del CP, bajo nuestro personal punto de vista, en modo alguno puede suponer la correlativa negación de que tal precepto no merezca *de lege ferenda* ser suprimido de nuestro Texto punitivo.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Administración desleal societaria:

— SAP MADRID 75/2002, de 13 de febrero 240

Alevosía:

— STS 357/2002, de 4 de marzo 165

B

Blanqueo de capitales:

— SAP MADRID 104/2001, de 7 de diciembre 223

C

Cacheo:

— STS 510/2002, de 18 de marzo 185

Circunstancia atenuante (Toxicodependencia):

— STS 421/2002, de 4 de marzo 170

Coacciones:

- SAP VALENCIA 257/2001, de 5 de noviembre 218

Coimputado (Declaración del):

- STS 2047/2001, de 4 de febrero de 2002 148

Concurso ideal de delitos:

- STS 357/2002, de 4 de marzo 165

Cosa juzgada:

- STS 522/2002, de 21 de marzo 187

D

Delito continuado:

- STS 136/2002, de 6 de febrero 154

Delitos contra la seguridad del tráfico:

- SAP BARCELONA de 23 de noviembre de 2001 220
 — SAP MADRID 742/2001, de 17 de diciembre 226

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

- SAP VALENCIA 612/2001, de 23 de octubre 215

Derecho a un Juez imparcial:

- STC 51/2002, de 25 de febrero 111

Derecho al doble grado de jurisdicción:

- STC 70/2002, de 3 de abril 113

Derecho al honor:

- STC 76/2002, de 8 de abril 118

Descubrimiento y revelación de secretos:

- SAP BARCELONA de 12 de febrero de 2002 235
 — SAP MADRID 242/2002, de 25 de febrero 249

	<u>Página</u>
Detención ilegal:	
— SAP SEVILLA 68/2002, de 14 de febrero	242
Duplicidad de causas:	
— STS 903/2002, de 16 de mayo	208
E	
Ejercicio legítimo del cargo:	
— SAP VALENCIA 257/2001, de 5 de noviembre	218
Error (Aberratio ictus):	
— STS 148/2002, de 7 de febrero	156
Escrito de calificación:	
— STS 878/2002, de 17 de mayo	210
F	
Falsedad documental:	
— STS 839/2002, de 6 de mayo	206
Falsificación de moneda:	
— Acuerdos TS, de 28 de junio de 2002	145
I	
Impedimento del ejercicio de derechos cívicos:	
— STS 165/2002, de 11 de marzo	174
Imprudencia médica:	
— SAP VALENCIA 31/2002, de 13 de febrero	237
Incendio:	
— STS 753/2002, de 26 de abril	204

J

Juicio de faltas:

- STC 134/2002, de 3 de junio 132

L

Lesiones:

- STS 454/2002, de 11 de marzo 177

Libertad religiosa:

- STC 154/2002, de 18 de julio 135

M

Medidas de seguridad y corrección:

- STS 464/2002, de 14 de marzo 181

N

Nulidad de actuaciones:

- STS 501/2002, de 14 de marzo 184

O

Obstrucción a la justicia:

- STS 120/2002, de 4 de febrero 150
 — SAP MADRID 87/2002, de 5 de febrero 232

Omisión del deber de socorro:

— SAP MADRID 387/2002, de 12 de febrero 236

Omisión punible:

— STC 154/2002, de 18 de julio 135

P

Prescripción:

— STS 839/2002, de 6 de mayo 206

Prescripción del delito:

— STS 224/2002, de 12 de febrero 158

Prevaricación:

— STS 359/2002, de 26 de febrero 162

— SAP SEVILLA 612/2001, de 27 de noviembre 221

Principio “non bis in idem”:

— STS 454/2002, de 11 de marzo 177

Principio acusatorio:

— STS 302/2001, de 20 de mayo de 2002 212

Privación del derecho a conducir vehículos a motor:

— STC 113/2002, de 9 de mayo 127

Prueba:

— STC 81/2002, de 22 de abril 122

Prueba (Denegación):

— STS 690/2002, de 19 de abril 196

Prueba alcoholimétrica:

— SAP MADRID 55/2002, de 5 de febrero 231

Prueba testifical:

— STS 98/2000, de 28 de enero de 2002	147
— STS 570/2002, de 27 de marzo	191
— STS 707/2002, de 26 de abril	203

Q

Quebrantamiento de condena:

— SAP MADRID 237/2002, de 25 de febrero	246
---	-----

R

Recurso de casación:

— STS 710/2002, de 22 de abril	198
--------------------------------------	-----

Recurso de queja:

— STS 146/2002, de 5 de febrero	151
---------------------------------------	-----

Recurso de revisión:

— STS 407/2002, de 7 de marzo	172
-------------------------------------	-----

Régimen penitenciario:

— AAP MADRID 2083/2001, de 26 de octubre	216
--	-----

Reincidencia:

— STS 716/2002, de 22 de abril	201
--------------------------------------	-----

Requisito de procedibilidad:

— STS 637/2002, de 11 de abril	195
--------------------------------------	-----

Resistencia a la autoridad:

— STS 361/2002, de 4 de marzo	168
-------------------------------------	-----

Responsabilidad Civil:

— STC 49/2002, de 25 de febrero	109
— Acuerdo TS, de 12 de julio de 2002	146
— STS 612/2002, de 8 de abril	192
— SAP BARCELONA de 21 de diciembre de 2001	228

Retroactividad de la Ley más favorable:

— STS 140/2002, de 8 de febrero	157
---------------------------------------	-----

Revisión de condena:

— STS 341/2002, de 27 de febrero	164
--	-----

T

Tentativa:

— STS 2293/2001, de 18 de febrero de 2002	160
---	-----

Tráfico de drogas:

— STS 519/2002, de 22 de marzo	189
--------------------------------------	-----

U

Usurpación de inmuebles:

— SAP VALENCIA 72/2002, de 18 de febrero	244
--	-----

V

Violencia doméstica:

— AAP MADRID 25/2002, de 14 de enero	229
— SAP MADRID 237/2002, de 25 de febrero	246

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 49/2002 de la Sala 1.ª del TC de 25 de febrero de 2002
(BOE 3 de abril de 2002) (Recurso de amparo 651/1999)**

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

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

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

SÍNTESIS

Se reconoce lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (no, por el contrario, el de igualdad) porque la aplicación automática del baremo contenido en la Ley 30/1995, impide a la víctima conseguir la reparación íntegra de los perjuicios que le ocasionó el accidente, en lo relativo al lucro cesante. (Se reproduce esta misma doctrina en la STC 102/2002, de 6 de mayo, BOE 5 de junio, Ponente, D. Roberto García-Calvo y Montiel).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Iniciando ya el análisis de las pretensiones de la demanda, hemos de comenzar señalando que le asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando afirma que no ha existido vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

Sostiene el recurrente que ha sido discriminado respecto de quienes sufren daños en

el marco de otra actividad y respecto de aquéllos que sólo sufren daños materiales, pues ninguno de ellos quedan sometidos a los baremos de la Ley 30/1995 y por ello pueden acceder a la reparación íntegra de los daños y perjuicios producidos, mientras que, en su caso, el haber sufrido daños personales y materiales se convierte en factor de discriminación, dado que el sometimien-

to a los baremos de dicha ley implica una limitación de la indemnización por todos los daños y perjuicios producidos. En particular, dada su condición de taxista, sostiene que los perjuicios producidos en concepto de lucro cesante no han sido indemnizados en su integridad, produciéndose una discriminación por razón personal.

Sin embargo, como hemos declarado con carácter general en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11, y en un caso similar al actual en la STC 242/2000, de 16 de octubre, FJ 4, ninguno de los dos argumentos que sustentan la vulneración del derecho a la igualdad avalan fundadamente dicha lesión, pues el tratamiento diferenciado establecido en la Ley 30/1995 no introduce desigualdad alguna entre las personas, ya que, de un lado, la diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad civil no se articula a partir de categorías de personas o de grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en el que acaece la conducta o actividad productora del daño; y, de otro, el diverso tratamiento jurídico que dicha Ley efectúa entre los daños corporales o personales, a los que somete a una cuantía resarcitoria máxima, y los daños en las cosas, cuya reparación no está sujeta a límites cuantitativos, no infringe el principio de igualdad, ya que “la regulación legal se aplica por igual a todas las personas, y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos” (en sentido similar, SSTC 244/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 21/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 9/2002, de 15 de enero, FJ 3).

3. Distinta suerte ha de correr la queja del recurrente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues, como declaramos en la STC 181/2000, la aplicación automática de los baremos contenidos en la tabla V apartado B) del Anexo de la Ley 30/1995, vulnera este derecho en la medida en que impida la reparación íntegra de los perjuicios causados, siempre que se acrediten perjuicios su-

periores derivados de daños de carácter personal, determinantes de “incapacidad temporal”, y en la medida en que tengan “su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo” (FJ 21).

En el caso que ahora enjuiciamos, las resoluciones judiciales, dictadas con anterioridad a nuestra STC 181/2000, que declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley 30/1995, condenaron al conductor del otro vehículo como autor de la falta de lesiones imprudentes del art. 621.3 CP, constando en los hechos probados que el conductor condenado no respetó el ceda el paso que daba la preferencia al auto-taxi en el cruce en el que tuvo lugar la colisión; de modo que de ello deriva que el órgano judicial consideró que las lesiones producidas tenían su causa exclusiva en la culpa relevante del otro conductor. A partir de esta consideración, así como del dato de que la Sentencia de instancia aplicó el factor de corrección correspondiente del apartado B) de la tabla V del Anexo de la Ley 30/1995, entendiendo con ello satisfecha la pretensión de indemnización de los perjuicios ocasionados por la inactividad profesional del lesionado —taxista de profesión—, esto es, del lucro cesante, ha de concluirse que, ciertamente, se produjo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la medida en que la aplicación de dicha limitación ha impedido la reparación íntegra del daño causado.

La estimación de esta vulneración convierte en innecesario un pronunciamiento sobre la pretensión relativa a la lesión del mismo derecho fundamental ocasionada por la no reparación íntegra del lucro cesante derivado del tiempo en que el auto-taxi estuvo parado, pues, como afirma el Ministerio Fiscal, a través de tal pretensión el recurrente intentó compensar las carencias de la aplicación de la tabla V apartado B) del Anexo de la Ley 30/1995 en el procedimiento penal, de modo que en el presente proceso de amparo constituye una pretensión subsidiaria de la anterior, y como tal, carente de autonomía.

**Sentencia 51/2002 de la Sala 2.^a del TC de 25 de febrero de 2002
(BOE 3 de marzo de 2002) (Recurso de amparo 1789/1999)**

IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR.

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Se declara vulnerado el derecho a un Juez imparcial al haber intervenido en la causa, resolviendo la apelación contra la sentencia, el mismo Magistrado que había ordenado la deducción del testimonio de particulares que precisamente dio lugar a su iniciación y que, por tal motivo, inicialmente se abstuvo de conocer con anuencia de la Sala de Gobierno.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3. Aducen también los recurrentes vulneración de su derecho a un Juez imparcial. A juicio de los demandantes de amparo tal infracción se habría producido al haber sido Ponente de la Sentencia recaída en el recurso de apelación uno de los Magistrados que formaba parte del órgano judicial que acordó deducir el testimonio de particulares que determinó que se iniciaran las actuaciones penales. También ponen de manifiesto que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo acordó, por Auto de 17 de febrero de 1996, abstenerse de conocer de este asunto por entender que se encontraba incurso en la causa de abstención prevista en el art. 219.6 LOPJ y en virtud del principio de imparcialidad objetiva. La abstención fue aprobada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Para una mejor comprensión de la cuestión planteada conviene tener presente los

hechos de los que trae causa la presente demanda. Como se ha indicado en los antecedentes, la Audiencia Provincial de Oviedo al tratar de ejecutar una Sentencia por la que fue condenada doña Montserrat F.G. comprobó que el piso embargado en la pieza de responsabilidad civil había sido vendido a su hija, por lo que ordenó que se dedujera testimonio de particulares y se remitiera al Juez de Instrucción Decano de Avilés para su reparto con el fin de que se procediera a la apertura de las diligencias previas pertinentes por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito. Ello dio lugar a que por el Juzgado núm. 4 de Avilés se incoaran diligencias previas. Una vez finalizada la instrucción de las mismas se acordó remitirlas a la Audiencia Provincial para su posterior enjuiciamiento. Por Auto de 17 de febrero de 1996 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo acordó abstenerse del conocimiento de la causa al considerar, que al haberse iniciado las actuaciones como

consecuencia de haber ordenado esa misma Sala deducir testimonio de particulares, concurría la causa de abstención prevista en el art. 219.6 LOPJ. Esta abstención fue aprobada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia. Posteriormente, tras diversas incidencias procesales, por Auto de 25 de mayo de 1998, la Audiencia Provincial, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 LECrim, se inhibió del conocimiento del asunto al apreciar que la competencia para enjuiciar los hechos le correspondía al Juzgado de lo Penal. El Juzgado de lo Penal dictó Sentencia el 3 de noviembre de 1998 por la que se condenó a los ahora recurrentes. Esta Sentencia fue recurrida en apelación; recurso que fue desestimado por la Sentencia de 25 de marzo de 1999. El Magistrado que fue Ponente de esta Sentencia era uno de los Magistrados que formaba parte del órgano judicial que ordenó que se dedujera el testimonio de particulares que sirvió de denuncia de los hechos por los que los ahora recurrentes fueron condenados.

A efectos de la resolución del presente recurso tiene una gran relevancia el que uno de los Magistrados que componía la Sala que resolvió el recurso de apelación —que fue además el Ponente de la Sentencia— se haya abstenido de conocer ese mismo asunto con anterioridad, ya que pone de manifiesto que el recurso de apelación fue resuelto por un Magistrado que no reunía las condiciones de idoneidad exigidas por el ordenamiento jurídico para enjuiciar ese concreto asunto. Debe tenerse en cuenta que el art. 122 LOPJ establece que una vez que la Sala de Gobierno del Tribunal que corresponda entienda justificada la abstención, el Juez o Magistrado “se apartará definitivamente” del conocimiento del asunto. De ahí que, de acuerdo con lo establecido en ese precepto legal, cuando la Sala de Gobierno entienda justificada la abstención, el Juez o Magistrado queda inhabilitado para el conocimiento de ese asunto “definitivamente” y por esta razón no puede formar parte de ninguna Sala que vaya a conocerlo, cualquiera que sea la

instancia procesal en la que ese asunto se encuentre.

Tal consideración determina que, sin necesidad de analizar si vulnera el principio de imparcialidad objetiva el que el mismo Magistrado que ordenó la deducción del testimonio de particulares que dio lugar a la iniciación de las actuaciones penales forme parte del órgano judicial que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia recaída en ese procedimiento, debemos apreciar que en este supuesto se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el art. 24.2 CE, ya que una de las garantías esenciales de todo proceso lo constituye el que el Juez o Tribunal llamado a dirimir el conflicto aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3); garantía que en este supuesto no puede entenderse satisfecha, pues el recurso de apelación fue decidido por un Magistrado que no podía conocer de ese asunto por hallarse incurso en una causa de abstención debidamente apreciada por el órgano competente para ello —en este caso, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Una vez declarada esa sospecha de parcialidad por el órgano competente para ello, el Juez o Magistrado ha dejado de reunir las condiciones de idoneidad necesarias para el conocimiento de ese concreto asunto, lo que determina que no aparezca revestido de las garantías de imparcialidad exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, ya que entre estas garantías se encuentra el que un Juez o Magistrado en el que se ha apreciado la existencia de una causa de abstención se aparte definitivamente del conocimiento de ese asunto (art. 222 LOPJ).

Por otra parte debe indicarse también que a efectos de apreciar esta infracción constitucional es suficiente con que uno de los Magistrados incurra en una causa de abstención, por lo que, a estos efectos, resulta irrelevante que los demás Magistrados que componían la Sala no se encontraran incurso en ninguna. Como hemos señalado en la

STC 230/1992, de 14 de diciembre, “la garantía de imparcialidad del juzgador ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final de la votación, ya que es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio

de aquél en quien concurra o pueda concurrir alguna de las causas de recusación previstas legalmente lo que se intenta salvaguardar a través de aquella garantía, todo ello con total independencia de su eventual influencia en la deliberación de la resolución de que se trate, por otro lado secreta, a tenor de lo dispuesto en el art. 233 LOPJ”.

**Sentencia 70/2002 de la Sala 1.ª del TC de 3 de abril de 2002
(BOE 25 de abril de 2002) (Recurso de amparo 3787/2001)**

DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. INTIMIDAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

Arts. 18 y 24 CE; 14.5 PIDCP

Ponente: **Excmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla**

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia, entre otras, de dos cuestiones de interés: Por una parte, la idoneidad del recurso de casación para cumplir el derecho al doble grado de jurisdicción tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000. Por otra y en un caso de intervención a un detenido por la Policía de unos papeles manuscritos en el interior de una agenda, 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 JURÍDICOS

7. En cuanto a la alegación relativa al derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal y a la inadecuación del sistema casacional para garantizar este derecho, afirma el recurrente que el mismo constituye una de las garantías inherentes al derecho al proceso con todas las garantías reconoci-

do en el art. 24.2 CE, así como en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) y en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH). En apoyo de su queja cita el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 11 de agosto de

2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, que —según el recurrente— declara contrario a este derecho y al art. 14.5 del Pacto el sistema casacional español.

a) Ciertamente, el art. 14.5 PIDCP, ratificado por España y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. También es cierto que existe un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de fecha 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, según el cual España habría vulnerado el art. 14.5 del Pacto. La queja, en aquel asunto, se sustentaba básicamente en que el recurso de casación no permite la revisión del fallo condenatorio y la pena en el sentido del citado art. ya que sólo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el Tribunal de casación efectúe una nueva valoración de las pruebas. El Dictamen del Comité, en su párrafo 11.1 establece: “El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, ... limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5, art. 14, del Pacto”.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que las competencias del Comité, en virtud de los arts. 41 y 42 del Pacto y del Protocolo facultativo de 16 de diciembre de 1966, le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el

Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del art. 5.º párrafo 4 del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar en su caso la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Y esto es lo que se produce en el Dictamen de 11 de agosto de 2000, en el que el Comité “considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez” (párrafo 12) supuesto bien distinto al que aquí se analiza.

Además, ha de tenerse en cuenta que las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.

Por tanto, si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el art. 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte “conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión”.

No obstante, las “observaciones” del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tu-

vo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto. Ciertamente, se afirma en el párrafo 13 la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas, pero tales disposiciones no han de consistir en una reforma legislativa, pues —como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal— una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un Tribunal superior derivadas del art. 14.5 del Pacto. (...)

b) (...) Conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2.º del Protocolo 7 el modelo de casación francés,

en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho).

c) Conviene, no obstante, realizar alguna precisión adicional respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados. Y ello para poder responder a la cuestión de si existe o no la posibilidad de una “revisión íntegra” del fallo condenatorio y la pena impuesta, entendiéndose por tal la que permite, junto a la revisión de los aspectos formales o legales de la Sentencia (lo que, conforme al Dictamen del Comité, por sí solo no cumple con las garantías derivadas del Pacto), la revisión de los hechos probados en los que se fundamenta el fallo condenatorio.

Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que no es correcto afirmar, como pretende el recurrente, que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. Actualmente, en virtud del art. 852 LECrim, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo

a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba. Todo ello —como ha puesto de relieve también el propio Tribunal Supremo, Auto de la Sala de lo Penal de 14 de diciembre de 2001, FJ 7— sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, puede, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim), posibilidad que completa el conjunto de garantías del debido proceso.

d) Finalmente, y aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, ha de concluirse que en el mismo no se ha producido vulneración alguna del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, pues el Tribunal Supremo ha revisado el fallo condenatorio y la pena conforme a las exigencias derivadas del art. 14.5 PIDCP. (...)

9. Nos corresponde ahora analizar la queja relativa a la presunta vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones postales (art. 18.3 CE). Alega el recurrente que en el momento de su detención le fue intervenida una carta, que la Guardia Civil desdobló y leyó sin previa autorización judicial, con lo que se habría vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones postales y su derecho a la intimidad, al tratarse de una comunicación privada, que iba doblada en el interior de una agenda, guardando su contenido de terceros.

a) El análisis de esta queja debe comenzar por la delimitación del derecho fundamental ante el que nos encontramos, pues si se llegara a la conclusión de que el derecho fundamental en juego es el secreto de las comunicaciones postales, asistiría razón al recurrente cuando afirma la vulneración del mismo, dado que no existió autorización judicial previa para la lectura de dicha comunicación, requisito ineludible conforme al art. 18.3 CE. (...)

b) Nuestra jurisprudencia al respecto —desde STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7— puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Se protege la libertad de comunicaciones: “Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del ‘secreto’— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)... Y puede decirse también que el concepto de secreto que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

2. Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros: “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma” (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

3. El concepto de lo secreto tiene carácter formal: “El concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”

(SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4).

Más allá, nuestra jurisprudencia se ha orientado a la definición de las garantías constitucionales que permiten la intervención de las comunicaciones, fundamentalmente telefónicas (previsión legal de la medida con suficiente precisión; autorización judicial mediante una decisión suficientemente motivada y ejecución de la medida con estricta observancia del principio de proporcionalidad; (...)

c) A la vista de la doctrina anteriormente expuesta, en el presente caso, si la carta hallada por la Guardia Civil en el momento de la detención hubiera tenido inequívocamente tal carácter, podríamos plantearnos si estaríamos en el ámbito de protección del art. 18.3 CE.

Sin embargo, el hallazgo que se produce es algo distinto. Pues la supuesta carta no presentaba ninguna evidencia externa que hubiera permitido a la Guardia Civil *ex ante* tener la constancia objetiva de que aquello era el objeto de una comunicación postal secreta, tutelada por el art. 18.3 CE. Por el contrario, la apariencia externa del hallazgo era equívoca: unas hojas de papel dobladas en el interior de una agenda no hay por qué suponer que fueran una carta y no resultaría exigible a la Guardia Civil que actuara respecto de cualquier papel intervenido al delincuente, en el momento de la detención, con la presunción de que se trata de una comunicación postal.

A lo que ha de añadirse otra consideración, relativa al momento en que se produce la intervención policial. Pues tal intervención no interfiere 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.

Estos dos datos (falta de constancia o evidencia *ex ante* de que lo intervenido es el objeto de una comunicación secreta impenetrable para terceros y falta de interferencia en un proceso de comunicación) son los decisivos en el presente supuesto para afirmar que no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales sino, en su caso, en el ámbito del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 CE 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.

10. Ubicada de este modo la queja en el marco del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), analizaremos a continuación si —como también alega el recurrente— la actuación policial vulneró este derecho. (...)

Ciertamente, lo intervenido por la Guardia Civil en el momento de la detención pertenecía al ámbito de la intimidad. Una agenda que el recurrente llevaba consigo y un documento, que no tenía sobre, pero que se encontraba en el interior de la agenda, son objetos pertenecientes al ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, tanto desde un punto de vista objetivo (atendiendo al contenido de lo intervenido), como desde un punto de vista subjetivo (la protección otorgada al objeto por su titular, en cuanto a la preservación frente a terceros). En paralelo a lo que sostuvimos en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y con independencia de la relevancia que ello pudiera tener a los fines de la investigación penal y, por tanto, de su posible justificación, debemos afirmar que la apertura de una agenda, su examen y la lectura de los papeles que se encontraban en su interior supone una intromisión en la esfera privada de la persona a la que tales efectos

pertenecen, esto es, en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, tal como nuestra jurisprudencia lo define.

Sentado lo anterior, debemos analizar a continuación la legitimidad de la actuación policial, conforme a los requisitos que hemos establecido y que concurren en el presente caso. En primer lugar, se trata de una diligencia practicada en el curso de la investigación de un delito y en concreto en el momento de la detención, y orientada a la averiguación del mismo y a la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo. Por tanto, concurre un fin constitucionalmente legítimo. En segundo lugar, existe habilitación legal para la actuación de la policía, como ya hemos señalado. En tercer lugar, si bien la actuación no se realiza previa autorización judicial, podemos afirmar que estamos en uno de los supuestos excepcionados de la regla general, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Guardia Civil era necesaria. Los funcionarios policiales se encontraban investigando un delito de tráfico de drogas, con implicaciones internacionales y en el marco de lo que parecía una red de criminalidad organizada, lo que resulta relevante no tanto por la gravedad del hecho —que la tiene— sino sobre todo por la modalidad delictiva y la enorme dificultad de su persecución penal. La investigación había dado como resultado la detención de varios sujetos, en el

curso de una entrega controlada de drogas, pero podía suponerse que había otros implicados o datos relevantes que pudieran extraerse de un primer examen de los objetos intervenidos al recurrente, lo que razonablemente hace necesaria la intervención policial inmediata, pues una eventual espera por el tiempo necesario para obtener la autorización judicial hubiera hecho probablemente inútil la intervención. Por tanto, la necesidad de intervención inmediata en el caso concreto está acreditada. A lo que ha de añadirse, por último, que la actuación policial respeta el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito (de la agenda y de los documentos se podían extraer —como así fue— pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación), imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y ejecutada de modo tal que el sacrificio del derecho fundamental no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

De todo lo cual cabe concluir que, siendo la actuación policial constitucionalmente legítima, el sacrificio del derecho a la intimidad del recurrente está justificado por la presencia de intereses superiores constitucionalmente relevantes, no pudiendo apreciarse vulneración alguna del derecho fundamental. (...)

**Sentencia 76/2002 de la Sala 2.^a del TC de 8 de abril de 2002
(BOE 25 de abril de 2002) (Recurso de amparo 3830/1998)**

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR.

Arts. 18 y 20 CE

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

SÍNTESIS

Se concede el amparo frente a una condena por injurias leves motivadas por un artículo periodístico que narra un suceso delictivo. La sentencia del Tribunal Constitucional ofrece un repaso de la doctrina elaborada en torno a la colisión entre el derecho a la información y la protección del honor.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente, don Francisco Javier S.D., impugna en su demanda de amparo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería que le condenó como autor de una falta de injurias leves del art. 620.2 del Código penal vigente en virtud de la publicación de un artículo periodístico en el diario “La Crónica” de Almería.

En dicho artículo, parcialmente reproducido en los antecedentes de esta Sentencia, que llevaba por título “El cadáver de la Mojonera tenía un fuerte golpe en la cabeza”, figuraba un antetítulo, en caracteres más reducidos, el cual señalaba que “la familia sospecha del hermano de otro pistolero de D’Amico” y se informaba de la muerte, la tortura y el asesinato del joven José Miguel D.H. El artículo reproducía diversas frases entrecuilladas atribuidas a la familia del fallecido, y a continuación, bajo el subtítulo “Sospechoso”, decía que la última vez que se vio con vida al finado se encontraba en compañía de un hombre llamado Agustín R.H., carnicero y ganadero de Roquetas de Mar, que tenía antecedentes penales y que era hermano de Juan R.H., de quien se afirmaba que era otro conocido pistolero de un mafioso italiano. A continuación el artículo reproducía frases que se decían pronunciadas por la familia del supuestamente asesinado. Al día siguiente de la publicación de este artículo el mismo diario publicó una rectificación, señalando que Agustín R.H. había desmentido tener antecedentes penales. (...)

2. Desde la STC 104/1986, de 17 de julio (FFJJ 6 y 7), este Tribunal viene exigiendo que el Juez penal, antes de entrar a enjuiciar la concurrencia en el caso concreto de los elementos del tipo penal pertinente, en este caso la falta de injurias leves, debe efectuar el previo examen de si la conducta sujeta al escrutinio penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información del art. 20.1 CE [ya que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE pueden operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta contemplada], so pena de conculcar el art. 20.1 CE de no hacerlo así (exigencia reiterada en otros muchos de nuestros pronunciamientos, como los contenidos en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, 232/1988, de 30 de diciembre, FJ 5, y 2/2001, de 15 de enero, FJ 2). Así pues, el análisis de si se está ante el ejercicio de un derecho fundamental dentro de los límites constitucionales ha de preceder al de la cuestión de si concurre o no *animus iniuriandi* (SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

De otra parte, tal y como se recuerda en la STC 144/1998, de 30 de julio, FJ 2, este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en relación a los derechos regulados en el art. 20.1 CE (respecto de la que cabe citar desde la contenida en la STC 104/1986, de 17 de julio, hasta la recogida en la STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6) distinguiendo entre los que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto

amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término "información", en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo "veraz" (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3).

Ahora bien, la reputación ajena (art. 10.2 CEDH, SSTEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986, §§ 41, 43 y 45, y caso Bladet Tromso y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, §§66, 72 y 73) o el honor, constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (SSTC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5). Y es doctrina reiterada de este Tribunal, coincidente en lo sustancial con la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos, que en los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, garantizados en el art. 18.1 CE, la adecuada solución exige que se explicita la toma en consideración de ambos derechos en presencia (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5, y 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5, entre otras). Además dicha consideración de uno y otro derecho puede ser realizada por este Tribunal, que no está vinculado por la realizada por la resolución judicial objeto de revisión (SSTC 134/1999, de 15 de julio,

FJ 2, 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3) y que no se limita a controlar si la resolución impugnada es irrazonable, arbitraria o errónea, sino que la revisa en su integridad, con criterio propio (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4).

3. Las pautas que debe seguir la consideración conjunta de los derechos fundamentales que entran en juego han sido sintetizadas, entre otras, en las SSTC 132/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, y 11/2000, de 17 de enero, FJ 8. En lo que aquí interesa, han de señalarse las siguientes: 1) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas). 2) En el enjuiciamiento de la corrección del ejercicio de estos derechos y libertades ha de tomarse en consideración la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz, habida cuenta de la relevancia de la información que reúne dichas características como base de una sociedad democrática (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3). 3) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre (STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6), así como el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero). 4) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontro-

vertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 41/1994, de 15 de febrero); ahora bien, esta libertad no protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3). Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, y 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8, y SSTEDH caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979, y caso Duroy y Malaurie, 3 de octubre de 2000), debiendo acreditarse la malicia del informador (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

También es doctrina de este Tribunal que el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, y 41/1994, de 15 de febrero), o bien de que se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de constatar la verdad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 52/1996, de 26 de marzo).

4. Aplicando la anterior doctrina al presente caso, ha de señalarse, ante todo, que nos hallamos ante un supuesto de ejercicio del derecho de información, pues en la noticia emitida por el actor de amparo predomina la relación de hechos. Y las opiniones que constan vienen reproducidas, en tanto que hechos, como manifestadas por los familiares del fallecido, siendo éste el sentido de la indicación como sospechoso de don Agustín R.H.

La segunda constatación que ha de hacerse es que la Sentencia impugnada no hace una explícita ponderación de los derechos al honor y a la información. Es cierto que dice asumir la doctrina jurisprudencial al respecto consagrada tanto en los pronunciamientos del Tribunal Supremo como en los de este Tribunal, pero no expresa los criterios que determinan la preponderancia, que ella pretende en este caso, del derecho al honor.

La Sentencia impugnada tampoco ha examinado si ha existido veracidad o diligencia en cuanto al hecho de la declaración de la familia del fallecido. Entrando en el análisis de esta cuestión cabe indicar que nuestra jurisprudencia ha caracterizado lo que denomina “reportaje neutral” en los siguientes términos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4.b)].

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que

provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la ver-

dad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5).

Sentencia 81/2002 de la Sala 2.^a del TC de 22 de abril de 2002 (BOE 22 de mayo de 2002) (Recurso de amparo 4397/1997)

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA.

Art. 24.1 CE; 795 LECrim.

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

SÍNTESIS

Concedido el amparo frente a la sentencia de apelación (absolutoria) que se dicta sin que el Tribunal hubiera resuelto la solicitud de prueba de la acusación particular; la Sala anula aquélla ordenando la retroacción de actuaciones. Por su interés se incluye el voto particular del propio Ponente en relación con el alcance del amparo otorgado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia dictada el 29 de septiembre de 1997 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 334/97. Esta Sentencia absolvió al entonces recurrente en apelación, don Manuel V.M., del delito de alzamiento de bienes, por el que le había condenado la

Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Barcelona, (...)

El recurso de amparo, formulado por don Eleuterio G.L. y doña Pilar R.M., que en el proceso penal de referencia intervinieron como querellantes y acusadores particulares, (...)

Se fundamenta sustancialmente, en cuanto a las quejas por las que fue admitido, en la

denegación tácita (por silencio y sin motivación alguna) por parte de la Audiencia de un medio de prueba (la acreditación de la notificación del embargo y de la fecha de la misma al querellado), visto que el fallo absoluto se basa precisamente en la no constancia de aquello que se pretendía acreditar a través de la prueba denegada, (...)

2. (...) el análisis de los derechos procesales invocados por el recurrente ha de enjuiciarse desde la perspectiva del art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión), al que son aplicables las garantías del art. 24.2 (en concreto, en este caso, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa).

3. Por lo que respecta a las relaciones entre los dos apartados del art. 24 CE, en diversas ocasiones este Tribunal ha sostenido que la conexión es estrecha, pues ambos reconocen a los ciudadanos derechos, tanto en su acceso a los órganos judiciales como en los procesos seguidos ante ellos, orientados a asegurarles una efectiva tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2; 208/2001, de 22 de octubre, FJ 3).

El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses (por todas, SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2). También hemos dicho que, en ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en Derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz cuando es arbitraria (por todas, STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).

Entre los supuestos en que hemos afirmado dicha arbitrariedad se encuentra aquél en que el órgano judicial frustra con su actitud la práctica de determinada prueba de parte, impidiendo a quien la propuso, y solicitó su colaboración en su práctica, la utilización de

un medio de prueba pertinente para su defensa, y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado precisamente lo que se pretendía acreditar con la prueba no practicada. En estos supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación “sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia” (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, y, reproduciéndola, STC 208/2001, de 22 de octubre, FJ 3). Hemos dicho concretamente sobre este particular en la STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, que “así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental previamente vulnerado haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar, precisamente porque ese mismo órgano judicial truncó irremediablemente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre; 221/1998, de 24 de noviembre, y 183/1999, de 11 de octubre). Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, de 4 de abril; 90/1987, de 3 de junio; 29/1990, de 26 de febrero, y 138/1999, de 22 de julio, entre otras muchas)”.

4. La doctrina que acaba de exponerse resulta aplicable al presente caso, en los términos que se exponen a continuación. En efecto, los demandantes de amparo propusieron inicialmente en la instancia la prueba documental relativa, entre otros extremos, a que se expidiese testimonio de la notificación del embargo de determinada finca (...). Ahora bien, el Juzgado no remitió testimo-

nio del acuse de recibo de la notificación hecha por correo, firmado por el acusado y en el que constaba la fecha de 3 de enero de 1994. Esta circunstancia, como señala el demandante, no tuvo trascendencia en la primera instancia, pues sobre la base del resto de la prueba obrante en autos se dicta una sentencia condenatoria.

Ya en trámite de apelación, en el escrito de impugnación del recurso, y a la vista de las alegaciones del condenado, en las que negaba que le hubiera sido notificado el embargo, se vuelve a solicitar la práctica de la prueba, lo que se hace en los siguientes términos: “Otro sí digo que se reciba el presente recurso a prueba de acuerdo con lo dispuesto en el art. 795, apartados 3 y 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que se refiere a la documental consistente en copia testimoniada de la diligencia de notificación del embargo (por providencia de 14 de diciembre de 1993 del Juez de Esplugues), recibida por el Sr. V. el día 3 de enero de 1994 (...)

Esta nueva solicitud, a la que acaba de hacerse referencia, no obtiene respuesta alguna por parte de la Audiencia, (...) dicta sin más trámite una Sentencia absolutoria, que se fundamenta precisamente en la no constancia de la notificación del embargo con anterioridad (...)

5. La exposición precedente pone de manifiesto que la Audiencia Provincial, al fundamentar su fallo absolutorio precisamente en la no constancia de aquello que se les impidió probar a los demandantes de amparo (en este caso por la conducta omisiva de la propia Audiencia, al no dar respuesta a la formulada solicitud de prueba), realiza una conducta arbitraria, que limita los derechos de defensa de la parte y genera indefensión material, proscrita por el art. 24.1 CE, deparando a los recurrentes un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos.

No obsta a la conclusión expresada el hecho de que pudiera en principio entenderse que el art. 795 LECrim se refiere únicamente al recurrente al tratar de la proposición de

prueba en la segunda instancia (pues habla del “recurso” y del “escrito de formalización” en sus apartados 3 y 4, bien que la expresión “escritos de recurso” del apartado 7 admite una interpretación más amplia). Ciertamente los ahora demandantes de amparo no eran entonces recurrentes, sino parte recurrida. Pues bien, sin perjuicio de señalar que no nos corresponde la interpretación de la legalidad ordinaria, salvo en los aspectos que pudieran afectar a los derechos fundamentales, entre ellos el de no sufrir indefensión, es lo cierto, en todo caso, que la formulación de una concreta y explícita petición (la de recibimiento del recurso a prueba) exigía una explícita decisión del órgano judicial, aunque fuera denegatoria, decisión inexistente en este caso, con lo que se impidió a la parte defender sus intereses respecto de tal circunstancia.

6. De lo expuesto se concluye que procede la estimación del presente recurso de amparo, por haberse causado indefensión a los ahora demandantes de amparo (art. 24.1 CE) en el procedimiento de segunda instancia seguido ante la Audiencia Provincial. Tal consideración hace innecesario el examen del resto de las vulneraciones denunciadas.

Establecida esta conclusión, debe determinarse cuál sea el alcance del fallo. Y ello por las peculiaridades que impone el que estemos declarando la lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal que ha finalizado con una Sentencia absolutoria firme.

Al respecto, hemos declarado “la inviabilidad de anular en esta sede una Sentencia con un pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza, sobre la base de un derecho de acción que el legislador, en virtud de un sólido fundamento constitucional, ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente, en sede de amparo, el proceso penal” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 6). Ciertamente, una sentencia absolutoria no puede anularse por este Tribunal con base en razones de fondo, dado que el proceso penal ha concluido; pero la cuestión es

distinta si se han vulnerado derechos fundamentales de naturaleza procesal. En este sentido, hemos dicho en la STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, que “el *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, ‘sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (STC 218/1997, FJ 2)” de modo que “el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los arts. 24.1 y 2 CE (STC 41/1997, FJ 5)”.

En directa relación con todo ello dijimos igualmente en dicha STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, que “tampoco la consiguiente anulación de la Sentencia absolutoria dictada en resolución de recurso de apelación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la vulneración de la garantía procesal resulta contradictoria con las declaraciones efectuadas por este Tribunal en el sentido de que la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria ‘por poderosas razones de seguridad jurídica’ (STC 218/1997, FJ 2), ya que ello no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales”. Precisamente dijimos a continuación en dicha Sentencia que “este es el fundamento de que en las SSTC 116/1997 y 138/1999, tras la declaración de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, se haya procedido a anular las resoluciones impugnadas y a retrotraer las actuaciones al mo-

mento procesal oportuno anterior a la verificación de la lesión procedimental estimada”.

Pues bien, puesto que en el presente caso la estimación del amparo se fundamenta en el quebrantamiento de garantías procesales esenciales de una de las partes, ello ha de conducir en aplicación de la doctrina expuesta —al igual que en los casos de las Sentencias 138/1999, de 22 de julio, y 215/1999, de 29 de noviembre— a la anulación de la Sentencia recurrida y a la retroacción de las actuaciones judiciales al momento en el que la Audiencia Provincial debió pronunciarse sobre la prueba propuesta por los ahora demandantes de amparo. (...)

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo número 4397/1997

En mi condición de Ponente de la Sentencia expresé el parecer mayoritario de la Sala. Ahora bien, como no coincido con tal parecer en algunos extremos que estimo de interés, me parece oportuno hacer uso de la facultad reconocida por el art. 90.2 LOTC, exponiendo mi criterio mediante el presente Voto particular, al mismo tiempo que expreso mi respeto a la decisión mayoritaria y a quienes la adoptaron.

1. Mi discrepancia con la Sentencia lo es respecto del segundo apartado de su parte dispositiva y de la doctrina en que se basa, que se expone en el fundamento jurídico sexto.

Es decir, no estoy de acuerdo con la anulación de la Sentencia impugnada (la dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona) y consiguiente retroacción de actuaciones (en este caso, al trámite procesal en que se produjo la indefensión de los recurrentes en amparo), ni, en consecuencia, con la doctrina de que, mediando vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal, cabe la anulación de las sentencias absolutorias dictadas

por los órganos judiciales de la jurisdicción penal.

2. El hecho central y fundamental es que en el presente caso la Sentencia contra la que se recurre en amparo es una Sentencia absolutoria que da fin a un proceso penal. Se trata de Sentencia dictada en apelación y firme: como exige el art. 44.1.a) LOTC, contra ella no cabían ya “recursos utilizables dentro de la vía judicial”.

Pues bien, entiendo que una sentencia penal absolutoria, firme ya en vía judicial ordinaria, debe en todo caso mantenerse como tal, sin que pueda ser anulada ni siquiera en vía de amparo, sean de naturaleza sustantiva sean de naturaleza procesal los derechos fundamentales cuya vulneración se invoque y se estime en el recurso de amparo. Y ello por las razones que expongo a continuación, estimadas conjuntamente.

En primer lugar, así lo exige, a mi entender, la seguridad jurídica. Quien se halla sometido a un proceso penal en condición de denunciado o querrellado, primero, imputado o procesado, después, y acusado, finalmente, debe tener una referencia precisa de la actuación procesal que, en último término, ha de poner fin a tal situación. Estimo que tal referencia no puede ser otra que la del acto judicial con el que concluye la vía procesal penal ante la jurisdicción ordinaria: la sentencia de última instancia o del último grado jurisdiccional. Otra conclusión supone mantener (en un marco temporal de incertidumbre, que puede prolongarse varios años) una situación como la expresada, ciertamente vejatoria en cuanto marcada por el estigma o el desdoro social.

En segundo lugar, entiendo que el sometimiento a un nuevo juicio penal (después de

haberse agotado la doble instancia penal de la vía judicial ordinaria) puede ser contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la medida en que tal derecho debe comportar la previsibilidad del final del proceso, según los términos antes expuestos.

Por último, los hechos que dan lugar a la anulación de la Sentencia (y consecuente prórroga de dicha situación de incertidumbre, al acordarse la retroacción de las actuaciones) no tienen su causa en el propio interesado (acusado y luego absuelto) sino en el error o la inoperancia de los órganos del Estado (los órganos jurisdiccionales), al ser un acto judicial, en este caso la omisión de respuesta a la petición de prueba, el causante de la vulneración del derecho fundamental invocado.

3. Las consideraciones precedentes no excluyen la estimación del recurso de amparo. Ahora bien, tal estimación ha de tener exclusivamente carácter declarativo, mediante el reconocimiento del derecho o de la libertad pública cuya lesión haya motivado la demanda de amparo, pronunciamiento expresamente previsto en el art. 55.1 b) LOTC.

Dicho pronunciamiento no tiene un carácter meramente formal, sino que también genera efectos jurídico-materiales: en primer término, constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental vulnerado, proporcionándose a los recurrentes una efectiva reparación moral; en segundo término, como efecto potencial, constituye un título válido para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 2).

**Sentencia 113/2002 del Pleno del TC de 9 de mayo de 2002
(BOE 5 de junio de 2002) (Cuestión de inconstitucionalidad 4098/1995)**

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Art. 67.1, párrafo primero, segundo inciso, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial

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

SÍNTESIS

Se desestima la cuestión de constitucionalidad planteada frente al precepto indicado más arriba. Las dudas surgían de la supuesta lesión al mandato de certeza o de taxabilidad (y, por tanto, al principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas), al no concretarse los supuestos a los que se vincula la sanción allí prevista (privación del permiso o licencia de conducir hasta tres meses).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La resolución de la cuestión propuesta en este proceso requiere determinar si el segundo inciso del párrafo 1 del art. 67.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, infringe el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. El texto cuya constitucionalidad se cuestiona establecía literalmente lo siguiente: “En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses”. En el Auto de planteamiento de la presente cuestión se hace referencia también al art. único, base octava, apartado 2, de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, de idéntica redacción a la del precepto que la articula (el art. 67.1.1, inciso 2, LSV). Es claro, sin

embargo, que en este proceso constitucional de control de la Ley sólo es relevante la norma legal de la que depende la validez de la sanción impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no la “base” legislativa con la que —conforme al art. 82.2 CE— las Cortes Generales autorizaron la aprobación del texto articulado en el que se incluye el art. 67.1.1 LSV.

Sostiene el órgano judicial proponente que el inciso cuestionado (art. 67.1.1, inciso 2, LSV) consagra la discrecionalidad de la Administración en la imposición de la sanción de suspensión del permiso de conducir, lo que podría contravenir las exigencias de predeterminación normativa que derivan del principio de legalidad del art. 25.1 CE. A juicio del órgano judicial, en el art. 67.1.1 LSV no se establecen los supuestos o conductas a los que sea aplicable de una manera precisa y cierta aquella sanción; de forma que, aunque sólo podría imponerse cuando

se tratase de infracciones graves y muy graves, sería posible que, en presencia de una infracción de una de estas clases, la Administración la imponga cuando estime oportuno, resultando incompatible la discrecionalidad en este caso conferida a la Administración con las exigencias de certeza y seguridad que derivan del mencionado art. 25.1 CE. En opinión del órgano judicial proponente, el precepto cuestionado no sólo prevé la discrecionalidad de la Administración en la individualización de la duración de la sanción, que sería lo único admisible, sino que consagra la discrecionalidad en la imposición de dicha sanción, de modo que sería la Administración, y no la Ley, la que determinaría en qué casos y ante qué conductas procede su imposición. Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado defienden la conformidad del art. 67.1.1, inciso 2, LSV con el art. 25.1 CE.

2. Al art. 67.1.1 LSV se añadió un nuevo inciso (3) por medio del art. único, apartado E), de la Ley 5/1997, de 24 de marzo. Este nuevo inciso establecía que “en el supuesto de infracciones muy graves esta sanción [suspensión del permiso de conducir] se impondrá en todo caso”. Más recientemente, el art. único, apartado 27, de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, ha dado nueva redacción al art. 67.1.1 LSV que ahora fija las multas en la nueva unidad monetaria (euro) y presenta leves modificaciones de redacción respecto al texto anterior. En lo que importa para este proceso constitucional, el art. 67.1.1, incisos 2 y 3, LSV dispone en su redacción actual que: “En el caso de infracciones graves podrá imponerse, además, la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducción por el tiempo de hasta tres meses. En el supuesto de infracciones muy graves se impondrá, en todo caso, dicha sanción por el período de hasta tres meses como máximo”. Si bien la modificación del art. 67.1.1 LSV guarda estrecha relación con la duda de constitucionalidad que

se nos ha planteado, hemos de considerarla irrelevante en este proceso de control concreto de la Ley. Recuérdesse que, según se expuso en los antecedentes, la presente cuestión de inconstitucionalidad trae causa de un proceso contencioso-administrativo donde se ha de juzgar la validez de una concreta sanción de suspensión del permiso de conducir. A juicio del órgano proponente de la cuestión, la sanción enjuiciada podría ser nula en tanto que aplicativa de un precepto legal de dudosa constitucionalidad, el art. 67.1.1, inciso 2, LSV. Lógicamente, ese juicio de validez consiste en el cotejo de la sanción impuesta con el precepto aplicado, en los términos en que estaba vigente al tiempo de cometerse la infracción sancionada, esto es, sin el inciso 3 introducido en 1997 y parcialmente modificado en 2001. De manera que resulta ahora superflua toda consideración sobre si la nueva redacción del art. 67.1.1 LSV ha solventado las dudas de constitucionalidad que pendían sobre la redacción original de aquel precepto.

3. Centrado ya el objeto de este proceso constitucional, debemos comenzar por exponer la doctrina de este Tribunal sobre las exigencias que el art. 25.1 CE impone a la potestad sancionadora de la Administración.

Ya en la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, declaramos que el art. 25.1 CE “incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiterada-

mente, el término ‘legislación vigente’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 4; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3; 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6.

En concreto, en relación con la garantía material a que se encuentra sujeta la potestad sancionadora de la Administración, hemos precisado que la predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; y 133/1999, de 15 de julio, FJ 2).

Asimismo, con referencia a la garantía formal también ha señalado este Tribunal que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, como por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad. No obstante, el art. 25.1 CE exige, en todo caso, la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (entre otras, SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; y 305/1993, de

25 de octubre, FJ 3). Ello significa, como afirmamos en la STC 6/1994, de 17 de enero, FJ 2, que “la reserva de Ley no excluye en este ámbito ‘la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley’ (STC 83/1984). Por consiguiente, la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora sólo resulta constitucionalmente lícita cuando en la Ley que le ha de servir de cobertura queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (STC 3/1988, FJ 9). En definitiva, como ya dijimos en nuestra STC 305/1993, el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”.

Así pues, y pese al carácter relativo que ofrece respecto del ámbito estrictamente penal, la cobertura legal de la potestad sancionadora administrativa es imprescindible y, como este Tribunal ha afirmado, resulta vulnerada —y, por tanto, también el mandato del art. 25.1 CE— no sólo a través de la regulación de infracciones y sanciones exclusivamente por vía reglamentaria, sino también cuando, dejando aparte las relaciones de sujeción especial, se produce “la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras” (STC 42/1987, FJ 2).

4. De lo expuesto hasta aquí se deduce que la doble garantía impuesta por el art. 25.1 CE no se refiere sólo a la tipificación de las infracciones, sino también, y en igual

medida, al establecimiento de las sanciones aplicables. Así lo ha afirmado este Tribunal cuando, en la STC 29/1989, de 6 de febrero, nos referimos a una norma sancionadora (el art. 13 del Decreto 3632/1974), que consideramos vulneradora del art. 25.1 CE, al no establecer un límite máximo en relación con las multas a imponer en el caso de infracciones muy graves: “la expresión ‘en adelante’, contenida en el precepto últimamente citado, debe entenderse derogada por la Constitución, ya que introdujo un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución. En otros términos, aquella expresión no satisface las exigencias de *lex certa* ... integrante del derecho fundamental garantizado por la citada norma constitucional” (FJ 3). Igualmente, en la STC 45/1994, de 15 de febrero, FJ 5, declaramos que “las sanciones, y no sólo las infracciones, se encuentran sometidas al principio constitucional de legalidad”, incluyendo la fijación de la cuantía de las multas, razón por la cual consideramos que “el aumento de la cuantía de la sanción pecuniaria introducido por el Real Decreto mencionado debía haberse realizado por ley, pues constituye una modificación cuantitativa de la sanción que no goza de la cobertura legal necesaria”.

Aún más, este Tribunal ha señalado que la garantía de *lex certa* no resulta satisfecha tan sólo mediante la tipificación de las infracciones y la definición y, en su caso, graduación de las sanciones que pueden ser impuestas a los infractores, realizadas por la ley, sino que, además, es elemento esencial y lógico de dicha garantía la determinación de la correlación necesaria entre los actos o conductas tipificados como ilícitos administrativos y las sanciones consiguientes a los mismos (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; y 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3).

Partiendo de las anteriores consideraciones, hemos de dilucidar a continuación si, como sostiene el órgano judicial proponen-

te, el art. 67.1.1, inciso 2, LSV, no cumple con las exigencias de la garantía material o si, por el contrario, satisface suficientemente el requisito de la predeterminación normativa en cuanto a la sanción de suspensión del permiso de conducir que en dicho precepto se contempla. (...)

6. Pues bien, aplicando la doctrina constitucional reseñada más arriba a la norma cuestionada debemos resaltar, ante todo, que la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3, que el establecimiento de dicha correspondencia “puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa”; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede “encomendada por entero a ella”, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales.

Dicho esto, no resulta ociosa la comparación que tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado hacen entre el art. 67.1.1, inciso 2, LSV y determinados preceptos tanto del Código penal de 1973 como del actualmente vigente. Bien es cierto que los preceptos que se invocan no se refieren a supuestos homogéneos, pues unos contemplan las consecuencias accesorias de una pena (art. 129 CP de 1995), otros recogen la imposición de penas adicionales a una principal (arts. 67, 495 y 586 bis CP de 1973, y 226.2 y 233.1 CP de 1995) y, finalmente, otros regulan penas específicamente definidas para faltas típicas singularizadas (art. 621.4 CP de 1995). Pero no lo es menos que todos ellos presentan un paralelismo eviden-

te entre sí y con el precepto enjuiciado: en efecto, en todos los casos se trata de penas o medidas de imposición potestativa por el órgano judicial que esté conociendo de la causa —al igual que sucede en el supuesto que nos ocupa con la sanción de suspensión del permiso de conducir—, que deberá decidir no sólo sobre su efectiva imposición ante cada caso enjuiciado sino, también, sobre su extensión temporal o cuantitativa, dentro de los límites marcados por la Ley penal. Por consiguiente —y ésta es la consecuencia relevante que se extrae de la comparación planteada—, la atribución al órgano sancionador de una facultad discrecional de apreciación para decidir la imposición de tales penas o medidas no es algo extraño en el ordenamiento punitivo español, y cuenta con antecedentes precisos en la esfera penal, cuyas garantías son trasladables —con algunos matices— al ámbito sancionador administrativo.

7. Llegados a este punto, debemos dilucidar si la configuración legal de la libertad de apreciación discrecional que concede a la Administración el art. 67.1.1, inciso 2, LSV, por encontrarse debidamente delimitada, resulta constitucionalmente admisible o si, por el contrario, presenta una amplitud tal que la hacen incompatible con las exigencias de *lex certa* y *lex previa* impuestas por el art. 25.1 CE, al no ofrecer al ciudadano la suficiente previsibilidad sobre su imposición.

En primer lugar, a tenor de lo dicho, hay que entender que la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir a que se refiere el reiterado precepto se encuentra definida con la necesaria precisión en la Ley, que establece también su límite temporal. En efecto, dicha sanción, adicional a la de multa, sólo puede ser impuesta en relación con las infracciones graves y muy graves, pero no con respecto a las infracciones leves (que son todas las no identificadas expresamente como graves y muy graves en el art. 65.4 y 5 LSV), siendo el plazo máximo de duración de la sanción de tres meses. De manera que el legislador ya ha acotado un primer ámbito de conductas donde es previ-

sible la imposición de la sanción de suspensión, en concordancia con la exigencia de predeterminación normativa que emana del art. 25.1 CE.

Por otra parte, el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo y no obligatorio, tanto para las infracciones graves como para las muy graves, sin que el propio art. 67.1 LSV fije unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisibles discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora. En efecto, la habilitación legal por la que se faculta a la Administración para determinar la imposición y ponderar el alcance de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir no es ni totalmente discrecional ni enteramente libre, pues la regla del art. 67.1.1, inciso 2, LSV, aparte de restringida en su aplicación a la comisión de una infracción grave o muy grave, ha de coherarse con el art. 69.1 de la misma Ley, en el que se establecen los criterios que han de servir para graduar, en general, las sanciones previstas en la Ley y, por consiguiente, también las del precepto cuestionado: gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor y peligro potencial creado. Como se dijo en la STC 14/1998, de 22 de enero, en relación con un precepto similar de la Ley de caza de Extremadura (FJ 10), son “criterios perfectamente definidos y objetivos que condicionan normativamente la actuación de la Administración y que permiten la revisión jurisdiccional de la decisión que, en cada caso, hubiese alcanzado”.

No altera esta afirmación el argumento del órgano proponente sobre la posible confusión de parte de los criterios del reseñado art. 69.1 LSV con los que el art. 65.5 de la misma Ley establece para la tipificación de las infracciones muy graves, lo que, a su entender, puede determinar que la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir sólo se acuerde en los supuestos de dichas infracciones, pese al mandato del legis-

lador, que la prevé también para las graves. Ya hemos expuesto anteriormente que el art. 65.5 LSV tipifica las infracciones muy graves en atención a la concurrencia de circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, las características y condiciones de la vía, las condiciones atmosféricas o de visibilidad, la concurrencia simultánea de vehículos y otros usuarios, u otras análogas. Pues bien, estas circunstancias no se pueden considerar coincidentes con el “peligro potencial creado” del art. 69.1, ya que hacen referencia a una abstracta situación de peligro existente en el propio desarrollo de la circulación, con ocasión de la presencia de alguna o algunas de ellas, y con independencia de la actuación del infractor, mientras que, en el caso del art. 69.1, el peligro que se toma en consideración para graduar las sanciones es el originado por la propia conducta infractora del sancionado. De

esta constatación se sigue que no existe entre ambas normas la coincidencia de criterios apuntada por la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, integrado el contenido del art. 67.1.1, inciso 2, con el art. 69.1 LSV, se puede concluir —coincidiendo con lo declarado en la STC 14/1998—, que aquél cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, por una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave o muy grave, y, por otra, por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el art. 69.1 LSV.

**Sentencia 134/2002 de la Sala 2.^a del TC de 3 de junio de 2002
(BOE 26 de junio de 2002) (Recurso de amparo 4229/1998)**

CITACIÓN DEFECTUOSA Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Art. 24.1 CE; 976 LECrim.

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

SÍNTESIS

La indefensión causada en juicio de faltas a consecuencia de una notificación defectuosa que originó su incomparecencia y posterior condena, no puede ser sanada a través de la apelación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión planteada en el recurso de amparo es la celebración de un juicio de

faltas sin la presencia del recurrente, al haberse realizado su emplazamiento por parte del Juzgado de Instrucción en su domicilio de notificaciones, pero en una localidad di-

ferente. En concreto, el demandante tenía domicilio en una determinada calle de la localidad de Águilas y por error del Juzgado se le emplazó por telegrama remitido a esa calle en la localidad de Lorca, lo que impidió que pudiera tener conocimiento de la celebración de la vista y que asistiera a ella. Resultó finalmente condenado, siendo ratificada esta decisión en apelación, al no estimarse la solicitud de nulidad de actuaciones.

El demandante, con apoyo del Ministerio Fiscal, alega como motivo de amparo que ese hecho ha supuesto vulneración de la tutela judicial efectiva, causante de indefensión (art. 24.1 CE), ya que el error en la notificación es sólo imputable al órgano judicial.

2. Este Tribunal ha venido reiterando que es una garantía contenida en el art. 24.1 CE la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida. Exigencia que se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan (por todas, STC 135/1997, de 6 de agosto, FJ 4). El correcto emplazamiento de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas exige un especial cuidado en el órgano judicial, al depender de ello la presencia en un acto en el que, concentradamente, se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes. El legal y correcto emplazamiento al denunciado, además, se ve especialmente exigido por la posibilidad de que, conforme al art. 971 LECrim, se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en su ausencia cuando conste habersele citado con las formalidades prescritas en la ley (STC 123/1991, de 3 de junio, FJ 4).

Por otra parte, también ha sido reiterado por este Tribunal que la validez constitucional de un emplazamiento, cuando de ello depende la personación de la parte en el proceso, no se colma con el mero envío de la

notificación, si no se tiene constancia fehaciente en las actuaciones de que la citación ha llegado efectivamente a su destinatario en la fecha requerida, ya que, de lo contrario, la exigencia de citación se convertiría en un mero formalismo, ignorándose su verdadera esencia de medio de comunicación que posibilita el ejercicio del derecho a la defensa (por todas, STC 155/1994, de 23 de mayo, FJ 2).

De ese modo, un emplazamiento erróneo o no practicado en legal forma, que impida al denunciado conocer la convocatoria de la vista oral, le imposibilita hacer efectivo el ejercicio de derechos fundamentales en el proceso y conduce a una condena en su ausencia, no imputable a su voluntad o actuar negligente, constituye sin duda alguna una vulneración de la tutela judicial efectiva, que causa indefensión.

3. La existencia de una real indefensión ha sido puesta en duda por la STC 113/1993, de 29 de marzo, en los supuestos, como es el presente, de que el condenado en ausencia por falta de un legal emplazamiento, únicamente se hubiera limitado en la apelación a solicitar la nulidad de actuaciones por vulneración del art. 24.1 CE, pero no impugnara el fondo con aportación de las pruebas pertinentes. Esta Sentencia argumenta que “la existencia de una indefensión material con relevancia o trascendencia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE, no puede ser apreciada en el juicio de faltas si se tuvo dentro del proceso la posibilidad de remediar la privación del derecho a la defensa que le había causado la irregular citación en la primera instancia, al comparecer en la segunda, donde se permite el debate y prueba sobre los hechos y la decisión en todos sus aspectos. Posibilidad existente en el juicio sobre faltas, donde las prescripciones del art. 977 y ss. LECrim que configuran la segunda instancia de modo idéntico a la primera, permiten (arts. 979 y 980) a los interesados no sólo alegar sino presentar las pruebas no practicadas antes (ni propuestas) por causas ajenas a

su voluntad, entre las cuales, con toda evidencia, se cuenta la de su no comparecencia involuntaria.” (STC 113/1993, FJ 3).

En relación a la fundamentación de este pronunciamiento hay que tomar en consideración que en el caso concreto planteado era aplicable a los recursos de apelación en los juicios de faltas los arts. 977 y ss. LECrim en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Tras esta reforma, y conforme a la nueva redacción del art. 976, párrafo segundo LECrim, la formalización y tramitación del recurso de apelación en el juicio de faltas se remite a lo dispuesto en los arts. 795 y 796 LECrim para el procedimiento abreviado, habiéndose dejado sin contenido los arts. 978 a 982. Ello ha supuesto la implantación de un nuevo régimen en el recurso de apelación de los juicios de faltas que provoca una modificación en las circunstancias jurídicas que sirvieron de base a los pronunciamientos de aquellas Sentencias y, especialmente, a la idea de que la segunda instancia se configurara de modo idéntico a la primera. Cierto es que el art. 795.3 LECrim, en paralelo a lo que se establecía en el derogado art. 979 LECrim, permite también en la actualidad que el recurrente pida la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia; pero ello sólo incidiría sobre el derecho a la prueba, no sirviendo de argumento bastante ante la constatación de que la actual regulación del recurso de apelación en los juicios de faltas implica una falta de identidad con la primera instancia, no parangonable de ninguna manera con la regulación anterior.

A pesar de ello, ya la STC 22/1987, de 20 de febrero, FJ 3, estableció que la indefensión constitucionalmente relevante en estos casos no resultaba enervada por las posibilidades que tiene el recurrente de comparecer en la apelación, formulando las alegaciones que estime pertinentes e incluso proponiendo aquellas pruebas que no pudieran ser realizadas en la primera instancia por causas no

imputables a él. Y ello porque considera, por un lado, que las garantías constitucionales del proceso son exigibles a todas y cada una de las fases del mismo y, por otro, que entre las garantías del art. 24 CE está el derecho a someter el fallo condenatorio a revisión de un Tribunal superior, derecho del que se vería privado el recurrente si sólo y exclusivamente pudiera defenderse en la segunda instancia pero no en la primera. Así, aún sin entrar a hacer un planteamiento expreso sobre la relevancia de la falta de alegaciones sobre el fondo y proposición de prueba en la apelación, son reiteradas las Sentencias de este Tribunal que han concedido el amparo por existir indefensión material en supuestos en los que el recurrente sólo planteó en la apelación la nulidad de actuaciones, como son las SSTC 327/1993, de 8 de noviembre; 141/1991, de 20 de junio; o 123/1991, de 3 de junio.

A los argumentos vertidos en la STC 22/1987 para fundamentar que en estos supuestos la existencia de una indefensión con relevancia constitucional no es remediable en la segunda instancia, basados en la eficacia de las garantías constitucionales del proceso en las dos instancias y la necesidad de hacer efectivo el derecho a la revisión del fallo penal, hay que añadir un tercero. En efecto, el recurrente condenado en ausencia puede en la segunda instancia todavía hacer efectivos algunos derechos de defensa negados por su incomparecencia involuntaria, como son realizar alegaciones sobre el fondo y practicar las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia. Sin embargo, difícilmente podrán subsanarse otros, como, por ejemplo, los derivados de la imposibilidad de contradicción de las pruebas realizadas en la primera instancia a propuesta de la otra parte y que sirvieron de base para la condena. La subsanación íntegra resulta imposible en la segunda instancia porque si se parte de la negativa de la Sentencia de apelación a apreciar la nulidad de actuaciones, no hay argumento posible para negar la plena validez de las pruebas

practicadas en la primera instancia sin contradicción. Ello consagra la pervivencia en el proceso de unas pruebas sin posibilidad de contradicción por causas no imputables al denunciado y, además, demuestra que, a través de la apelación, no hay posibilidad de restitución íntegra de los derechos vulnerados y que la indefensión material es ya indefectible.

En ese sentido, la actual regulación del recurso de apelación en el procedimiento de faltas sólo en muy limitada medida posibil-

ta remediar los derechos lesionados por la incomparecencia involuntaria del denunciado en la primera instancia. Todo ello propicia que la condena en ausencia de un denunciado en la primera instancia, por una incomparecencia no imputable a su voluntad o actuar negligente, suponga una indefensión dado el complejo de garantías constitucionales del proceso de cuyo ejercicio se ve privado y que no son enteramente remediables en la apelación, a través de las posibilidades de discusión sobre el fondo y práctica de pruebas.

**Sentencia 154/2002 del Pleno del TC de 18 de julio de 2002
(BOE 7 de agosto de 2002) (Recurso de amparo avocado 3468/1997)**

LIBERTAD RELIGIOSA Y HOMICIDIO POR OMISIÓN.

Art. 16.1 CE y 11 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se concede el amparo a unos padres condenados por homicidio omisivo del propio hijo (todos ellos testigos de Jehová), al no poderse proceder a la necesaria transfusión de sangre. Se analiza el contenido y límites del derecho a la libertad religiosa, reconociéndose fundada su alegación en este caso concreto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La presente demanda de amparo se dirige contra las dos Sentencias, ambas de fecha 27 de junio de 1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96. La primera de ellas estima el recurso de casación

interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 20 de noviembre de 1996, que había absuelto a los ahora demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que aquél les imputaba. La segunda de dichas Sentencias, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los con-

dena, “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.

Los datos esenciales a que se refieren los términos transcritos del fallo son los siguientes: a) en primer lugar, la persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; b) en segundo lugar, la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995); c) en tercer lugar, la conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; y d) en cuarto lugar, la causa de la actuación de los padres (propia, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios. (...)

6. El art. 16 CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (art. 16.1 CE).

En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, insita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que “el art. 16.3 de la Constitución, tras for-

mular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’ (STC 177/1996)”.

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, FJ 9, la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10, y 137/1990, FJ 8)”. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce además “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STC 46/2001), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religio-

sa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

7. La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley que, conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 CE, limita sus manifestaciones.

Como ya dijimos en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.

En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dis-

puesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 9.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, prescribe que “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Por su parte, el art. 18.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, dispone que “la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

8. La relacionada existencia de límites en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa es expresión o manifestación de que, en general, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto. Así, hemos dicho en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3, que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)”, y que, “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3)”.

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el

fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)".

9. Expuestos los puntos fundamentales acerca del contenido y límites del derecho a la libertad religiosa, hemos de pasar ahora al examen de aquellos extremos que, dentro del marco de tal derecho, ofrecen aspectos peculiares o especiales que singularizan el caso que nos ocupa y que, además, pueden afectar de algún modo al ejercicio, por los ahora recurrentes en amparo, de su derecho a la libertad religiosa y de los deberes dimanantes de su condición de garantes. Así sucede con el hecho de que la persona afectada (afectación hasta el punto de haberse producido su muerte) era un menor cuya edad era la de trece años, que se opuso decididamente a que se le transfundiese sangre, basándose también, a tal fin, en motivos religiosos.

Todo ello ha de ser considerado en relación con tres concretos extremos: en primer lugar, si el menor puede ser titular del derecho a la libertad religiosa; en segundo lugar, significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito; en tercer lugar, relevancia que, en su caso, pudiera tener dicha oposición del menor. Los dos primeros extremos son examinados a continuación y el tercero en el fundamento jurídico siguiente.

a) El menor es titular del derecho a la libertad religiosa.

Partiendo del genérico reconocimiento que el art. 16.1 CE hace, respecto de los derechos y libertades que contempla, a favor de "los individuos y las comunidades", sin más especificaciones, debe afirmarse que los menores de edad son también titulares del derecho a la libertad religiosa y de culto. Confirma este criterio la Ley Orgánica de

libertad religiosa, de desarrollo de dicho precepto constitucional, que reconoce tal derecho a "toda persona" (art. 2.1).

Esta conclusión se ve confirmada, dados los términos del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 31 de diciembre de 1990), en cuya virtud quedan los Estados parte obligados al respeto del "derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" (art. 14.1), sin perjuicio de "los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades" (art. 14.2). Asimismo, prescribe el art. 14.3 de dicha Convención que "la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

En el plano interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en esta misma línea, sanciona toda posible discriminación de los menores (de dieciocho años) por razón de religión (art. 3) y les reconoce explícitamente "derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión" (art. 6.1), cuyo ejercicio "tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás" (art. 6.2). En relación con este derecho dispone igualmente el art. 6.3 que "los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral".

En relación con todo ello, hemos dicho en la STC 141/2000, FJ 5, que "desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facul-

tad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Y concluíamos en dicha Sentencia, respecto de esta cuestión, que, en consecuencia, “sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el ‘superior’ del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hofmann)”.

b) Significado constitucional de la oposición del menor al tratamiento médico prescrito.

En el caso traído a nuestra consideración el menor expresó con claridad, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y de creencias, una voluntad, coincidente con la de sus padres, de exclusión de determinado tratamiento médico. Es éste un dato a tener en cuenta, que en modo alguno puede estimarse irrelevante y que además cobra especial importancia dada la inexistencia de tratamientos alternativos al que se había prescrito.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran

podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial transcendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

10. Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega precisamente, como ya hemos indicado, el error de la Sentencia impugnada al establecer “la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida”.

Es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto —atendiendo a la normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema que nos ocupa— tanto en la Compilación del Derecho civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formaliza-

ción de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ (STC 53/1985)” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, co-

mo la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.

Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica —descrita en el relato de hechos probados— pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos.

11. Sentados los anteriores extremos, debemos establecer si la condición de garantes, atribuida por las Sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada —y, en su caso, en qué sentido— por el derecho de éstos a la libertad religiosa. Es claro que ello comporta la necesidad de tener en cuenta las singulares circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, de que ya se hizo mérito.

Una consideración previa es necesaria. Ya se ha indicado (fundamento jurídico segundo) que el Ministerio Fiscal niega que —como cuestión fáctica ya resuelta— deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de la posición de garantes de la vida del hijo. Afirma, al respecto, el Ministerio público que “el concepto de garante aplicado a los actores por la sentencia nace, y por ello pertenece al campo de la legalidad ordinaria, de la subsunción del supuesto fáctico, consistente en la generación y la falta de edad del hijo, en la normativa legal reguladora de la patria potestad”, y que “esta subsunción se realiza por el órgano judicial de manera razonada y fundada en derecho, único por determinación legal que puede y debe hacerla”. Concluye esta consideración el Ministerio público diciendo que “el Tribunal Supremo estudia esta situación y declara razonada y fundadamente que los recurrentes nunca perdieron el dominio de la situación de garantes, y esta afir-

mación constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional”.

No puede admitirse, en su radicalidad, la tesis expuesta, la cual —en realidad— hace supuesto de la cuestión sometida a debate. Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas —concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria— son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales.

Por ello, en lo que respecta a lo que constituye el propio objeto de este recurso de amparo, es obligado hacer una afirmación desde la perspectiva constitucional que nos corresponde: los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente —por lo que ahora específicamente interesa— del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE. Es ésta la cuestión que debemos examinar ahora.

12. Atendiendo a la consideración expresada, debemos hacer notar que los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción. Desde esta perspectiva deben precisamente enjuiciarse las concretas acciones exigidas a quienes se imputa el incumplimiento de sus deberes de garante. Es decir, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa —especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia— es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante.

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio pon-

derativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 20 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por

la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión.

13. Una vez realizada dicha ponderación no concurría ya ningún otro elemento definidor de los límites al ejercicio de la libertad religiosa. Concretamente, el art. 16.1 CE erige el orden público como límite de las manifestaciones de este derecho. Pues bien, entendido dicho límite en el plano constitucional, cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales su preservación se garantiza mediante la delimitación de éstos, tal y como se ha efectuado en este caso.

A partir de los arts. 9.2 CEDH y 18.3 PIDCP, anteriormente citados, podemos integrar, asimismo, en esa noción de orden público la seguridad, la salud y la moral públicas (como por otra parte se cuida de hacer el art. 3.1 LOLR). Pues bien es claro que en el caso que nos ocupa no hay afectación de la seguridad o de la moral pública. Y tampoco la hay en cuanto a la salud, ya que los textos internacionales, que sirven de pauta para la interpretación de nuestras normas (art. 10.2 CE), se refieren en los preceptos citados a la salud pública, entendida con referencia a los riesgos para la salud en general.

14. Sentados los anteriores extremos, procederemos al examen de qué concretas acciones se exigían a los padres, en el caso sometido a nuestra consideración, en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por la resolución judicial.

En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que éste consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación que es contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fue-

ron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además, sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone, al igual que en el caso anterior, la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad —claramente manifestada— del menor. Supone, por otra parte, trasladar a los padres la adopción de una decisión desechada por los médicos e incluso por la autoridad judicial —una vez conocida la reacción del menor—, según los términos expuestos en el párrafo tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia [antecedente 2.b) y fundamento jurídico tercero, apartado c), ambos de la presente Sentencia].

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor.

15. Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coheren-

cia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, con-

tradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo ya más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

Acuerdos de la Sala de lo Penal del TS de 28 de junio de 2002

Alcance del concepto de falsificación de moneda del art. 386 del Código Penal, cuando de la falsificación de tarjetas de crédito o débito se trata (art. 387 CP), ¿constituye falsificación de moneda a tales efectos la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta auténtica?

Acuerdo: 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 art. 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.

Progresión al tercer grado de tratamiento con criterio favorable al otorgamiento de la libertad condicional, interpretación del art. 82.13 LOPJ (en su redacción actual procedente de la 7/1988, de 28 de diciembre) en relación con la Disposición Adicional Quinta, apartado 2, de la misma LOPJ y el artículo 72.1 de la Ley General Penitenciaria

Acuerdo: Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena.

Acuerdo de la Sala de lo Penal del TS de 12 de julio de 2002

La responsabilidad civil subsidiaria del estado por los daños causados por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla sí es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos.

Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.

Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión.

Sentencia 98/2000, Sala de lo Penal del TS, de 28 de enero de 2002

IDENTIDAD DE TESTIGOS PROTEGIDOS.

Arts. 4.3 LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

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

SÍNTESIS

Pese a los términos imperativos del art. 4.3 LO 19/1994, la Sala considera que revelar la identidad de los testigos protegidos es facultad del Tribunal, valorando en cada caso la existencia de una concreta y no genérica e insuficiente indefensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) El derecho del acusado en causa penal a defenderse, lleva consigo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, según se consagra en los artículos 6.3.d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Roma, 4 de diciembre de 1950), y en el artículo 14.3.e) del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), ambos suscritos por España. Así venía ya reconocido por nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 708; el artículo 705 de la misma dispone, refiriéndose a los testigos, que el Presidente mandará que “entren a declarar”, lo que viene a suponer la presencia física del testigo en la misma Sala donde se celebra el juicio, y por lo tanto, que el acusado y su defensa tienen la posibilidad de conocer o comprobar su identidad, lo que les permite no sólo orientar el interrogatorio, sino también aportar los datos o razones de que pue-

dan disponer para debilitar la credibilidad del testigo. Por otro lado, permite la confrontación del testigo de cargo con la persona acusada, lo que amplía las posibilidades de valoración del Tribunal. (Entre otras Sentencias 651/2000, de 5 de abril y 2461/2001, de 18 de diciembre). Sin embargo, la necesidad de proteger a las víctimas de los delitos y, en otros casos, a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, al tiempo que se favorece su colaboración con la justicia, ha llevado a considerar la supresión de todas o algunas de esas circunstancias de identificación, presencia física y confrontación del testigo con el acusado.

Así sucede paradigmáticamente en el complejo mundo del narcotráfico en el que con frecuencia se producen en todo el mundo situaciones de peligro, ajustes de cuentas y represalias sobre todo cuando se rompe la ley del silencio, como se ha puesto de manifiesto en los últimos años en diversos foros internacionales en los que se ha sugerido a los Estados la adopción de medidas protectoras en sus respectivos ordenamientos.

3. El sistema se implantó en España por la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales y confiere al Juez o Tribunal —como dice la Exposición de Motivos— la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes constitucionalmente protegidos.”

Las medidas que pueden adoptarse, conjunta o separadamente, son las establecidas en los apartados a), b) y c) del art. 2.º de la Ley. La que se censura específicamente en el recurso es la de no facilitar la identidad de dos testigos prevista en el apartado a), denegada por el Auto motivado de la Sala *a quo* de 18 de febrero de 2000. Se fundaba el Auto en no haberse justificado en la solicitud de la defensa la indefensión alegada y además, porque los testigos cuestionados podían contestar a las preguntas cruzadas de las partes, entre ellas sobre las circunstancias de la detención de los testigos protegidos por la guardia civil, ya que los miembros de ésta que la practicaron podían someterse a interrogatorio en el plenario (como así sucedió).

4. La argumentación impugnativa se extiende dialécticamente en el recurso al supuesto, de aquellos casos en que se imposibilita la identificación visual normal del tes-

tigo prevista en el apartado b) del art. 2.º y no en el apartado a) que es el que se invocaba, sin tener en cuenta, en todo caso, que no es lo mismo **testigo oculto que testigo anónimo**. En este último su identidad no es conocida ni por el propio Tribunal y es el interdicho en la jurisprudencia del TEDH, mencionada en el recurso, que no es aplicable al presente caso. (En este sentido sentencia 651/2000, de 6 de octubre).

5. Los acusados no recurrieron la resolución de la Sala *a quo* y en el acto del juicio oral nada objetaron, ni formularon ninguna protesta. Se limitaron en la solicitud que les fue denegada a pedir que se les comunicara la identidad de los “testigos protegidos”, alegando genérica indefensión sin precisar en qué se había perjudicado en concreto su derecho de defensa o, por decirlo con palabras de la sentencia 1771/2001, de 8 de octubre, en que “se les haya impedido alguna defensa idónea”.

Valorar, en cada caso, si existe concreta indefensión es, sin duda, facultad del Tribunal y no decisión automática y obligada como parece entenderse en el recurso basándose en la expresión “deberá facilitar” del art. 4.3 de la citada ley de Protección de Testigos. Es facultad del Tribunal con la única carga, como en toda resolución judicial, de la adecuada y suficiente motivación como se hizo en el caso enjuiciado.

El motivo ha de ser desestimado.

Sentencia 2047/2001, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2002

DECLARACIONES DEL COINCUPLADO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Arts. 24.2 CE; 14.3.e) PIDCP; 6.3.d) CEDH

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el valor de las declaraciones del coinceplado que en el juicio oral se niega a contestar a las preguntas del letrado del otro acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El derecho fundamental de la presunción de inocencia, reconocido, aparte de en nuestra Constitución, en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del TC. (SS 3/1981, 807/1983, 17/1984, 174/1985, 229/1988, 138/1992, 303/1993, 182/1994, 86/1995, 34/1996 y 157/1996) y de esta Sala (SS. de 31 de marzo y 19 de julio de 1988, 19 de enero y 30 de junio de 1989, 14 de septiembre de 1990, 15 de noviembre y 4 de marzo de 1991, 20 de enero de 1992, 8 de febrero de 1993, 30 de septiembre de 1994, 10 de marzo de 1995, 203, 727, 754, 821 y 882 de 1996, y 798/1997, de 6 de junio), significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la Acusación y de la intervención en los mismos del inculcado.

En trámite de casación, al alegarse la vulneración de la presunción de inocencia, la Sala del Supremo deberá ponderar: a) las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para atribuir unos hechos delictivos a una persona; b) si las pruebas fueron practicadas en el juicio con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad; c) si de haber sido practicadas en el sumario, fueron introducidas en el debate del plenario por la vía de los arts. 714 y 730 de la LECrim; d) si las pruebas se practicaron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales; e) si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias.

Las declaraciones del coimputado se han admitido como prueba incriminatoria des-

virtuadora de la presunción de inocencia por el TC. (Autos del TC 479/1996 de 4 de junio, 293/1987, de 11 de marzo, 343/1987, de 18 de marzo, y STC. 137/1988, de 7 de agosto), y por esta Sala (SS. 870/1992, de 15 de mayo, 1818/1993, de 26 de julio, 399/1994, de 28 de febrero, 335/1995, de 10 de marzo, 146/1996, de 20 de febrero y 108/1997, de 23 de julio), aunque el Tribunal Penal habrá de ponderar la credibilidad de las afirmaciones heteroinculpatórias, examinando las circunstancias de la coparticipación, la personalidad de los partícipes, sus relaciones con la persona a quien imputa y la posible presencia de móviles de autoexculpación o sentimiento de odio o interés.

Según una doctrina reciente manifestada en la sentencia de esta Sala 824/1996, de 18 de noviembre, y en las del TC. 153/1997, de 29 de septiembre y 49/1998, de 2 de marzo, la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo, cuando siendo único medio de prueba, no resulte mínimamente corroborado por otras pruebas en contra del recurrente. Este criterio sobre la validez y peso probatorio de las declaraciones del coimputado, se basa en las peculiaridades propias de tales declaraciones, ya que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente e incluso mentir, según se puso de relieve en las sentencias del Tribunal Constitucional 129/1996 y 197/1995, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 de la CE., y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa, conforme destaca las STC. 29/1995 y 197/1995.

La institución de la presunción de inocencia rige también, claro está, en el proceso de jurado, como revelan el art. 846.bis.c) apartado e) de la LECrim., y el apartado 2 del art. 70 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado 5/1995, de 22 de mayo. En tal tipo de proceso, las declaraciones efectuadas en

la fase de instrucción no tendrán valor probatorio, ni servirán para desvirtuar la presunción de inocencia, salvo las resultantes de prueba anticipada, según establece el último párrafo del art. 46 de la LOPJ.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su art. 14.3.e) y el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en su art. 6.3.d), establece el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, y al interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hacen en su contra. Tales tratados, ratificados por España son normas integrantes de nuestro Ordenamiento Jurídico y sirven de guía para la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, según establece el art. 10 de dicha Supraley, en su apartado 2.

La jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias 279/2000, de 3 de marzo y

1620/2000, de 21 de diciembre, y en el auto 2638/2000, de 30 de mayo considera que la negativa del coimputado a contestar a las preguntas del defensor del acusado, contra el que hizo imputaciones incriminatorias, no comporta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y a un proceso con todas las garantías, en cuanto que no era reprochable el Tribunal enjuiciador que el coimputado acusado no permitiera que sus dichos fuesen sometidos a contradicción, y en dicha jurisprudencia se ha llegado a la conclusión de que las declaraciones del coimputado no contradichas no deberían ser apreciadas como elementos de convicción cuando fuesen la única prueba de cargo y el coimputado se hubiese negado a ser sometido a contradicción por motivos espurios, y por tanto, podrán ser ponderadas como fundamento de la condena, cuando las declaraciones no contradichas estuviesen corroboradas por otros medios de prueba, y si la negativa a contestar al abogado del acusado incriminado obedece a finalidades de autodefensa.

Sentencia 120/2002, Sala de lo Penal del TS, de 4 de febrero de 2002

OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA.

Art. 463 Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras exponer los elementos configuradores de la figura delictiva prevista en el art. 463 CP, se centra la sentencia en el alcance de la expresión legal “sin causa justa”, entendiéndose que no debe confundirse la inexistencia de esta “causa justa” con la falta de comunicación de la misma al Juzgado o Tribunal, que sólo dará lugar a un ilícito disciplinario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) El nuevo delito de obstrucción a la Justicia, definido en el art. 463

del Código penal de 1995 requiere para su concurrencia los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso

criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio fiscal, e igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional; y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. A continuación, el precepto castiga con multa a quien, habiendo sido advertido lo hiciera por segunda vez, en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

En el caso sometido a nuestra consideración, se trataba de un abogado defensor de acusado en situación de prisión provisional, dando lugar su incomparecencia a la suspensión del juicio oral.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, confunde la Sala de instancia la falta de concurrencia de justa causa con la falta de comunicación de imposibilidad de comparecencia a juicio oral. La justa causa fue la enfermedad del Letrado, aducida desde el primer momento en que se le recibió declaración como imputado. Fue acreditada mediante informe médico suscrito ante notario y aportado en el acto del juicio oral, y corrob-

rada testificalmente, dejando de valorar dicha prueba la Sala sentenciadora bajo la tesis de la falta de comunicación; y así se dice: “no se constata que existiera un impedimento absoluto para llevar a cabo la comunicación personalmente o cerciorarse si sus instrucciones habían sido cumplidas” (fundamento jurídico quinto “in fine”), lo cual quiere decir que el Tribunal de instancia, aun admitiendo la certeza de la enfermedad, reprocha al recurrente que no hubiera puesto tal circunstancia en conocimiento de la Sala, lo que nos sitúa en otro plano de responsabilidad, en la responsabilidad disciplinaria, en su caso, conforme se dispone en los arts. 442.2 y 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no en la responsabilidad penal si concurre justa causa, sino en su falta de justificación de inmediato ante el correspondiente Juzgado o Tribunal cuando no comparecieren y una vez citados en forma. Así, en los hechos probados de la Sentencia recurrida únicamente se expone que no acudió, “sin que el referido acusado haya justificado su ausencia”, pero no se expone, como debió hacerse para completar el tipo penal, que el acusado sin justa causa no compareció al juicio oral. En consecuencia, procede la estimación del motivo, dictándose seguidamente Sentencia absolutoria y la incoación de diligencias disciplinarias, no procediendo el estudio del resto de los motivos casacionales.

Sentencia 146/2002, Sala de lo Penal del TS, de 5 de febrero de 2002

ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES EN RECURSO DE QUEJA.

Arts. 789.5.4.º y 848 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

La Sala acuerda la nulidad de actuaciones tras declarar la procedencia del recurso de casación contra el auto de la Audiencia que, al resolver un recurso de queja, acuerda el archivo de las actuaciones contra uno de los inculcados por estimar que su intervención en los hechos no era constitutiva de delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Audiencia Provincial de Gerona (Sección Tercera), mediante auto de diecisiete de mayo de dos mil uno, estimando el recurso de queja formulado por la representación de Josep A., —inculcado en las Diligencias Previas n.º 1151/1998 del Juzgado de Instrucción n.º 7 de los de Gerona— contra el auto dictado por dicho Juzgado el nueve de febrero de dos mil uno —por el que se había desestimado el recurso de reforma interpuesto por la misma representación procesal contra el auto de veintidós de enero de dos mil uno del mismo Juzgado, en el que se había acordado la continuación de la tramitación de las referidas Diligencias por el procedimiento del Capítulo II del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por veintidós delitos de homicidio y veinte delitos de lesiones, todos ellos cometidos por imprudencia en accidente ocurrido en el Lago de Banyoles—, acordó el archivo de la causa respecto del hoy recurrente, “debiéndose continuar el procedimiento contra los otros imputados”.
(...)

Segundo.—El Ministerio Fiscal ha formulado un único motivo de casación, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española —Tutela Judicial Efectiva—, 24.2 —Garantías del Proceso—, en relación con los artículos 789.5.4.^a, 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 142 y 152 del Código Penal”.

Tras exponer brevemente los antecedentes del auto recurrido, a los que ya hemos hecho referencia, afirma el Ministerio Fiscal que “se le ha sustraído al Juez Instructor el poder dictar la resolución del artículo 789.5.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sólo a él compete. Se ha suprimi-

do el ejercicio de la acción penal a las acusaciones. Se ha ocasionado una indefensión constitucional al dictar una verdadera sentencia sobre el fondo “inaudita parte”. Se han vulnerado las garantías del proceso, publicidad, oralidad, contradicción. Ni siquiera se ha respetado la competencia objetiva del artículo 14 tercero, por la que el conocimiento y fallo de esta causa hubiera correspondido al Juez de lo Penal”.

(...)

Tercero.—Al examinar el posible fundamento del anterior motivo de casación, hemos de pronunciarnos en primer término sobre la debatida cuestión de su admisibilidad. Y, acerca de ella, debemos reconocer que no es unánime la jurisprudencia de este Alto Tribunal, por lo que estimamos que es preciso ponderar adecuadamente las circunstancias concurrentes en cada caso para poder pronunciarse sobre el particular.

El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que contra los autos dictados por las Audiencias “sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso”, precisando a continuación que, “a los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos”. Dos son, por consiguiente, los requisitos precisos para que sea admisible el recurso de casación contra estos autos: a) que la resolución judicial declare que los hechos de que se trate no son constitutivos de delito, y b) que alguna persona estuviere procesada como culpable de ellos; exigencia ésta que se entiende cumplida en el procedimiento abreviado cuando el Instructor haya acordado la continuación del procedimiento por los trámites correspondientes del Procedimiento Abre-

viado (art. 789.5.4.^a LECrim.), como sucede en el presente caso.

La resolución aquí recurrida, al margen de otras consideraciones, entre ellas la relativa a su denominación —dado que lo fundamental a estos efectos no es el *nomen iuris* sino su verdadera naturaleza jurídica—, constituye en esencia un sobreseimiento libre, por haber considerado la Audiencia Provincial que los hechos objeto de la causa, en cuanto se refieren al Sr. A., no son constitutivos de delito; concurriendo, por lo demás, la circunstancia de haber dictado el Juez de Instrucción la resolución prevista en el art. 789.5.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e incluso la formulación de escrito de acusación contra el mismo.

Por lo demás, en cuanto al alcance que a los fines aquí examinados ha de reconocerse a la resolución del Instructor conforme al art. 789.5.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es ciertamente significativo que se trata de un “auto” contra el que la ley no ha previsto la posibilidad de interponer recurso de apelación (arts. 787.1 y 789.5.4.^a, segundo párrafo LECrim.). Contra dicho auto, por tanto, únicamente cabe interponer el recurso de reforma y, si no fuere estimado, el de queja (art. 787.1 LECrim.). Esto es, precisamente, lo que ha sucedido en el presente caso. Y, a este respecto, debemos destacar también el distinto alcance de los recursos de apelación y de los de queja. Los primeros son unos recursos ordinarios que permiten una revisión plena por el órgano judicial superior de los fundamentos de la resolución recurrida. El recurso de queja, por su parte, tiene un alcance ciertamente más limitado —se trata realmente de un “recurso menor” (v.s.^a de 3 de mayo de 1999)—, referido ordinariamente a los aspectos procesales de la resolución combatida. En principio, no puede defenderse, en buena técnica procesal, una equiparación “de facto” entre ambos medios de impugnación, pues carecería de toda razón de ser la distinta denominación de estos recursos y, sobre todo, su distinto régimen y su distinta

tramitación procesal (arts. 218, 233, 234, y 235; y arts. 222 y sges.).

Importa destacar también que en el auto en el que el Juez Instructor acuerda seguir el procedimiento ordenado en el capítulo II, Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 789.5.4.^a LECrim.), el mismo “no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos”, en cuanto, al propio tiempo, rechaza implícitamente otras posibles resoluciones admisibles en dicho momento procesal (v. s.^a de 3 de abril de 1995 y las sentencias del Tribunal Constitucional que en ella se citan). Se trata, pues, de una decisión judicial, tomada en la fase de instrucción, que en alguna medida constituye un control judicial, a modo de filtro procesal, en el que la tipicidad de los hechos y su imputación subjetiva han de valorarse —a semejanza de lo que sucede en el auto de procesamiento (art. 384 LECrim.)— desde la perspectiva de unos estrictos criterios de probabilidad, pero que, por razones obvias, excluyen razonablemente el enjuiciamiento definitivo propio del plenario, que demanda las consiguientes garantías procesales y constitucionales propias del mismo. De ahí que, como se pone de relieve en la sentencia de 22 de enero de 1999, deba estimarse correcta la tesis de que, en el Procedimiento Abreviado, no parece que la Audiencia Provincial tenga facultad “para acordar el archivo de las actuaciones una vez tomada por el Instructor la determinación de seguir el procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado”; “la Sala de instancia puede ciertamente pronunciarse sobre el sobreseimiento, pero sólo por la vía del recurso de apelación y precisamente cuando con éste se trate de impugnar un sobreseimiento o archivo del Instructor”. Cuando, pese a lo dicho, la Audiencia Provincial resuelve el recurso de queja entrando en el fondo de los hechos y de su calificación jurídica, como se

ha hecho en el presente caso, es indudable que se desborda el ámbito propio del recurso de queja y de las facultades que, por razón del mismo, le corresponden. Como se dice en la sentencia de 3 de mayo de 1999, “resulta patente que una resolución de esta naturaleza (...) excede con mucho el ámbito propio del recurso de queja, ideado por el legislador (...) para asuntos de escasa transcendencia como se deriva, por comparación de los casos en los que estaba admitida la apelación”.

El pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en cuanto realmente ha supuesto el enjuiciamiento definitivo de los hechos procesales en los que está implicado el Sr. A. supone, en último término, que, bajo la forma de un auto resolutorio de un recurso de queja, lo que realmente se ha dictado por la Audiencia Provincial ha sido una verdadera sentencia, en una única instancia —lo que debe tener la consiguiente transcendencia a la hora de pronunciarnos sobre la posibili-

dad de recurrir en casación tal decisión (art. 847 LECrim.)—, y, al haberlo hecho, además, sin las garantías inherentes al plenario, es indudable que ha vulnerado el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a un proceso con todas las garantías; con olvido, en todo caso, de la proscripción constitucional de toda posible indefensión (art. 24 C.E.).

Debemos concluir, por todo lo dicho, que contra el auto objeto de este recurso debe admitirse la censura casacional, y, en cuanto a ésta, que resulta patente que dicha resolución ha vulnerado los derechos y principios constitucionales a que hace expresa mención el Ministerio Fiscal en el único motivo de su recurso que, consiguientemente, debe ser estimado. Por lo que, en definitiva, procede declarar la nulidad del auto recurrido (art. 238.3 LOPJ) y acordar la continuación de las actuaciones por los trámites del Procedimiento Abreviado, conforme a lo acordado por el Juez de Instrucción.

Sentencia 136/2002, Sala de lo Penal del TS, de 6 de febrero de 2002

DELITO CONTINUADO. PENALIDAD.

Art. 74 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se precisan las distintas posibilidades existentes a la hora de penar un delito continuado patrimonial, matizando en qué supuestos la regla penológica del párrafo segundo del art. 74 CP desplaza a la contenida en el párrafo primero del mismo precepto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El Ministerio fiscal formaliza dos motivos de oposición en el que denun-

cia la indebida aplicación de la norma prevista en el art. 74 del Código Penal en lo referente a la aplicación de la pena en los delitos continuados por los que ha sido con-

denado. Señala que la sentencia impugnada condena al acusado como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y también como autor de otro delito continuado de falsedad en documento mercantil, a los que impone sendas penas sin tener en cuenta las previsiones penológicas previstas en el art. 74 referidas a la penalidad del delito continuado, esto es, la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior. Consecuentemente la pena para el delito de robo con fuerza en las cosas es la que media desde los dos años a los tres años de prisión. Para el delito de falsedad continuado la pena es la que media desde un año y nueve meses de prisión a tres años y multa de nueve a doce meses.

El motivo se estima. Hemos declarado que el delito continuado recoge el mayor contenido del injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de unas conductas agresivas a un mismo bien jurídico, bajo un dolo único y aprovechamiento de idénticas circunstancias. Es obvio que esa conducta, caracterizada por la concurrencia de los presupuestos del delito continuado, merece un mayor reproche penal. De ahí, las especiales previsiones en la penalidad que plantea el art. 74 del Código Penal de 1995.

Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (Cfr. STC 89/1983 y reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 21 de octubre de 1991). El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado del art. 74 (CP 95).

En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un con-

junto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la consideración de especial gravedad (art. 250.6 CP) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23 de diciembre de 1998, 17 de marzo de 1999).

Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado.

En conclusión, son cuatro las posibles consecuencias jurídicas al delito continuado patrimonial. En primer lugar, la consideración de las sucesivas conductas cada una de las cuales determina la aplicación del delito concreto contra el patrimonio y la aplicación de la norma primera del art. 74; en segundo término la consideración conjunto del perjuicio causado, que permitirá, en su caso, declarar delito las acciones, en principio, constitutivas de falta de estafa y declarar de especial gravedad aquellos resultados que analizados individualmente no alcanzan esa agravación. En tercer lugar, cuando las acciones que se integran en el delito continuado, por sí mismas, ya suponen la aplicación de la agravación de especial gravedad, será de aplicación la regla del primer párrafo del art. 74 (CP 95). Por último, los mencionados artículos previenen una especial disposición para el denominado delito masa.

Consecuentemente el tribunal debió imponer las penas correspondientes al delito continuado de estafa y de falsedad de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del art. 74 del Código Penal. La individualización realizada por el tribunal, imponiendo al pena en su tramo mínimo, será respetada en la imposición de las nuevas penas.

Sentencia 148/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de febrero de 2002

“ABERRATIO ICTUS”.

Art. 14 Código Penal

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

SÍNTESIS

*Se resume la doctrina de la Sala Segunda en torno al fenómeno conocido como “**aberratio ictus**”, distinguiendo en qué casos se mantiene la calificación del hecho como doloso y en qué otros debe acudir a la solución consursal.*

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) El relato fáctico, que ha quedado inalterable y que debe ser rigurosamente respetado, describe que el acusado agredió con el instrumento de labranza que portaba a su esposa al errar el golpe que iba dirigido a su oponente José B., cuando la víctima se interpuso en la trayectoria para separar a ambos contendientes.

El supuesto enjuiciado constituye una modalidad de error de tipo denominada *aberratio ictus* o error en el golpe en el que el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

Esta Sala —confrontar Sentencias 612/2001, de 29 de marzo y 1472/2001, de 11 de julio— tiene declarado que el error en el golpe o “*aberratio ictus*”, consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido, señalando la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995 que la Ley determina de modo no individualizado el objeto de protección.

Así las cosas, cumplida la imputación objetiva al haberse verificado que el resultado

es la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción del recurrente quien tenía conocimiento y representación del peligro que creaba con su acción, concurrirían, según los hechos que se declaran probados, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito doloso de homicidio y ello plantearía una calificación jurídica que pudiera desfavorecer los intereses del recurrente, lo que no es permitido por el principio que impide la *reformatio in peius*.

Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho que nos ocupa.

En los casos de *aberratio ictus* la doctrina coincide en señalar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de idéntica protección y calificación jurídica. Y para una más correcta calificación jurídica se sostiene igualmente, por una parte de la doctrina, que se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado do-

lo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable; en este sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994. Por el contrario, en aquellos casos en los que no estaba a la vista del autor el objeto sobre el que recayó su acción, la doctrina dominante sostiene que el sujeto debe responder por tentativa de homicidio respecto del objeto determinado sobre el que proyectó la acción, en este caso José B., en concurso ideal con homicidio imprudente respecto al objeto sobre el que recayó su acción, en este caso su esposa María E.G.B., ya que el autor, en este segundo supuesto, no ha tenido un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, deba imputarse a título de dolo.

Y como no consta en los hechos que se declaran probados que cuando el recurrente inició su agresión tuviese a la vista a su esposa, sobre quien recayó el golpe con la azada, aparece, pues, correcta, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, la calificación jurídica de los hechos realizada por el Tribunal de instancia de homicidio en grado de tentativa respecto a José B. y homicidio imprudente con relación a María E.G.B., ya que la insuficiencia del conocimiento del acusado Germán en el desarrollo del suceso respecto a la ubicación de su mujer no impide la calificación de imprudencia temeraria (Código Penal de 1973) realizada por el Tribunal de instancia ya que de no haber omitido elementales medidas de precaución y cautela hubiese tenido cabal conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado que generaba con su acción, con relación a la fallecida.

Sentencia 140/2002, Sala de lo Penal del TS, de 8 de febrero de 2002

LEY PENAL INTERMEDIA.

Art. 2.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

En relación a un abuso sexual continuado realizado bajo la vigencia del Código Penal, Texto Refundido de 1973 y juzgado tras la reforma de la regulación de los delitos sexuales del vigente Código Penal por la LO 11/1999, se admite la aplicación como ley intermedia más favorable, de la regulación originariamente prevista en la redacción dada a los delitos contra la libertad sexual en 1995.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Pues bien, dicho relato, calificado primero como subsumible en el artículo 182, párrafo 1.º, inciso 2.º, en rela-

ción con el 74 CP, para después estimar más beneficiosa la aplicación de la Ley vigente cuando sucedieron los hechos, artículo 434.1 CP en relación con el 69.bis, ambos CP 1973, evidencia la existencia de un con-

sentimiento viciado por parte de la menor en función del preavilamiento del acusado basado en la diferencia de edad y en la relación de parentesco existente entre uno y otro, superioridad en definitiva que puede estar originada según el Texto de 1973 (y también en el originario artículo 182 CP 1995 y en la redacción dada a los abusos sexuales por la LO 11/1999, siempre que dicha superioridad sea manifiesta y coarte la libertad de la víctima, lo que también sucede), por cualquier relación o situación.

(...)

Tercero.—(...) La calificación de los abusos sexuales puede hacerse, y en principio debe hacerse, conforme a la legislación vigente en el momento de suceder los hechos (Disposición Transitoria 1.ª CP 1995). Ahora bien, teniendo en cuenta el inciso 2.º de dicha Disposición, debe examinarse si la legislación posterior es más favorable. Existen al respecto dos textos posteriores al vigente, el originario artículo 181 CP 1995 (Ley intermedia) y la redacción actual conforme a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que agrava las penas correspondientes a dichos abusos sexuales, luego la comparación debe establecerse entre el derogado artículo 436 y el Texto originario del Código

Penal vigente, Ley intermedia cuya aplicabilidad debe reconocerse. Pues bien, la calificación de la Sala no tuvo en cuenta que el apartado aplicable conforme a dicha redacción originaria no era otro que el párrafo 3.º del artículo 181 derogado por la Ley posterior de 1999, que castigaba como subtipo privilegiado los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con la pena de multa de 6 a 12 meses, lo que es más favorable para el acusado que la pena establecida en el antiguo artículo 436, puesto que admitida la continuidad pero no pudiéndose apreciar la agravante de parentesco la pena mínima resultante alcanzaría los nueve meses multa con una cuota diaria de 500 pesetas (135.000 pesetas). Es más, como señala el Ministerio Fiscal, siendo condenado a más de seis años de prisión menor el acusado por el delito continuado de abusos sexuales con penetración, ex artículo 91 CP 1973 (igual sucede en el vigente artículo 53.3 cuando la pena privativa de libertad sea superior a cuatro años), tampoco procede aplicar el arresto sustitutorio de cuatro meses acordado por el Tribunal de instancia caso de impago de la multa.

Sentencia 224/2002, Sala de lo Penal del TS, de 12 de febrero de 2002

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

Art. 130.6 y 131 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis**

SÍNTESIS

Tras resumir la doctrina jurisprudencial en torno a la institución de la prescripción del delito, se afirma en la sentencia que el escrito de la acusación instando a la apertura del juicio oral carece de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La institución de la prescripción, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida largamente por la doctrina, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (v. art. 130.6 CP vigente y art. 112.6 CP 1973) por el transcurso del tiempo, bien a partir del momento de comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento bien por la paralización de éste, durante el período de tiempo legalmente establecido (que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos (v. art. 131 CP vigente y art. 113 CP 1973), y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (v. ss. de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas).

El plazo de prescripción de los delitos se interrumpe (v. art. 132.2 CP vigente y art. 114 párrafo segundo CP 1973) desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, y, tratándose del supuesto de paralización del mismo, cuando el órgano judicial dicte alguna resolución que ofrezca un contenido sustancial propio de una puesta en marcha o prosecución del procedimiento, que revelen que la investigación avanza, pues no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción (v., *ad exemplum*, S. de 4 de diciembre de 1998).

En el presente caso, nadie cuestiona que el procedimiento se ha dirigido oportunamente contra el acusado ni tampoco el plazo de prescripción del delito imputado al mismo —una estafa— que es de cinco años, tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (v. art. 113 CP 1973), como según se establece en el nuevo Código Penal (v. art. 131). Lo único que se discute es si desde la fecha en que la acusación particular formuló su escrito de acusación contra el señor G.F. —el 9 de marzo de 1992— hasta el día en que el Tribunal dictó el auto acordando la apertura del juicio oral —el 24 de marzo de 1997—, entre cuyas fechas existe un plazo superior a los cinco años, se ha producido alguna actuación procesal relevante con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción en curso.

Pocas dudas pueden ofrecer al respecto la interposición de los recursos de reforma y de apelación instados por la defensa del acusado aquí recurrente contra la providencia de la Audiencia en la que se acordó dar traslado de las actuaciones a la acusación particular, el escrito de la defensa de otro coacusado en el que su Letrado manifestaba la imposibilidad de continuar con su defensa y la providencia en la que se solicitaba un determinado informe del Ministerio Fiscal, pues dichas actuaciones no reúnen notoriamente las características precisas para producir el efecto interruptor del plazo de la prescripción en curso. La parte recurrente pone su acento, fundamentalmente, en el escrito dirigido por la acusación particular a la Audiencia Provincial el 15 de febrero de 1995 interesando se dictase el auto de apertura del juicio oral, mas, para valorarlo a los efectos aquí perseguidos, hemos de tener en cuenta: a) que se trata de un escrito procesalmente atípico; b) que, ante la falta de respuesta por el órgano jurisdiccional, la acusación particular se aquietó definitivamente hasta que la Audiencia dictó, finalmente, el 24 de marzo de 1997, el auto acordando la

apertura del juicio oral; c) que el impulso procesal corresponde específicamente a los Jueces y Tribunales, por lo que, en principio, sólo las resoluciones judiciales tienen virtud interruptora de la prescripción; y d) que la jurisprudencia ha venido interpretando el término paralización en términos extensivos “pro reo”.

Por todo lo anteriormente expuesto, hemos de reconocer que, en el presente caso, no es posible reconocer efectos interruptores de la prescripción del delito imputado a Ramón G.F. a ninguna de las actuaciones

procesales practicadas en la causa a que se refiere este recurso desde la formulación del escrito de acusación de la acusación particular, que tuvo lugar el 9 de marzo de 1992, hasta el auto en el que se acordó la apertura del juicio oral, dictado por la Audiencia el 24 de marzo de 1997, por lo que, al mediar más de cinco años entre ambas fechas, es preciso reconocer también que transcurrió el correspondiente plazo de prescripción y, por ende, que la resolución judicial en que así se ha declarado es ajustada a Derecho, por lo que no puede apreciarse la infracción legal denunciada.

Sentencia 2293/2001, Sala de lo Penal del TS, de 18 de febrero de 2002

TENTATIVA. ARREPENTIMIENTO EFICAZ.

Art. 16.2 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se confirma la sentencia de la Sala de instancia en el sentido de absolver del delito de homicidio en grado de tentativa (acabada) al impedir con su conducta, el autor de la agresión mortal, la producción de la muerte, sin perjuicio de la responsabilidad remanente por las lesiones producidas a la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se ha alegado infracción de ley, de las del art. 849.1 Lecrim, por indebida aplicación del art. 16.2 en relación con el art. 138, ambos del Código Penal. Pues entiende el Fiscal que la actuación final del acusado podría ser valorada como atenuante de su responsabilidad, al amparo de lo que

previene el art. 20.5 Código Penal (haber procedido el culpable a disminuir los efectos del delito), pero no como exención respecto del delito de homicidio, dado que la acción que lo integra, aun cuando no hubiera producido el resultado final propuesto, se encontraba ya ejecutada, aunque no consumada, cuando aquél trató de reducir el daño causado.

El tribunal, en efecto, entiende probado que Andrés P., que claramente quiso matar a su esposa, al comprobar que con la tremenda agresión había comprometido muy seriamente su vida y que la situación de ésta era desesperada, cambió inmediatamente de actitud, avisando a la policía y demandando la presencia de una ambulancia, que, debido a esto, llegó en muy breve espacio de tiempo. Y es por lo que se pudo evitar el fallecimiento.

La contundencia de la acción, la localización y la importancia de las heridas hacen patente que el acusado llevó a cabo todos los actos necesarios para producir la muerte de su esposa, y no hay motivo razonable para poner en cuestión la realidad de ese propósito. De manera que, tiene razón el Fiscal, una vez conjurado el resultado fatal, se está ante un claro supuesto de tentativa acabada. Pero esto gracias a que la actitud agresiva dio paso a otra positiva y activa de solicitud de ayuda. Puesto que la simple inactividad mantenida por un breve tiempo habría hecho la situación irreversible. El legislador de 1995, al introducir la excusa absolutoria del art. 16.2 Código Penal, quiso favorecer cambios de actitud como el que aquí se produjo, con el claro objeto de impedir, incluso “in extremis”, seguros desenlaces fatales. Es decir, pensó en supuestos en los que, realizada la agresión homicida, la muerte de la víctima, sin embargo, no acontece merced a, por la interposición de un acto de signo contrario, debido al propio responsable de aquélla. La opción legislativa podrá o no compartirse, pero está formulada con tal claridad que no deja margen para la duda. En efecto, la dicción legal no sólo comprende los casos calificables como de tentativa inacabada. También, aquéllos en que concurra un delito intentado a punto de consumación y en los que el resultado se evite merced al arrepentimiento activo del propio agente de la agresión (STS 446/2002, de 1 de marzo). Y lo cierto es que aquí, como acepta el mismo recurrente, la acción —eficazmente dirigida a matar— “se encontraba ya ejecutada, si bien no consumada”, y esto

porque el autor hizo lo que estaba a su alcance para evitar la consumación, que de otro modo, sin duda, se habría producido.

En consecuencia, y por lo expuesto, el motivo no puede estimarse.

Segundo.—Se denuncia infracción de ley, de las del art. 849.1 LECrim., por falta de aplicación del art. 22.1 en relación con el art. 139.1, ambos del Código Penal, al entender que la conducta enjuiciada debió haber sido calificada de tentativa de asesinato y no de mero homicidio.

El argumento es que, una vez se ha tenido por probada la existencia de ánimo de matar, la forma sorpresiva de la agresión y lo inesperado del ataque, colocaron a la víctima en una situación objetiva de imposibilidad de defenderse.

La agravante de alevosía del art. 22.1 Código Penal se da cuando la acción constitutiva de un delito contra las personas se ejecuta conscientemente de un modo tal que la hace apta para alcanzar el resultado lesivo sin riesgo para el autor, porque coloca a la víctima en situación de indefensión. Tal propósito y el modo de operar en que se concreta hacen que la actuación sea merecedora de mayor repulsa, que se traduce en un plus de antijuridicidad (entre muchas, STS 1659/1993, de 30 de junio).

El tribunal de instancia, a la vista de la particular intensidad de la agresión, se planteó expresamente la posibilidad de concurrencia de tal circunstancia, si bien para descartarla con argumentos que deben ser compartidos. Uno es que el acometimiento había estado precedido de una discusión; con la particularidad de que tal confrontación verbal se había dado en un contexto previo de grave deterioro de las relaciones entre Andrés P. y Dolores B. Es lo que llevó a ésta, ya desde fechas anteriores, a adoptar precauciones como la de tratar de poner los cuchillos fuera del alcance del primero; algo que, con toda corrección, se ha interpretado como claramente sugestivo de que preveía la posibilidad de un ataque del género del que sufrió. De otro lado, la disposición del sofá en

el que la víctima estaba sentada al producirse la agresión, en relación con la puerta de la cocina, excluye que aquél pudiera haberla atacado por la espalda.

Es cierto que el dato de que hubiera precedido una riña no puede valorarse como apelo, por sí solo y sin más, para excluir la concurrencia de la alevosía, pero no cabe ignorar su valor sintomático —que no pudo pasar

aquí desapercibido a la víctima— cuando, a tenor del marco de relaciones, concurrían motivos para esperar racionalmente una agresión de cierta gravedad, que ella misma —según consta— había valorado como tales (STS 16 de octubre de 1993). Y no es arbitrario, por lo expuesto, concluir que tal es la situación que se dio en este caso; por lo que debe desestimarse el motivo.

Sentencia 359/2002, Sala de lo Penal del TS, de 26 de febrero de 2002

PREVARICACIÓN JUDICIAL.

Arts. 446 y 447 Código Penal

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre el delito de prevaricación judicial, trazando los criterios de separación entre la modalidad dolosa y la imprudente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Tiene declarado esta Sala como es exponente la Sentencia 2338/2001, de 11 de diciembre, que el delito de prevaricación judicial dolosa descrito en el art. 446.3 del Código Penal se integra por dos elementos: uno de naturaleza objetiva integrado por el dictado de una resolución injusta, y otro subjetivo, integrado por el elemento subjetivo del injusto consistente en saber que se está dictando una resolución injusta, lo que queda objetivado en la expresión “a sabiendas” que aparece en todos los supuestos de la prevaricación dolosa. En re-

lación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio, en Causa Especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente la 2/1999, de 15 de octubre, en Causa Especial 2940/1997, expresa que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden

ser jurídicamente defendibles. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el "... apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...". Por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho. En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad. El elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica —"iura novit curia"—.

Conforme con la doctrina que se ha dejado expresada, la resolución objeto del pre-

sente motivo no constituye un apartamiento descarado del principio de legalidad ni una interpretación totalmente irrazonable de las normas que sustentaban la decisión cuestionada.

Tampoco puede sostenerse que se hubiese dictado una resolución manifiestamente injusta, característica que aparece como "conditio sine qua non" para adentrarnos en una conducta prevaricadora por imprudencia temeraria o negligencia inexcusable, ni tal consideración puede ser consecuencia necesaria de la anulación de la resolución al estimarse un recurso por el Tribunal superior, cuando están ausentes las notas a que antes se hacía referencia sobre la injusticia de la resolución, especialmente cuando no se ha apartado de una opción que pueda ser jurídicamente defendible ni permita una interpretación mínimamente razonable. Es más, el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado —culpa con representación— la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales los que ha querido resolver el legislador a través del artículo 447 del Código Penal, en los que el Juez no ha puesto el mínimo de diligencia en comprender algo que a los ojos de una persona con su formación no podía ofrecerle ninguna duda.

Sentencia 341/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de febrero de 2002

“REVISIÓN DE LA REVISIÓN”.

Arts. 2.2 y Disposición Transitoria 5.ª Código Penal y 849.2.º LECrim.

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

SÍNTESIS

La Sala estima el recurso de casación y admite la posibilidad de revisión de un auto que, a su vez, había acordado haber lugar a la revisión y había adquirido firmeza, puesto que una de las bases sobre las que se asentó para acordarla se había alterado sustancialmente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. Se formaliza el primer motivo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal y el art. 2.2 del mismo Cuerpo Legal.

2. La resolución recurrida es el Auto de 18 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2.ª) por el que se deniega “la revisión de una revisión”. (...)

El argumento sobre la imposibilidad de revisar una resolución firme en esta materia, fue abordado y rechazado en el Auto de esta Sala de 29 de junio de 2001 que estimó la queja interpuesta contra la resolución de la Sala de instancia que denegó la preparación del recurso de casación en esta misma causa.

La jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado en general, muy flexible a la posibilidad de que en ejecución de sentencia y en consideración a nuevas circunstancias (como la aplicabilidad, o no, de redención de penas por el trabajo) se pueda retroceder sobre resoluciones recaídas en fase de ejecución, revisando o denegando la revisión de

una condena dictada conforme al Código de 1973. (En este sentido, Autos de esta Sala de 15 de diciembre de 1997 o 15 y 27 de febrero de 1998 y el ya citado y dictado en esta causa, de 29 de junio de 2001).

Como subraya el Ministerio Fiscal, en su documentado y riguroso informe, la implicación de bienes tan relevantes como la libertad personal alienta a un entendimiento favorable a abrir esa posibilidad de replanteamiento de la cuestión, pese a estar ya resuelta por resolución que ha ganado firmeza, siempre que se hayan conocido datos nuevos o hayan sobrevenido nuevas circunstancias que modifiquen los presupuestos de que se había partido anteriormente.

Es lo que sucede en este caso en que el Auto acordando la revisión, que ahora se pretende dejar sin efecto, tomaba como premisa la eventual acomodación al Código Penal de 1995 de otras condenas impuestas al recurrente. Si se producía esa revisión, la refundición de todas las condenas, ajustadas ya al Código Penal de 1995, permitía una acumulación en que el máximo de cumplimiento, sería el de quince años, triple de la más grave.

Sin embargo esas otras condenas no fueron revisadas, lo que hacía imposible la refundición. Por tanto una de las bases que había sido tomada en consideración para efectuar la revisión se había alterado sustancialmente. La revisión estaba tácitamente condicionada a una futura refundición —único supuesto en que se hacía más favorable—, por lo que, fallida ésta, es lógico que la decisión deba ser sometida a nueva revisión.

Admitida la posibilidad de replantear nuevamente la cuestión, el siguiente paso consiste en aclarar qué condena resulta más favorable: la resultante de la aplicación del Código Penal derogado —doce años de prisión con reducciones derivadas de la redención de penas por el trabajo—, o la acomodada a la nueva normativa —un total de ocho años y once meses de prisión sin tal beneficio—.

La resolución recurrida aduce que no consta que sea más perjudicial la condena con arreglo al nuevo Código Penal y que para llegar a esa conclusión no basta aducir que el Centro Penitenciario considera que la perjudica.

Lleva razón el recurrente, apoyado expresamente por el Ministerio Fiscal. La pena de doce años de prisión, 4380 días, reducida en 1460 con la redención ordinaria, da como resultado una duración previsible de 2920 días, (sin contar con posibles reducciones extraordinarias) que es más beneficiosa que una pena total de ocho años y once meses, equivalentes a 3250 días sin reducción previsible, de lo que se sigue la prevalencia, como se pretende en el motivo, de anular el Auto impugnado restableciendo la resolución que declaró más beneficiosa la condena con arreglo al CP de 1973.

El motivo ha de ser estimado.

Sentencia 357/2002, Sala de lo Penal del TS, de 4 de marzo de 2002

ALEVOSÍA Y ABUSO DE SUPERIORIDAD. CONCURSO IDEAL DE DELITOS.

Arts. 22.1.º y 2.º y 77 Código Penal

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

SÍNTESIS

De los diversos problemas tratados en esta resolución, destacamos la nítida separación trazada entre las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad, así como entre el concurso ideal y el real de delitos. En el supuesto enjuiciado (estrangulamiento de una mujer embarazada con la consiguiente muerte del feto), estamos ante una concurrencia ideal de delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...) A tenor de una reiterada doctrina de esta Sala, por todas Sentencias 7 de febrero de 1997 establece que:

“Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concurra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, pe-

ro por muy intensa que sea tal debilitación si, queda alguna posibilidad de defenderse, pese a la singular vileza del hecho (comunes a la alevosía y al abuso de superioridad) que le dota de una especial reprochabilidad, alevosía no hubo, por lo que el hecho debió sancionarse como homicidio, con la mencionada circunstancia agravante 2.^a del artículo 22 del Código Penal de 1995, abuso de superioridad.

Aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquella, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla — Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1994—.

La circunstancia agravante de abuso de superioridad requiere para su aplicación con arreglo a constante doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS.TS. de 2 de febrero de 1988; 29 de octubre de 1989; 25 de diciembre de 1991; 728/1994, de 5 de abril; 2111/1994, de 30 de noviembre; 730/1995, de 5 de junio y 354/1996, de 27 de abril y 12 de marzo de 1998), la concurrencia de estos requisitos: 1) Que haya 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) 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) 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 esta agravante como una “alevosía menor” o de “se-

gundo grado”; 3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso 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; y 4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así.”

En el caso que se examina, y de acuerdo con los presupuestos reseñados, es relevante la indefensión de la víctima frente a su agresor. M.^a del Carmen pretendió dar por terminada la discusión con su esposo saliendo de la casa, donde convivían, cuando fue violentamente introducida otra vez, y posteriormente asfixiada, agresión que se consumó por la desproporción de las fuerzas entre agresor y agredida, y por la debilidad añadida que el embarazo podía suponer.

Esta Sala mantiene su posición tradicional, insistiendo en que la conducta ha de ser alevosa desde el mantenimiento mismo del inicio de la acción —entre otras, Sentencias de 27 de mayo de 1991—; sin embargo, ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva sin carácter alevoso, se inicie después otra distinta, contra el mismo sujeto pasivo, en que pueda apreciarse tal alevosía sobrevenida —Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1999—.

Desde esta perspectiva, el comportamiento del acusado, podría integrarse en un supuesto de alevosía sobrevenida, a tenor del relato fáctico, “la cogió por el cuello presionando hasta que quedó desvanecida y como observó que seguía con vida, la remató estrangulándola”, sin embargo, y conforme a la jurisprudencia reseñada para integrar tal agravación es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso, y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurre en el hecho enjuiciado, pues como se dirá después, al examinar el recurso de la acusación particular, existe unidad de acción. No hay una ac-

ción inicial y posteriormente otra alevosa, sino que sólo existe una misma acción, dolosa; se ha realizado en un solo acto dos delitos, homicidio y aborto. Hay una sola secuencia que sucesivamente va progresando, sin que se aprecien dos acciones distintas.

Es por ello, que resulta más correcta la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, por la desproporción de fuerzas existente entre agresor y víctima, en vez de la circunstancia alevosa, procediendo estimar parcialmente este motivo, con desestimación de los restantes aspectos que se engloban en el mismo, casando y anulando la sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

(...)

Sexto.—Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el único motivo de impugnación, se denuncia la indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados existió un concurso real y no ideal.

El motivo plantea un tema no siempre fácil de resolver. Según la teoría penal mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal “homogéneo” se trata, es decir, cuándo cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal.

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el

real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la Sentencia de 23 de abril de 1992 (caso de la Colza), “partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, (...)”

Ciñéndonos pues a aquéllos en que una sola acción constituye dos o más delitos, únicos que pueden tener relación con los hechos de esta causa, debe recordarse la doctrina sentada en la Sentencia de 23 de abril de 1992, vulgarmente conocida como del “síndrome tóxico”, ya citada. “En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados”.

Ello enlaza con la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1909, que estableció que no debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, como son los que ahora nos ocupan, “por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos”.

El criterio de la unidad y pluralidad de acciones, por lo demás, se ratificó en la sentencia de 15 de marzo de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción afirmando que “la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real”. La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues “el delito es una modificación en el mundo exterior reconducible a un

querer humano". Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

Según la sentencia de 11 de febrero de 1998, si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la ac-

ción, mas no al resultado, previsto pero no directamente perseguido, como sucede en el caso de autos, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

En conclusión, y contemplando el supuesto desde los datos del hecho probado, la acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.

Sentencia 361/2002, Sala de lo Penal del TS, de 4 de marzo de 2002

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD.

Art. 556 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

La Sentencia traza con precisión los límites entre las figuras delictivas de atentado (delito por el que fue condenado el sujeto) y resistencia a la autoridad (delito que entiende presente el Tribunal Supremo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La Jurisprudencia de esta Sala a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia ha señalado, en primer lugar, que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica [SSTS, entre otras, de 21 de diciembre de 1995, o 5 de junio de 2000]. La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 C.P. 1973] en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio que se refuerza desde la publicación del Código Penal de 1995, por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa aplicada a la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el 556, que no menciona a estos últimos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Igualmente existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3 de octubre de 1996 u 11 de marzo de 1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio dando entrada en el tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento propiamente dicho”». La STS de 18 de marzo de 2000, como recuerda la de 22 de diciembre de 2001, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente

física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 C.P. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales.

En el presente caso el hecho probado describe que cuando los agentes optaron por trasladar a Comisaría al acusado para verificar su identidad, introduciéndolo en el vehículo policial, “sacó una navaja con la que se propinó varios cortes en el antebrazo izquierdo, tratando los agentes de desarmarlo, lo que propició que en el forcejeo que mantuvo con los mismos el referido Policía resultara con heridas consistentes en traumatismos por los golpes que aquél le propinó y varios cortes superficiales en mano izquierda que precisaron asistencia médica, sin que consten los días invertidos en su curación y habiendo renunciado el agente a cualquier tipo de indemnización”, una vez desarmado y dentro del vehículo policial, el acusado, “con ánimo de autolesionarse, comenzó a dar cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo, así como puntapiés contra la puerta del mismo”.

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, los hechos descritos no constituyen propiamente acometimiento ni resistencia

activa equivalente frente a los agentes, sino que la acción perseguida no es otra que la de autolesionarse y precisamente la actividad de los agentes enderezada a evitarlo es lo que ocasiona los golpes y lesiones superficiales referidas. La violencia ejercida por el ahora recurrente contra sí mismo constituye la causa del forcejeo entre éste y los agentes que tratan de evitar aquélla. La reacción an-

te la detención no se da propiamente frente a aquéllos sino contra sí mismo ocasionándose varios cortes en el antebrazo izquierdo y dándose cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo. No se trata de un supuesto de resistencia activa, nítida y diáfana, sino de una reacción de impotencia contra sí mismo y por ello debe ser subsumido en el artículo 556, inciso 1, C.P.

Sentencia 421/2002, Sala de lo Penal del TS, de 4 de marzo de 2002

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE DROGADICCIÓN.

Art. 21.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume con claridad la doctrina jurisprudencial relativa a los distintos efectos que puede tener la derogación sobre la responsabilidad penal: apreciación de una eximente completa (art. 20.2.º del CP), incompleta (art. 21.1.º del CP) o de una simple circunstancia atenuante (art. 21.2.º del CP), como sucede en el caso enjuiciado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) La jurisprudencia de esta Sala ha examinado, en reiteradas ocasiones, las distintas posibilidades que ofrece el Código Penal al drogodependiente que ha cometido un hecho delictivo, a los efectos de apreciar una circunstancia que elimine o disminuye su responsabilidad criminal. Doctrina jurisprudencial que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) Eximente por intoxicación plena. Esta exención de la responsabilidad penal viene prevista en el número 2.º del

artículo 20 CP y se refiere a quien se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (efecto psicológico).

Para que los efectos sobre la responsabilidad puedan alcanzar un carácter extintivo

se requiere, pues, que se produzca una intoxicación plena o que el sujeto obre bajo un síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas que, en ambos casos, anule su capacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión. Señalándose en la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 1999 que podrá apreciarse la eximente completa en supuestos de extraordinaria dependencia psíquica y física del sujeto agente que elimine totalmente sus facultades de inhibición.

b) Eximente incompleta por drogadicción. Cuando el sujeto obra bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas pero sin que esté totalmente anulada su capacidad de culpabilidad, pues puede resistirse a la comisión del hecho delictivo, aunque con gravísimas dificultades para ello. Supuesto en los que su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esta comprensión está sensiblemente disminuida o alterada (STS de 22 de mayo de 1998). Es decir, como señalan las Sentencias de esta Sala de 12 de julio y 18 de noviembre de 1999, se apreciará la eximente incompleta en los supuestos de intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante. Y también puede venir determinada dicha eximente incompleta bien por la gravedad de los efectos que provoca la adicción a determinadas drogas (y concretamente a la heroína), cuando es prolongada, o reciente pero muy intensa, bien en aquellos casos en que la drogodependencia se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, sicopatías y trastornos de la personalidad, bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 14 de julio de 1999).

Y la Sentencia de esta Sala 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una exi-

mente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

c) Atenuante por drogadicción. El artículo 21.2 CP incluye entre las circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada “a causa” de aquélla.

El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esa adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La Sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1998 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las cir-

circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Este móvil está ausente en los casos del gran narcotráfico en los que el elemento determinante de las acciones delictivas radica exclusivamente en la obtención de sustanciosos beneficios económicos. En estos casos, el impulso delictivo, no está desencadenado por la drogadicción del sujeto activo sino por el ánimo de enriquecimiento.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala, —cfr. SSTS de 27 de septiembre de 1999, 5 de mayo de 1998, 9 de febrero de 1996 y 31 de mayo de 1995—, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite la aplicación de una atenuación, no se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes,

porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas.

Acorde con la doctrina que se deja mencionada, la adicción a las sustancias estupefacientes del acusado no permite apreciar una eximente completa ni incompleta ni sus padecimientos afectivos permiten alcanzar una situación que permitieran sostener una intensa y grave afectación de sus capacidades de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 407/2002, Sala de lo Penal del TS, de 7 de marzo de 2002

RECURSO DE REVISIÓN.

Art. 954.4 LECrim.

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

SÍNTESIS

Interpretación generosa del motivo 4.º del art. 954 LECrim. que permite la consideración como “hecho nuevo” de la circunstancia alegada por el recurrente (inexistencia de reincidencia) y conduce a la estimación del recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Se formaliza la revisión al entender que el apartado del hecho fáctico relativo a la concurrencia de la agravación

de reincidencia aparece desmentido por el conocimiento de un hecho nuevo cual es que la persona condenada en la sentencia que sirvió de antecedente no era el condenado en la sentencia cuya revisión se pretende.

En síntesis se afirma en la revisión que en la sentencia se declara probado que el acusado, M.A. que usa también el nombre de Carlos H.B., tiene bajo este último nombre una condena que sirve de presupuesto para la aplicación de la agravante de reincidencia por lo que ésta se ha declarado concurrente. Con posterioridad a la sentencia se ha podido acreditar que en los archivos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias consta otra persona identificada con el nombre de Carlos H.B. que fue la efectivamente condenada por la sentencia que ha servido como antecedente de la agravación concurrente.

Consecuentemente el condenado, que hoy formaliza la revisión, al tiempo del enjuiciamiento no había sido condenado por sentencia anterior sobre la que fundar la agravación que se declara concurrente, promoviendo la revisión para que se declare no concurrente la agravación y, en su consecuencia, se le imponga una pena sin tener en cuenta la agravación, concretamente la impuesta al coimputado por los mismos hechos.

Son dos las cuestiones que han de ser abordadas en la presente sentencia. La viabilidad de la revisión para aminorar la penalidad en virtud de la declaración de no concurrencia de una circunstancia de agravación. De otra, la consideración de hechos nuevos o nuevos elementos de prueba a las alegaciones documentadas por el recurrente.

La primera cuestión no es problemática. La circunstancia de agravación ha supuesto para el recurrente una agravación de la consecuencia jurídica correspondiente a su conducta, por lo que en el exceso de penalidad, con relación al mismo delito sin la concurrencia de la circunstancia de agravación, supone el hecho que fundamenta la revisión.

Más problemática plantea la consideración de hecho nuevo a la alegación del recurrente. Ciertamente, desde una interpretación del precepto apegada al texto de la norma y congruente con la naturaleza de recurso extraordinario de la revisión planteada pudiera sostenerse que la alegación del recurrente, referida a que no era él el conde-

nado en la sentencia antecedente de la reincidencia, pudo y debió ser objeto del juicio en el que resultó condenado y cuya sentencia se pretende la revisión. También puede entenderse que desde la perspectiva del recurrente la verdad declarada en la sentencia, esto es que había sido ejecutoriamente condenado en una sentencia anterior, aparece desvirtuada por un hecho nuevo, la acreditación de que era otra persona la condenada, a través de la documental que en su día no pudo presentar y que ahora, por la intervención activa de un funcionario de prisiones y del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ararteko), ha podido acreditar valiéndose de medios de prueba de los que no pudo disponer en su momento.

Esta segunda posibilidad es la que acogemos para integrar el presupuesto de hecho nuevo o de nuevos elementos de prueba que evidencian la inocencia del acusado en el particular referido a la aplicación de la circunstancia de agravación de reincidencia, por lo que procede declarar el error y acordar la revisión.

Segundo.—La especialidad del supuesto de revisión que analizamos dificulta dar un contenido concreto al fallo de la sentencia revisora. En los supuestos plenamente ajustados al contenido previsto en el art. 954.4 de la Ley Procesal, la sentencia de revisión declara la nulidad de la sentencia revisada. En éste, por el contrario, la estimación del recurso extraordinario se limita a declarar parcialmente nulo un apartado de la condena, manteniéndose el resto del pronunciamiento condenatorio de la sentencia revisada con excepción, como queda dicho, de la declaración de concurrencia de la agravación y con modificación de la consecuencia jurídica.

El art. 959 de la Ley Procesal dispone que la Sala, tras la tramitación del recurso conforme al recurso por infracción de ley dictará sentencia que será irrevocable. Este precepto autoriza a esta Sala resolver definitivamente la cuestión deducida sin reenviar la causa al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia que se recurre.

Consecuentemente procede dictar el fallo de la presente resolución que contendrá la declaración de nulidad parcial de la sentencia revisada con único efecto en la declaración de concurrencia de la circunstancia de agravación de reincidencia sustituyendo la pena impuesta en la sentencia, de 11 años, por la de nueve años y un día de prisión, tramo mínimo de la procedente y

coincidente con la impuesta al otro condenado en la sentencia por los mismos hechos. Se conservan los demás pronunciamientos de la sentencia que no han sido objeto de revisión, concretamente, la pena de multa, las consecuencias accesorias y la condena en costas así como los demás pronunciamientos no afectados por la declaración de nulidad.

Sentencia 165/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de marzo de 2002

IMPEDIR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CÍVICOS.

Arts. 194 Código Penal 1973 y 542 Código Penal 1995

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

SÍNTESIS

Amplia caracterización del alcance de la figura delictiva contenida en el actual art. 542 del CP, admitiendo expresamente su modalidad omisiva (alcalde que no facilita a los concejales la información recabada), del mismo modo que cabe también una prevaricación omisiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) “El artículo 194 del anterior Código Penal establecía: “incurrirá en la pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes”.

Por su parte, el artículo 542 del Código Penal vigente dispone: “incurrirá en la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, por tiempo de uno a cuatro años, la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el

ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes”.

Como se dice en la sentencia de 7 de febrero de 1994, “no cabe duda de que el art. 194 se encuentra en relación de concurso de leyes con todas aquellas figuras previstas en dicha Sección que tipifican determinadas especies de la conducta aquí descrita de modo genérico. Así puede decirse de los artículos 189, 190 a 193, por ello puede sostenerse que el art. 194, según la doctrina científica mayoritaria, constituye una infracción residual o subsidiaria, que tiene por finalidad cubrir los atentados contra los derechos fun-

damentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos que no tengan una expresa protección penal”.

Esta figura punitiva de carácter residual, como dice la sentencia de 19 de octubre de 1995, “cierra todas las posibilidades delictivas que se pueden incriminar a un funcionario público o autoridad por impedir el ejercicio de los derechos cívicos, que no son otros que los derechos fundamentales que la Constitución recoge a lo largo de su texto, ya que la terminología derechos civiles o derechos cívicos se utiliza internacionalmente como sinónimo de derechos fundamentales y así puede deducirse de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York”.

Debe reconocerse que el art. 194 del C. Penal —crítico por la doctrina por su carácter excesivamente abierto y por ende inseguro— constituye realmente una “norma penal en blanco”, cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona. —Tribunal Supremo Sentencias 21 de noviembre de 1995, y 22 de enero de 1996—.

A) El sujeto activo del delito, dice la Sentencia de 23 de marzo de 2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el art. 119 del CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición «in genere» de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (Sentencias de 22 de diciembre de 1992 y 7 de febrero de 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstacu-

lizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993 y 7 de febrero de 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas», es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

B) Más concretamente, respecto al supuesto que se examina, referido a la conducta del Alcalde, consistente no en una actuación denegatoria, sino simplemente omisiva, debe también incardinarse en el tipo del artículo 542 del Código Penal, a tenor de las siguientes consideraciones:

La determinación de la conducta típica consiste en impedir a sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho.

La conducta de “impedir”, debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio —sentencia citada de 7 de febrero de 1994—.

La conducta de “impedir”, se realiza desde luego mediante una acción positiva, pero lo que puede discutirse es si el tipo admite igualmente la modalidad omisiva. En este sentido, como dice la Consulta núm. 4/1989 de la Fiscalía General del Estado, no cabía la omisión pura, ya que ha de resultar de la expresión legal como delito de omisión. La cuestión se desplaza, pues, a la omisión impropia o comisión por omisión.

En este planteamiento el artículo 542 citado admite la comisión omisiva, que ha de conectarse con una posición de garante en que el sujeto que omite se encuentre; posición de garante que había de estar configurada en la Ley, de la que se derivaría un ex-

preso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental.

Los concejales de la oposición, en el Ayuntamiento de C., entre los que se encuentra el recurrente, requirieron numerosas veces al Alcalde y formalizaron continuas peticiones ante la Alcaldía, en solicitud de información sobre distintos aspectos de la actividad municipal y que les fuera entregada diversa documentación administrativa.

Dicho Alcalde tuvo conocimiento siempre de las continuas peticiones de los concejales de la oposición. Aquél nunca accedió, ni formal ni oficialmente, a las peticiones de los concejales de la oposición municipal.

La sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1996, afirma que como ha señalado esta misma Sala en sentencia de 17 de octubre de 1995 analizando el tipo delictivo descrito y sancionado en el antiguo art. 194 del C.Penal, es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio. El reconocimiento de dichos derechos quedaría vacío de contenido si no se estableciese, de manera expresa, la sanción de los funcionarios y autoridades que abusando de su función, impidiesen ejercitarlos. Precisamente por la relevancia que en un Estado de Derecho tiene la necesidad de garantizar el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y por el hecho de que el ciudadano está más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa, es por lo que el sistema de garantías requiere la utilización frente a dichas conductas obstaculizadoras o impeditivas, del instrumento de coerción más poderoso de que dispone el Ordenamiento Jurídico: la sanción penal. De ahí la relevancia del art. 194 del Código Penal, que actúa como pieza de cierre en el sistema de tutela penal del ejercicio de los derechos cívicos.

El art. 23.1 de la C.E., reconoce el derecho que tienen los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por

medio de representantes. Este precepto constitucional ampara, como un derecho instrumental necesario para el ejercicio del derecho de participación en los asuntos públicos, el derecho de los representantes a obtener la información necesaria para el ejercicio de su función, derecho que en el ámbito municipal reconoce de modo expreso el art. 77 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril), al establecer que “todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten necesarios para el ejercicio de su función”.

En un sistema democrático la oposición puede ser —y de hecho debe ser— molesta para quien ejerce el Poder, al realizar sus labores de control, pero ello no legitima en absoluto la utilización abusiva de las facultades de gobierno para entorpecer y obstaculizar su función, impidiendo el ejercicio de derechos —como el de información— que las leyes expresamente reconocen y que son inherentes al ejercicio del fundamental derecho a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos. Esta misma Sala se ha pronunciado sobre un caso similar en su sentencia de 8 de febrero de 1993, afirmando que constituye una infracción del art. 194 del C.Penal la conducta consistente en que “el Alcalde recurrente, con completo conocimiento de la injusticia e ilegalidad y con el fin de cercenar y obstaculizar en lo posible a los grupos de oposición en el Ayuntamiento, sobre todo en la actuación de sus posiciones fiscalizadoras, impidió o coartó el acceso a los asuntos municipales”.

Por otra parte, en relación con el delito de prevaricación, en el que también se suscitó una cuestión similar, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de junio de 1997, estimó que el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, puede cometerse también en la modalidad de comisión por omisión. Y así, las sentencias de 28 de octu-

bre de 1993, 27 de diciembre de 1995, 9 de junio de 1998 y 4 de junio de 1999, declaran que cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación.

En conclusión, si el Alcalde de C., no contestó de ninguna manera a las innumerables solicitudes de información formuladas durante varios años por los concejales de la oposición municipal, ni entregó a éstos los

documentos reiteradamente solicitados por escrito por los mismos, a lo que estaba obligado como se ha dicho —cuyas solicitudes obran en el Sumario suficientemente identificadas—, conociendo el Alcalde dichas solicitudes y peticiones, y con dicha actitud pasiva se entorpeció la transparencia de la gestión pública del Ayuntamiento de C., es evidente que el mismo ha incurrido en un delito de atentado contra los derechos cívicos de la persona, tipificado en el artículo 194 del anterior Código Penal, y 542 del vigente Código Penal.

Sentencia 454/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de marzo de 2002

LESIONES Y MALTRATO DE OBRA A FUERZA ARMADA.

Arts. 147 y ss. Código Penal y 85.3 Código Penal Militar

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

SÍNTESIS

Tras recordar el carácter restrictivo del ámbito de la jurisdicción militar, la sentencia entiende que no se conculca el principio “non bis in idem” en el caso de un sujeto que, absuelto por la justicia castrense del delito de maltrato de obra a fuerza armada, es condenado posteriormente, en la jurisdicción ordinaria, por lesiones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El art. 117.5 de la Constitución, luego de afirmar que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense, admitiendo, por tanto, la jurisdicción militar con un carácter eminen-

temente restrictivo que ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente, según ya puso de relieve el Tribunal Constitucional en la STC n.º 75/1982, de 13 de diciembre.

La Ley Orgánica 4/1987, que regula la competencia y organización de la jurisdicción militar, plasma esa configuración de la misma y determina en el art. 12.1 los delitos para cuyo conocimiento es competente, es-

tablecendo que conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en los que siendo los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste. Se establece así un principio de especialidad a favor de la Jurisdicción Militar en cuanto que será ésta la que conocerá de aquellos delitos que se contemplan en ambos Códigos Penales, llegando a aplicar incluso la legislación penal común cuando en ella se señale mayor pena. Quedan excluidas, por lo tanto, y salvo los supuestos de delitos conexos, todas las infracciones que no se encuentren comprendidas en ese texto legal o en alguna otra de las previsiones de dicho artículo. En el mismo sentido, el art. 3.2 de la LOPJ establece que “la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal militar y a los supuestos de estado de sitio...”. Estas disposiciones, unidas a la necesidad, antes expuesta, de interpretación restrictiva de la competencia de la jurisdicción militar, imponen la imposibilidad de extender su intervención al enjuiciamiento de hechos que, por su calificación jurídica, excedan de su competencia, pues podría verse afectado el derecho fundamental al juez legalmente predeterminado por la ley.

En este sentido ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 18/2000, de 31 de enero, que “procede recordar al efecto que la jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), no puede extender su cognición más allá del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 CE, por lo que, como se declaró en la STC 111/1984, de 28 de noviembre, la transgresión de las reglas

definidoras de ese orden jurisdiccional, tanto en su formulación como en su debida aplicación o interpretación puede, en ocasiones, conducir a una vulneración del derecho al Juez legal que garantiza el art. 24.2 CE”.

De esta forma, en ningún caso la Jurisdicción Militar podrá conocer de hechos que constituyan delitos comunes y al mismo tiempo no aparezcan tipificados en el Código Penal Militar.

Segundo.—El art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificado por España, publicado en el B.O.E. n.º 103 de 30 de abril de 1977, dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Se consagra así el principio *non bis in idem*, que, en opinión del Tribunal Constitucional, como ya señaló la STC n.º 2/1981, de 30 de enero, aunque no está recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, ha de considerarse íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones del art. 25, habiéndolo vinculado alguna resolución de esta Sala Segunda al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 (STS de 16 de febrero de 1995; STS n.º 488/2000, de 20 de marzo; ATS de 15 de octubre de 1998 y ATS de 14 de enero de 2000). En la legislación procesal tiene su concreción en la institución de la cosa juzgada, prevista como artículo de previo pronunciamiento en el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, aunque se considere de orden procesal, puede ser discutida en casación al tratarse en realidad de un instrumento para hacer valer la eficacia real del principio constitucional antes expresado. Como ha señalado esta Sala en la STS n.º 594/2000, de 24 de abril, “la única eficacia que produce la cosa juzgada material en el ámbito penal, es la preclusiva o negativa, lo que significa que no se puede seguir otro procedimiento de

semejante orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona, cuando la causa criminal fue resuelta con anterioridad por sentencia firme o resolución similar. Asimismo, frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. Tal doctrina está totalmente consolidada por una jurisprudencia muy reiterada, pudiendo citarse entre otras las Sentencias de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 de octubre y 12 de diciembre de 1994, 20 de junio y 17 de noviembre de 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998.” Además de evitar la existencia o la continuación de un segundo procedimiento, la cosa juzgada puede producir efectos con posterioridad a la segunda sentencia, pues a través de los recursos pertinentes, concretamente el recurso de revisión conforme al art. 954.4 de la LECrim (STS n.º 134/1998, de 3 de febrero y STS n.º 629/1998, de 6 de mayo, entre otras), se puede alegar la vulneración del principio *non bis in idem* y obtener la anulación de esa segunda resolución. Pero no todas las resoluciones judiciales que hagan referencia a unos mismos hechos y a unos mismos acusados producen el efecto de cosa juzgada. El transcrito art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que nadie puede ser “juzgado ni sancionado” por delito cuando haya sido ya “condenado o absuelto”, con lo que se está refiriendo a resoluciones sobre el fondo y no a cuestiones incidentales o procesales. Asimismo la jurisprudencia de esta Sala, por todas la STS n.º 488/2000, de 20 de marzo, ha precisado las resoluciones que no causan el efecto de cosa juzgada. No lo producen los autos rechazando una querrela o denuncia por no ser los hechos constitutivos de delito (STS de 15 de octubre y 18 de noviembre de 1998), ni los autos de sobreseimiento provisional ni los autos de archi-

vo dictados al amparo del art. 789.5.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no ser los hechos constitutivos de infracción penal (STS de 16 de febrero de 1995 y de 3 de febrero de 1998), siendo común a todas estas resoluciones la inexistencia de un pronunciamiento sobre el fondo. Por no tratarse de una resolución de esta clase, tampoco lo producen las decisiones sobre la competencia, ni siquiera en el supuesto previsto en el art. 793.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene lugar tras la celebración de un juicio oral y se fundamenta en la imposibilidad de juzgar por falta de competencia objetiva del órgano jurisdiccional.

Sin embargo sí lo producen las sentencias firmes, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio y, excepcionalmente se equiparan a ellas los autos de sobreseimiento libre por su carácter definitivo. De todo lo expuesto se deduce que la decisión de evitar un segundo proceso, o de anular una segunda sentencia, cuando ya se ha producido una resolución judicial sobre los mismos hechos y los mismos imputados, no se basa en motivos puramente formales sino en la necesidad material de proscribir ese segundo enjuiciamiento con su correspondiente resolución. Por eso, el efecto de cosa juzgada sólo se reconoce a las decisiones que hayan afectado al fondo de la cuestión enjuiciada.

Tercero.—Procede realizar ahora algunas breves consideraciones acerca de la calificación jurídica de los hechos a los que se refiere la sentencia impugnada, maltrato a fuerza armada, del art. 85.3 del Código Penal Militar, y el delito de lesiones del art. 147 y siguientes del C. Penal común.

La estructura del primero de ellos permite afirmar que no es necesario para su consumación que se produzca un resultado lesivo, ya que las lesiones no son contempladas como un elemento del tipo básico, sino como un elemento de agravación. De esta manera ha de entenderse que el Tribunal de la Jurisdicción militar solamente comprobará

la existencia de lesiones en el caso de afirmar con carácter previo la comisión de un delito de maltrato a fuerza armada que es de su competencia. Las lesiones sólo se enjuician dentro de la jurisdicción militar, como un resultado que agrava el delito de maltrato a fuerza armada y no como un delito autónomo, de forma que no existirá ningún pronunciamiento jurisdiccional acerca de las lesiones en el ámbito de la Jurisdicción Militar, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, si no es como consecuencia de la previa afirmación de la comisión de un delito de maltrato a fuerza armada.

El delito de maltrato de obra a fuerza armada no se comete siempre y en todo caso por el mero hecho de causar lesiones a un militar, sino que, partiendo de que el sujeto activo ha de ser siempre otro militar, existen supuestos en los que, aunque en su momento pudiera afirmarse la existencia de las lesiones, no resulta posible considerar cometido el delito militar. Por lo tanto, los Tribunales de la Jurisdicción Militar sólo entran a conocer de los hechos que pueden integrar las lesiones a partir del momento en que establezcan la concurrencia de los requisitos del delito de maltrato a fuerza armada.

Cuarto.—Las previsiones legales antes expuestas conducen a remitir esta clase de asuntos inicialmente a la jurisdicción militar, pero ésta no puede conocer del delito de lesiones si no es en el ámbito del delito militar de maltrato a fuerza armada que determina su competencia. Desaparecido este delito, ante la no concurrencia de sus elementos esenciales, desaparece la competencia de la jurisdicción militar, debiendo recordarse en este momento las consideraciones realizadas en el primero de los Fundamentos de

Derecho acerca del carácter restrictivo con el que se concibe dicha jurisdicción, que impide su extensión al enjuiciamiento de hechos cuya calificación no se corresponda con las previsiones del Código Penal Militar.

En este sentido, la decisión del Tribunal Supremo, Sala Quinta, al estimar el recurso de casación no podía adoptar otra forma que la de una segunda sentencia absolutoria, desde el momento en que solamente se podía referir al delito militar de maltrato a fuerza armada, que considera no cometido, pero, en lo que afecta al delito común de lesiones, y desde un punto de vista material, no se refería, porque no podía hacerlo, al fondo de la cuestión, es decir, a la existencia o no de un delito de lesiones del Código Penal común, debiendo por ello limitarse a establecer la inexistencia del delito militar y a constatar su falta de jurisdicción para conocer de aquellos aspectos de los hechos que podían constituir un delito común, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción ordinaria, como pone de relieve la deducción del oportuno testimonio “a los efectos pertinentes en relación al posible delito de lesiones”. Como consecuencia de lo expuesto, puede concluirse que, en lo que se refiere a los aspectos de los hechos que darían lugar a su calificación como un delito de lesiones, aunque haya existido un procedimiento, no se ha producido en realidad un enjuiciamiento anterior, ni, por lo tanto, una resolución de absolución o condena, sino únicamente una declaración de falta de jurisdicción anudada a una absolución por el delito de naturaleza militar que se enjuiciaba, por lo que la sentencia dictada en la jurisdicción militar no produce el efecto de cosa juzgada material en relación al delito de lesiones.

Sentencia 464/2002, Sala de lo Penal del TS, de 14 de marzo de 2002

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Arts. 95 y ss. Código Penal

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

SÍNTESIS

Tras exponer la doctrina general en torno a la institución de las medidas de seguridad, afirma la sentencia que no lesiona el principio de legalidad la imposición de la medida prevista en el artículo 101 del CP (internamiento en centro psiquiátrico), en lugar de la del 102 del CP (internamiento en centro de deshabitación) en un caso de exención de la responsabilidad penal por concurrir intoxicación plena (artículo 20.2.º del CP).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente, absuelto por el Tribunal de instancia de un delito contra la libertad sexual, en grado de tentativa, por concurrencia de la eximente de intoxicación plena (art. 20.2ª CP), con imposición de medida de seguridad de internamiento en Centro Psiquiátrico por tiempo máximo de tres años, apoya su Recurso de Casación en sendos motivos, el primero de ellos al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con base en supuesta infracción de Ley por indebida aplicación del art. 101 del Código Penal, cuando, a su juicio, debía haberse impuesto la medida de seguridad de internamiento en Centro de Deshabitación, prevista en el art. 102 del mismo texto legal, al ser la correspondiente a la eximente que sirve de fundamento a la absolución.

Ante tal presupuesto impugnatorio hemos de comenzar afirmando la evidente vigencia del principio de legalidad en relación con la aplicación de las medidas de seguridad penales, o postdelictuales. Tal afirmación viene justificada, de manera expresa, en el art. 1.2 del Código Penal, cuando dice que “Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”. Principio de legalidad que nuevamente es recordado, con relación a las medidas de seguridad, en su dimensión temporal, en el inciso segundo del art. 2.1 —“Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”— y por último, en cuanto a su ejecución, en el inciso primero del art. 3.2 —“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras

circunstancias y accidentes que los expresados en su texto” —.

De acuerdo con lo anterior resultaría, en principio, plenamente razonable la pretensión del Recurso cuando sostiene que, según la propia previsión legal, a la exención de responsabilidad criminal con base en el art. 20.2.º del Código Penal —intoxicación plena— que en el presente supuesto se aplicó, corresponde la imposición de la medida de seguridad contemplada en el art. 102 del mismo cuerpo legal —internamiento en Centro de Deshabitación—, por venir así establecido en la propia literalidad de este segundo precepto, y no la del art. 101 —internamiento en Centro Psiquiátrico— que es la aplicada por el Tribunal de instancia.

Pero, además de lo anterior, no debe olvidarse tampoco que ese fundamental principio de legalidad no opera respecto de las medidas de seguridad con la misma estricta exigencia que lo hace sobre las penas, aunque de sendas consecuencias jurídicas del hecho delictivo estemos hablando. Y así, en el propio articulado del Código se introduce en la regulación de las medidas, por ejemplo, la posibilidad de cese anticipado, sustitución o suspensión de la medida inicialmente aplicada (art. 97), atendiendo a la mejor obtención del fin prioritario de la misma, que no es otro que el de la desaparición a través del tratamiento terapéutico de la peligrosidad del sujeto inimputable, que le sirve de fundamento para su aplicación y mantenimiento (art. 6.1 y 2 CP).

Por ello, junto al principio de legalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de las medidas de seguridad, y de otros principios que se deducen de la propia literalidad de los preceptos que integran el Título IV del Libro II del Texto legal y otras normas conexas, tales como, el de jurisdiccionalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de la medida (arts. 3.1 y 2, 95.1 y 97 C.P.), el de proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho cometido y de su sanción punitiva (arts. 6.2, 95.2, 101.1 inciso 2.º, 102.1 inciso 2.º, 103.1 inciso 2.º y 104 inciso 2.º CP) o el de obligatoriedad del

cumplimiento de la medida impuesta (arts. 100 y 468 CP), adquiere un carácter también esencial, si no incluso prioritario, el de la finalidad terapéutica de la intervención penal para el supuesto del sujeto inimputable, que late como fundamento y objetivo último de este instrumento legal, vinculado a la pena en su función de reinserción social por mandato del artículo 25 de la Constitución Española.

Resulta así de todo punto inexcusable y exigente la comprobación, en cada caso, de la concurrencia de los requisitos ineludibles para la imposición de la medida, cuales son la comisión de un hecho previsto como delito (95.1.º CP), la condición de inimputable (arts. 101.1.º inciso 1.º, 102.1.º inciso 1.º, art. 103 inciso 1.º y 105 par. 1.º CP), o en su caso semiimputable (arts. 99 y 104 CP), de su autor y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 2.ª CP). Junto con la circunstancia de que nos hallemos ante una figura delictiva sancionada con pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.2, 101.1, 102.1 y 103.1 CP) y de la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos, para el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101, 102 y 103 CP).

Con tales exigencias, a las que se ha de sumar la de la imposibilidad de imposición de medida distinta de las enumeradas, como “*numerus clausus*”, en el catálogo legal (arts. 96, 105, 107 y 108 CP), se satisface cumplidamente la esencial garantía de legalidad en la aplicación de las mismas.

Pero, una vez sentado lo anterior, descendiendo al caso concreto que es aquí objeto de análisis, no puede reprochársele al Tribunal que juzgó en la instancia el que, en aras de la búsqueda de una óptima eficacia del tratamiento terapéutico que al recurrente se dispense, opte por aplicar a éste, absuelto a causa de la intoxicación plena que se le reconoce al tiempo de la comisión del hecho enjuiciado (art. 20.2.º CP), el internamiento en Centro Psiquiátrico (art. 101 CP), en lu-

gar del Centro de Deshabitación que, en principio y según el art. 102 del Código Penal, resultaba de aplicación.

Y ello máxime cuando: a) se cumplen todos los restantes presupuestos, ya enunciados, para la imposición de dicha medida, con respeto absoluto a las garantías esenciales requeridas por el consagrado principio de legalidad; b) la Sentencia recurrida justifica, razonablemente, la elección, como más favorable para el éxito del internamiento, de un Centro Psiquiátrico, que haga posible el adecuado tratamiento a otras importantes circunstancias psíquicas que concurren en la personalidad del sometido a él, junto con la acreditada intoxicación, cuales son las de verse afectado también por alcoholismo crónico y un deterioro psicoorgánico importante, derivado de la encefalopatía posttraumática, que se incorporan como probadas a la narración de hechos en que la conclusión absolutoria se apoya; c) la recomendación hecha al Tribunal, en este sentido y desde su estricta función procesal de asesoramiento científico, por los Médicos forenses informantes en el acto del Juicio, a que se alude en la Resolución y cuya claridad y contundencia hemos podido comprobar con la lectura de la correspondiente Acta e Informes, haciendo uso de la facultad de examen de las actuaciones que nos otorga el art. 899 de nuestra Ley de ritos; d) hay que tener presente, asimismo, que el contenido realmente afflictivo de la medida y, por tanto, donde las exigencias del principio de legalidad deben imperar con mayor escrúpulo es el de la privación de libertad del sometido a ella, pérdida de libertad que tanto se produce, con cumplimiento de todos los requisitos legales para ello, con la decisión adoptada por la Audiencia como con la interesada en el Recurso, estribando la única diferencia entre

ambas en las características terapéuticas del Centro de internamiento; y e) sin que tampoco podamos ignorar la realidad, a que alude el Ministerio Público en su escrito de impugnación del presente Recurso, cuando pone de relieve el hecho de la confusión que en la práctica se produce, en nuestro sistema asistencial encargado de la ejecución de estas medidas, entre los Centros de naturaleza estrictamente psiquiátrica y los dedicados a la deshabitación, pues no hay que olvidar además, en este punto, que el origen de la peligrosidad advertida en el recurrente, explicitada en el acto concreto de carácter delictivo por el que fue juzgado, se aloja tanto en su situación de intoxicación aguda puntual apreciada como en las alteraciones de naturaleza permanente que sufre, por lo que requerirá, para su adecuado tratamiento, a fin de alcanzar los resultados que con la medida se pretende, algo más, desde el punto de vista terapéutico, que la sola deshabitación de su dependencia, al haberse ya cronicado los efectos de ésta, en combinación con sus restantes patologías.

Y todo esto sin perjuicio de que la específica regulación que, como ya vimos, flexibiliza la ejecución de una medida de seguridad semejante, hace posible, en cualquier momento, a la vista de la evolución del tratamiento, la adopción de decisiones que modifiquen, de resultar conveniente, el régimen de la inicialmente impuesta.

Razones las expuestas que nos llevan a concluir en la correcta aplicación efectuada por la Sentencia recurrida de la norma jurídica rectora de esta materia, a la luz de los principios que la inspiran, sin violencia esencial del principio de legalidad y, en consecuencia, a la inadmisión del primero de los motivos en que el Recurso se apoya.

Sentencia 501/2002, Sala de lo Penal del TS, de 14 de marzo de 2002

NULIDAD DE ACTUACIONES

Arts. 11.1 y 238 LOPJ

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

SÍNTESIS

Exposición, a la vista de los arts. 11.1 y 238.3 de la LOPJ, de las diferencias entre nulidad, anulabilidad y mera irregularidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) formalizado al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad de partes, al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías. Refiere la lesión constitucional a la falta de notificación al imputado del auto de incoación del procedimiento abreviado y al hecho de que el Ministerio fiscal formuló su escrito de acusación cuando había transcurrido, en exceso, el plazo de cinco días prevenido en el art. 790 de la Ley Procesal Penal. En el desarrollo argumental del motivo se limita a expresar la irregularidad procesal sin indicar en qué medida esa irregularidad le ha ocasionado indefensión. Tan sólo refiere, con relación a la falta de notificación del auto de incoación, que se le impidió la posibilidad de formular recurso contra esa resolución si la encontrara lesiva a su posición procesal.

El motivo se desestima. Se trata de una mera irregularidad procesal que en nada afecta al derecho de defensa que puede suponer la nulidad del acto procesal. El incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependien-

do de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable.

En el supuesto objeto de la casación, se trata de una mera irregularidad derivada de la inobservancia de los plazos previstos en la ley para que el Ministerio fiscal formule el escrito de acusación o solicite el sobreseimiento de las actuaciones. Lo preceptivo es la existencia de acusación formulada con carácter previo al enjuiciamiento y debidamente comunicada para el ejercicio de la defensa del acusado. El incumplimiento del plazo en nada afecta a la sustancia del dere-

cho de defensa. Otro tanto cabe señalar con relación a la falta de notificación del Auto de incoación del procedimiento abreviado que en nada ha afectado a su defensa sin que pueda tenerse por lesión la hipotética posibilidad de recurrir una resolución que no tiene expresamente previsto su recurribilidad.

La indefensión constitucionalmente prohibida es aquella productora de prohibiciones o limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa y con causa en actuaciones jurisdiccionales que menguan o privan del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad (STC 52/1997, de 17 de marzo). De lo anterior resulta que la indefensión ha de ser material, no meramente formal, generadora de una imposibilidad de alegar y probar lo alegado;

debe constituir una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba; ha de ser total y absoluta, con reducción a la nada de las posibilidades de defensa; definitiva, lo que no se producirá cuando la situación de indefensión pueda ser reparada; y producida por el órgano jurisdiccional, sin que pueda ser causada por la propia actuación del recurrente.

Las irregularidades que denuncia no suponen la indefensión que se postula en el recurso, pues ni han sido alegadas, con respecto a la formulación del escrito de acusación, ni está prevista la posibilidad de recurso, en el supuesto del auto de acomodación del procedimiento que refiere una hipotética lesión a su derecho al recurso.

Sentencia 510/2002, Sala de lo Penal del TS, de 18 de marzo de 2002

CACHEO.

Arts. 17 y 24 CE; 11.1.g) LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; art. 23 Ley Penitenciaria y 68 Reglamento Penitenciario

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

SÍNTESIS

Con cita de la STS 432/2001 (reproducida en el n.º 4 de la Revista de Derecho Penal), se expone la doctrina general sobre la diligencia de cacheo, con particular consideración al ámbito penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo del recurso, el recurrente denuncia la vulneración de precepto constitucional, concretamente, del art. 24 de la Constitución, aunque no precisa a qué aspecto del mismo se refiere. Sostiene, concretamente, que después del

cacheo y registro que da como resultado la intervención del paquete de tabaco en el que se encontró la droga, se produce su detención por parte de los funcionarios de prisiones, llegando a tomarle declaración, sin informarle de sus derechos. Todas las pruebas obtenidas, son, según dice, nulas.

(...)

En la sentencia de instancia ya se advierte con claridad que no se tienen en cuenta esas declaraciones, precisamente por haberse realizado sin la pertinente información de derechos, ni tampoco el testimonio de referencia del funcionario que las recibió, como prueba directamente vinculada a aquellas diligencias, valorando únicamente el resultado del cacheo, el análisis pericial y las declaraciones de los tres acusados en el acto del juicio oral. La nulidad de algunas pruebas por vulneración de derechos fundamentales puede afectar a las subsiguientes pruebas que de ellas traigan causa o se deriven, siempre que se aprecie la existencia de la conexión de antijuridicidad a que hacen referencia las Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1998, 121/1998 y 8/2000, entre otras, pero no ha de afectar a las diligencias practicadas con anterioridad. Así, no resulta posible sostener la nulidad del cacheo como consecuencia de la nulidad de las declaraciones que se practican como consecuencia del resultado del mismo, sino que, en todo caso, y aunque el recurrente no aporte ningún razonamiento expreso en ese sentido, será preciso examinar la legitimidad de esa diligencia, tanto desde el punto de vista constitucional como desde las exigencias de la legalidad ordinaria.

El cacheo, consistente en un reconocimiento superficial de las ropas de una persona practicado para detectar si esconde algo entre ellas, puede, y, en ocasiones, hasta debe, ser practicado por los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad en cumplimiento de las funciones que les corresponden en orden a la investigación de los delitos “para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente”, como literalmente dice el art. 11.1.g) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esta diligencia, que deberá practicarse siempre con el necesario respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, no

es propiamente una detención, sino una restricción de la libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna sin que afecte al derecho fundamental a la libertad de quien se ve sujeto a ella, por lo que no le son aplicables las exigencias derivadas de las previsiones del art. 17 de la Constitución. Concretamente, ya hemos dicho que para el cacheo no se exige asistencia de letrado ni información de derechos y del hecho imputado (STS n.º 432/2001, de 16 de marzo). Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial.

En el ámbito penitenciario, el cacheo se contempla en el art. 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria como una diligencia que deberá practicarse siempre con respeto a la dignidad de la persona, remitiendo al reglamento la determinación de las garantías, casos y periodicidad. El art. 68 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, además de contener una previsión general de la realización de cacheos, prevé incluso la posibilidad de su ejecución con desnudo integral “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento”, siempre con autorización del Jefe de Servicios y constancia escrita.

Se trata, pues, de una medida que, en el ámbito penitenciario, puede estar justificada no sólo en razones muy concretas y específicas, sino incluso en consideraciones de carácter general que atienden a la necesidad de preservar la seguridad y el buen funcionamiento interno de los Centros Penitenciarios, y muy concretamente, a evitar la circulación de drogas tóxicas, estupefacientes o

psicotrópicos entre los internos. La STC n.º 204/2000, de 24 de julio, expresó que “la Administración Penitenciaria en correspondencia con su deber de velar por el orden y seguridad de los establecimientos, puede establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro”.

Admitida, con carácter general, la posibilidad de los cacheos en el ámbito penitenciario, consta en la causa que la razón del cacheo practicado al recurrente fue precisamente su conducta inmediatamente anterior, junto con otro interno, observada por uno de los funcionarios, que, en cumplimiento de sus funciones, procedió a su registro con el resultado de la ocupación de un paquete de tabaco en el que se encontraron dos bolsas con heroína. Actitud perfectamente legítima ajustada, en este caso, a los principios antes mencionados, de proporcionalidad y necesidad.

Además, en cuanto a la prueba de la tenencia de la droga, el propio recurrente re-

conoció la posesión del paquete de tabaco donde se escondía la droga, no sólo en las declaraciones efectuadas en la causa ante el Juez de Instrucción, con previa información de sus derechos, sino también en el propio juicio oral con todas las garantías, cuando ya había transcurrido un extenso período de tiempo desde sus primeras manifestaciones y el recurrente había tenido oportunidad de conocer la orientación de su defensa, por lo que no se aprecia una relación o conexión entre ambas que permita extender a la segunda la nulidad de las primeras. Efectivamente, las declaraciones prestadas en el Juzgado de Instrucción y en el acto del juicio oral son manifestaciones voluntarias y libres efectuadas cuando el sujeto ya ha sido plenamente informado de sus derechos, entre ellos, el de no declarar en su contra, por lo que no pueden considerarse jurídicamente vinculadas con aquéllas.

Ha de afirmarse, por lo tanto, que la prueba tenida en cuenta por el Tribunal de instancia ha sido válidamente obtenida y es suficiente para acreditar los hechos en los que se basa la condena, por lo que el motivo, como ya se adelantó, se desestima.

Sentencia 522/2002, Sala de lo Penal del TS, de 21 de marzo de 2002

COSA JUZGADA

Art. 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la excepción de cosa juzgada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El inicial motivo de impugnación, se formula por infracción de ley, al

amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se denuncia vulneración del artículo

24.2 de la Constitución Española, cosa juzgada.

El motivo, debe ser estimado.

A) Tanto el Ministerio Fiscal como la representación de la parte acusadora, en primer lugar, ponen de manifiesto que el recurrente, no invocó en trámites procesales anteriores el contenido de dicho motivo, esto es, la existencia de cosa juzgada sobre los hechos objeto del presente procedimiento.

Debe destacarse en relación a dicha consideración que, si bien es cierto que dicho motivo de impugnación no fue invocado anteriormente, no puede, en ningún caso, interpretarse que dicha circunstancia conlleve un efecto preclusivo en cuanto a la posibilidad de su alegación. De hecho, el propio escrito del Ministerio Fiscal llega a dicha conclusión al señalar que la cosa juzgada es una cuestión de orden público, y, como tal, puede ser planteada en cualquier estado del procedimiento.

En este sentido se pronuncia de forma unánime y reiterada la jurisprudencia de esta Sala. Sirva de ejemplo, por su rotundidad al respecto, la sentencia de 29 de abril de 1993, cuando afirma que si con violación de esta prohibición se tramitaran dos causas paralelas, debe acordarse su acumulación inmediatamente que se advierta esta anómala situación, y si, pese a todo, continúan los procedimientos hasta dictarse sentencia en las dos, entonces el Juzgado o Tribunal debe resolver por sí mismo cuál de las dos debe prevalecer y cuál debe ser declarada nula, pues no cabría mayor aberración jurídica que la ejecución de ambas con el consiguiente doble castigo por los mismos hechos —principio de “non bis in idem”—, pudiendo, en su caso, plantearse la cuestión mediante el recurso de casación cuando alguna de las sentencias es susceptible de tal o, incluso, haciendo uso del recurso de revisión al amparo de una interpretación amplia del número 4.º del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme lo ha permitido esta Sala en los casos examinados en sus sentencias de

19 y 30 de mayo de 1987, 7 de mayo de 1981 y 4 de febrero de 1977.

Desde luego, una vez promulgada la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio, por lo dispuesto en su artículo 5.4, dado el rango constitucional, del derecho a no ser sancionada una misma persona más de una vez por unos mismos hechos, es claro el acceso a la casación de la infracción de la cosa juzgada material en materia penal, aun cuando lo ordinario es que estas cuestiones se planteen en la instancia.

Por tanto, es indiscutible en base a dicha jurisprudencia la procedencia de la vía procesal escogida por el recurrente para invocar la concurrencia de cosa juzgada sobre los hechos objeto del presente procedimiento.

Tal derecho, que es una manifestación del principio “non bis in idem” en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra ley Fundamental, en relación con el artículo 14.7 del pacto de Nueva York, sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que dice literalmente, así:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro Derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

Los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en materia penal, la identidad del hecho y de la persona inculpada. (...)

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó —o absolvió— en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado en el segundo proceso.

A los fines aquí examinados carece de significación cualquier otro dato: ni la identidad de quienes ejercitan la acción —sujeto activo—, ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación.

En el caso objeto del presente recurso, concurren con total claridad los elementos requeridos por esta reiterada jurisprudencia para la apreciación de concurrencia de cosa juzgada material. Tanto en la sentencia dictada en fecha 26 de mayo de 1999 por el Juzgado de lo Penal 21 de Barcelona, como en la que es objeto del presente recurso.

1) Los acusados son Claudio F.F. y su esposa Ana C.M.

2) Y, también en ambos casos, tal y como se deriva de los antecedentes de hecho de ambas resoluciones judiciales, los hechos enjuiciados se refieren a la cesión de la mitad indivisa del inmueble que constituía la vivienda familiar, llevada a cabo mediante

otorgamiento de escritura pública de fecha 1 de julio de 1993.

3) Por fin, en los dos supuestos se acusa por delito de alzamiento de bienes.

4) No está entre los elementos necesarios para apreciar cosa juzgada material la identidad de partes, al igual que ocurre en el proceso civil, en el sentido de que no será obstáculo para que opere el efecto preclusivo la no concurrencia al proceso penal de uno o más perjudicados por el presunto delito como acusación particular, y que, posteriormente, pretendan ejercer la acción por los mismos hechos.

Dichas consideraciones son confirmadas por la sentencia citada de 23 de diciembre de 1992, que establece que si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, que es precisamente lo que ocurrió en el caso presente, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción penal en el nuevo proceso, máxime cuando nuestro Derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Sentencia 519/2002, Sala de lo Penal del TS, de 22 de marzo de 2002

TRÁFICO DE DROGAS. DELITO CONTINUADO.

Arts. 74 y 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Los sucesivos actos de venta de droga no constituyen un delito continuado, con la agravación obligatoria de la pena que ello comporta, sino un delito único. Estamos aquí ante un tipo “que incluye conceptos globales”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...) La figura del delito continuado, que tiene antecedentes en los glosadores italianos de la Baja Edad Media, con el fin de evitar las penas demasiado elevadas, incluso la de muerte, que estaban previstas para los casos de repetición de delitos contra la propiedad, en España, en el presente siglo, fue introducida por la doctrina y la jurisprudencia al margen de la legislación penal que sólo la reguló en el CP de 1928 de tan corta vigencia y luego en la L.O. 7/1992 relativa al contrabando.

Fue en la importante modificación legislativa del CP de 25 de junio de 1983 cuando se introdujo la fórmula (art. 69 bis) que desde entonces ha estado vigente y ha sido reproducida en lo esencial, salvo en la penalidad, en el CP 95 (art. 74).

Ya refiriéndonos a este último código, ahora en vigor, y prescindiendo de lo que tal art. 74, en su apartado 2, dispone para lo que la doctrina ha venido denominando “delito-masa”, podemos decir que son cuatro los requisitos exigidos en tal art. 74.1 y 3:

1.º Una pluralidad de acciones u omisiones imputadas a la misma persona y constitutivas cada una de ellas, individualmente consideradas, de sendos delitos o faltas.

2.º Que estas acciones u omisiones infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

3.º Que los delitos o faltas referidos no ofendan a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo que se trate de delitos contra el honor o la libertad sexual en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

4.º Que esos delitos o faltas se realicen en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Concurriendo todos estos requisitos, esas varias acciones que, aisladamente consideradas, podrían constituir infracciones pena-

les independientes, en atención a esa doble homogeneidad, objetiva (requisito 2.º) y subjetiva (requisito 4.º), son reputadas por el legislador como un solo delito o falta que ha de penarse con la sanción prevista para el más grave de todos los concurrentes en su mitad superior.

Tal forma de sancionar constituye una novedad del CP 95 en relación con la legislación anterior: la agravación de la pena (“se impondrá en su mitad superior”) ahora es preceptiva, mientras que la del art. 69 bis CP 73 (“podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior”) tenía carácter facultativo. Y esto tiene gran importancia en la casación, porque de hecho era rara la vez en que los tribunales de instancia utilizaban esa facultad de elevación de la pena prevista en el art. 69 bis, de modo que la calificación del hecho como delito continuado era irrelevante para la determinación de la pena.

Ahora, con el carácter preceptivo de esa agravación prevista en el art. 74.1 CP 95, la cuestión cambia radicalmente, pues la consideración de unos hechos como delito continuado, por regla general, tendrá incidencia en la fijación de la sanción, como ha ocurrido en el caso presente.

3. En el supuesto aquí examinado se ha aplicado la figura del delito continuado a un caso de tráfico de drogas del art. 368 CP.

Este artículo tiene una singular estructura típica. En definitiva, de modo particularmente abierto, sanciona a quienes de cualquier modo favorezcan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En tal amplitud típica quedan integradas conductas muy diversas: caben aquí actos aislados de donación o venta de esas sustancias, otros de consumación instantánea y efectos duraderos en el tiempo, como los casos de posesión de la droga para su difusión ilícita, y, lo más importante por lo que aquí nos interesa, actos repetidos de cultivo, elaboración o tráfico de esas mismas sustancias.

A cualesquiera de estas modalidades de comisión delictiva, tan diversas, se les imponen las mismas penas. Por lo que se refiere a las sustancias que causan grave daño a la salud, en este tipo básico del art. 368, las de prisión de 3 a 9 años y multa de tanto al triplo del valor de la droga. Penas de muy amplio recorrido que permiten su graduación en relación con la cuantía y clase de droga, y también teniendo en consideración la pluralidad de hechos que pudieran constituir la última de esas modalidades comisivas antes referidas.

Tal interpretación amplia en cuanto al contenido de esta norma penal tiene su fundamento en determinadas expresiones utilizadas al definirse esta figura delictiva del art. 368, repetición de lo que disponía el art. 344 CP 73 en su última versión (como otras anteriores de distinto tenor literal, pero que nos llevarían a conclusiones semejantes). La utilización en plural del término “actos” nos obliga considerar que una pluralidad de ellos queda abarcada en el propio tipo penal. Y los términos “cultivo, elaboración o tráfico” nos sugieren unos comportamientos de

dedicación más o menos duradera en el tiempo relativos a actividades de carácter agrícola, industrial o mercantil.

En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas (en el doble sentido objetivo y subjetivo al que antes nos hemos referido al examinar el art. 74) que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado.

Nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina “tipos que incluyen conceptos globales”, es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal.

Esto es lo que ocurre en el caso presente en el que esas dos ventas, una relativa a droga que causa grave daño a la salud (heroína) y otra a hachís que no ocasiona tal grave daño, han de considerarse un solo delito del inciso 1.º de este art. 368.

Sentencia 570/2002, Sala de lo Penal del TS, de 27 de marzo de 2002

PRUEBA TESTIFICAL.

Arts. 704 y 850.1.º LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

La inadvertida e indebida presencia del testigo en la Sala de Audiencia antes de declarar, no obliga a prescindir de su posterior testimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—Al amparo del art. 850.1 de la L.E.Cr. al no haberse practicado la prueba

testifical de M.ª Carmen B.R., que en su día se había declarado pertinente, habida cuenta de que la misma estuvo en la Sala de Au-

diciencia al no ser advertida por el agente judicial. Considera la recurrente que a pesar de ese dato, la testigo debió ser oída, aunque fuera con las relativas reservas.

1. El art. 704 de la L.E.Cr. dispone que “Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado ni con otra persona”.

Esta disposición ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Sala entendiendo que establece obligaciones de actuar de una determinada forma, dirigidas más bien, a los Tribunales, en el ámbito de actuación de las facultades de dirección del juicio oral, orientadas a garantizar la veracidad de los testimonios, evitando acuerdos, reacciones a otras declaraciones y demás posibilidades que podrían afectar negativamente a las declaraciones de los testigos, pero que su incumplimiento, si bien puede alertar a los órganos jurisdiccionales en la valoración de las pruebas practicadas a su presencia, no suponen una sanción de nulidad.

(...)

Desde esta perspectiva le asiste la razón al recurrente, pues el Tribunal no estaba obligado a prescindir del testimonio de la testigo declarado pertinente por el hecho de encontrarse presente en la Sala durante el juicio oral, limitándose a tener en cuenta este dato en el momento de valorarlo y decidir la credibilidad que podía merecer.

2. Esto, sin embargo, no supone la necesaria estimación del motivo y la consiguiente anulación del juicio, pues para ello es preciso que la denegación de la prueba haya podido producir indefensión material y no una simple apariencia de indefensión o indefensión formal. No tendría sentido obligar a una nueva celebración del juicio con el retraso que ello supondría para proceder a oír a una testigo cuya declaración no fuera necesaria para establecer los hechos probados relevantes.

No consta, pues, ningún dato en la causa que permita evaluar de alguna forma la trascendencia eventual del testimonio del que se prescindió.

Sentencia 612/2002, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2002

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Art. 8.1.c) Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

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

SÍNTESIS

Documentada exposición de las razones que llevan a entender que el Consorcio de Compensación de Seguros responde directamente de los daños producidos dolosamente por el acusado al conducir un vehículo, con estacionamiento habitual en España que, estando asegurado, ha sido robado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En la Junta General celebrada el día 14 de diciembre de 1994 se planteó el tema de la responsabilidad directa del asegurador por delito doloso del asegurado en el ramo del automóvil y se alcanza el acuerdo de que al expresarse “hechos de la circulación”, no se distingue entre accidente doloso, culposo o fortuito. El dolo del asegurado no debe exonerar.

Y en la Sala General o Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el día 6 de marzo de 1997 se vuelve a considerar el tema de la cobertura del seguro en los supuestos dolosos y se vota favorablemente una propuesta que defiende la cobertura por el Seguro Obligatorio de los daños ocasionados a las víctimas “con motivo de la circulación”, cuando el acto originador del daño constituye un delito doloso.

La propuesta aprobada contiene las siguientes conclusiones: Las Sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado “con motivo de la circulación”.

Puede pensarse que con ello no hacemos más que desplazar el problema a la cuestión interpretativa de cuando nos encontramos ante un daño ocasionado o no “con motivo de la circulación”, lo que igualmente permite excluir determinados eventos dolosos en que el vehículo de motor es un simple instrumento del delito. Pero a nuestro entender, con este criterio se gana:

1. En técnica jurídica. Ha de interpretarse el ámbito de cobertura tal y como se define legalmente, sin introducir la distorsionante distinción entre actos dolosos y culposos.

2. Se solucionan los problemas ocasionados respecto de las víctimas de los delitos dolosos contra la seguridad del tráfico, que es indiscutible que se realizan “con motivo de la circulación”. En la tesis anterior podían quedar desamparadas las víctimas de los delitos de conducción temeraria (art. 381 del Nuevo Código Penal), o conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (art. 379, Nuevo Código Penal), por ejemplo, cuando se ocasiona un resultado lesivo pero únicamente quepa sancionar el delito doloso contra la seguridad del tráfico por ser la infracción más gravemente penada (art. 383). A nuestro entender la doctrina de que “la sentencia que contenga condena penal del causante del daño por delito doloso no puede incorporar condena indemnizatoria alguna con cargo al seguro obligatorio”, lleva en estos casos a consecuencias no satisfactorias, injustas para las víctimas y contrarias al sistema general de cobertura buscado por el seguro obligatorio.

3.º Se solucionan también los supuestos de dolo eventual. Por ejemplo, con la doctrina citada, quedarían desamparadas las víctimas de los delitos cometidos por los llamados, “conductores suicidas o conductores homicidas” (art. 384 del Código Penal, los que “con consciente desprecio de la vida de los demás” conducen un vehículo con temeridad manifiesta). Con la tesis propuesta como alternativa no habría obstáculo para que las víctimas de este tipo de peligrosos conductores quedasen amparados por el seguro obligatorio pues, en cualquier caso, son víctimas ocasionadas, con motivo de la circulación, lo que no sucedería con la tesis anterior al tratarse de resultados lesivos ocasionados con dolo eventual.

4.º En consecuencia, los casos conflictivos quedarían limitados a los supuestos de dolo directo proyectado sobre el resultado.

Para estos supuestos estimamos que la solución puede obtenerse aplicando el criterio recogido en la “Convención Europea sobre la Responsabilidad Civil en caso de daños causados por los vehículos automóviles”, del Consejo de Europa (1973), cuyo art. 11 define las excepciones a la aplicación de la Convención, y se dispone que la cobertura del seguro quedaría excluida cuando se utiliza un vehículo “exclusivamente” como instrumento del delito, pero no cuando utilizándose el vehículo como medio de transporte, es decir para desplazarse o circular por vías públicas o privadas abiertas a la circulación, se aprovecha para ocasionar deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula. (...)

Ciertamente, el artículo 8.1.c) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en la redacción dada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, dispone que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio, indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por un vehículo con estacionamiento habitual en España que, estando asegurado, haya sido robado.

Añade, a continuación, que en los supuestos previstos en las letras b) y c) quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparen voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que el mismo no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquéllos conocían tales circunstancias. Además, en los casos contemplados en dichas letras b) y c) el Consorcio aplicará al perjudicado, en el supuesto de daños en los bienes, la franquicia

que reglamentariamente se determine. Y el artículo 8.º citado, en su apartado 2, dispone que el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros.

Es, pues, perfectamente aplicable este precepto al supuesto objeto del presente recurso, al concurrir cuantos condicionamientos se expresan en dicho precepto. Y ello viene completado con la doctrina de esta Sala sobre lo que hay que entender por hecho de la circulación y la inclusión de los delitos dolosos siempre que el vehículo no se utilice como instrumento no circulante, y, por todo lo expuesto, corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por el vehículo que conducía el acusado, obligación del Consorcio de Compensación de Seguros que igualmente viene recogida en el artículo 30.1.c) del Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, en el que se dispone, en iguales términos, que de conformidad con lo establecido en el art. 8.º de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros dentro del ámbito territorial y con los mismos límites cuantitativos del aseguramiento de suscripción obligatoria: indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por un vehículo con estacionamiento habitual en España que, estando asegurado, haya sido robado, entendiéndose como tal, exclusivamente, las conductas tipificadas como robo y robo de uso en los arts. 237 y 244 del Código Penal, respectivamente. E igualmente añade que el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo.

Sentencia 637/2002, Sala de lo Penal del TS, de 11 de abril de 2002

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

Arts. 191 CP; 742 y 744 LECrim.

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

SÍNTESIS

Cuestionada la ausencia de un requisito de procedibilidad en la fase del juicio oral del proceso ordinario, ha de ser resuelta en la sentencia no siendo factible hacerlo anticipadamente y por medio de auto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. La Audiencia Provincial de Logroño por Auto de 14 de julio de 2000 acordó la nulidad de todo lo actuado y el archivo del procedimiento ordinario 1/1999 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de aquella capital, incluido el procesamiento de quien había sido denunciado por su víctima como presunto autor de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del Código Penal.

2. Al estimar el Ministerio Fiscal que la citada resolución no es ajustada a derecho la recurre en casación formulando un único motivo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 191 del Código Penal. Entiende el Fiscal que la Sala *a quo* contradice el régimen de persecución de los delitos contra la libertad sexual, al admitir la posibilidad de la revocación de la denuncia otorgando eficacia a una retirada de la misma, lo que implica resucitar la eficacia que el perdón tenía en estos delitos. (...)

Segundo.—1. Resume el Fiscal su alegato censurando al Auto recurrido por considerarlo abiertamente contrario a derecho y por estimar que es absurdo archivar la causa, dejándola imprejuizada con una declara-

ción de nulidad por la supuesta ausencia de una condición de procedibilidad que supondría, en el peor de los casos, desde el punto de vista de la acusación, la imposibilidad de condenar, pero nunca la nulidad del procedimiento.

Lleva razón el Ministerio Fiscal y el recurso ha de ser estimado porque la cuestión que se planteó, al iniciarse las sesiones del juicio oral en un procedimiento ordinario, tenía que haber sido resuelta por sentencia.

2. No existen previsiones procesales específicas en el procedimiento ordinario para resolver anticipadamente la ausencia de un requisito de perseguibilidad en forma semejante a la de los artículos de previo pronunciamiento. La LECrim. en el procedimiento ordinario no regula ni autoriza la proposición y decisión como artículo de previo pronunciamiento de otras cuestiones que, como la declinatoria, se refieren a presupuestos procesales, como la falta de denuncia o querrela del ofendido en los delitos en los que no se puede proceder sin ellas. Su insoslayable consecuencia es que tras la apertura del juicio oral no cabe más pronunciamiento de fondo que una sentencia que absuelva o condene resolviendo todas las cuestiones planteadas (arts.742 y 744 de la LECr). En el presente caso, además, tam-

bién se acusaba por una falta de lesiones del art. 617 del CP, que es perseguible de oficio, lo que ni siquiera se menciona en la resolución impugnada.

Este vacío normativo constituye una laguna —destacada tradicionalmente por la doctrina— de nuestra excelente ley de enjuiciamiento criminal. La LO 7/1988, de 28 de diciembre que crea el procedimiento abreviado, introduce un profundo cambio al establecer la posibilidad de un debate preliminar con las llamadas cuestiones previas que, en principio, no son de aplicación en el procedimiento ordinario, pues las normas generales de la LECrim. son supletorias de las del procedimiento abreviado, pero no al revés (art. 780 LECrim.), lo que no impide que puedan plantearse, por analogía de lo dispuesto en el art. 793.2 de la LECrim., si el Tribunal, en cada caso, lo estima pertinente.

3. Conviene recordar, por lo que ahora importa, que dichas cuestiones previas, incluso en el marco del procedimiento abreviado, han de resolverse por el Juez o Tribunal en el mismo acto sin que la decisión que se adopte haya de revestir necesariamente la forma de Auto, pudiendo consistir en un simple acuerdo debidamente documentado en las actuaciones. Como precisara la sentencia 485/2000, de 24 de marzo, el contenido de la decisión no puede desgajarse de la sentencia que definitivamente se dicte, por

no tratarse de compartimentos estancos que impidan la debida comunicación entre ambas decisiones que han de resolverse concentradamente, lo que conlleva la necesidad de considerar que la resolución de las cuestiones planteadas, en el marco procesal del citado art. 793.2, “están estructuralmente ensambladas en la que ha de ser la sentencia definitiva”, integrándose en ésta como resolución final del proceso que ha de contener una motivación completa. (En este sentido sentencias de 30 de noviembre de 1990, 24 de febrero de 1995, 11 de noviembre de 1997 y Auto de 18 de octubre de 1997 —causa especial 840/1996—, las dos últimas citadas por el Ministerio Fiscal).

Lo que no es aceptable en ningún caso, por todo lo expuesto, es que la importante cuestión planteada sobre el requisito de procedibilidad en los llamados delitos semipúblicos, como lo son los de agresión sexual, se decida en una resolución de alcance interlocutorio, provocando una crisis anticipada del proceso mediante una declaración de nulidad inexistente y acordando un archivo como si se tratara de un artículo de previo pronunciamiento, igualmente inexistente. La cuestión planteada ha de resolverse por sentencia ajustada, como todas, a la estructura señalada en el art. 142 de la LECrim., con la correspondiente declaración de hechos probados.

El recurso ha de ser estimado.

Sentencia 690/2002, Sala de lo Penal del TS, de 19 de abril de 2002

DENEGACIÓN DE PRUEBA.

Arts. 659 párrafo cuarto y 884.5.º LECrim.

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

SÍNTESIS

Denegación de prueba anticipada pertinente y necesaria para la defensa cuya extemporánea protesta no impide que la Sala estime el recurso al constatar la existencia de un previo defecto de forma de mayor transcendencia por el Tribunal de Instancia: la falta de motivación del auto que denegó aquélla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...) La Defensa del acusado A., al evacuar el trámite que en el procedimiento abreviado ocupa el lugar de las conclusiones provisionales, propuso, como prueba anticipada a practicar antes del juicio oral, que se librasen comisiones rogatorias a determinados países europeos con el fin de acreditar que en los mismos se vendieron las naranjas salidas del almacén de la entidad constituida por los acusados resultando impagada la mercancía, a cuyo fin facilitaba dicha parte los nombres y las señas de importadores de Polonia, Holanda y Francia, que se solicitaba fuesen requeridos para que certificasen si habían tenido relaciones comerciales con la mencionada entidad referentes a la adquisición de cítricos y si adeudaban el importe de los mismos acreditando en su caso el pago que hubiesen efectuado. Por providencia de 24 de enero de 2000, cuya notificación no consta, se acordó por el Tribunal de instancia practicar las pruebas anticipadas solicitadas por la Defensa del acusado A. “a excepción de la referente a las comisiones rogatorias”, y por auto de 12 de abril del mismo año se acordó formalmente, sin motivación alguna, “admitir las pruebas propuestas por las partes a excepción de las comisiones rogatorias solicitadas” señalándose fecha para la celebración del juicio oral, resolución que fue notificada al día siguiente. No hubo reacción en aquel momento frente a dicha denegación, por parte de la Defensa que había propuesto la prueba de referencia, que sí formuló protesta al comienzo de la vista solicitando al parecer —puesto que no consta dicha petición con la debida claridad en el acta— la suspensión del juicio oral que no fue concedida por el Tribunal.

No puede decirse que la prueba propuesta y denegada fuese impertinente puesto que con ella se pretendía demostrar —sin que “a priori” fuese admisible la suposición de que

la demostración no alcanzaría el éxito buscado por la Defensa— que los primeros compradores de los cítricos, es decir, los acusados, no abonaron su precio a los vendedores por haber resultado fallidas sus operaciones de exportación, siendo éste un punto que necesitaba ser clarificado antes de afirmar, con la exigible certeza, que aquéllos realizaron las compras con el propósito preconcebido de enriquecerse ilícitamente y que, ocultándolo a los vendedores, les hicieron víctima del engaño que es esencial para que su conducta deba ser calificada como estafa. El propio Tribunal de instancia, al aludir a las operaciones de exportación realizadas por los acusados “a países de dudosa solvencia y con un alto riesgo” y al considerarlos como “inexpertos en el negocio de que se trataba” e ignorantes en lo que se refiere a ayudas oficiales a la exportación, parece insinuar la posibilidad de que el impago a los naranjeros del precio de las frutas adquiridas por los acusados hubiese estado determinado, al menos en parte, por el mal planteamiento de las exportaciones. La prueba denegada podía haber servido para confirmar o descartar esta eventualidad, por lo que cabe estimar que su práctica era susceptible de dar lugar a unos hechos probados distintos de los declarados en la Sentencia recurrida y acaso más favorables a los intereses de los acusados. Desde este punto de vista hemos de decir que la denegación de prueba censurada incidió en el derecho de los acusados a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, que a cuantos penden de un pronunciamiento jurisdiccional reconoce el art. 24.2 CE.

Es cierto que fue tardía la reclamación practicada por la parte proponente de la prueba para que se subsanase el quebrantamiento de forma en que había incurrido el Tribunal. No era el turno de intervenciones previsto en el art. 793.2 LECrim. sino el siguiente a la notificación de la denegación, el momento procesal oportuno para formular

la protesta que es preceptiva de acuerdo con el art. 659, párrafo cuarto, de la misma Ordenanza procesal. Comenzado el juicio oral, la protesta de la Defensa implicaba ya una solicitud de suspensión para la práctica de la prueba que el Tribunal podía resolver de acuerdo con las facultades que se le reconocen en el art. 746 LECrim. La extemporaneidad de la protesta, sin embargo, no debe llevar a incluir este motivo del recurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 884.5.º LECrim. Porque antes de que incurriese la parte en la señalada extemporaneidad había incurrido el Tribunal en un defecto de forma de mayor importancia transcen-

dencia cual fue el no motivar, en el auto que dictó, la denegación de una prueba pertinente y, en consecuencia, la satisfacción de un derecho fundamental, con cuya falta de motivación causó una real indefensión a la parte que no pudo, en momento alguno, cuestionar ni rebatir las razones en las que el Tribunal fundó su resolución porque, sencillamente, no llegó a conocerlas. En estas circunstancias, entiende la Sala que la primacía del derecho fundamental desconocido con la denegación de prueba denunciada es suficiente para que pierda toda su virtualidad el efecto obstativo de la inoportunidad de la protesta.

Sentencia 710/2002, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2002

INFRACCIÓN DE LEY.

Art. 849.1 LECrim.

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

SÍNTESIS

Tras estimar el recurso de casación por infracción de ley del recurrente, la Sala censura la actividad del Fiscal quien, interpretando una “voluntad implícita” del recurrente, pese a la absolución pedida por éste, interesa en su escrito de impugnación la mera anulación de la sentencia con devolución al órgano de procedencia por falta de motivación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Como se acaba de hacer con los dos primeros motivos en los que el Recurso se apoya, también el Tercero y el Cuarto han de abordarse conjuntamente, por lo que luego con facilidad se comprenderá. Planteándose con tales motivos la supuesta

violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 24.2 de la Constitución Española, de una parte, y la infracción de Ley (art. 849.1 LECrim.) por indebida aplicación del párrafo segundo del artículo 386 del Código Penal, de otra.

Respecto del primero de tales argumentos (...)

En el presente caso se advierte que la Audiencia sí dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por el Acta de la diligencia de registro domiciliario, las declaraciones testificales de los funcionarios policiales actuantes, informes periciales sobre la falsedad de los billetes y las propias manifestaciones del acusado, en las que viene a reconocer, si bien con otros argumentos complementarios de exculpación, que poseía esos billetes y conocía de su falsedad. (...)

Es, sin embargo, respecto de la ausencia de suficiente consignación, en la Sentencia recurrida, de los razonamientos valorativos llevados a cabo por el Tribunal “a quo” sobre ese material probatorio disponible, por lo que el propio Fiscal, en su escrito de impugnación del Recurso, afirma que se ha incumplido el artículo 120.3 de nuestra Constitución, proponiendo la anulación de la Resolución y que sean devueltas las actuaciones al órgano de procedencia para subsanar debidamente ese trascendental defecto.

Llegados a este punto y antes de pronunciarnos sobre la procedencia, o no, de acceder a la solicitud del Ministerio Público, hemos de pasar al examen del Cuarto motivo del Recurso, relativo a la infracción de Ley (art. 849.1 LECrim.) por indebida aplicación del artículo 386 del Código Penal a los Hechos declarados como probados por la Sentencia de instancia, dadas las consecuencias que, del pronunciamiento que el mismo merezca, se derivarían para la cuestión que la tesis del Fiscal nos plantea. (...)

En este sentido, es clara la procedencia del motivo, en el presente caso, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia se muestra del todo insuficiente para soportar la conclusión condenatoria que le sigue.

En efecto, el artículo aplicado, 386 párrafo segundo del Código Penal, castiga “La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución”. Siendo, por ende, elementos

integrantes de tal ilícito: a) la posesión o tenencia de moneda por un sujeto, autor de la infracción; b) la naturaleza falsa de la moneda poseída; y c) el destino de la misma a su expendición o distribución a terceros.

Y, en el caso que nos ocupa, es de ver que en los Hechos declarados probados por la Sentencia recurrida, tan sólo se dedica una frase al núcleo esencial de la descripción típica de la conducta enjuiciada. Concretamente cuando afirma: “Practicado el registro, se encontraron 591 billetes de mil pesetas falsificados, que se encontraban distribuidos en cuatro paquetes en el interior de una maleta”.

De los referidos tres elementos por tanto, tenencia, falsedad y destino del dinero, exclusivamente se consigna fácticamente el segundo de ellos, a saber, la naturaleza menzaz de los billetes. Ni se aclara expresamente que su tenencia correspondiera al acusado, por mucho que fueran hallados en su domicilio, ni, menos aún, se alude a cuál fuere su destino ulterior previsto.

Debemos, por tanto, a continuación, comprobar si esa indudable carencia narrativa puede, al menos, ser suplida mediante el contenido inequívoco de la fundamentación jurídica que la justifica, posibilidad que, como es de sobra conocido, ha venido admitiendo esta Sala en numerosas ocasiones.

Examinando, en consecuencia, la motivación de la Resolución recurrida, de nuevo comprobamos que, si bien se refiere y fundamenta adecuadamente, además del extremo relativo a la falsedad de los billetes pericialmente constatada, y su tenencia por el acusado, sobre la propia versión ofrecida por éste, en la que él mismo reconoce esa posesión, ni una palabra se dice relativa al destino, expendición o distribución a terceros, de los billetes falsos, más allá del genérico rechazo, sin más explicación, de la versión exculpatoria de José, en la que éste precisamente niega que pretendiera tal distribución, sosteniendo que los conservaba para reclamar a quien se los entregó, con ignorancia inicial de su parte acerca de la falsedad. Por lo que resulta imposible, en

este punto y por la vía de complementación de los Hechos probados desde la Fundamentación jurídica, suplir la trascendental omisión advertida en aquéllos.

Es en este momento en el que hemos, por tanto, de regresar a la pretensión del Ministerio Fiscal en orden a que, como solución al constatado defecto de la Sentencia, se aprecie falta de motivación en la misma y, contra la absolución interesada por el recurrente, se acuerde la anulación y devolución al órgano de procedencia, a fin de que se proceda a una nueva redacción en la que se subsane referido defecto.

Tal pretensión, obviamente, no puede resultar de recibo y ello por las siguientes consideraciones:

A) En primer lugar, como hemos visto, no estamos ante el supuesto de una decisión que se apoye coherentemente en el relato de Hechos probados, pero que adolezca, ulteriormente, de la debida motivación de la valoración probatoria sobre la que tal narración se asienta, sino, antes al contrario, nos hallamos frente a una narración histórica de lo acontecido insuficiente para poder ser tenida como descripción bastante de la conducta ilícita que es objeto, a la postre, de condena por el Tribunal de instancia, y que ni siquiera puede complementarse por la, asimismo inexistente, Fundamentación jurídica al respecto del concreto extremo del destino de los billetes falsos. Por consiguiente, más que de un caso de falta de motivación, con incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 120.3 de la Constitución, se trata de la infracción de Ley consistente en la aplicación de un precepto penal a unos hechos que no se corresponden con la previsión legal de referencia. El elemento típico no encuentra cabal y completa descripción en lo relatado aunque, posteriormente, se omita también mención alguna a las razones sobre las que el Juzgador supone su concurrencia.

B) Además de lo anterior, el recurrente tampoco solicita la anulación de la Sentencia para que sea confeccionada otra en su

sustitución, debidamente motivada, sino que es el Fiscal, cuando impugna el Recurso, quien interpretando una “voluntad implícita” del recurrente en ese sentido, interesa la devolución al Tribunal “a quo” para la subsanación. Por lo que, de acoger la tesis del Ministerio Público, resultaría que a quien recurre con fundamento pidiendo su absolución por la concurrencia del motivo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de ritos procesal, se le responde posibilitando una nueva oportunidad para que resulte condenado mediante Resolución que procure motivar cumplidamente esa condena. Tal solución, que entrañaría una respuesta que, si no puede técnicamente identificarse como tal, en realidad produciría unos efectos muy semejantes a la proscrita “reformatio in peius”, evidentemente no puede acogerse.

C) Por último, conviene también tener presente que no es en modo alguno nuestra función, como Tribunal de Casación, la de venir a suplir los defectos advertidos en la Resolución objeto de Recurso, más allá de las concretas vías recogidas, a tales fines, en la Ley de Enjuiciamiento y en aquellas que se deriven de los preceptos constitucionales en este sentido alegables. Pero la existencia del apartado 1.º del artículo 849 de la Ley de ritos, con su obligación de respeto absoluto a los Hechos probados, impone la censura de la incorrecta consignación de éstos que, de otro modo, vaciaría de contenido y eficacia a ese precepto si, so capa de la propia convicción que directamente alcance este Tribunal acerca de la cumplida probanza de los extremos que se omitieron, se procede a encomendar al Tribunal de instancia una nueva redacción que, completando las lagunas en que pudiera haber incurrido, sirva de apoyo suficiente a la decisión condenatoria. Podrían quizá, en el presente caso, encontrarse razones para justificar la afirmación del destino ilícito de los billetes poseídos por el acusado, pero ni compete a esta Sala valorar tales elementos probatorios ni, menos aún, sentar afirmaciones que, en la Resolución de instancia no se incluyen, máxime cuando, de ello, se derivarían conse-

cuencias contrarias a los intereses del propio acusado, única parte recurrente.

Por todo lo anterior, nuestra conclusión, en definitiva, no puede ser otra que la de la estimación del Recurso, con base en el Cuarto de los motivos alegados, en denun-

cia de la indebida aplicación que a los Hechos declarados probados se ha hecho del artículo 386 párrafo segundo del Código Penal por la Sentencia recurrida que, en consecuencia, debe ser casada y anulada, dictándose seguidamente por este mismo Tribunal la Resolución oportuna.

Sentencia 716/2002, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2002

REINCIDENCIA.

Art. 22.8 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resumen los requisitos necesarios para apreciar la circunstancia agravante de reincidencia, recordando que, de conformidad con el Pleno de 6 de octubre de 2000, el robo con violencia y el robo con fuerza en las cosas tienen, a estos efectos, la misma “naturaleza”. (El mencionado Acuerdo de la Sala Segunda del T.S. está recogido en el n.º 2 de esta Revista, p. 105).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Esta Sala viene declarando en lo que a la resolución de este motivo interesa, lo siguiente:

1.º Las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (Sentencias de 23 de octubre y 23 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994).

2.º Las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe

probarlas la acusación (Sentencias de 3 de octubre de 1996 y 2 de abril de 1998).

3.º En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa supone una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (Sentencia de 26 de mayo de 1998).

4.º Como dicen entre otras las Sentencias de 25 de marzo y 29 de febrero de 1996, todos esos datos —como la fecha de la firmeza de las sentencias, penas impuestas, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de acaecimiento de los hechos, abonos de prisión preventiva, y remisión condicional o período de suspensión también en su caso— han de constar en el “*factum*” por cuanto la aplicación “*contra reo*” de cualquier precepto sólo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución española (Sentencias de 12 de marzo y 26 de mayo de 1998).

5.º Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición —Sentencias de 11 de julio y 19 de septiembre de 1995; 22 de octubre, 20 de noviembre y 16 de diciembre de 1996; 15 y 17 de febrero de 1997—, expresando la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 80/1992, de 28 de mayo, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6.º Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (art. 118.3 CP de 1973 y art. 136.3 de CP vigente) deberá determinarse desde la firmeza de la propia Sentencia (STS 22 de febrero de 1993; 27 de enero y 24 de octubre de 1995; 6 y 9 de mayo y 24 de septiembre de 1996).

7.º Continúan esta misma línea interpretativa, las Sentencias de 15 de noviembre de 1991, que mantiene que la inacción del acusado no puede perjudicarle, pues no pue-

de verse afectado por la carencia de los elementos necesarios para realizar el cómputo, por lo que todas las dudas que puedan surgir deben solucionarse a favor del acusado. La de 26 de enero de 1999 (aplicación del bloque normativo más favorable al recurrente), la de 8 de febrero de 1999 (valoración del certificado de antecedentes penales) y la de 14 de abril de 1999 (la falta de constancia de la fecha de cumplimiento debe interpretarse a favor del reo).

(...)

Tercero.—(...) Con relación a la Sentencia dictada el día 4 de abril de 1996, en la que fue condenado, se dice, por delito de robo, a la pena de multa, sin que tengamos datos fácticos para determinar el modo comisivo, a los efectos de conocer la “*naturaleza*” delictiva, a la que se refiere el art. 22.8 del Código Penal. Sin embargo, esta cuestión fue definitivamente resuelta mediante Pleno de esta Sala de 6 de octubre de 2000, doctrina que ha sido seguida en las Sentencias de 16 de febrero, 15 de junio y 5 de diciembre de 2000 y 5 de noviembre de 2001, en el sentido de que concurre la misma “*naturaleza*” entre el robo violento y el robo con fuerza en las cosas, por las siguientes razones: a) los dos delitos reciben en la Ley el mismo “*nomen iuris*”, están legalmente definidos de forma conjunta en el mismo precepto y a su regulación se dedica exclusivamente un Capítulo del Código Penal; b) ambos lesionan el mismo bien jurídico, es decir, el patrimonio ajeno; c) su morfología básica no es diferente puesto que consisten 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 707/2002, Sala de lo Penal del TS, de 26 de abril de 2002

TESTIGOS PROTEGIDOS.

Arts. 4.5.º LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

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

SÍNTESIS

La doctrina jurisprudencial sobre valoración de forma contrastada de las declaraciones contradictorias prestadas en fase sumarial y en juicio oral no se ve alterada en los supuestos de testigos protegidos, siempre que se hayan respetado los derechos procesales del acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Nada obsta a que el Tribunal sentenciador, una vez que el testigo ha comparecido y declarado, sometiéndose a la debida contradicción en el juicio, pueda valorar sus declaraciones en contraste con las prestadas con anterioridad, en forma legal, ante el Instructor, otorgando mayor credibilidad a unas u otras en función de su coherencia interna o externa, las razones dadas para justificar las contradicciones o retractaciones etc., como es doctrina jurisprudencial reiterada, tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional.

Pues bien esta doctrina jurisprudencial sobre las pruebas consideradas hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia, no se tiene que ver alterada por el hecho de que nos encontremos ante testigos protegidos, pues no se aprecia razón para ello, y de lo contrario desaparecería el propio fundamento de la protección, al determinar una aminoración muy relevante de las posibilidades le-

gales de enfrentarse a la delincuencia organizada.

Cuando el art. 4.5.º de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, establece que “las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730 LECrim., habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”, únicamente está reafirmando la necesidad de que los testigos protegidos comparezcan al juicio, como cualquier otro, e impidiendo que su condición de tales determine una modificación del régimen ordinario de prueba, en el sentido de que pudiese considerarse suficiente

con la declaración sumarial, liberándoles de la declaración personal en el juicio oral.

Pero ello no implica que, una vez declaran en el juicio para ratificarse como los demás testigos, el Tribunal no pueda valorar, como en los demás casos, sus declaraciones en conjunto, siempre que las sumariales se hayan prestado en forma legal y las del juicio se hayan sometido a la debida contradicción, a través de la denominada “cross examination”.

Como señala la sentencia de 3 de marzo de 1999, núm. 354/1999, el anonimato en la identidad del testigo o perito sólo subsiste hasta el juicio oral, si alguna de las partes solicita motivadamente que se desvele su identidad. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencias de 29 de septiembre de 1990 (Caso Windisch), de 20 de noviembre de 1989 (Kotovskii) y 19 de diciembre de 1990 (Delta) se pronuncia en términos similares a lo dispuesto en la ley, pues, se afirma en la segunda de las sentencias citadas, “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permita probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permita fiscalizar el crédi-

to”. La ley trata de proteger al testigo o perito que, razonablemente, corra peligro a causa de su actividad en el proceso, pero limita esa protección hasta el juicio oral pues ese testimonio no podrá ser utilizado como prueba de cargo si no es vertido en condiciones que garanticen el derecho de defensa. Así lo destaca la STS de 16 de marzo de 1998, “la protección del testigo que dispone para ciertos casos la L.O. 19/1994 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del art. 24 CE y del art. 6.3.a) del C.E.D.H., tal y como establece el art. 2.º de la mencionada Ley Orgánica 19/1994”.

Ahora bien, respetados dichos derechos procesales del acusado mediante la comparencia del testigo en el juicio y su sometimiento al interrogatorio contradictorio, más la posibilidad de conocimiento de su identidad cuando se solicite motivadamente, las reglas de la valoración jurisdiccional de la prueba testifical deben ser las comunes, por lo que si la doctrina jurisprudencial admite como regla general la posibilidad de valorar de forma contrastada las declaraciones sumariales y las del juicio oral cuando se producen contradicciones, este criterio también es aplicable a los supuestos de testigos protegidos.

Sentencia 753/2002, Sala de lo Penal del TS, de 26 de abril de 2002

INCENDIO.

Art. 351 Código Penal

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

SÍNTESIS

Preciso resumen de la doctrina jurisprudencial en torno al delito de incendio doloso, previsto en el art. 351 del CP, en particular, el deslizamiento del bien jurídico protegido en el sentido de una creciente incidencia del peligro para bienes personales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El motivo alegado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible que le es propia con exclusividad.

En tal sentido, es clara la improcedencia del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, por lo que al concreto delito de Incendio se refiere, en la tipificación prevista en el art. 351 del Código Penal.

En efecto, el referido precepto requiere como elementos necesarios para su comisión, en la descripción típica que introduce innovadoramente el vigente Código respecto de la figura del incendio contenida en los Textos penales que le preceden, los siguientes: a) la acción de prender fuego a una cosa, sea propia o ajena; y b) el que ese fuego provocado ocasione un peligro para la vida o la integridad física de las personas.

Estamos, por tanto, ante un delito que la Jurisprudencia, contra la opinión de una parte de la doctrina científica, unánimemente considera de peligro abstracto, siendo el bien jurídico tradicionalmente protegido tanto el patrimonio como la protección de la vida e integridad personal, ya de personas concretas como potenciales (STS de 3 de julio de 1990). Tratándose asimismo de in-

fracción no de mera actividad sino de resultado porque es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa (SSTS de 5 de diciembre de 1995 y 10 de julio de 2001) o, en todo caso, de peligro abstracto en el que “... el incendio es el medio generador de un peligro” (STS de 18 de julio de 2000).

Carácter abstracto que incluso se habría visto acentuado en el Código Penal de 1995, con el artículo 351, “... en la medida que se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor” (STS de 2 de noviembre de 1999, así como las de 7 de junio y 7 de julio de 2000).

Delito de peligro en todo caso, por tanto, cuyo resultado material, la producción del incendio, ha de completarse con la generación de un riesgo, al que la propia descripción típica se refiere como “peligro para la vida o integridad física de las personas”, poniendo hoy un énfasis mayor que en los Textos punitivos precedentes en el bien jurídico personal digno de protección (STS de 1 de abril de 2000), al tiempo que significativamente se desplaza desde el Capítulo referente a los “Delitos contra la Propiedad” (Código de 1973) al de los “Delitos contra la Seguridad Colectiva” (Código de 1995).

Desde hace más de cien años este Tribunal, en un paradigmático ejemplo de perseverancia doctrinal, viene afirmando que la consumación, en esta infracción, se alcanza en el momento en que el fuego prende en el objeto, aun cuando éste no sea destruido (desde la STS de 2 de junio de 1891 hasta la de 5 de febrero de 1997, por ejemplo), es decir, con la simple causación del incendio mismo pero, eso sí, siempre que su autor conozca la presencia en el lugar de una o varias personas sujetas al peligro de las consecuencias de ese fuego que origina (STS de 13 de marzo de 2000, entre otras), según se desprende de la literalidad del precepto vigente

que exige, como vimos, la necesaria causalidad de un peligro efectivo para las personas.

Pues ya se decía, incluso aplicando los preceptos configuradores del delito de incendio en el Código anterior, que "... aunque no se puede dudar de que el delito de incendio tiene la naturaleza jurídica de los llamados delitos de peligro, tampoco cabe olvidar que a diferencia de lo que ocurre con los delitos puramente formales, su consumación o realización no debe entenderse producida con absoluto automatismo, sino que en ellos se requiere un mínimo de intencionalidad provocadora del peligro, bien a través de un dolo directo, bien a través de un dolo eventual, máxime en los casos en que ese peligro se entienda de gran trascendencia y se sancione en consecuencia" (STS de 19 de junio de 1989 y, en el mismo sentido, las de 2 de noviembre de 1988, 13 de julio de 1990, 27 de marzo de 1996).

La generación de ese riesgo, abstracto al no requerirse la concreción de la persona puesta en peligro, debe ser por consiguiente también querida por quien provoca el fuego, en el momento mismo de la ejecución de la acción de prenderlo. Esta intencionalidad, de otra parte, podrá integrarse como dolo directo o, cuando menos, eventual si la crea-

ción del peligro se presenta como probable y se consiente su acaecimiento.

En consecuencia, la intención ha de abarcar no sólo la acción misma de la provocación del incendio, el concreto acto de prender fuego al objeto que ha de servir de foco inicial para su propagación, sino también la inteligencia de que, con esa acción, se está creando una situación que entraña riesgos reales para alguna persona, incluso indeterminada.

Al tener que estar presentes los referidos ambos elementos o contenidos intencionales en el momento de la ejecución de la acción que consuma el delito, es por lo que cualquier conducta posterior, que pretenda paliar el peligro ocasionado, no puede abordarse en el ámbito del desistimiento (art. 16.2 CP), ya que, como se ha dicho, el ilícito en ese momento ya está consumado, sino, en todo caso, en el de la atenuación de la responsabilidad por lo que suponga de disminución de los efectos del incendio (art. 21.5 inciso 2.º CP), como, con todo acierto, ha considerado la Audiencia en el presente supuesto, no permitiendo interferencia de la actitud ulterior de Carlos, extinguiendo el incendio, en la calificación jurídica de su conducta inicial consumada.

Sentencia 839/2002, Sala de lo Penal del TS, de 6 de mayo de 2002

PRESCRIPCIÓN. PRESENTACIÓN EN JUICIO DE DOCUMENTO FALSO.

Arts. 131, 132 y 396 Código Penal

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

SÍNTESIS

Frente a la tesis del Ministerio Fiscal, entiende la Sala Segunda del Tribunal Supremo que el delito de presentación en juicio de un documento falso (art. 396 del CP) es, a efectos de cómputo del plazo de prescripción, un delito instantáneo, que se consuma en el momento de tal presentación, y no es delito permanente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En base a ello se pueden sentar ya los siguientes datos reconocidos por el Fiscal, única parte acusadora:

— La presentación del documento falso al que se refiere la sentencia se hizo al contestar a la demanda en el procedimiento civil, fechada el 13 de julio de 1994 (folios 18 a 21).

— El Ministerio Fiscal presentó la denuncia que dio origen a estas actuaciones penales el 15 de enero de 1998, incoándose las mismas el 21 de enero siguiente, y tomándose declaración a don Alfonso P.C. en concepto de imputado el 6 de febrero del mismo año 1998 (folios 1, 21 y 41).

— El delito previsto en el artículo 396 del Código Penal está sancionado con penas menos graves, por lo que el plazo de prescripción es el de tres años (artículos 396, 33.3 y 131.1.5 del Código Penal).

En base a ello se puede afirmar que, en principio, el delito por el que ha sido condenado el Sr. P.C. estaba definitivamente prescrito.

Segundo.—A esta tesis opone el Fiscal que el delito de presentación de documentos falsos en juicio, desde cierta perspectiva, puede ser considerado de los permanentes, por lo que el cómputo del plazo prescriptivo no se iniciará hasta que se elimine la situación ilícita (inciso final del artículo 132.1 del Código Penal). Ya que “la conducta nace con una vocación específica y bien definida: influir en la sentencia, en la valoración judicial de la prueba. Es más: el documento no va a ser valorado propiamente hasta que se dicte la sentencia. Por tanto hasta ese momento se puede decir sin violentar en nada la naturaleza de las cosas que la conducta no ha alcanzado su eficacia natural y que pervive ese estado de aportación de un documento en un proceso vivo”.

Más es de tener en cuenta:

— Los términos previstos para la prescripción de los delitos se computarán desde que se haya cometido la infracción punible (artículo 132.1 del Código Penal).

— Los delitos previstos en los artículos 393 y 396 del Código Penal se consuman desde que el sujeto, conociendo la falsedad del documento, realiza el acto material de presentarlo en juicio o lo utiliza en perjuicio de otro, no siendo necesario que se produzca ningún resultado concreto.

— El delito de presentación en juicio de un documento falso es un delito de estructura instantánea, aunque sus efectos puedan prolongarse más allá, por lo que el plazo de prescripción empezará a contarse desde el momento de la presentación en juicio del documento.

Es necesario distinguir entre delitos permanentes, en los que el sujeto puede eliminar la situación ilícita —inciso segundo del artículo 132.1 del Código Penal—, como es la detención ilegal, y los delitos de estructura instantánea aunque con efectos duraderos e incluso permanentes, como sucedía con el anterior delito de bigamia y de abandono de funciones públicas (ver sentencias de 9 de junio de 1975 y de 7 de marzo de 1993).

El delito descrito en el artículo 396 del Código Penal requiere tres requisitos:

1. Presentar en juicio o utilizar en perjuicio de otro un documento privado falso.
2. Hacerlo a sabiendas de la falsedad del documento.
3. No haber tomado parte en su falsificación. Sin ningún otro condicionamiento temporal o de obtención de un resultado.

No procede analizar el segundo modo de comisión, hacer uso de un documento falso para perjudicar a otro, conducta a la que no se refiere la sentencia de instancia, y a la que sería aplicable lo anteriormente expuesto.

En razón a todo ello hay que declarar que la conducta del acusado Alfonso P.C. que la Sala a quo considera incardinada en el artículo 396 del Código Penal, debe conside-

rarse prescrita, con la consiguiente estimación del Motivo Tercero del recurso y declaración de extinción de la responsabilidad criminal.

Sentencia 903/2002, Sala de lo Penal del TS, de 16 de mayo de 2002

DUPLICIDAD DE CAUSAS POR ÚNICO SUCESO.

Arts. 24.1 CE; 790.5 LECrim.

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

SÍNTESIS

Singular caso de indebida apertura de dos causas penales por un único suceso que da lugar a la estimación del recurso por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Contra dicha sentencia se ha formulado recurso de casación por la representación del condenado, por un único motivo por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales en denuncia de la violación de derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso justo con todas las garantías.

La denuncia trae su causa de haberse abierto dos causas penales motivadas por un único suceso, en el que se enjuician acciones distintas que ofrecen la peculiaridad de que los que en un proceso aparecen como acusados, en el otro son acusadores y viceversa.

Para una mejor comprensión de la situación, recordemos que el suceso único que dio lugar a los dos procedimientos, se centra en la acción del recurrente, Juan Antonio L. que tras aparcar el vehículo (...) y apearse del

mismo, provocó las sospechas de una pareja de la Guardia Municipal, uniformada, que se encontraba prestando servicio en la zona, los que se acercaron para identificarle.

A partir de este momento, existen unas versiones contradictorias, según los agentes municipales el recurrente subió al coche y desoyendo las órdenes de “alto policía”, arrancó y por dos veces intentó atropellar a uno de los agentes, que tuvo que apartarse, no obstante resultó lesionado, ante lo cual, uno de los agentes hizo uso de su arma de fuego reglamentaria que alcanzó al recurrente. Según el recurrente, al ver que los agentes se le acercaban, subió al coche para huir sin intentar atropellar a ningún agente, produciéndose los disparos de uno de ellos que le causó diversas lesiones.

La situación procesal de este único suceso, fue la apertura de unas iniciales Diligencias Previa n.º 3653/1996 que englobaban la totalidad del suceso, de las que posterior-

mente, se desgajaron todo lo referente a la acción del ahora recurrente, dando lugar al Procedimiento Abreviado 6123/1997 seguido contra Juan Carlos L. por atentado y otros delitos, en el que se ha dictado la sentencia que es objeto del presente control casacional.

Por su parte, en las iniciales diligencias aperturadas, que después del desgajamiento citado se referían exclusivamente a los disparos efectuados por el agente de la Policía Municipal contra el recurrente, el Ministerio Fiscal dirigió la acción contra dicho agente por el delito de lesiones por imprudencia, y la acusación particular —es decir el ahora recurrente— por homicidio en grado de tentativa.

En esta situación de dos procesos penales dimanantes de un mismo suceso, ambos fueron señalados para su celebración ante el mismo Tribunal, el mismo día y de forma sucesiva. Se tuvo la Vista del primero dando lugar a la sentencia ahora recurrida, y al inicio del segundo juicio, se cuestionó por la acusación particular —el ahora recurrente— la contaminación objetiva del Tribunal al haber realizado la Vista de la primera causa. Se aceptó la suspensión, estando pendiente el Tribunal de Málaga de la resolución del presente recurso de casación para la adopción de las medidas que correspondan, según se informó por el Letrado recurrente.

Ciertamente que en la situación descrita fue totalmente impropcedente la separación de las acciones que nacieron de un único e insoluble suceso, en el que las partes implicadas se encuentran, respectivamente, asumiendo el doble papel de acusados y acusadores.

Tal posibilidad no es extraña a la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el art. 790.5 en términos inequívocos "... la acusación se extenderá..." resuelve que en la calificación por delito deben incluirse también las faltas imputables al acusado, o a otras personas, expresión esta última que puede y debe incluir a la propia víctima del delito, que de este modo, también podría ser acusa-

do de dicha falta, que sin duda debe tener una condición de infracción incidental en relación al delito pues así lo impone el propio texto legal al añadir "... cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito...".

En todo caso, la posibilidad de asumir en un mismo proceso la condición de acusado y de acusador, es cuestión totalmente resuelta por esta Sala en el Pleno no Jurisdiccional de 27 de noviembre de 1998 que tuvo su reflejo en la sentencia de 10 de diciembre de 1998 para el caso de que un único suceso dé lugar a acciones distintas, como ocurre en los supuestos de acometimientos mutuos, o en accidentes de tráfico con pluralidad de vehículos.

Desde esta perspectiva, el suceso analizado es un verdadero "caso de gabinete" de la situación que se comenta ya que existió un único suceso que se inició por las sospechas que levantó la acción del recurrente al salir del coche, y continúa con la puesta en marcha y huida con o sin intento de atropello del agente policial, las lesiones que éste tuvo, y los disparos efectuados por este causante de las lesiones del recurrente.

Es evidente que sólo ante un único Tribunal que enjuicie todo el suceso y lo valore en su unidad esencial, cada parte, desde su doble condición de acusador y acusado, podrá recibir del Tribunal una cumplida respuesta que dé satisfacción al derecho de tutela judicial efectiva —sea cual fuese la naturaleza de la misma—, y al mismo tiempo podrá ejercer con toda su amplitud el derecho a un proceso con todas las garantías. Es precisamente en estas situaciones, donde el aforismo de que todo juicio es un decir y un contradecir, llega a su máximo desarrollo, porque esa doble situación procesal se da en cada uno de los protagonistas del único suceso, del que resultaron acciones que a su vez pueden ser constitutivas de ilícitos penales independientes, y sólo el enjuiciamiento único de la totalidad del suceso, desde la dualidad de acciones opuestas con la asunción de la doble condición de acusador y acusado por cada parte,

permite la salvaguarda de los derechos de las partes, así como la evitación de sentencias contradictorias.

Procede la estimación del motivo al que el Ministerio Fiscal ha prestado su apoyo.

Ello conduce a la declaración de nulidad de la sentencia sometida al presente control casacional, pues al haber examinado y valorado el Tribunal sentenciador exclusivamente la acción descrita en el factum en cuanto al doble intento de atropello, es indudable que salvo que se llegue a un relato en contradicción en el segundo proceso —y a una sentencia contradictoria—, el propio relato de la presente sentencia ya está condicionado y limitando los derechos del recurrente como acusador particular en el juicio en el que está acusado el agente policial.

Procede que nuevo Tribunal de la Audiencia de Málaga, compuesto por otros Magistrados enjuicie conjuntamente ambas

causas, para ello, con carácter previo será preciso:

A) Devolución de la presente causa —6123/1997— y de la 3653/1996 al Sr. Juez Instructor del Juzgado del que proceden.

B) Acumular ambos procesos en uno solo.

C) Dar un traslado a todas las partes personadas a fin de que califiquen las actuaciones, y aquellas partes que hayan dirigido la acusación y a su vez sean acusadas por las contrarias, darles un nuevo traslado en su condición de acusados.

D) Tras la remisión de la causa a la Audiencia Provincial de Málaga, la designación de una Sala, por el turno que corresponda que deberá estar compuesta por Magistrados diferentes de los que compusieron el Tribunal que dictó la sentencia que ahora se anula, ante la que se verá el juicio oral con el dictado de la sentencia que corresponda.

Sentencia 878/2002, Sala de lo Penal del TS, de 17 de mayo de 2002

PRECLUSIÓN DEL PLAZO PARA CALIFICAR.

Arts. 110 y 215 LECrim.

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

SÍNTESIS

No es posible otorgar carácter insubsanable al transcurso del plazo para calificar por no preverse legalmente ni ser conciliable con los principios generales del proceso penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El segundo motivo alega asimismo indefensión por estimar que se ha permitido a la acusación particular formular

su escrito de acusación y se ha tomado en consideración dicho escrito, a pesar de que el Juez Instructor, por providencia de 8 de marzo de 1999, había dado por precluido el plazo de presentación del escrito de califica-

ción atendiendo a la demora en que había incurrido dicha acusación particular.

El motivo tampoco puede ser admitido. Es cierto que el Instructor dictó una providencia dando por precluido el plazo de presentación del escrito de calificación de la acusación particular, pero también lo es que, pese a ello, el escrito se formuló y fue admitido por el Juez, en lo que tácitamente constituye una revisión o reforma de su providencia anterior.

La decisión de dar por precluido el plazo para calificar, carente de una apoyatura legal expresa, constituye ciertamente una resolución muy drástica, que puede resultar desproporcionada cuando se adopta sin conceder a la parte el segundo término prudencial para emitir su dictamen al que se refiere el art. 215 de la Lecrim. y sin ningún requerimiento previo o advertencia a la parte perjudicada. Parte a la que se priva de su derecho al ejercicio de la acción penal en función de un mero retraso en la calificación de los hechos, es decir de un defecto formal no excesivamente trascendente y al que la Ley no atribuye expresamente este efecto. Si los perjudicados se muestran parte en la causa antes del trámite de calificación del delito (art. 110 de la Lecrim.), que es el plazo que les señala la Ley, tienen derecho a ejercitar las acciones penales y civiles que procedan, y la privación de dicho derecho por una mera demora, sin advertencia previa, puede constituir una sanción excesivamente rigurosa, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, no cabe apreciar obstáculo alguno, en el orden constitucional, para que dicha resolución pueda ser re-

considerada por el órgano jurisdiccional cuando la parte perjudicada subsana en breve plazo su omisión, formulando su escrito de calificación, como ha sucedido en este caso.

En el supuesto actual el escrito de calificación de la acusación particular, tardíamente presentado, fue admitido a trámite por el órgano jurisdiccional, sin recurso ni protesta alguna de la parte hoy recurrente. Esta parte tuvo conocimiento del mismo, y le dio respuesta en su propio escrito de calificación, por lo que no cabe apreciar que su admisión tardía le haya podido ocasionar indefensión. Es más, la acusación particular actuó como tal en el juicio, defendiendo su propia calificación acusatoria, sin que la parte hoy recurrente formulase protesta alguna ni denunciase la supuesta irregularidad procesal en el trámite legalmente prevenido para ello, al comienzo del juicio oral. Carece por tanto de sentido denunciar ahora extemporáneamente una supuesta indefensión derivada de una discrepancia procesal que pudo plantearse y resolverse en su momento, cuando la parte hoy recurrente consintió sin recurso ni protesta alguna la admisión del escrito de calificación de la acusación particular y su intervención como tal en el juicio, defendiéndose debidamente contra la acusación formulada.

La parte recurrente pretende otorgar al transcurso del plazo para calificar un carácter absolutamente insubsanable, que ni se establece expresamente en la Ley ni resulta conciliable con los principios generales del proceso penal, en el que por lo general rige la posibilidad de subsanación, salvo en materia de recursos.

Sentencia 302/2001, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2002

PRINCIPIO ACUSATORIO.

Art. 733 LECrim.; arts. 202, 238 y 241 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio y sus implicaciones con el planteamiento de tesis y el principio “iura novit curia” en un caso de condena por allanamiento de morada y acusación por robo con fuerza en las cosas en casa habitada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Según recoge la sentencia de esta Sala 512/2000, de 23 de marzo, una constante y sólida doctrina jurisprudencial, reflejada en las STC 83/1983, 134/1986, 171/1988, 168/1990, 11/1992 y 277/1994, y en las sentencias de esta Sala Segunda del TS de 12 de noviembre de 1986, 15 de julio de 1991, 25 de enero de 1993, 7 de junio de 1993, 649/1996, 489/1998 y 1176/1998, entre otras muchas, enseña que la vigencia y efectividad del principio acusatorio, del que forma parte imprescindible el derecho a ser informado de la acusación, es una de las garantías substanciales del proceso penal y en su virtud “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación en la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria” —STC 277/1994, con cita de las SSTC 17/1988, 168/1990 y 47/1991— pues “el derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal”. La efectividad del principio acusatorio exige según la STC 1134/1986, “que el hecho objeto de la acusación y el

que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia”. A cuya condición incorpora la doctrina de esta Sala —SS de 10 de octubre de 1986, 28 de febrero de 1987, 10 de abril de 1989, 25 de junio de 1990, 7 de marzo de 1991, entre otras— y también la del TC en algunas de las sentencias ya citadas, que el delito por el que se condena no esté castigado con pena más grave que el que fue objeto de acusación y que, aun estando castigado con pena igual o menor, exista homogeneidad entre uno y otro. En relación con esta última exigencia, se ha dicho que “no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido, en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la sentencia.

La sentencia 512/2000 citada al comienzo de este apartado aborda un tema substancialmente idéntico al planteado en este motivo, en cuanto que trataba de una condena por delito de allanamiento de morada, cuando se había acusado de robo con fuerza en las cosas intentado en casa habitada, y la sentencia de esta Sala citada, estima que el cambio introducido en la sentencia de la Audiencia respecto a los términos de la acusación no supuso vulneración del principio acusatorio, dado que la condena recayó por un delito menos grave y que era homogéneo en relación con el delito de robo en casa habitada, en cuanto en ambos se protege la inviolabilidad del domicilio.

En relación a la aplicación del art. 733 de la LECrim. las sentencias de esta Sala de 21 y 30 de septiembre de 1988 llegaron a la conclusión de que el planteamiento de la denominada tesis es indispensable cuando el Tribunal de instancia entiende que el delito o delitos objeto de la acusación no han sido certeramente calificados, procediendo a su juicio calificarlos como constitutivos de otro delito distinto, aunque se halle igualmente o incluso más benignamente sancionado que la infracción que fue objeto de acusación pública, popular o particular, no exceptuándose de esta doctrina más que aquellos casos en los que entre el delito primitivamente incriminado y el propuesto por el Tribunal exista una homogeneidad patente, por lo cual sea previsible para el acusado o acusados que pueda variarse la calificación de los hechos de autos, en cuyo caso no se podrá alegar desconocimiento de la acusación, ni la correlativa indefensión. Según lo manifestado en las sentencias de esta Sala de 12 de abril de 1995 y 476/1997, de 4 de abril, para que el Tribunal pueda aceptar la calificación propuesta en la tesis conforme al art. 733 de la LECrim. será preciso que alguna de las acusaciones asuma el contenido de dicha tesis.

En cuanto a los principios “*iura novit curia*” y “*da mihi factum dabo tibi ius*”, vienen a determinar en el proceso la función de las partes —de aportar los datos fácticos y de

probarlos— y la del Tribunal, de elegir y decidir la norma aplicable a los hechos. En la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1984, se declara que en virtud de los principios “*iura novit curia*” y “*Da mihi factum dabo tibi ius*”, de aplicación general, y del específico en materia penal de que las calificaciones de las partes no vinculan al Tribunal, los órganos enjuiciadores tendrán plena libertad para la calificación jurídica de los hechos, sin más limitaciones que la de no penar por un delito más grave que el que hubiere sido objeto de acusación, sin hacer uso de la facultad que le concede el art. 733 de la LECrim. La doctrina jurisprudencial y constitucional más reciente ha limitado las facultades y la libertad del Tribunal sentenciador en la elección de las normas aplicables a los hechos enjuiciados en el proceso penal, en virtud de las exigencias del principio acusatorio de que se ha hecho mención con anterioridad.

4. Partiendo de la doctrina expuesta en el precedente apartado 3, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, el motivo segundo debe ser desestimado, por las razones que seguidamente se indican:

— No se infringen en la sentencia recurrida los arts. 202.1; 1 y 28 del CP, citados en el motivo como transgredidos, puesto que el art. 202.1 aparece debidamente aplicado a los hechos declarados probados, en los que constan los elementos del delito de allanamiento de morada y también fue correctamente aplicado el art. 28, en apoyo normativo de la autoría del delito atribuida a Salvador G. de la R. en el Fundamento cuarto de la sentencia. No se transgredió, finalmente, el art. 1.º del CP en cuanto que el tipo penal aplicado —el 202 del CP— estaba vigente en la fecha de los hechos enjuiciados.

— No se vulneró el principio acusatorio por la aplicación del principio “*iura novit curia*”, puesto que, el no acogimiento en la sentencia de los términos de la acusación, fue para condenar por un delito menos grave y que presentaba homogeneidad con el que fue objeto de la acusación, puesto que en

ésta se imputaba un delito de robo con fuerza en las cosas intentado en casa habitada, y se condena por un delito de allanamiento de morada ajena.

— Y no se inaplicó indebidamente el art. 733 de la LECrim. ya que no era obligatorio

el planteamiento de la tesis, cuando el Tribunal de instancia consideraba que los hechos enjuiciados integraban un delito castigado con pena menos grave que el imputado por la acusación, y que existía homogeneidad entre ambos delitos.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 612/2001, AP VALENCIA, Sec. 3.^a, de 23 de octubre de 2001

CONDICIÓN DE LOS ACTORES DE LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

Arts. 319 Código Penal y Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Presencia Rubio**

SÍNTESIS

Para poder ser considerado sujeto activo del delito contra la ordenación del territorio el proyectista y el director han de poseer la correspondiente titulación académica y profesional, el constructor debe estar capacitado profesionalmente y el promotor puede ser cualquier persona física sin que precise condición profesional alguna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El art. 319 del Código Penal vigente, con su redacción parece referirse solamente a los promotores y constructores o técnicos directores, si bien tales términos no deben ceñirse a quienes de manera profe-

sional se dediquen a tal actividad, sino que tal condición puede atribuírsele a cualquier persona física o jurídica, con tal de que, de hecho, realicen materialmente por diversas razones pues ninguna razón existe para reputar especial este delito por lo que se refiere al promotor y constructor, toda vez que de

esa condición goza quien de hecho promueve o financia así como quien de hecho ejecuta construcciones no necesitando para ello tener una cualificación especial, como no sea la de poseer recursos económicos y tener conocimientos para la promoción y construcción, como tampoco debe ser considerado como delito especial por imponer como pena principal la de inhabilitación especial, toda vez que la misma está prevista para otros delitos que no son considerados especiales; (...)

Ha sido posteriormente, cuando la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 dedica su Capítulo III, bajo el título de “Agentes de la edificación», a fijar el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndoles globalmente en el art. 8.º como todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será conside-

rado promotor cualquier persona física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, como recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor, que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o partes de las mismas con sujeción al proyecto y el contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional.

(...)

Quinto.—Procede acordar a costa del acusado la demolición de la obra efectuada dada su ilegalidad.

Auto 2083/2001, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 26 de octubre de 2001

VISITAS MÉDICAS EXTRAPENITENCIARIAS. MOTIVOS DE LIMITACIÓN O DENEGACIÓN.

Arts. 36.3 de la Ley Penitenciaria y 212.3 del Reglamento Penitenciario

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante**

SÍNTESIS

La posibilidad de que los internos soliciten a su costa los servicios de médicos ajenos a las instituciones penitenciarias puede ser limitada por razones de seguridad, pero únicamente puede prohibirse radicalmente cuando sean ineficaces otros expedientes: restricción del número de visitas o de profesionales o intervención de las comunicaciones médico-enfermo.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por auto dictado el 30 de noviembre del 2000, confirmado, previo recurso de reforma, por otro de 24 de enero del 2001, el Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, desestimó la queja del interno Kepa Z.B., sobre denegación de visita médica extrapenitenciaria.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La interna formula su queja frente a la decisión de la Administración Penitenciaria que desautorizando la visita médica extra penitenciaria con la doctora Ana Z.L., al considerar que esta profesional pertenece al colectivo de médicos y psicólogos de G.G.AA., a su vez encuadrado en KAS, vinculado al denominado Movimiento de Liberación Nacional Vasco (M.L.N.V.), cuyo aparato militar está constituido por la organización terrorista ETA.

Segundo.—Los artículos 36.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 212.3 del Reglamento Penitenciario establecen la posibilidad de que los internos soliciten a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones penitenciarias, obligando al Centro Directivo a estimar esa solicitud excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar ese derecho.

En aplicación de estos preceptos puede, por tanto, restringirse la visita de profesionales médicos ajenos a Instituciones Penitenciarias, siempre que concurran especiales razones de las que pueda deducirse que tales visitas comprometen seguridad del centro penitenciario o de los funcionarios que prestan servicio en el mismo.

Tal limitación puede consistir, bien en restringir el número de visitas o profesionales que pueden visitar al interno, valorando al propio tiempo la dolencia que precise la asistencia médica, bien en disponer la intervención de las comunicaciones que con ese motivo se mantengan entre el preso y el médico, pero difícilmente —salvo casos realmente extraordinarios y perfectamente justificados— puede prohibirse radicalmente la prestación de los servicios facultativos cuando se constate la existencia de una dolencia que precise tratamiento médico. En otras palabras, sólo cuando otros medios a disposición de la Administración Penitenciaria sean ineficaces para garantizar la seguridad en las visitas médicas a internos o cuando haya motivos acreditativos de un abuso de en el ejercicio de derecho (por innecesariedad de la asistencia médica o exceso en reclamación de la misma, por la frecuencia o el número de profesionales), podría impedirse la visita de profesionales elegidos libremente por los internos.

Tercero.—Ninguna de estas últimas circunstancias se aprecian en este caso. Por un lado, la intervención de las comunicaciones de este interno no parecen insuficientes para garantizar la seguridad del centro penitenciario y sus funcionarios. Y, por otro, no discutida la dolencia que dice padecer, de la que también afirma recibió una atención deficiente en un hospital, la solicitud de un solo médico de su confianza para que le visite en prisión tampoco tiene apariencia de constituir un uso abusivo de ese derecho.

Cuarto.—Debe, pues, estimarse el recurso y autorizar la visita médica extrapenitenciaria que solicita el recurrente, sin que se aprecien motivos para una especial imposición de las costas.

Sentencia 257/2001, AP VALENCIA, Sec. 4.^a, de 5 de noviembre de 2001

COACCIONES: PROPIETARIO DE FINCA QUE IMPIDE EL PASO DE VECINO, COLOCANDO SENDOS CANDADOS EN LA PUERTA METÁLICA DE ACCESO.

Art. 172 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tomás y Tío**

SÍNTESIS

Sea como causa de justificación específica o como elemento normativo del tipo, estima la sentencia que el cerramiento de la finca por el propietario para impedir el tránsito de quien alega servidumbre de paso constituye legítimo ejercicio del derecho, que impide castigar por el delito de coacciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que José María C. es propietario, junto con su esposa María Luisa C., de una finca con casa edificada, colindante a otra finca propiedad de María Luisa O., que fueron adquiridas el 28 de enero de 1963 como consecuencia de la escritura de compraventa y parcelación de un terreno mayor que perteneció a Miguel Angel S.

Que, por causas de enfrentamiento personal entre los distintos titulares parientes entre sí, José María C. instaló sendos candados en la puerta metálica que daba acceso desde el camino de entrada a su finca y en la puerta metálica que comunicaba su parcela con la de Sra. O., impidiendo el paso que, prácticamente desde la adquisición reparcelación de las fincas, se había permitido a la Sra. O. a través de la finca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No hacía falta tanta fundamentación ni la denuncia de tanto precepto constitucional para estimar procedente la revocación de la sentencia dictada. Aun reconociendo el extenso y fundamentado estudio que la juzgadora de instancia realiza en la sentencia combatida, no es en esta sede en la que debe examinarse la procedencia o improcedencia de la servidumbre de paso que a las partes pudieran corresponderle.

Nos corresponde examinar si los elementos del tipo de las coacciones, recogidos en el artículo 172 del Código Penal vigente, concurren en el presente, esto es, si se ha producido con la conducta del acusado la comisión del delito imputado, la inexistencia de causa de justificación alguna y la intervención del elemento culpable, determinantes de la punibilidad de aquella conducta.

No puede entrar la jurisdicción penal a valorar la procedencia o no de la servidumbre de paso que pudiera estar establecida entre las fincas de los contendientes. En todo caso, si se hubiera estimado que tal cuestión pertenecía las civiles prejudiciales, referidas al derecho de la propiedad sobre un inmueble a otro derecho real, el tribunal de lo criminal está obligado a resolver cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión, tal como reza el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello ha que ponerlo en relación con el modo habitual de constitución de las servidumbres, que, como las de paso, son discontinuas aún aparentes, exigiéndose para ello presentación del título, únicamente suplido por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme, salvo la existencia del signo aparente, modalidades a que se refieren los artículos 539 a 541 del Código Civil.

Tercero.—Examinada como lo ha sido la documentación presentada por las partes, ninguna justificación documental aparece de la existencia de la servidumbre, todo ello sin perjuicio del pronunciamiento que en la jurisdicción civil se pudiera obtener, puesto que a la jurisdicción penal le resulta irrelevante en este punto, puesto que lo importante a evaluar es la concurrencia de la acción u omisión que impida hacer lo que la ley no prohíba o compela a efectuar lo que no quiera, careciendo de la legítima autorización, que el tipo del artículo 172 del Código Penal viene exigiendo. Ha sido reconocido el uso antiguo del paso, así como imposibilidad de continuar haciéndolo por la colocación de

unos candados dentro de la propiedad del acusado. También la autoría de tal colocación por parte del mismo, atribuyendo tales circunstancias la apariencia de un acto de fuerza o vis compulsiva sobre las cosas. Mas, cuando la acción se realiza en cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, se estime como causa de justificación específica, como algún autor propugna, o como elemento normativo del tipo, según otra doctrina; lo relevante será que el sujeto activo esté autorizado, como lo es jurídicamente cualquier propietario, a defender su propiedad. Está actuando en ejercicio de un derecho y, en consecuencia, justificadamente en defensa del derecho de propiedad, como le permiten los artículos 348, 384, 388, etc. del Código Civil, de lo que se desprenden la facultad de exclusión como inherente a la misma, que únicamente puede verse restringida por convenio o disposición legal o constando contrato alguno que constituya un derecho a favor de los denunciante, ni título legal justificativo de la concesión de aquella servidumbre no inscrita ni escriturada siquiera, resulta de todo punto improcedente estimar la comisión de delito de coacciones que le reprochan la acusación particular y el Ministerio Público.

(...)

FALLAMOS

Primero.—Estimar el recurso de apelación.

Segundo.—Absolver a José María del delito de coacciones del que venía condenado con todos los restantes pronunciamientos favorables.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 23 de noviembre de 2001

CONCURSO REAL DE DELITOS ENTRE LOS RECOGIDOS EN LOS ARTS. 379 Y 380 DEL CÓDIGO PENAL

Arts. 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Dña. Ramona Guitart Guixer.**

SÍNTESIS

En el art. 379 del CP se protege la seguridad en el tráfico rodado y en el art. 380 el principio de autoridad. Por eso, al ser diferentes los bienes jurídicos protegidos y los hechos causantes, no nos encontramos ante un concurso de leyes sino ante un concurso real de delitos. En el mismo sentido, se pronuncian, entre otras, las sentencias núms. 24 y 25 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, ambas de 16 de enero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Se alega asimismo por la defensa que no procede la condena del acusado por el delito de desobediencia del art. 380 del Código Penal. Dicho precepto penal, sanciona la conducta del conductor que al ser requerido por agente de la Autoridad, se negare a someterse, entre otras, a la prueba de alcoholemia. La incriminación de esta conducta, según la más autorizada doctrina es compatible con la simultánea comisión del delito del art. 379 del Código Penal, pues una y otra, atienden a la protección de bienes jurídicos diversos, (...).

Tercero.—(...) la tesis planteada por la representación procesal del recurrente podría ser atendida sólo en el supuesto de que

entre ambos preceptos, el del art. 379 y el del art. 380, pudiera estimarse un concurso aparente de leyes penales en el que éste último absorbería la conducta del primero. Si así fuera, según la tesis del recurrente, debería aplicarse el principio contemplado en la regla 3.ª del art. 8.º del Código Penal. Sin embargo, este caso no puede plantearse como un problema de concurso de leyes, pues ambos preceptos protegen bienes jurídicos diferentes. En el art. 379 se protege la seguridad en el tráfico rodado, en cambio, en el art. 380 se protege el principio de autoridad, (...). Por lo tanto, no se está en el caso de negativa de realizar la prueba frente a un concurso aparente de leyes penales, sino frente a un concurso real de delitos por ser diferentes los bienes jurídicos protegidos y los hechos causadores.

Sentencia 612/2001, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 27 de noviembre de 2001

PREVARICACIÓN DE ABOGADO.

Art. 467.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carmona Ruano**

SÍNTESIS

Confirma la audiencia la sentencia del Juzgado de lo Penal que condenó al acusado, abogado en el ejercicio de la actividad profesional, quien, tras instar en acto de conciliación, la pretensión de sus clientes, no interpuso con posterioridad la pertinente demanda, haciendo que se perdiera —por prescripción— la acción para lograr el resarcimiento.

Como cuestión prejudicial el tribunal resuelve, “a los solos efectos de la represión”, el problema de si la acción había prescrito o no.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES

Primero.—(...) El Juzgado de lo Penal dictó sentencia por la que condenaba a D. José como autor de un delito de prevaricación.

En ella se declaraban probados los siguientes hechos:

“Primero. A causa del fallecimiento del menor Rubén en la Clínica, sus padres, Francisco Javier y Josefa iniciaron un procedimiento penal, siguiéndose Diligencias Previas, en el Juzgado de Instrucción, que finalizaron por auto dictado por la Sección Séptima de la ilustrísima Audiencia Provincial de Sevilla, que ratificaba el sobreseimiento provisional acordado por el Juzgado Instructor.

Segundo. El hoy acusado, José, Abogado en ejercicio, que hasta ese momento ejercía la defensa jurídica en el procedimiento penal, asumió también el encargo y llegando incluso a fijar una cantidad en con-

cepto de honorarios y un modo de abonarlos, recibiendo como provisión de fondos hasta 324.000 pesetas. El acusado instó acto de conciliación que tuvo lugar ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Sevilla, que terminó sin avenencia, sin embargo no interpuso la correspondiente demanda civil, dejando transcurrir el plazo de prescripción de la acción.”

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se alega, en primer lugar, que se han quebrantado las normas esenciales del juicio, por cuanto se había alegado la prescripción del delito y no se ha entrado a resolver esta alegación.

En el escrito de defensa no se encuentra alegación alguna sobre prescripción de la infracción penal y tampoco se recoge mención alguna sobre esta excepción en el acta del juicio. Como, por otra parte, al tratarse de delito menos grave, el plazo de prescrip-

ción es de tres años, según señala el art. 131.1, y el hecho, cometido en su caso en septiembre de 1998, se denunció en noviembre de 1999, sin que se haya interrumpido desde entonces la persecución, no cabe entender que se esté refiriendo a la prescripción del delito.

Debe tratarse, entonces, de la prescripción de la acción civil cuya defensa se había encomendado por el cliente al abogado condenado. Pero no es cierto que en la sentencia no se haya respondido a esta cuestión. Se dice, por el contrario, que el argumento empleado está en contradicción con el art. 1947 del Código Civil y que, en cualquier caso, aunque no hubiera sido así, fue el propio acusado quien informó al cliente de que la acción había prescrito. No hay, pues, incongruencia omisiva sino, en su caso, discrepancia con esta apreciación de la juzgadora.

Con esto tendría respuesta jurídica la alegación planteada, que se queda en la mera denuncia de la supuesta incongruencia omisiva. Estimamos, sin embargo, que implícitamente se está planteando también la conformidad a derecho de tal apreciación de la juzgadora, por lo que hemos de entrar en ella de modo prejudicial y de conformidad con lo que dispone el art. 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es evidente que, fundada la comisión del delito que se aprecia en que el acusado dejó perjudicó a su cliente al no presentar la demanda que le había sido encargada, dando lugar a que prescribiera la acción civil, la existencia o no de la prescripción podría tener incidencia directa sobre la comisión o no del delito por el que se ha condenado.

Segundo.—Entrando, pues, a título exclusivamente prejudicial, en el fondo de la prescripción, hemos de declarar que, en efecto, el acto de conciliación presentado el 14 de julio de 1998 en que se pedía a Clínica que se aviniera a pagar una indemnización de 15.000.000 ptas. por el fallecimiento del menor Rubén, constituye una reclamación que interrumpe la prescripción en los términos señalados en el art. 1973 del Código Ci-

vil, volviendo a correr de nuevo el plazo de un año que establece el art. 1968, sin que frente a ello pueda esgrimirse lo dispuesto en el art. 1947 del mismo Código, en relación con el 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en vigor en esa fecha.

El citado art. 1947 del Código Civil, por su contenido y por su colocación sistemática, sólo se refiere a la prescripción adquisitiva y no es aplicable a la prescripción de acciones (...)

Pero, aunque así sea, lo que se trata no es si jurídicamente el cliente disponía aún o no de tiempo para poder acudir a otro abogado y presentar la demanda civil, sino si el acusado, con su pasividad al no presentar la demanda y entender él mismo que había prescrito la acción, causó un perjuicio típico.

En este sentido coincidimos con la sentencia impugnada, cuando estimó que no era necesario entrar a decidir sobre cuándo prescribía la acción civil, cuando fue el mismo abogado acusado quien estimó en su día —y así informó al cliente—, que la acción estaba prescrita, por lo que no resultaba ya posible presentar la demanda, lo que impidió su presentación efectiva en tiempo hábil, pues no se puede exigir al cliente, que ha confiado sus intereses en un abogado, que tenga que desconfiar de lo que éste le informa para contrastarlo con otra opinión y tampoco, desde el punto de vista subjetivo del abogado, que su actuación profesional no haya causado perjuicio al cliente porque éste podía no haberle hecho caso y haber acudido a otro cuando, además, era el abogado acusado quien tenía en su poder todos los antecedentes y documentación del caso.

En la denuncia se dice ya que el abogado les informó que, intentada la conciliación el 22 de septiembre, el plazo para presentar la demanda civil expiraba el 22 de noviembre de 1998, y que, pasado ese plazo, el abogado dijo que la demanda no se había presentado porque no se había entregado todo el dinero pedido para provisión de fondos, pese a que en ese momento la cantidad entregada ascendía ya a 574.000 ptas. Afirma también que tras ello el abogado se negó a

recibirle, que presentó una queja en el Colegio de Abogados sin respuesta y, finalmente, presenta la denuncia el 22 de noviembre de 1999. Pero, sobre todo, es el propio acusado quien, como ya se ha dicho y recoge en la sentencia impugnada, está convencido de que en noviembre de 1998 había prescrito la acción. Así lo dice lisa y llanamente en su declaración ante el Juez de Instrucción, el 26 de enero de 2000, en la que tras relatar los avatares con un informe pedido al médico, afirma textualmente que “cinco días antes de que se produjera la prescripción” llamó al denunciante, que fue éste quien le dijo que no hiciera nada y que, luego, el 23 o 24 (de noviembre de 1998) llamó y le confirmaron que no se había ingresado el importe de la pericia. También muestra su convenci-

miento sobre la prescripción de la acción civil en el informe que el 4 de octubre de 1998 (sic. en realidad 1999) envía a la Junta del Colegio de Abogados. Y, finalmente, en el juicio, según se lee en el acta.

Hay que tener en cuenta, además, que en todo caso la acción civil, al día de hoy, habría prescrito de modo indiscutible. Como consecuencia, la extinción prescriptiva de la acción civil tuvo por causa directa la actuación del abogado recurrente, tal como con acierto ha establecido la sentencia impugnada.

(...)

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. José.

Sentencia 104/2001, AP MADRID, Sec. 23.ª, de 7 de diciembre de 2001

BLANQUEO DE CAPITALES.

Arts. 303.1.º y 3.º, 301.1.3.º, 301.4; 250.1.6.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

Particularmente interesante resulta esta sentencia por la escasa jurisprudencia existente respecto al delito de blanqueo de capitales. Se examina la posibilidad (prevista legalmente) de comisión del tipo por imprudencia, el concepto auténtico de blanqueo de capitales, la necesidad del ilícito previo, las conductas típicas, el objeto del delito, la prueba del dolo por medios indiciarios, la circunstancia agravante de precio y la atenuante de arrepentimiento espontáneo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que por personas a quien no afecta la presente resolución, y

entre los que se encuentra Adrián, de forma ilícita, consiguió que la entidad “I. N.V.”, perteneciente al mismo grupo empresarial que “C. Sucursal Venezuela”, se le conce-

diera una línea de crédito por importe de 2.300.000 dólares USA, y utilizando la entidad mercantil "I.C.A.", transfirió desde Aruba el citado importe a la cuenta corriente del Banco de S. abierta día antes a nombre de la entidad "Marina", de la que era su dueño Ángel y su administrador José Manuel, personas ya fallecidas.

Una vez que estaban los fondos en dicha cuenta, a instancia del acusado Clemente, el cual había asesorado jurídicamente en alguna ocasión a la entidad mercantil antes mencionada, y teniendo conocimiento de la procedencia ilícita del dinero recibido, siguiendo instrucciones directas de Adrián, se personó con José Manuel en la sucursal del Banco de S. para cobrar la cantidad remitida en metálico, no pudiéndolo hacer ya que en la sucursal adujeron ciertos inconvenientes en cuanto a que no tenían disponibles esa cantidad y que los poderes notariales presentados por el acusado no estaban en vigor. Ante estas circunstancias, Clemente solicita y obtiene que el dinero, que en pesetas suponía la cantidad de 334.508.652 pesetas, se transfiera a la cuenta corriente de la sucursal de "La C." de esta capital, abierta también a nombre de Marina, sucursal a la que acudieron con un cheque nominativo a nombre del también acusado Arturo, por importe de 100 millones de pesetas, con el fin de que se lo reintegraran en efectivo, cosa que tampoco consiguieron, logrando solamente extraer la cantidad de 6.000.000 millones de pesetas. Posteriormente, Clemente y Arturo, acudieron de nuevo a la mencionada sucursal de "La C.", con la finalidad de hacer efectivo el cheque a nombre también de Arturo, por importe de 100 millones de pesetas, siendo acompañados por el director de la citada sucursal a la oficina principal de "La C.", donde se les entregó en metálico el citado importe, que trasladaron a la sucursal de "B.", donde los acusados ingresaron el dinero en una caja de seguridad alquilada previamente por la acusada Ana Luisa, siguiendo instrucciones expresas de Adrián, de quien era socia y administradora de la entidad "S.L." Al día siguiente, y cuando Clemente y Arturo

iban a cobrar otros 100 millones de pesetas de pesetas, el primero de ellos fue detenido por funcionarios de la Policía, a quien les relató lo sucedido, así como dónde se encontraba el importe de los 100 millones extraídos el día anterior, aportando igualmente dos fax y dos documentos que contenían el destino que se iba a dar a los fondos remitidos desde Venezuela.

Arturo fue contratado por Clemente únicamente para llevar a cabo labores de seguridad en los traslados del dinero de una entidad bancaria a otra, no conociendo la procedencia ilícita del dinero, procedencia que tampoco conocía Ana Luisa, quien llevó a cabo las operaciones bancarias descritas a instancia y por indicaciones expresas de su socio Adrián.

Por la Policía y al serle comunicada por el Banco de S. la operación que tenían intención de realizar los acusados Clemente y Arturo, y previa autorización judicial, procedieron al "bloqueo" de la cuenta corriente sita en la sucursal de "La C.", así como al posterior precinto de la caja de seguridad abierta por Ana Luisa, de tal forma que se recuperó el dinero transferido excepto la cantidad de 9 millones de pesetas.

"C. Sucursal Venezuela" e "I. N.V." han recibido en calidad de depósito la cantidad de 236.865.560 pesetas, más 682.874 pesetas en concepto de intereses devengados de esa cantidad, cantidades intervenidas en la cuenta corriente de "La C.", así como la cantidad de 96.951.503 pesetas, que se encontraban en la caja de seguridad de la sucursal de "B".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por parte del Ministerio Fiscal y de la acusación particular en el presente procedimiento, ejercitada en nombre de "C.N.A. Sucursal Venezuela" e "I.N.V". se califican definitivamente los hechos como legalmente constitutivos, en un caso, de un delito de receptación por blanqueo de capitales previsto y penado en el artículo 303.1 y 3 del C. Penal vigente, y en otro caso, pre-

visto y penado en el artículo 301.1, apartado 3 con aplicación de lo previsto en el artículo 301.4 y en relación con el artículo 250.1 número 6 del C. Penal vigente.

(...)

Desde el punto de vista legislativo, la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, en su artículo 1.2 y el Reglamento que lo desarrolla aprobado por R.D. 925/1995, de 9 de junio, nos dice que se entiende por blanqueo de capitales “la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado”, definición que coincide con las Directrices de la Comunidad Económica Europea en esta materia (...)

Segundo.—En cuanto a las formas comisivas del delito que estamos analizando, hemos de decir que el artículo 301 admite el dolo directo así como la comisión del mismo por imprudencia, lo cual resulta ciertamente sorprendente, pues no cabe duda que para la existencia del delito previsto en el número 1 es necesario un dolo especial y directo, cuyo objeto específico es la realización de las actividades o conductas que allí se describen con conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes que se trata de adquirir, convertir o transmitir; pero lo cierto es que legalmente se admite esa forma culposa, entendemos que cuando el sujeto no ha puesto los medios suficientes o la diligencia necesaria para cerciorarse acerca de la ilicitud o no de los bienes que han estado en su poder (...)

Cuando comparece el testigo Gonzalo, se aclara que la operación en España procede

de un presunto delito de falsedad y estafa cometido en Venezuela (...)

El primero de los puntos discutidos en el plenario, la existencia o no de un delito previo, ha quedado patente en el sentido expuesto hasta ahora, dejando claro que nos encontramos ante un delito grave, pues en este país el delito de estafa del artículo 248 y siguientes con la agravante número 6 del artículo 250 del C. Penal es un delito grave ya que está castigado con pena grave, debiendo hacerse la “comparación” de acuerdo con lo dispuesto en el C. Penal español, pues es aquí donde ha de aplicarse o no el artículo 302.1 del citado texto legal.

Tercero.—El segundo de los elementos fundamentales y esenciales del tipo que estamos analizando, previsto en el artículo 301 del vigente C. Penal, es la realización de alguna de las conductas descritas en el mismo. Ya hemos hecho referencia a las mismas anteriormente (...). En cuanto al objeto de la acción típica son los bienes, cuya definición se encuentra en el artículo 1.q) de la Convención de Viena de 1988, cuando afirma que son “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre otros activos”. (...)

Cuarto.—Entramos en el elemento más conflictivo y sobre el que ha girado la mayor parte del debate entre las partes en el acto del juicio oral, el conocimiento del sujeto activo del origen ilícito de los bienes, conocimiento que se identifica en el precepto con la expresión “sabiendo” o “a sabiendas”, utilizada en el número 2 del artículo 301 del C. Penal (...)

Quinto.—En el presente caso, ¿concurren los indicios suficientes como para concluir la existencia del delito que imputan el Ministerio Fiscal y la acusación particular, así como la participación de los acusados en el mismo? La mecánica de los hechos que ahora se están enjuiciando nos lleva a la

existencia de una serie de signos que revelan que, al menos uno de los acusados, Clemente tenía conocimiento del origen ilícito del dinero (...)

Sexto.—Más difícil y compleja resulta la incardinación de la conducta llevada a cabo por los otros dos acusados, Arturo y Ana Luisa, en el sentido de acreditar plenamente que éstos tenían conocimiento cierto de la procedencia ilícita del dinero transferido desde Venezuela, pues la mayor parte de los indicios que hemos descrito anteriormente y que, por así decirlo, concurren en la persona de Clemente, no aparecen ni en Arturo ni en Ana Luisa (...)

Séptimo.—Por lo que refiere a la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal, por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular se solicita la apreciación de la agravante de precio, promesa o recompensa prevista en el artículo 22.3 del C. Penal, respecto al acusado Clemente. Esta circunstancia responde a una especial bajeza moral del delincuente o a un plus de reprochabilidad que merece al que obra por motivos espurios, abyectos o

fútiles. Sin embargo, en el presente caso, entendiendo esta Sala que no es posible su aplicación, pues, en definitiva, la actuación o intervención del acusado fue de tipo profesional; aunque sea ilícita, el precio no sería el pago por el delito cometido, sino por el trabajo realizado. (...)

En cuanto a la atenuante prevista en el artículo 21.5 del C. Penal, haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y antes de la celebración del juicio oral, solicitada por el ministerio Fiscal al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, hemos de admitirla, dada la conducta seguida por el acusado cuando fue detenido por funcionarios de la Policía de la Brigada de Delitos Monetarios. (...)

FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a Clemente, como autor responsable de un delito de “blanqueo de capitales”, con la concurrencia de la atenuante de disminución de los efectos del delito.

Debemos absolver a Arturo y Ana Luisa.

Sentencia 742/2001, AP MADRID, Sec. 16.^a, de 17 de diciembre de 2001

CONCURSO DE LEYES ENTRE LOS ARTS. 379 Y 380 DEL CÓDIGO PENAL.
Arts. 379 y 380 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Panizo y Romo de Arce**

SÍNTESIS

En la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y negativa a someterse a la prueba de alcoholemia solamente se pone en peligro el bien jurídico protegido, la seguridad del tráfico, en una ocasión y por ese motivo ha de aplicarse en estos supuestos el art. 8.º del CP respecto al concurso del leyes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Primero.—(...) La Sala considera que ambos preceptos protegen el mismo bien jurídico y la condena simultánea por ambos infringe el principio del *non bis in idem*, vulnerando de esa forma el artículo 25 de la Constitución Española.

(...)

Segundo.—No existe ningún tipo de discusión respecto al bien jurídico protegido en el artículo 379 del Código Penal, la seguridad del tráfico.

El artículo 380 está ubicado en el Capítulo Cuarto bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, por lo que no cabe duda de que dicha ubicación determina, por lo menos, que uno de los bienes jurídicos protegidos en el concreto precepto penal es la seguridad del tráfico, (...).

Incluso admitiendo que el principio de autoridad es un bien jurídico protegido en el tipo del artículo 380 CP, bien de carácter principal, bien de carácter secundario, en una interpretación democrática del principio de autoridad, ésta no debe tener una especial protección por la sola consideración de autoridad, sino que el objeto de la protección debe ser las condiciones en que la autoridad y sus agentes realizan las funciones que les encomienda la sociedad, prohibiendo aquellas conductas que las dificulten.

Tercero.—“(...) la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas. La obligación de someterse a las pruebas referidas en el art. 380 no pretende únicamente la detección y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detección y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes” (STC 161/1997. FJ 13.º).

Cuarto.—Se hace preciso por lo tanto estudiar si la aplicación simultánea de dichos preceptos es ajustada a derecho o infringe el principio *non bis in idem*.

1. El Tribunal Constitucional en las dos referidas sentencias no se pronuncia al respecto, considerando que es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los tribunales ordinarios en cada caso concreto:

(...)

2. A la hora de examinar y tipificar los hechos objeto de acusación y los bienes jurídicos supuestamente vulnerados, no puede realizarse por separado y de forma independiente,

(...) la actuación de los agentes se produce porque momentos antes de su intervención se había producido una conducción temeraria, y es precisamente a raíz de ese incidente cuando los agentes proceden a practicar, o a intentar practicar, las pruebas para detectar la posible intoxicación etílica.

La seguridad del tráfico por lo tanto se ha puesto en peligro en un momento anterior a la actuación de los agentes, el riesgo se ha producido, el delito supuestamente se ha consumado, en el momento en que el acusado conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no en el momento de la realización de las pruebas de alcoholemia. (...)

La negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia no supone una nueva situación de riesgo, (...) ya que ésta se habría producido con anterioridad, cuando de hecho el conductor acusado supuestamente estaba circulando, conduciendo bajo influencia de bebidas alcohólicas,

(...)

3. Conclusiones:

Tanto el artículo 379 como el artículo 380 del Código Penal protegen la seguridad del tráfico.

En los hechos descritos y objeto de acusación solamente se ha puesto en peligro la seguridad del tráfico en una ocasión.

(...)

Quinto.—(...) A la hora de tipificación de la conducta objeto de acusación y precisamente para no conculcar el principio *non bis in idem* debe aplicarse la teoría del con-

curso de leyes previsto en el artículo 8.º del Código Penal, lo que supone, a la vista de que en la sentencia recurrida se ha declarado como hecho probado la negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, la condena por el artículo 380 CP, bien porque describe un tipo más complejo, absorbiendo la conducta descrita en el artículo 379 (art. 8.º CP, párrafo 3.º), bien porque prevé una pena más grave (art. 8.º CP, párrafo 4.º).

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 21 de diciembre de 2001

RESPONSABILIDAD DEL SEGURO OBLIGATORIO DE AUTOMÓVILES Y NO DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS A PESAR DEL IMPAGO DE PRIMA.

Arts. 15 y 22 LCS

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José M.ª Planchat Teruel**

SÍNTESIS

Se releva de responsabilidad civil derivada de accidente de tráfico al Consorcio de Compensación de Seguros y se declara la de la Compañía Aseguradora al entender que a pesar de no haber pagado el condenado la prima de renovación de seguro, el accidente ocurre dentro de los seis meses en que el contrato de cobertura se encuentra en suspenso y la Aseguradora puede reclamar el importe de la prima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La disidencia del Consorcio de Compensación de Seguros respecto de la Sentencia de instancia se centra en la declaración de su responsabilidad civil directa.

(...) el vehículo conducido por la denunciada, (...), se encontraba asegurado desde 10-2-1997 con cobertura anual y fraccionamiento de pago de la prima trimestral, sin que se hubiere abonado el correspondiente

al primer trimestre de 1999, tal impago de la prima determinó la falta de cobertura en la fecha de los hechos.

El marco normativo concreto es el dictado de los arts. 15 y 22 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (...)

(...) en la redacción del art. 15 transcrito se ofrece un distinto régimen para el supuesto de impago de la primera, que para el supuesto en que sea alguna de las sucesivas puesto que en aquel primero de producirse

el evento antes del pago la aseguradora queda liberada de su obligación lo que no acontece de forma automática en el segundo sino supeditada a determinados plazos legales.

(...)

El contrato de seguros suscrito en su día (10-2-1997) era prorrogable, conforme el dictado del art. 22 LCS, como se desprende su renovación en la anualidad siguiente. Llegado el vencimiento de la nueva anualidad (10/2/99) no se produce el pago de la prima (con arreglo al fraccionamiento convenido) siendo que el accidente tiene lugar el 7-7-1999, esto es, con posterioridad a aquel momento. De acuerdo con la literalidad del párrafo 2.º del art. 15 LCS, específicamente aplicable, la cobertura entra en “suspense” durante el mes posterior (referido a igual fecha que aquel de la firma inicial “dies a quo” según el art. 14 LCS) en el que la situación es idéntica a la eficacia anterior del contrato, término que se prorroga durante cinco meses (hasta alcanzar los seis a que expresamente se refiere la norma de constante referencia) en el cual puede el asegurador reclamar la prima del período en curso (lo que revela la vigencia de la póliza) y que

si deja transcurrir sin hacerlo se produce la extinción “ipso iure” del contrato que sí es oponible “erga omnes” y por ende al tercero perjudicado. En el supuesto llegado a la presente alzada el evento cubierto por el seguro acaece durante el plazo en que la aseguradora pudo reclamar el importe de la prima y no hizo, constante la relación contractual frente a los terceros perjudicados cuando ejercitan acción directa por mor del dictado del art. 76 LCS (según el cual dicha acción “es inmutable a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado” y la excepción de falta de pago es una excepción de carácter personal).

No puede por ello compartirse el criterio de la Sra. Juez de Instrucción, fundamento de la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, atendida la vigencia del seguro frente a terceros perjudicados en los términos examinados por cuya razón debe ser estimado el recurso puesto que, además, tampoco consta la denuncia unilateral del contrato debidamente comunicada a la asegurada dentro del repetido plazo de seis meses, que expiró tras la producción del accidente, (...).

Auto 25/2002, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 14 de enero de 2002

FALTA DE LESIONES Y DELITO DE MALOS TRATOS FAMILIARES HABITUALES: COMPETENCIA OBJETIVA.

Art. 14.2 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Fernández Entralgo**

SÍNTESIS

Un procedimiento de juicio de faltas por lesiones se transforma en procedimiento por delito de malos tratos familiares habituales en un juzgado de instrucción. Posteriormente, en otro juzgado de instrucción, se incoa otro procedimiento, a instancias de la misma denunciante contra el mismo denunciado, por delito de malos tratos familiares. Al contrario de lo que realmente sucedió en la práctica, es el juzgado que instruye el juicio de faltas el que debe inhibirse a favor del que instruye las diligencias por delito.

EXTRACTOS DEL AUTO

ANTECEDENTES

Único.—En esta Sección se tramita recurso de apelación número 378/2001, interpuesto por el Ministerio Fiscal y C., contra auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 6, en juicio de faltas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) El Juicio de Faltas se inicia como consecuencia de la remisión de un parte médico de asistencia a C., la cual presentaba lesiones que se afirman consecuencia de una agresión.

La calificación preliminar del hecho como posible falta derivó de la valoración jurídica del tratamiento prescrito a la lesionada. Los apelantes no cuestionaron, al dictarse, su corrección, pero, el 30 de abril del 2001, se interesó la transformación del procedimiento en otro, por posible delito de malos tratos familiares habituales. El Ministerio Fiscal se adhirió a esta pretensión, interesando, además, la adopción de medidas cautelares de alejamiento del denunciado respecto de la denunciante y del hijo común de ambos.

Entretanto, C. había presentado denuncia de malos tratos habituales contra Carlos. Se cursó al Juzgado de Instrucción número 11, haciendo constar la pendencia del Juicio de Faltas incoado por el de igual clase número 6.

El Juzgado de Instrucción número 11 de los de Madrid dispuso, coherentemente, la

apertura de Diligencias Previas; pero, en lugar de iniciar su investigación, se inhibió sorprendentemente en favor del Juzgado de Instrucción número 6.

No se entiende esta inhibición (visada por el Ministerio Fiscal sin objeción alguna), ya que los hechos calificados de falta debían ser acumulados a las Diligencias Previas (aplicando la regla competencial objetiva establecida en el artículo 14.31 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por lo que el Juzgado de Instrucción número 11 debió haber interesado la remisión del procedimiento de Juicio de Faltas.

Sin embargo, no se hizo así y, recibidas las Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción número 6, se unen —de forma procesalmente heterodoxa— al procedimiento de Juicio de Faltas, y se continuó instruyendo ése (por más que el instructor afirme que el Juicio de Faltas carece de fase instructora), hasta que, por auto de 2 de julio del 2001 se dispuso la inhibición en favor del Juzgado de Instrucción número 40 de los de Madrid, por haber conocido por primera vez de una denuncia de lesiones presentada por C.

(...)

Por cuanto antecede, la Sala acuerda estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto, debo revocar y, en consecuencia, revoco, dicha resolución, disponiendo la transformación del procedimiento en Diligencias Previas por posible delito de malos tratos habituales familiares.

Sentencia 55/2002, AP MADRID, Sec. 2.ª, de 5 de febrero de 2002

CERTIFICADOS PARA ACREDITAR LA VALIDEZ DE LOS ETILÓMETROS.

Art. 379 Código Penal; Orden Ministerial de 27 de julio de 1994 por la que se establece el control metrológico del Estado para los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en aire espirado; Ley 3/1985, de 18 de marzo, de metrología y R.D. 1616/1985, de 11 de septiembre, por el que se establece el control metrológico que realiza la Administración del Estado.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Riera Ocariz**

SÍNTESIS

El control metrológico del Estado sobre los etilómetros se realiza conforme a las siguientes fases: aprobación del modelo, verificación primitiva, verificación después de reparación o modificación y reparación periódica. Son los documentos que acrediten la superación de estos controles y no el certificado de homologación las pruebas documentales que han de solicitarse en los juicios de alcoholemia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo del presente recurso alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa (arts. 24.1 y 2 de la C.E.) y que se habría producido al denegar la juez *a quo* dos medios probatorios propuestos en la calificación provisional de la defensa, que fueron inadmitidos en el auto del Juzgado de 19 de octubre de 2000 y propuestos nuevamente al inicio de la sesión de juicio, al amparo del art. 793.2 de la L.E.Crim. en cuyo momento la juzgadora volvió a denegarlos.

(...), antes que el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la jurisprudencia para apreciar si procede la declaración de nulidad por la denegación de la

práctica de una prueba, es necesario comprobar si ha existido una efectiva indefensión para la parte, hoy apelante; y en esa línea debe comprobarse que, desde el punto de vista negativo, la prueba denegada no sea redundante y desde un punto de vista positivo, que sea relevante para el *thema decidendi*: necesario es lo indispensable para algún fin (STS de 13-3-2001).

La primera prueba inadmitida fue la certificación de la homologación del etilómetro marca Dräger modelo 7110, consta en la causa un certificado de verificación periódica después de reparación de ese etilómetro realizado por la D.G. de Industria Energía y Minas de la C.A.M. en el que se declara que el etilómetro ha superado el control metrológico de verificación y por tanto se le considera apto para la práctica de pruebas de alcoholemia durante el período de un año a

partir del 22 de mayo de 1998 (los hechos tienen lugar el día 23 de enero de 1999). El apelante no considera suficiente ese certificado y estima que debió aportarse “un certificado de homologación” del Centro Español de Metrología, invocando en este sentido las disposiciones de la Orden Ministerial de 27 de julio de 1994, (...)

(...) la Orden Ministerial que se cita en el recurso no contiene las exigencias expuestas en el mismo, por el contrario, el art. 2.º de la O.M. establece que “El control metroológico del Estado sobre los etilómetros, que se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología; en el Real Decreto 1616/1985, de 11 de septiembre, y en esta Orden, constará de las siguientes fases: Aprobación de modelo, verificación primitiva, verificación después de reparación o modificación y verificación periódica.”

Por su parte el art. 21 de la O.M. establece que “Superada la verificación después de reparación o modificación, el instrumento será declarado conforme para su cometido mediante documento emitido por el organismo autorizado correspondiente,

procediéndose seguidamente a su precintado. La verificación después de reparación o modificación tendrá efectos de verificación periódica.”

Los efectos de la verificación periódica se determinan en el art. 27 de la O.M. “Superada la verificación periódica, el instrumento será declarado conforme para su cometido mediante documento emitido por el organismo autorizado correspondiente, procediéndose seguidamente a su precintado cuando hubiese sido necesario levantar los precintos para efectuar la verificación”. El plazo de validez de la verificación es de un año (art. 22).

La aplicación de las normas transcritas al caso de autos lleva a la conclusión de que el etilómetro utilizado en los hechos juzgados cumplió toda la normativa establecida en la O.M. de 27 de julio de 1994, (...)

(...) la prueba (...) en el caso examinado fue denegada con toda razón por ser absolutamente irrelevante y redundante, ya que existiendo un certificado de verificación después de reparación del etilómetro, la homologación de tal modelo se entiende tácitamente.

Sentencia 87/2002, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 5 de febrero de 2002

INCOMPARECENCIA DE TESTIGO A LLAMAMIENTO JUDICIAL: CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL CORRECTA Y REQUISITOS DEL TIPO.

Arts. 556 y 463 Código Penal; 175 y 176 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramiro Ventura Faci**

SÍNTESIS

Examina la Sala los requisitos que ha de reunir la citación al testigo, que deben ser inexcusablemente cumplidos para poder calificar penalmente la conducta del testigo que incomparece ante el llamamiento judicial. De otro lado, y en virtud del principio de especialidad, la conducta no sería subsumible en el más genérico tipo de la desobediencia sino en el más específico de obstrucción a la justicia del art. 463 del CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por la Magistrada del Juzgado de lo Penal, se dictó sentencia, de fecha que contiene los siguientes hechos probados:

“Probado y así se declara que la acusada Gema fue citada por el Juzgado de Instrucción, para que compareciera ante el mismo con la finalidad de declarar como testigo, en las diligencias previas, los días 13 y 31 de marzo y 26 de abril de 2000, sin que acudiera a estos llamamientos, y sin que existiera justa causa que justificara esos incumplimientos.”

En la parte dispositiva de la sentencia se establece fallo:

“Que debo condenar y condeno a la acusada, Gema como autora responsable de un delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

(...)

HECHOS PROBADOS

Se revocan los hechos declarados probados en la sentencia apelada y se dictan en segunda instancia los siguientes hechos probados:

“Doña Gema fue citada por el Juzgado de Instrucción para que compareciera ante el mismo con la finalidad de declarar como testigo en las Diligencias Previas, los días 13 y 31 de marzo y 26 de abril de 2000, sin que acudiera a estos llamamientos”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurrente impugna la sentencia por la que ha sido condenada doña Gema como autora de un delito de desobe-

dencia grave considerando que debía ser absuelta por “dos motivos: por aplicación del artículo 20.1 del Código Penal en cuanto a la eximente por enajenación mental y por aplicación del principio que debe regir todo ordenamiento jurídico de un estado de derecho, de proporcionalidad de las penas.

(...)

Tercero.—(...) Como elementos del tipo se exige (STS. 10-7-1982):

“1) Un mandato expreso y terminante emanado de autoridad o agente de la misma, dentro de su competencia.

2) Que haya sido claramente notificado a la persona que tenga la obligación de cumplirlo.

3) La resistencia del requerido a hacer aquello que se le ordena, con el consiguiente menoscabo o desprestigio del principio de autoridad.

4) Incumplimiento grave y trascendente de lo ordenado.”

3. Uno, por lo tanto, de los elementos esenciales configuradores del tipo es que la existencia de “una orden, requerimiento o mandato imperativo, emanado de la autoridad o de sus agentes, actuando en el ejercicio sus funciones y debiendo aquéllos ser ajustados al ordenamiento jurídico”.

La supuesta desobediencia realizada por la acusada es la incomparecencia a una citación para declarar en un Juzgado de Instrucción en calidad de testigo.

4. La regulación de las comparecencias de testigos en los Juzgados viene establecida en los artículos 175 y 176 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se determinan las exigencias que deben contener las citaciones judiciales y regula, asimismo, las consecuencias legales en el supuesto de que no se comparezca a dichas citaciones.

(...)

5. La vista de la regulación de las citaciones, del contenido de las citaciones y de las consecuencias legales ante las incomparecencias, tal como se regulan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la vista las actuaciones, observamos los siguientes datos que consideramos de importancia:

a) En la citación a doña Gema remitida mediante telegrama el día 10 de noviembre de 1999 se le cita al “objeto prestar declaración sobre hechos ocurridos día 7 de agosto de 1999, bajo apercibimiento de caso de no comparecer le parará el perjuicio a que haya lugar en derecho”.

Observamos que en dicho telegrama no se especifican los apercibimientos a los que hace referencia el párrafo 5.º del artículo 175 del Código Penal.

b) Igual contenido tiene el telegrama remitido a doña Gema el día 1 de diciembre de 1999.

c) En la citación que se realiza a la acusada a través de la Comisaría consta que se le hace saber “el apercibimiento de que en caso de no comparecer podrá ser conducida por la fuerza pública, participando que en este Juzgado le ha citado en varias ocasiones haciendo caso omiso a las mismas”.

d) En la cédula de citación que se realizó a la acusada también a través de la Comisaría de Policía se le hizo el apercibimiento de que “dada su reiterada incomparecencia a las citaciones anteriormente efectuadas por este Juzgado podrá ser procesada por un delito de desobediencia grave a la autoridad”. Así consta en la cédula de citación de 7 de abril de 2000 llevada a cabo al día 13 de abril de 2000.

6. Por lo tanto, observamos que las citaciones, incluso las efectivamente entregadas a la acusada, no se adecuaban a la normativa específicamente prevista en el artículo 175 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a las posibles consecuencias que podrían derivarse ante la incomparecencia de la persona citada por el Juzgado de Instrucción.

Además, tampoco se ha cumplido las previsiones que el artículo 176 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece ante la incomparecencia: en primer lugar, interesarse de la causa de no haberse efectuado la comparecencia y, previamente a la vía penal, ejercitar la vía administrativa sancionadora que prevé el párrafo 5.º del artículo 175, necesaria interpretación y aplicación de la norma no solamente desde estricta legalidad sino también desde el principio de intervención mínima y última del Derecho Penal.

(...)

Cuarto.—Pero es que, además, las consecuencias penales ante la incomparecencia al llamamiento judicial no es el delito objeto de acusación y condena en primera instancia, el delito de desobediencia grave, la consecuencia por la que se le apercibió a la acusada en la citación de 7 de abril de 2000:

1. Las consecuencias de la incomparecencia vienen también reguladas en el artículo 175 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: posibilidad de “procesamiento como reo de delito de denegación de auxilio respecto de peritos y testigos”.

Dicha consecuencia estaba expresamente prevista y regulada en el delito de denegación de auxilio de peritos y testigos del artículo 372 del Código Penal de 1973 que castigaba con la pena de multa de 100.000 a 500.000 ptas. al “perito y testigo que dejare voluntariamente de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones cuando hubiesen sido oportunamente citados al efecto”.

2. Dicho delito, de conformidad con la en nuevo Código Penal de 1995, no puede ser otro que el delito de obstrucción a la justicia previsto y penado en el artículo 463 del Código Penal.

(...)

3. Entendemos que la calificación de los hechos como un delito de desobediencia grave, no solamente infringe el principio de

especialidad de la norma penal (artículo 8.1.º del Código Penal) ya que en el supuesto enjuiciado el artículo 463 del Código Penal describe una acción típica específica ante la incomparecencia de un testigo a una citación judicial en una causa criminal, sino además se infringe el principio de proporcionalidad, ya que las penas previstas en el artículo 463 del Código Penal y las previstas en el artículo 556 son cualitativa y cuantitativamente distintas: (...)

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Gema.

Revocamos la Sentencia dictada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal.

Absolvemos libremente a doña Gema del delito de desobediencia grave por el que había sido acusada y condenada en la primera instancia.

Sentencia AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 12 de febrero de 2002

APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA BANCARIA POR EL CÓNYUGE:
REVELACIÓN DE SECRETOS.

Arts. 197.1.º y 3.º Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

La acusada se apoderó de la correspondencia que la entidad bancaria remitía a su cónyuge con la finalidad de presentarla —como efectivamente hizo— al pleito existente entre ambos. La Audiencia confirma la condena ya dictada por el Juzgado de lo Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) se afirma en el recurso que la encausada accedió a la información bancaria remitida a su cónyuge de forma accidental, negando que la interceptase y abriese esa correspondencia. Con independencia de cuanto más adelante se dirá pues, debe insistirse, lo realmente esencial aquí no es la violación de la correspondencia sino el ataque a la intimidad, ninguna explicación se ofrece al hecho incontestable de que la información bancaria se encontraba en su

poder, toda vez que también es extremo no controvertido que fue presentada en el pleito seguido entre ambos.

La representación apelante rebate la existencia de dolo específico consistente en la finalidad de descubrir su contenido, secreto. Por éste se entiende aquella información que se posee por una o por escaso número cautelosamente escondida del alcance y conocimiento de otras. Aun negando que pueda predicarse el carácter de “secreto” de la información suministrada por la entidad crediticia lo que sí resulta incuestionable es

el ataque a la intimidad en el sentido antes expuesto. Resulta contrario a todo lógico devenir de las cosas que aunque hipotéticamente pudiere tenerse por accidental la recepción o detentación de la correspondencia, su presentación adjuntándola como medio probatorio en un proceso civil pendiente desbarata la accidentalidad también en esto último de lo que se desprende el pleno cono-

cimiento de adentrarse en el ámbito privado de su cónyuge y confiere plena razón de ser al delito por el que la hoy recurrente fue condenada, pues como queda indicado "ut supra" se produce con tal conducta la vulneración de la intimidad ajena.

(...)

Los anteriores razonamientos derivan en la desestimación del recurso.

Sentencia 387/2002, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 12 de febrero de 2002

OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO.

Art. 195.1 Código Penal

SÍNTESIS

Condena el Tribunal del Jurado a los vigilantes jurados que, encontrándose a un joven en estado de seminconsciencia, siguiendo instrucciones al respecto de un tercer acusado, en lugar de llamar a una ambulancia le desalojan de las instalaciones del metro dejándolo en la calle.

Al hilo de estos hechos probados, se fundamentan los requisitos del tipo de la omisión del deber de socorro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—Los acusados José y Juan Carlos, ambos Vigilantes de Seguridad de la Compañía que trabajaban para Metro, llegaron haciendo su ruta a la estación de Lista de esta Capital, hallando en el vestíbulo a quien resultó ser Francisco Javier de 19 años de edad. Francisco Javier se encontraba con los Señores D. José Antonio y D. Alfonso y en estado de seminconsciencia junto a las máquinas expendedoras de billetes.

Los acusados José y Juan Carlos efectuaron, de mutuo acuerdo, varias llamadas a la Central de Seguridad de Metro, Sala 3, solicitando a quien estaba al frente, el también

acusado José Luis, el envío de una ambulancia de Samur, quien no atendió la petición de los vigilantes de avisar a Samur y les aconsejó que desalojaran a Francisco Javier y le dejaran en la calle, siguiendo su ruta. Consejo, instrucción u orden que fue aceptado por éstos, dejando a Francisco Javier en el suelo, a la intemperie, en la calle, yéndose del lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de Omisión del Deber de Socorro previsto y penado

en el artículo 195, número 1 del Código Penal.

Precepto que sanciona a “quien no socorriera a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros.”

Penaliza los hechos que ponen en peligro los deberes de asistencia y solidaridad que sirven de base a la convivencia social.

Este delito reclama para su existencia:

1. Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita

2. Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente.

3. Una culpabilidad constitutiva no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (Sentencias del Tribunal Supremo de

18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997 entre otras).

El Tribunal del Jurado, en su Veredicto ha considerado acreditado que los acusados José y Juan Carlos apreciaron que Francisco Javier se encontraba en peligro manifiesto y grave y que debía socorrérsele. También ha considerado acreditado que a la vista de las llamadas que éstos efectuaron al también acusado José Luis, y de la información que le facilitaron, éste debió tomar conciencia del peligro y situación que le ponían de manifiesto aquéllos, o al menos representárselo como posible y ordenar que viniera una ambulancia de Samur, y, en cualquier caso, ordenarles, instruirles o aconsejarles que le socorrieran.

Se cumple de tal forma el elemento objetivo del delito y la exigencia del elemento subjetivo del injusto, el dolo que se ha de dar como acreditado en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

Sentencia 31/2002, AP VALENCIA, Sec. 4.ª, de 13 de febrero de 2002

IMPRUDENCIA MÉDICA: TRATAMIENTO CONTRA LA OBESIDAD; BENZODIAZEPINAS.

Art. 152 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tomás y Tío**

SÍNTESIS

La circunstancia de haber sido el acusado anteriormente condenado por hechos análogos, plantea al tribunal la posibilidad de penar al acusado a título de dolo eventual, al poderse representar el efecto nocivo para la salud del paciente de la medicación indicada. El beneficio de la duda hace que termine condenando por delito de imprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: Ángel ejecutoriamente condenado por sentencia, firme por delito de imprudencia médica a la pena de arresto de fines de semana e inhabilitación especial para su profesión de médico, prescribió en su consulta a Enrique, la administración como tratamiento para adelgazar, de 4 comprimidos diarios que contenían cada uno 150 mgr de Detielpropión, 300 mgr de Piridoxina, 1.500 gammas de Triac y 10 mgr de Diazepán, y que fueron preparados por D. Manuel en su Farmacia además de una medicación comercial consistente en Pharmatón Complex (cápsulas), ferrosemar 100, Acfol, Flatoril, Laxante Salud y Noctamid. Esta medicación la prescribió el acusado para tres meses, previa una anamnesis consistente en recabar datos del peso, estatura, tensión, pulso auscultación, medidas del perímetro de pecho, cintura, cadera y muslo, y fijar una glucemia capilar 99 y “Ecg Sob Aur Izq”. Al cabo de unos días el paciente empezó a decaer en su ánimo y actividad sufriendo nauseas, vómitos, mareos y sensación de pérdida de equilibrio que obligan a sus familiares a ingresarle el día 29 de febrero del mismo año en la Clínica Casa de la Salud en estado consciente pero ligeramente desorientado y bradipsíquico, con dificultad para hablar, con pupilas Oc-Nr, sin signos de focalidad neurológicos, con aspecto de leve deshidratación y piel y mucosas, refiriendo haber sufrido un cólico nefrítico días antes. Tras los análisis pertinentes se detectó una alteración analítica en el hoy querellante de intoxicación aguda determinada con los siguientes resultados: GGT 91 U/L, GI 131 MG/DL., T3 1,73 ng/ml, TSH 0 UI/MI, niveles de benzodiazepinas en sangre 616 ng/ml (nivel tóxico de 200 ng/ml), acetona en orina ++; habiendo tardado en curar de esta intoxica-

ción aguda de benzodiazepinas y hormona tiroides 40 días de los cuales 3 estuvo hospitalizado, sin que le quedara secuela alguna. El acusado tenía concertado un seguro de responsabilidad civil por actividad profesional con la entidad “M.A.”

Segundo.—El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Que debo absolver y absuelvo a Ángel como autor de los delitos de lesiones dolosas y por imprudencia grave profesional; y debo condenar y condeno al mismo, como responsable criminalmente en concepto de autor de una falta de lesiones por imprudencia leve (...)”

Tercero.—Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación de Enrique y adhiriéndose el Ministerio Fiscal, se interpuso contra la misma recurso de apelación, (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La cuestión que se plantea, pues, a esta Sala en el recurso de apelación interpuesto no es otra que la de la calificación jurídica que unos hechos merezcan, atendidos los elementos probatorios que han servido de base para recoger en los probados de la sentencia aquellos cuya realidad se acepta. Dicho de otro modo, se trata de evaluar el grado de imprudencia, impericia o negligencia profesional, que se atribuye al médico que intervino en el proceso contra la obesidad del recurrente, en base a las notas características de la descuidada actuación que la sentencia recurrida asigna a la conducta del condenado reconduciéndola a la de simple imprudencia, o si merece más bien la calificación de omisión inadmisiblemente exigible por la “lex artis”, que la configure como grave o incluso, en los términos

que inicialmente calificaba los hechos la acusación particular, de lesiones dolosas, al menos por vía del dolo eventual. Es conocido el concepto de dolo eventual a través de la teoría restringida del consentimiento o aceptación, según el cual puede atribuirse bajo ese título a aquel hecho o resultado que se produce a consecuencia de la actuación voluntaria de una persona, que acepta o consiente el resultado que su acción provoca, incluyéndose como dolosas aquellas acciones y omisiones que provocan resultados que el autor de aquéllas ha excluido o cuyo acaecimiento ha rechazado o despreciado sobre la base de una confianza irracional o infundada en la no producción del hecho.

(...)

Cuarto.—Se podría descartar sin excesiva dificultad, partiendo de los hechos que se declaran probados, aceptados por el recurrente, el dolo directo o eventual; debiendo, en consecuencia, delimitar el alcance de la responsabilidad grave o leve que pudiera condicionar la calificación de la conducta realizada por el acusado. A tal efecto, la calificación de la conducta imprudente, para que pueda tener encaje en los supuestos recogidos en el C.P. y, por tanto, en esta sede jurisdiccional, debe realizarse teniendo en cuenta la previsibilidad, vinculada a tres conceptos indiciarios de ella, cuales son la normatividad, la evitabilidad y la normalidad. La normatividad implica que, existiendo una norma legal o reglamentaria que obligara a alguna de las partes a respetarla, su desconocimiento cualifica la conducta de su autor; la evitabilidad implica que, ante una situación representada y conocida por alguno de los sujetos intervinientes, no se adoptan todas las medidas exigibles para evitar el resultado que posteriormente se produce; y la normalidad, viene unida al necesario conocimiento previo del estado de cosas, que permita llegar a conocer por los autores la realidad de una situación que se convierte en normalidad o habitualidad.

Quinto.—De la prueba practicada en autos resulta de todo punto relevante sustentar la calificación en los informes que la Sra. Médico Forense ofreció a los folios 95 a 100, 117 y en el acto del juicio oral, ratificados y complementados con el informe de la Real Academia Nacional de Medicina, en punto a la naturaleza del tratamiento y la causa eficiente de las lesiones sufridas por el recurrente. Resulta completamente acreditado que la intoxicación sufrida por el tratamiento recibido, a la vista de los análisis realizados a partir del día 29 de febrero de 1996, que fue ingresado en la Clínica de la Salud, evidencian la gran toxicidad que se mantiene en los días sucesivos cuando se le repiten los análisis de sangre y orina y se detectan valores elevados de benzodiazepinas y un incremento de colesterol y triglicéridos, cuya normalidad no se alcanza hasta bastantes días después, según se informa en el anterior dictamen, llegando a la conclusión de que el sufrimiento del paciente es achacable a la medicación que le ha sido administrada, siendo el acúmulo de benzodiazepinas el responsable de los cambios de comportamiento y de la pérdida de conciencia, que debiera haber exigido la interpretación médica de los síntomas, si hubiere atendido a los requerimientos que necesariamente tuvo que realizarle la familia o en todo caso a las exigencias de la “lex artis”, que desaconsejan en el tratamiento de la obesidad las ofertas milagrosas de similar composición, denunciadas por la Sociedad Española de Endocrinología como altamente peligrosas, al intentar reducir el apetito de forma marcada con altas dosis de diometilpropión, a la vez que utilizan las benzodiazepinas para contrastar algunos de los efectos euforizantes e incrementantes de la frecuencia cardíaca del mismo, utilizando hormonas tiroideas consideradas como muy peligrosas en las altas dosis que se utilizan para el adelgazamiento por la gravedad de los efectos secundarios, especialmente a nivel cardíaco. Acreditada que la dosis administrada era más del doble de la que podía considerarse fisiológica, que induce al hi-

peritoidismo al paciente, concluye la Real Academia Nacional de Medicina que ese tratamiento no podía ser correcto según la "lex artis" y que no se adoptaron las caute- las necesarias cuando aparecieron los sínto- mas alarmantes. La transcripción de algunas de las conclusiones emitidas por los exper- tos llevan naturalmente a concluir con la parte recurrente que en la calificación jurí- dica efectuada en la sentencia se produce un error por defecto, al estimar que se ha reali- zado una conducta con manifiesto desprecio de las normas elementales exigidas por la "lex artis" o indicación médica ordinaria. Pero, además tiempo se pudo tomar para la realización de pruebas para acreditar el esta- do del paciente, que permitieran justificar un tratamiento no contradictorio con sus li- mitaciones; la omisión de esas pruebas im- prescindibles, deducida de la somera super- ficial anamnesis, implica una omisión inex- cusable de prevenciones imprescindibles cuando se iba a prescribir un tratamiento tan agresivo y tóxico como el que se realizó con el paciente; que la especialización del acu- sado y su experiencia le exigían conocer la gravedad y riesgo que se asumía con una medicación tan fulminantemente obsesiva con el objetivo perseguido; conocía la com- plejidad e incluso eventuales complicacio- nes de la fórmula magistral encomendada, pues con anterioridad ya había sufrido un

proceso penal, que culminó en la sentencia condenatoria de 2 de marzo de 1998 que contra él se dictó por un tratamiento contra la obesidad similar; y ningún sistema de control se previno para las eventuales com- plicaciones, que se convirtieron de hipótesis a realidad, más que el deferimiento a un tiempo prolongado de una nueva entrevista frente a un tratamiento tan agresivo. De ello se concluye que su responsabilidad en modo alguno puede quedar reducida a la de falta, sino próxima a la adornada de un dolo even- tual por no prever lo que era previsible desde el mínimo conocimiento médico exigible, estimando, sin embargo, en beneficio del reo, que se produjo por la grave impru- dencia profesional que castiga el art. 152 del Código Penal.

(...)

FALLAMOS

Primero.—Estimar el recurso de apela- ción interpuesto, en representación de Enri- que, (...) al que se adhirió el Ministerio Fis- cal.

Segundo.—Condenar a Ángel, como responsable en concepto de autor de un deli- to de lesiones por imprudencia grave profes- ional.

Sentencia 75/2002, AP MADRID, Sec. 6.ª, de 13 de febrero de 2002

APROPIACIÓN INDEBIDA Y DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. CARACTERIZACIÓN DE LAS FIGURAS.

Art. 535 Código Penal 1973; Arts. 252 y 295 Código Penal 1995

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Jesús Serrano Gassent**

SÍNTESIS

La sentencia que examinamos hace aplicación de la doctrina jurisprudencial que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene construyendo en torno al tipo de la administración fraudulenta dentro de los delitos societarios, en el sentido de que ciertos actos de administración fraudulenta pueden ser subsumidos al mismo tiempo en el art. 252 (apropiación indebida) y en el art. 295 (delito societario de administración fraudulenta), porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes. La solución a este conflicto de normas ha de resolverse conforme al principio de alternatividad del art. 8.4 del CP, de tal suerte que el precepto penal más grave desplaza al más benigno.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

El acusado Ángel, constituyó en Madrid el día 1 de agosto de 1995 la sociedad “Horno S.D., S.L.”, junto con Fernando y Manuel, disponiendo de dos panaderías. El acusado, en su calidad de administrador solidario de dicha sociedad, con ánimo de procurarse un beneficio económico y prevaleándose de que de hecho llevaba él personalmente la administración de la sociedad, se vino dedicando a hacer cargos en las cuentas corrientes que la referida sociedad tenía abiertas, sin amparar documentalmente dichas operaciones, en cuanto que no respondían a operaciones reales, sabiendo el perjuicio que con tales cargos causaba a la sociedad, así como a transferir parte de los ingresos a la cuenta corriente que tenía el acusado abierta a título personal junto con otra persona actualmente en ignorado paradero y respecto de la cual se desconoce si actuaba en connivencia con aquél, cantidades estas últimas de las que se apoderó en su propio beneficio (...)

Igualmente, ingresó en la cuenta corriente 2.677.500 pesetas correspondientes a una subvención concedida por la Comunidad de Madrid, de cuya cantidad transfirió 1.025.000 a la cuenta corriente social, con el

fin de abonar un préstamo de 950.138 pesetas. 386.704 pesetas destinó a pagar recibos varios y 920.000 pesetas extrajo mediante un reintegró en efectivo que destinó en usos propios.

Por todo ello, la entidad “Horno S.D., S.L.” resultó perjudicada en 20.734.182 pesetas, cantidades cargadas por el acusado sin justificación alguna, y el acusado se apoderó en su exclusivo beneficio de 6.484.471 pesetas (que corresponden a las cantidades transferidas desde las cuentas de la sociedad a la cuenta corriente del acusado, más las novecientas veinte mil pesetas a que se acaba de hacer referencia).

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Esta doctrina, reiterada en Sentencias posteriores de esta Sala, como es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2000, viene declarando que el art. 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro

y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se prueba que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél.

Y la sentencia 224/1998, de 26 de febrero declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino 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 CP de

1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP 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. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

Desde el punto de vista subjetivo el tipo de administración desleal de dinero (art. 535 CP/1973; art. 252 CP) sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular.

Sentencia 68/2002, AP SEVILLA, Sec. 1.ª, de 14 de febrero de 2002

RETENCIÓN ILEGAL POR FUNCIONARIO POLICIAL

Arts. 163.4 y 167 Código Penal; 490, 492 y 495 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Eloísa Gutiérrez Ortiz**

SÍNTESIS

Condena la sentencia al agente de policía que inmovilizó y trasladó a Comisaría a un joven que estimaba haberle insultado. Señala la resolución los requisitos del tipo aplicado, tanto en forma positiva, como, negativamente aquellos que deben concurrir para que la conducta no sea incardinable en otras figuras delictivas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

El acusado, Juan, Funcionario de la Policía Local, se encontraba prestando servicios propios de su clase en las inmediaciones del recinto ferial, esperando que llegara una grúa que debía retirar un vehículo que impedía la normal circulación de los demás automóviles, cuando por la calle venían caminando tres jóvenes, José Manuel, Pedro Francisco y Manuel, si bien este último se había quedado algo rezagado para orinar, por lo que Pedro Francisco, en voz alta, le repitió en varias ocasiones “mono, date prisa”, frase que igualmente pronunció José Manuel. El agente de la Policía Local, y hoy acusado, entendió que se refería en tono despectivo a él el primero de ellos, que era el que más había repetido la frase aludida, por lo que inmediatamente, sin pedir explicaciones o aclaraciones previas y visiblemente enojado, se dirigió a Pedro Francisco diciéndole “ven aquí peluso de mierda, dímelo a la cara”, sin que éste se diese por aludido, por lo que el acusado volvió a repetir la frase, y ya esta vez contestándole Pedro Francisco que por qué le llamaba “peluso”, lo que aún enojó más al acusado, quien se acercó a aquel y le propinó una bofetada en la cara que lo hizo caer al suelo y continuó golpeándole con puñetazos y patadas, llegando a hacer uso de la defensa reglamentaria, que llevaba, inmovilizándolo en el suelo, colocándole los grilletos y procediendo a su detención y traslado a dependencias policiales.

Como consecuencia de la agresión, Pedro Francisco sufrió hematoma a nivel del hombro y escápula izquierda, contusiones múltiples a nivel malar derecha y parietal izquierda, contusiones múltiples en rodillas y muñeca, que requirieron para su curación 22 días, durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, requiriendo sólo de la primera asistencia facultativa con analgésicos, antiinflamatorios y reposo funcional domiciliario, derivándose un síndrome post-

traumático depresivo con crisis de ansiedad tratadas con ansiolíticos y quedándole como secuela dos cicatrices en pómulo derecho que ocasionan daño estético moderado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Segundo.—Calificación Jurídico Penal

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de detención ilegal previsto en el art. 167 en relación con el 163.4 del Código Penal y de una falta de lesiones del art. 617.1 de dicho cuerpo legal.

Para estimar cometido el delito definido en el artículo 167 del Código Penal, no sólo es preciso que el sujeto agente sea una autoridad o funcionario público, y que su conducta consista en detener o encerrar a otra persona, privándola de libertad, sino que además es necesario que dicha detención se realice con vulneración de los casos de detención legal prevenidos en los artículos 490, 492 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o sea, que la detención sea ilegal. Y además es preciso que no medie causa por delito dirigida contra la persona detenida. Porque si media causa penal contra el detenido, no será de aplicación el artículo 167 sino el artículo 530 del nuevo Código Penal.

El artículo 167 —al igual que el artículo 530— es un tipo penal en blanco, que debe ser completado negativamente por las normas procesales contenidas en los artículos 490, 492 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La no aplicabilidad de estos preceptos convierte la detención legal en ilegal, y se cubre así el requisito normativo de la ilegalidad de la detención y el que no medie causa por delito.

(...) el acusado, que por su condición de Agente de Policía en ejercicio de sus direcciones y de servicio acordó y llevó a cabo personal y directamente dicha detención que carecía de cobertura legal (STS 23-junio-2000) (...)

El acusado sobrepasó los límites de la legalidad sin disculpa alguna a su acción y detuvo a una persona extraviando una función policial que por mandato de la Constitución (artículo 104) tiene como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana. Objetivos y Derechos Civiles y Fundamentales (STS 18 de junio y 26 de noviembre de 1998) lamentablemente infringidos con el inadmisibles comportamiento de quien desde una malentendida imposición del principio de autoridad y desde motivaciones particulares que no logran disimular las imputaciones delictivas que le imputan en el atestado prevaleándose de su condición de Agente de Policía acordó la detención sin motivo legal.”

Sentencia cuya fundamentación jurídica transcrita es aplicable plenamente al caso de autos, ya que es claro que en el presente caso ha habido una extralimitación del acusa-

do en sus funciones, habiendo existido, sin duda alguna, una ilegalidad en la detención al no concurrir ninguno de los supuestos que legalmente la justifican, contemplados en los arts. 492 y 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que el acusado, por su condición de agente de la autoridad, no podía ignorar.

Igualmente los hechos son constitutivos de una falta de lesiones prevista y penada en el art. 617.1.º del Código Penal, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos de dicha figura delictiva, esto es, causación intencionada a otro de una lesión no definida como delito.

(...)

FALLAMOS

Condenamos a Juan P.M. como autor penalmente responsable de un delito de detención ilegal y una falta de lesiones, ya definidos.

Sentencia 72/2002, AP VALENCIA, Sec. 2.ª, de 18 de febrero de 2002

USURPACIÓN DE INMUEBLES: REQUISITOS DEL TIPO.

Art. 245.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan José Zapater Ferrer**

SÍNTESIS

Analiza la sentencia de apelación los requisitos del tipo de usurpación de inmuebles y, en particular, la referencia a un lapso más o menos largo de tiempo para que pueda considerarse que se “ocupa” la finca y la intención de morar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: “La acu-

sada Susana, en unión de otra persona, estuvo viviendo en un piso propiedad de M.ª Carmen, en Valencia, al que accedió y en el que se mantuvo hasta al menos el mes de

septiembre de 2000, y ello sin contar con la autorización de la titular del inmueble. La encausada estuvo morando en dicho lugar al menos durante dos meses.”

Segundo.—El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “Debo condenar y condeno a Susana como autora de un delito de usurpación (...)”

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Segundo.—El artículo 245.2 del Código Penal establece como conducta la “ocupación” entre otros de “vivienda” sin establecer tiempo o plazo más o menos largo de ocupación. Naturalmente no puede reputarse como verdadera ocupación una visita de unas horas. En la sentencia se cuida, en su fundamento primero, de hacer referencia a las propias declaraciones de la acusada de haber estado en la vivienda dos o tres meses, cosa que en el recurso se impugna por razón de que debido a su drogadicción no sabe o no sabía con certeza lo que decía. Sin embargo, esta declaración, prestada el 2 de marzo de 2001, después de haber estado en centro de desintoxicación, incluso según refiere en “otros proyectos”, no puede admitirse que su confusión llegase hasta el punto de no concretar algo tan sencillo como su permanencia o no en la susodicha vivienda.

(...)

Cuarto.—Los requisitos del delito son, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 3 de febrero de 1998: “La sentencia apelada, en su tercer

fundamento de derecho, analiza los requisitos exigidos por el tipo del artículo 245.2 del vigente Código Penal, a saber, ocupación de una vivienda, que dicha vivienda no sea domicilio o morada habitual de su propietario, inexistencia de autorización para dicha ocupación por parte de dicho propietario, carencia de título de los acusados para proceder a dicha ocupación, y llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado concurren todos y cada uno de dichos requisitos, en base a lo cual condena a los tres acusados como autores de un delito de usurpación. Los motivos de impugnación de dicha sentencia, desarrollados en el recurso de apelación, se concretan en dos: falta de intención de permanencia en la ocupación de la vivienda, y situación de abandono de la misma. Pues bien, respecto de la primera cuestión, lo único que ha quedado acreditado en el acto del juicio oral es que Hakim manifestó que sólo había dormido una noche en la vivienda en cuestión, no que no tuviese intención de continuar viviendo en la misma, sin que ninguno de los otros dos acusados compareciesen al acto del juicio oral pese a estar citados en legal forma. En todo caso, de las declaraciones de dichos dos acusados durante la instrucción del Procedimiento en el Juzgado de Instrucción no cabe tampoco deducir que tuviesen intención de dormir sólo una noche sino más bien de lo contrario.”

Por considerar probada la concurrencia de los requisitos expresados, procede confirmar la sentencia.

(...)

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, en nombre y representación de Susana; debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Sentencia 237/2002, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 25 de febrero de 2002

HECHOS YA TENIDOS EN CUENTA PARA OTRA CONDENA COMO BASE PARA PENAR POR VIOLENCIA HABITUAL.

Arts. 153, 468 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Manuela Carmena Castrillo**

SÍNTESIS

Los hechos ya penados en sentencia firme anterior pueden servir para integrar una nueva condena por delito de violencia habitual. De otra parte, el delito de quebrantamiento de medida cautelar no exige para su consumación la presencia de elemento teleológico alguno como sería la voluntad o el fin de dejar sin efecto práctico la resolución judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal.

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos como probados:

“Diego, con motivo de tener conocimiento del hecho de que Ana Belén B.R. —persona con la que había tenido determinada convivencia anterior y que había cesado dos o tres semanas antes— había estado pidiendo trabajo, se acercó al Centro Comercial y trató de entablar conversación con ella. Como quiera que ella no quisiera pararse a hablar con Diego, éste le agarró con fuerza del brazo, reteniéndola momentáneamente, al tiempo que le decía que le iba a quitar la niña —en clara alusión a la hija común, sobre la que pocos días antes, el juzgado de Primera Instancia en las medidas provisionales había dictado determinada resolución en la que se disponía, entre otras cosas,

‘Atribuir la Guarda y Custodia de la hija menor de los litigantes, a la madre Dña. Ana Belén (...)’. Por motivo de tales hechos se dispuso la prisión provisional de Diego, situación que se mantuvo hasta que se reformó el auto de prisión dictándose, además, en protección de la víctima, por el Juzgado de Instrucción, auto cuya parte dispositiva establecía ‘Acordar que Diego no se aproxime ni comunique con Ana Belén por un período de un mes, desde la notificación de la presente, salvo en cuanto resulten convocados simultáneamente a actuaciones judiciales. Adviértase al denunciado que el incumplimiento de esta medida cautelar podrá generar responsabilidad penal y la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, incluida la prisión’. Tal resolución fue notificada personalmente a Diego en esa misma fecha. No obstante ello, vigente la resolución mencionada, Diego se acercó a Ana Belén surgiendo entre ambos una discusión. Al día siguiente, Ana Belén junto

con su amiga Natividad y un conocido, José Francisco, fueron a realizar una consumición a la cervecería. En cualquier caso acabaron coincidiendo con Diego, que trabajaba allí. Tal hecho determinó una agria discusión entre Diego y José lo que determinó que éste, junto con las chicas, abandonasen el local. No obstante ello, ya fuera del entorno de la cervecería, Diego comenzó a seguir a Ana Belén y Natividad, hecho este que determinó que fuesen a refugiarse a un bar desde donde llamaron a la Policía. Tal hecho determinó, de nuevo, la prisión provisional de Diego situación en la que se mantuvo hasta que se reformó, fecha en que, también, de manera simultánea, se dictó auto de alejamiento. Tal auto fue prorrogado (...) Pues bien, en tal situación, Diego se volvió a acercar a Ana Belén.”

Su parte dispositiva contenía el siguiente Fallo:

“Que debo condenar y condeno a Diego como autor criminalmente responsable de tres delitos de quebrantamiento de medida cautelar (...).”

Segundo.—Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por la procuradora, en nombre y representación procesal de Diego.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Respecto al delito de maltrato familiar, El ministerio fiscal en su recurso, solicita la revocación de la sentencia dictada y la condena tal y como pidió en su escrito de acusación por los delitos de maltrato familiar y amenazas.

(...)

Analicemos pues en este supuesto concreto cuáles han sido los actos cometidos por Diego y si efectivamente los mismos pueden ser encuadrados en las descripciones del artículo 153 del Código Penal.

Ha quedado acreditado que Diego pegó a Ana Belén. Hubo unas lesiones y estas lesiones tardaron en curar seis días. Ha quedado acreditado por tanto que ha existido violencia física cuanto menos en una ocasión que es la que recoge la sentencia del juicio de faltas dictada por el juzgado de instrucción de Alcobendas. La sentencia actual que se recurre ahora, contempla otro acto de violencia (que castiga como amenaza) y que consistió en que aquel, Diego la agarro fuerte a Ana Belén mientras le decía que le iba a quitar a su hija.

Sin embargo luego, la sentencia recurrida no califica los hechos como constitutivos del delito de violencia doméstica o maltrato familiar del artículo 153 del Código Penal. El Juez motiva su decisión porque a su juicio no se pueden tener en cuenta como actos de violencia física constitutivos de este delito, los que fueron objeto de otro procedimiento y que se han recogido en la nueva relación de hechos probados. Es decir, y para lo que ahora nos importa no se tiene en cuenta la paliza que recibió Ana Belén y por la que resultó condenado Diego en la sentencia del Juzgado de Instrucción de Alcobendas.

Aunque la sentencia recurrida invoca para obviar este antecedente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en concreto la sentencia 186/90 la misma no puede ser en absoluto aplicable.

(...)

No hay base ninguna por tanto para excluir como antecedente valorativo de la comisión de este delito la paliza que recibió Ana Belén y que fue ya juzgada por el juzgado de Instrucción de Alcobendas.

Resuelto este extremo es preciso insistir en que tal y como dice el Ministerio Fiscal la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido en la sentencia de 7 de julio del año 2000 un nuevo concepto de habitualidad. Éste ha acabado con la inadecuada práctica de cuantificar los hechos violentos como antecedente de este delito sólo desde un punto de vista numérico.

El Tribunal Supremo tanto en esa sentencia como en la de 27 de julio del año 2000 y la de 7 de septiembre del mismo año 2000 ha insistido que para apreciar la virtualidad, lo relevante, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento.

Esta concepción de habitualidad que castiga la situación de temor constante en la que puede vivir una persona justifica el que el tribunal por medio de esta sentencia entienda que debe incluir los hechos concretos que se declararon probados y que pidió el Ministerio Fiscal que fueran condenados como amenazas como expresiones de maltrato siquico en la esencia propia del maltrato doméstico.

La sentencia recurrida condena a Diego como autor de una falta de amenazas, y en este acto el Ministerio Fiscal en su recurso pretende que se le condene no sólo por el delito del maltrato doméstico al que nos acabamos de referir sino también por la comisión de dos faltas de amenazas.

No parece adecuado aislar los hechos descritos como calificativos de una amenaza en grado de falta. Resulta interesante como el Ministerio Fiscal en su recurso recoge lo que se probó en el acto del juicio y que muy bien corroboró el funcionario de policía. Éste dijo que Ana Belén tenía miedo, estaba llorando en aquella ocasión pero que también en otras ocasiones en las que por su función la tuvo que tratar la encontró con esa misma actitud de persona atemorizada.

No es además conveniente la atomización calificadora de conductas que forman un todo en el núcleo afectivo familiar de las personas. Por esa razón la reforma del Código Penal de 1999 retocó el tenor literal del artículo 153 del Código Penal.

Aunque verbal y gramaticalmente analizadas las frases proferidas por Diego pudiéramos encuadrarlas en faltas de amenazas no es lo adecuado.

En los supuestos de la violencia o el maltrato doméstico lo importante, es sin duda la vinculación que este tipo de expresiones tie-

ne con los actos violentos vividos ya con anterioridad y que generan una situación de temor que no se daría si no hubiera una relación entre unos y otros.

Al quedar subsumidas lo que se calificó como faltas de amenazas dentro de la propia figura del maltrato doméstico del artículo 153 del Código Penal quedan sin contenido las alegaciones llevadas a cabo por el letrado apelante en nombre y representación de Diego. Él insistía en que no se había podido producir la falta de amenazas porque no se daban las circunstancias específicas para la comisión de esta falta.

Cuarto.—Respecto al delito de quebrantamiento de medida cautelar.

La sentencia condena a Diego como autor de tres delitos de quebrantamiento de la medida cautelar establecida.

El abogado recurrente en nombre y representación de Diego formula alegaciones en las que pretende atribuir un criterio finalista a la naturaleza del delito previsto en artículo 468 del Código Penal.

Evidentemente esto no es así. El artículo 468 del Código Penal castiga el incumplimiento de la decisión judicial. No puede en modo alguno condicionarse la condena a que se haya producido o no el efecto dañoso que la decisión judicial pretende evitar. Tampoco se puede estimar la argumentación del recurso del condenado de que la prórroga del último auto de medidas cautelares no le fue notificado. Aparece una diligencia de notificación firmada por el propio Diego.

(...)

De todo lo expuesto se deduce.

Fallamos: que estimamos en parte el recurso interpuesto por el ministerio fiscal y en su consecuencia debemos condenar y condenamos a Diego como autor criminalmente responsable de un delito de violencia doméstica, previsto en el artículo 153 del Código Penal a la pena de ocho meses de prisión. Asimismo le condenamos también como autor criminalmente responsable de tres delitos de quebrantamiento de medida cautelar.

Sentencia 242/2002, AP MADRID, Sec. 17.ª, de 25 de febrero de 2002

DIVULGACIÓN DE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO. ACTIVIDAD PENAL.

Art. 197 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Manuela Carmena Castrillo**

SÍNTESIS

Razona la sentencia de apelación que la conducta del acusado —y condenado en el Juzgado de lo Penal— consistente en publicar un mensaje en la red haciendo constar como domicilio electrónico uno ajeno, al que había accedido ilícitamente, no llena los requisitos del tipo del art. 197 Código Penal y, en consecuencia, revoca la condena y absuelve al acusado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Se dictó sentencia en Procedimiento Abreviado.

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos como probados: “Probado y así se declara expresamente que el acusado Santiago, insertó en el tablón de anuncios de TERRA, sección amistad, un anuncio a nombre de Esther, con la dirección ‘...com’ en el que se solicitaba mantener relaciones sexuales con otras mujeres. Esta dirección correspondía al correo electrónico de Esther, en la cuenta que la misma tenía asignada en su puesto de trabajo en Repsol. El acusado insertó este anuncio sin consentimiento de Esther, aprovechando que conocía su dirección de correo electrónico, por haber mantenido correspondencia, por este medio con Esther, quien recibió varios mensajes de personas interesadas por el anuncio de esta forma insertado.”

Su parte dispositiva contenía el siguiente Fallo: “Que debo condenar y condeno al acusado Santiago, como autor penalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197.2.º, inciso final del Código Penal, (...)”

Segundo.—Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por el Procurador en nombre y representación procesal de Santiago- (...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El apelante está conforme con la declaración de hechos probados. El núcleo de este recurso no es por tanto los hechos sucedidos sino analizar si los mismos constituyen o no el delito de revelación de secretos por el que ha sido condenado el acusado.

(...)

El acusado conoció la dirección de correo electrónico correspondiente a Esther. Alega que tuvo noticia de esa dirección al responder a un anuncio insertado por la denunciante en demanda de contacto con personas de sexo masculino. En juicio, Esther G. declaró no recordar este extremo, pero —al menos, por lo que se infiere de la lectura del acta— no lo descartó.

No hay, pues, motivo alguno para afirmar que el acusado se hizo ilegítimamente con la dirección de correo electrónico de la denunciante.

La dirección de correo electrónico no es distinta de la dirección postal o del número de teléfono que utiliza una persona. En sí mismos no son más que la forma de individualizar un lugar para recepción de correspondencia postal o telegráfica, o una cifra que activa un teléfono determinado estableciendo comunicación con la persona que atiende la llamada o dejar mensajes en un dispositivo grabador.

El delito tipificado por el artículo 197.2 del vigente Código Penal está encaminado, de acuerdo con lo que resulta de su tenor literal a proteger los datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, en la medida en que pertenecen a la intimidad de la persona a que se refieren.

Lo importante es el contenido, no el continente; y la dirección electrónica no es más que una referencia identificativa de un continente allí donde se conservan los datos que puedan afectar a la intimidad de la persona.

El solo conocimiento de esa referencia identificativa no permite acceder a los datos conservados, ni manipularlos o transferirlos. Para ello es preciso disponer de una clave reservada, la “llave” que posibilita “abrir” la “caja” donde se guardan los datos.

Santiago se limitó a hacer insertar un anuncio demandando contactos con vistas a

mantener posibles relaciones sexuales supuestamente lesbianas, indicando la dirección de correo electrónico al que se podían enviar las respuestas.

No reveló la identidad de la persona a quien correspondía esa dirección de correo electrónico; ni menos accedió, manipuló, utilizó o divulgó los contenidos registrados en ella. No podía hacerlo al carecer de la clave reservada que lo hubiera permitido.

En definitiva, el acusado hizo algo comparable a insertar un anuncio en prensa escrita, indicando que las personas interesadas en mantener relaciones lesbianas envíen su correspondencia a una dirección determinada o se pusieran en contacto con un teléfono concreto, sabiendo que correspondían a una persona a quien pretendiesen embromar o molestar.

(...)

De ahí que no se compartan los muy respetables argumentos invocados por la juzgadora en primera instancia para fundamentar su fallo condenatorio; considerando que el hecho enjuiciado carece de relevancia jurídica penal o su tipicidad es tan poco clara que el principio rector de intervención penal mínima —que obliga, en caso de duda, a optar por la interpretación más restrictiva del texto normativo— inclina a optar por la absolución del acusado.

Ello, claro está, no tiene por qué excluir el reproche éticosocial que pueda merecer el comportamiento de Santiago (cuestión ajena a la competencia de este tribunal) ni la pretensión resarcitoria que pueda presentar la denunciante, en otra vía jurisdiccional, en demanda de compensación o indemnización de posibles daños y perjuicios —morales o patrimoniales— que aquel comportamiento hubiera podido causar.

(...)

A la vista de todo lo expuesto, fallamos que, estimamos el recurso presentado por el Procurador en nombre de representación de Santiago y en consecuencia absolvemos a Santiago del delito del que venía acusado.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

INSTRUCCIÓN 1/2002, ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CELEBRAR JUICIOS ORALES PENALES POR VIDEOCONFERENCIA

El conocimiento de que en algún Tribunal Superior de Justicia se celebran juicios orales en materia penal a través de videoconferencia aconseja —previo informe de la Junta de Fiscales de Sala— el envío de la presente Instrucción.

Existen varias normas en nuestro ordenamiento que —de forma fragmentaria— inciden de alguna manera sobre el tema que nos ocupa. Así, el art. 229.2 de la LOPJ dispone que “las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”. Y el 268.1 de la misma Ley ordena que “las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional”.

Dejando aparte supuestos excepcionales —como el uso de videoconferencia para la audición de testigos o peritos entre países miembros de la Unión Europea (art. 11 del Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal) o la posibilidad de utilización de cualquier medio técnico para evitar confrontaciones visuales a menores (art. 448 de la LE-Crim.)— existen al menos otros dos que deben tomarse en consideración para dictar adecuadamente la presente Instrucción.

Así, el art. 230.1 de la LOPJ (tras la reforma de 1994) dispone con carácter general que “los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás Leyes que resulten de aplicación”.

Por su parte, la LEC 1/2000 (de aplicación supletoria para el proceso penal) prevé en su art. 135.5 la posibilidad de enviar documentación por medios telemáticos (“Cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de

escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en el tiempo establecido conforme a la ley.

Sin embargo de lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior”).

Como puede observarse, la única previsión específica en materia procesal es la relativa al envío de escritos y documentos por medios telemáticos, supeditándola a la garantía de la autenticidad y —lo que es más significativo— al envío posterior de los originales o copias fehacientes por los medios ordinarios.

La posibilidad de celebrar juicios orales por medios virtuales (en cualquier orden jurisdiccional) no se encuentra prevista en ningún país de la Unión Europea. El Tribunal Penal Internacional autoriza tan sólo la prestación de declaraciones telemáticas en caso de imposibilidad o grave dificultad para utilizar los medios convencionales.

En cualquier caso, y ciñéndonos a nuestro propio ordenamiento, el elemento esencial a tener en cuenta es el art. 53.1 del texto constitucional, a cuyo tenor “sólo por ley, que en cualquier caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio” de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo segundo del Título primero de la Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado tal precepto como la exigencia de una reserva de ley para cualquier afectación de un derecho fundamental, por pequeña que pueda resultar (vid., por todas, la STC 207/1996, de 16 de diciembre).

En el supuesto que nos ocupa, los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción se ven sin duda afectados por la celebración de un juicio oral en materia penal a través de videoconferencia. La inmediación sólo puede entenderse cumplida si se acepta la presencia “virtual” como equivalente a la presencia física; la publicidad depende en gran parte de las posibilidades que se ofrezcan para que los particulares puedan “asistir” al acto de la vista, en condiciones que garanticen que el juicio puede ser seguido y celebrarse ante quien lo estime procedente; y la contradicción tendrá más contenido cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes: no es lo mismo una sólo cámara fija que varias desde ángulos diversos.

Puede concluirse, pues, que el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral. No quiere ello decir que en el futuro vaya a resultar de todo punto imposible la celebración de juicios orales por medios cibernéticos; pero ello supondrá en todo caso la exis-

tencia de una norma legal que otorgue la necesaria cobertura al sistema y que prevea las garantías mínimas exigibles. En ningún caso una mera decisión judicial puede suplir la exigencia de cobertura legal prevista en nuestro texto constitucional.

Podría discutirse si la previsión del art. 230.1 de la LOPJ sería suficiente para dotar de cobertura legal al supuesto consultado. En tanto en cuanto se trata de una norma genérica, que no hace sino sentar un principio general, sin entrar en la concreción de las garantías exigidas en un supuesto tan particular como la celebración de un juicio oral en materia penal, hay que concluir que no cumple las exigencias de precisión exigidas por el TEDH para entender cumplida la condición de “calidad de la ley” necesaria para cualquier norma que incida en las garantías reconocidas en el Convenio de Roma de 1950.

De ello no debe derivarse la necesidad de que se trate de una Ley Orgánica la que otorgue cobertura legal a supuestos como el que nos ocupa. La STC 127/1994, de 5 de mayo, ya declaró en su fundamento jurídico 3.º que “La prohibición de ‘afectar’ a los derechos (...) no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el ‘desarrollo’ de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Pero sí se deduce con claridad que sin una norma con rango de ley no puede incidirse en el ejercicio de un derecho fundamental.

Tampoco la hipotética conformidad del acusado en ser juzgado sin la presencia física del Tribunal resuelve el problema, dado el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional.

En conclusión: en el actual estado de nuestro sistema legislativo, no cabe la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia. Por tanto, si el Ministerio Fiscal es citado para la celebración de uno de esos juicios orales “virtuales” deberá oponerse motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer hoy por hoy de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante (art. 3.3 EOMF).

INSTRUCCIÓN 3/2002, ACTOS PROCESALES QUE PUEDEN CELEBRARSE A TRAVÉS DE VIDEOCONFERENCIA

I

La Instrucción 1/2002 (“Acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia”) resuelve un caso muy concreto, motivado por la consulta efectuada por una Fiscalía. Su publicación, como refleja su epígrafe y se razona en sus primeros apartados, ha estado condicionada por el anuncio de celebración de juicios orales conforme a un formato enteramente virtual, valiéndose del sistema de videoconferencia.

En los antecedentes puestos a disposición de la Fiscalía General del Estado por la Fiscalía informante, se daba cuenta de un criterio organizativo, condicionado por el singular hecho geográfico de la insularidad, con arreglo al cual el Tribunal se constituiría en una sede geográfica, mientras que el Fiscal (y las demás acusaciones en su caso), el acusado, su defensa y los testigos y peritos se encontrarían en otro punto distinto al del órgano jurisdiccional.

La preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal. Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Resultaría así un mal entendimiento de la Instrucción citada, y un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la posibilidad de su utilización, tanto de forma genérica como sectorialmente.

La propia Instrucción 1/2002 cita diversos preceptos legales en los que se contempla la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el proceso. De

entre ellos debe destacarse el art. 230.1 de la LOPJ, con arreglo al cual, "... los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación". Este precepto debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación.

II

La exigencia de una razón que justifique la opción por el empleo de medios telemáticos se halla presente con mayor claridad en algunos ejemplos de derecho comparado. Así, por ejemplo, en el caso de Italia, la Ley número 11, de 7 de enero de 1998, condiciona el empleo de medios técnicos que garanticen la audición a distancia, tanto a un listado predefinido de infracciones, como a la peligrosidad que se derive de la gravedad de los delitos imputados (art. 146 bis). Más recientemente la ley francesa de 15 de noviembre de 2001 ha llevado a cabo una modificación del Code de Procédure Pénal, aceptando la utilización de videoconferencia siempre que "... les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient..." (art. 706-71).

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, cuya ratificación ha sido autorizada mediante LO 6/2000, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre de 2000) incorpora entre sus previsiones algunos preceptos que abren la puerta a la práctica de actos procesales conforme a las nuevas tecnologías. La preocupación de los Estados signatarios por compatibilizar la adopción de tales sistemas de comunicación con las garantías propias del enjuiciamiento, son bien visibles. Así, los arts. 62 y 63 del mencionado Estatuto, proclaman como principios generales que "el juicio se celebrará en la sede de la Corte" y que "... el acusado estará presente durante el juicio". Sin embargo, el apartado 2 del mismo art. 63 apunta que si el acusado perturbare continuamente el juicio, el Tribunal podrá disponer que salga de la Sala y "... observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación".

Al propio tiempo, como excepción al principio del carácter público de la audiencia, el art. 68.2 del Estatuto tolera que, con el fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, se permita "... la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales". En la misma línea, el art. 69.2 faculta al Tribunal para "... permitir al testigo que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de vídeo o audio".

III

Centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de la posibilidad de utilizar la videoconferencia para actos no estrictamente procesales (v. gr. la entrevista del Fiscal con internos en centros penitenciarios). Y dentro del ámbito jurisdiccional, el principio general de autorización del art. 230.1 de la LOPJ sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal *ex art. 53.1 de la Constitución*), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.

El respeto al principio de proporcionalidad sólo exigirá una motivación adecuada para el uso de medios técnicos no específicamente previstos por la ley. La exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de videoconferencia constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales.

De ahí que la resolución por la que se acuerde la práctica de un acto de investigación o prueba, cuyo contenido será variable en función del momento procesal en que se produzca, habrá de expresar las razones que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes, en los casos en que puedan verse afectados.

En todos aquellos supuestos en que se formule impugnación por alguna de las partes, el Fiscal ponderará adecuadamente el fundamento de aquélla, cuidando que su dictamen sea acorde con la necesidad de excluir todo riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales presentes en el proceso penal.

La defensa de los derechos fundamentales habrá de extenderse, de modo especial, al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo ésta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate.

El criterio favorable a la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá ser el resultado del análisis del caso concreto. En la emisión de sus informes, los Sres. Fiscales habrán de esforzarse en la búsqueda de un equilibrio entre las justificadas ventajas de los medios técnicos audiovisuales y la necesidad de que su incorporación al proceso penal se verifique sin merma de los principios estructurales que informan el proceso penal.

En aquellos supuestos particulares en que la proximidad del testigo o perito respecto de las piezas de convicción o vestigios del delito pueda resultar indispensable para la valoración probatoria que ha de llevar a cabo el Tribunal, el Fiscal se lo hará presente, sin perjuicio de continuar las actuaciones si así lo decide aquél. En este punto nada obsta al empleo por el Fiscal de la posibilidad

de solicitud de suspensión de la diligencia, con conservación de validez de lo hasta entonces actuado, si ésta llegare a un punto en que la presencia física resultara ineludible.

V

Sin ánimo exhaustivo alguno, y siempre dentro del respeto a los criterios anteriormente formulados, algunas de las principales utilidades procesales de la videoconferencia dentro del marco jurídico vigente podrían ser las siguientes:

1. Complemento del auxilio judicial, nacional e internacional.

La aplicación de la videoconferencia puede contribuir a agilizar la tramitación del proceso porque permite la eliminación de las dilaciones originadas por la utilización del auxilio judicial, nacional o internacional, cuando la persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional. De hecho la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie personalmente la práctica de la prueba.

2. Declaración de testigos y peritos.

Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.

De esta manera, se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que presten sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio.

3. Protección de la libre y espontánea declaración de personas.

La videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Si bien esta utilidad se proyecta sobre todos los órdenes jurisdic-

cionales, resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los arts. 9.1 y 11.2.d) de la LO 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad. Por otra parte, recordemos que en el proceso penal, el último párrafo del art. 448 de la LECrim. dispone que "... cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpa-do, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba", y el art. 707 segundo párrafo de la LECrim. contiene idéntica redacción.

Asimismo, la videoconferencia se convierte en un instrumento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la LO 19/1994, de 23 de diciembre, en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

4. Disminución de traslados desde Centros penitenciarios.

La videoconferencia aporta indudables beneficios cuando la persona que debe comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un Centro Penitenciario. En primer lugar, la eliminación del traslado de un órgano a otro incrementa la seguridad, disminuyendo el riesgo de fuga. Por otra parte, se reducen considerablemente los costes en medios materiales y personales derivados del empleo de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar las conducciones.

VI

Las anteriores consideraciones exigen del Ministerio Fiscal, en su función de defensor de la legalidad e impulsor del proceso, un seguimiento específico y un tratamiento completo de los problemas que en las Fiscalías vayan surgiendo en relación con esta materia.

En este sentido, los Fiscales Jefes han de establecer las medidas necesarias tendentes a obtener completa información de cuantas incidencias y cuestiones se produzcan ante los órganos de su territorio.

Como complemento de lo anterior, en las futuras Memorias anuales referidas, en principio, a la actividad de los años 2002 y 2003 los Fiscales Jefes incluirán un apartado dedicado a esta materia. Se persigue con ello que desde la Fiscalía General pueda, a la luz de los diferentes informes territoriales, ser elaborado un informe general, de orden eminentemente práctico, comprensivo del estado evolutivo, ventajas e inconvenientes apreciados, así como de los problemas, soluciones y necesidades detectados en la realidad procesal diaria derivada del empleo de las posibilidades procesales que ofrecen las nuevas tecnologías.

CONCLUSIONES

a) El criterio general para el uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales es el de posibilidad, señalado en el art. 230.1 de la LOPJ.

b) Sólo en casos de posible afectación de derechos fundamentales sin la necesaria cobertura legal debe entenderse ordinariamente exceptuada la anterior regla, de acuerdo con lo señalado en la Instrucción 1/2002.

c) El uso de videoconferencia en las actuaciones judiciales debe efectuarse con la necesaria motivación, que garantice el principio de proporcionalidad y la posibilidad de impugnación por las partes procesales.

d) El criterio favorable a la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes.

e) Existe ya una legislación que permite el uso de las nuevas tecnologías en casos concretos, que deberán ser posibilitados.

f) Los Fiscales Jefes incluirán en las sucesivas Memorias anuales un apartado dedicado al uso de las nuevas tecnologías en el proceso.

CRÓNICA LEGISLATIVA

MAYO

- ❑ Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo (BOE del 7), reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.
- ❑ Ley 11/2002, de 6 de mayo (BOE del 7), reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.
- ❑ Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo (BOE del 11), por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia.
- ❑ Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo (BOE del 23), por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.
- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE de 23 de mayo).
- ❑ Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE de 27 de mayo de 2002) [Entrada en vigor el 1 de julio de 2002].

JUNIO

- ❑ Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio (BOE del 28), de Partidos Políticos.

JULIO

- ❑ Ley 16/2002, de 1 de julio (BOE del 2), de prevención y control integrados de la contaminación.
- ❑ Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE del 12), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- ❑ Proyecto de Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de julio).
- ❑ Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 23 de julio).

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL (*)

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CABALLERO GEA, S.A., *Las responsabilidades penal y civil dimanantes del accidente de circulación*, 8.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal*, parte general, 13.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

— *Compendio de Derecho Penal*, parte especial, 10.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, parte general, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

HERNÁNDEZ GALILEA, J.M. (Coord.), *El sistema español de justicia juvenil*, Dykinson, Madrid, 2002.

LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

ANARTE BORRALLO, E., *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva, 2002.

CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, PPU, Barcelona, 2002.

JAEN VALLEJO, M., *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional 2001*, Dykinson, Madrid, 2002.

LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho Penal español y cubano*, Comares, Granada, 2002.

(*) Debemos reseñar la aparición de una nueva revista: el Anuario de Justicia de Menores, íntegramente destinada a los problemas sustantivos y procesales vinculados a la responsabilidad penal del menor infractor. Dirigida por el Catedrático de Derecho Procesal, D. José S. Martín Ostos, contiene artículos doctrinales, referencias legislativas y jurisprudenciales, así como información bibliográfica, relativa siempre al mencionado sector de la criminalidad.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

ROSO CANADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El delito de infracción de deber y participación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las faltas en el Código Penal y el juicio verbal de faltas*, 5.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

COBO DEL ROSAL/SÁNCHEZ VERA, *Gestión de cobro de morosos y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GALLEGO SOLER, J.I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (y otros), *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MACHADO RUIZ, M.D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MAGRO SERVET, V., *Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ RUIZ, J., *Los delitos de lesiones*, Bosch, Barcelona, 2002.

MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

NEILA NEILA, J.M., *Manual de responsabilidad penal de los administradores de las sociedades de capital*, Edersa, Madrid, 2002.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

RENART GARCÍA, F., *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 2002.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002.

VARONA GÓMEZ, D., *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

V. CRIMINOLOGÍA

MEDINA, J.J., *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SORIA VERDE, M.A., *Manual de psicología penal forense*, Atelier, Barcelona, 2002.

DERECHO PROCESAL PENAL

MUERZA ESPARZA, J., *El proceso penal abreviado*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

DEL MORAL MARTÍN, A. / DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002.